	GESTIÓN DE SERVICIOS ACADÉMICOS Y BIBLIOTECARIOS		CÓDIGO	FO-GS-15	
			VERSIÓN	02	
	ESQUEMA HOJA DE RESUMEN			FECHA	03/04/2017
				PÁGINA	1 de 1
ELABORÓ		REVISÓ	APROBÓ		
Jefe División de Biblioteca		Equipo Operativo de Calidad	Líder de Calidad		

RESUMEN TRABAJO DE GRADO

AUTOR(ES): NOMBRES Y APELLIDOS COMPLETOS

NOMBRE(S): MARISOL APELLIDOS: RODRIGUEZ PEÑARANDA

NOMBRE(S): ANA KARINA APELLIDOS: CASTELLANOS PINZON

FACULTAD: FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES

PLAN DE ESTUDIOS: DERECHO

DIRECTOR:

NOMBRE(S): CARLOS HUMBERTO APELLIDOS: SÁNCHEZ DAZA

TÍTULO DEL TRABAJO (TESIS): EL ROL DE LA FUNCION PREVENTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO EN COLOMBIA

PALABRAS CLAVE: Prevención, precaución, acciones preventivas, responsabilidad civil y del Estado.

En esta investigación, basada en el papel preventivo inmerso en la responsabilidad civil y del estado, buscamos establecer las diferencias existente entre prevención y precaución para despejar las dudas que puedan existir entre la proximidad de estos conceptos, a su vez realizar una recopilación de la doctrina existente concerniente a la responsabilidad civil y del estado y el papel preventivo existente en esta, donde encontramos posturas en contra y a favor de la misma, busca también evidenciar los argumentos de las altas cortes en Colombia, como lo son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto a la prevención en las acciones preventivas de nuestro ordenamiento jurídico, resaltando así, la importancia y el desarrollo de esta figura de la prevención por parte de las anteriormente mencionadas, se establece una comparación general entre los sistemas jurídicos de argentina, España y Colombia, respecto al manejo que se da a la prevención inmerso en la responsabilidad civil y del Estado, conociendo así, de una forma más completa, su significado y aplicación por parte de estos países.

CARACTERISTICAS:

PÁGINAS: 109 PLANOS: _____ ILUSTRACIONES: _____ CD ROOM: _____

Copia No Controlada

EL ROL DE LA FUNCION PREVENTIVA EN LA RESPONSABILIDAD
CIVIL Y DEL ESTADO EN COLOMBIA

ANA KARINA CASTELLANOS PINZON

MARISOL RODRIGUEZ PEÑARANDA

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER
FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES
PROGRAMA DE DERECHO
SAN JOSÉ DE CÚCUTA

2020

EL ROL DE LA FUNCION PREVENTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y
DEL ESTADO EN COLOMBIA

ANA KARINA CASTELLANOS PINZON

MARISOL RODRIGUEZ PEÑARANDA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de:

Abogado

Director

CARLOS HUMBERTO SÁNCHEZ DAZA

Abogado

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER

FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

SAN JOSÉ DE CÚCUTA

2020

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE GRADO
PROGRAMA ACADÉMICO DERECHO**

FECHA: 11/06/2020

HORA: 16:00 horas

LUGAR: Tic

TITULO DEL TRABAJO DE GRADO: "EL ROL DE LA FUNCION PREVENTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO EN COLOMBIA"

Jurado 1: LUIS LEONARDO PEREZ MEDINA

Jurado 2: EDUARDO GABRIEL OSORIO SANCHEZ

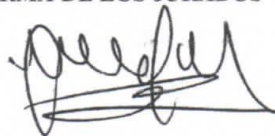
Jurado 3: BERNARDO XAVIER CRISTANCHO VILLAMIZAR

Director del proyecto: CARLOS HUMBERTO SANCHEZ DAZA
Abogado

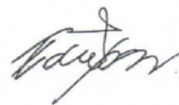
NOMBRE DEL ESTUDIANTE	CODIGO	NOTA	CALIFICACION EN LETRA
ANA KARINA CASTELLANOS PINZON	1350398	4.2	CUATRO PUNTO DOS
MARISOL RODRIGUEZ PEÑARANDA	1350403	4.2	CUATRO PUNTO DOS

APROBADO

FIRMA DE LOS JURADOS



JURADO1



JURADO2



JURADO3



FANNY PATRICIA NIÑO HERNANDEZ
Coordinadora Comité Curricular
MeryL.



**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA
LA CONSULTA, LA REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y LA PUBLICACIÓN
ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO**

Cúcuta,

Señores
BIBLIOTECA EDUARDO COTE LAMUS
Ciudad

Cordial saludo:

ANA KARINA CASTELLANOS PINZON Y MARISOL RODRIGUEZ PEÑARANDA, identificados con la C.C. 1.090.519.267 y C.C 1.094.163.063, autores de la tesis y/o trabajo de grado titulado “EL ROL DE LA FUNCION PREVENTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO EN COLOMBIA”, presentado y aprobado en el año 2020 como requisito para optar al título de ABOGADO; autorizamos a la biblioteca de la Universidad Francisco de Paula Santander, Eduardo Cote Lamus, para que con fines académicos, muestre a la comunidad en general a la producción intelectual de esta institución educativa, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo de grado en la página web de la Biblioteca Eduardo Cote Lamus y en las redes de información del país y el exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad Francisco de Paula Santander.
- Permita la consulta, la reproducción, a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato CD-ROM o digital desde Internet, Intranet etc.; y en general para cualquier formato conocido o por conocer.

Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la ley 1982 y el artículo 11 de la decisión andina 351 de 1993, que establece que “**los derechos morales del trabajo son propiedad de los autores**”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

A. Karina Castellanos P.

ANA KARINA CASTELLANOS PINZON
C.C 1.090.519.267

MARISOL RODRIGUEZ PEÑARANDA
C.C 1.094.163.063

Tabla Contenido

Introducción	11
1. Problema	12
1.1 Título	12
1.2 Planteamiento del problema	12
1.3 Formulación del problema	14
1.4 Justificación	14
1.5 Objetivos	16
1.5.1 General	16
1.5.2 Específicos	16
1.6 Delimitación	17
1.6.1 Conceptual	17
1.6.2 Espacial	17
1.6.3 Temporal	17
2. Marco referencial	18
2.1 Antecedentes	18
2.2 Marco Teórico	23
2.2.1 La prevención como función de la Responsabilidad Civil y del Estado, según la doctrina colombiana y Argentina	23

2.2.2 Del alterum non laedere: el deber de no dañar, y un breve relato del papel de la prevención en España	27
2.3 Marco Conceptual	31
2.4 Marco Legal	32
3. Marco Metodológico	34
3.1 Tipo y método de investigación	34
3.2 Enfoque de investigación	34
3.3 Técnicas e instrumentos para recolección de datos e información	35
4. Resultados	36
4.1 Diferencia entre precaución y prevención en la Responsabilidad Civil	36
4.1.1 La prevención.	41
4.1.2 La prevención como función de la Responsabilidad Civil y del Estado	43
4.2 Diferentes posturas establecidas con la prevención y su función de acuerdo a la doctrina existente	46
4.2.1. Diferentes escenarios donde actúa la prevención dentro de la esfera de la Responsabilidad Civil y del Estado	49
4.2.1.1 Prevención en el ámbito laboral para la mitigación del daño, lo que implicaría accionar la responsabilidad civil antes de que el daño ocurra	51
4.2.2. Medio Ambiente	54
4.2.2.1. Conducta dañina en el medio ambiente que conlleva a una responsabilidad	55

4.3 Criterios argumentativos de las altas cortes al momento de decidir acciones preventivas y las diferentes formas de reparación aplicadas a estas	58
4.3.1 Corte constitucional.	58
4.3.2 Corte Suprema de Justicia	70
4.3.3 Consejo de Estado	77
4.4. Establecer una comparación general sobre el manejo de la prevención inmerso en la responsabilidad civil y del estado en sistemas jurídicos extranjeros	86
4.4.1 España	86
4.4.2 Colombia	89
4.4.3 Argentina	97
5. Conclusiones	102
Referencias Bibliograficas	104

RESUMEN

En esta investigación, basada en el papel preventivo inmerso en la responsabilidad civil y del estado, buscamos establecer las diferencias existente entre prevención y precaución para despejar las dudas que puedan existir entre la proximidad de estos conceptos, a su vez realizar una recopilación de la doctrina existente concerniente a la responsabilidad civil y del estado y el papel preventivo existente en esta, donde encontramos posturas en contra y a favor de la misma, busca también evidenciar los argumentos de las altas cortes en Colombia, como lo son la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, respecto a la prevención en las acciones preventivas de nuestro ordenamiento jurídico, resaltando así, la importancia y el desarrollo de esta figura de la prevención por parte de las anteriormente mencionadas, se establece una comparación general entre los sistemas jurídicos de argentina, España y Colombia, respecto al manejo que se da a la prevención inmerso en la responsabilidad civil y del Estado, conociendo así, de una forma más completa, su significado y aplicación por parte de estos países.

Abstract

In this research, based on the preventive role immersed in civil and state liability, we seek to establish the differences between prevention and precaution to clear up any doubts that may exist between the proximity of these concepts, in turn compiling the doctrine concerning civil and state responsibility and the preventive role in this, where we find positions against and in favor of it, alza seeks to evidence the arguments of the high courts in Colombia, such as the Supreme Court of Justice, the Council of State and the Constitutional Court, regarding prevention in the preventive actions of our legal system, thus highlighting the importance and development of this figure of prevention by the aforementioned, general comparison is established between the legal systems of Argentina, Spain and Colombia, regarding the management that is given to prevention immersed in civil and State responsibility, thus knowing, in a more complete way, its meaning and application by these countries.

Introducción

¿Cumple la responsabilidad civil y del estado en Colombia una función preventiva de acuerdo a su incidencia y aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano?

Es este interrogante lo que ha llevado a una discusión de posiciones a favor o en contra de la función preventiva en la responsabilidad civil y del estado en la doctrina jurídica colombiana y de diferentes países.

La prevención no es enunciada en nuestro ordenamiento jurídico colombiano como una función propia de la responsabilidad civil y del estado, pero si encontramos diversos mecanismos legales que nos permiten ir a esta figura de la prevención y así garantizar derechos fundamentales y colectivos.

El sustento de nuestro marco teórico recae en la prevención como función de la responsabilidad civil y del estado desde su génesis, es decir, el daño y también, el alterum non laedere y su papel en la responsabilidad civil y del estado.

Con la presente investigación queremos concluir bajo un sustento jurídico y doctrinal después de un estudio exhaustivo de estas, que la prevención se encuentra como función de la responsabilidad civil y del estado.

1. Problema

1.1 Título

El rol de la función preventiva en la Responsabilidad Civil y del Estado en Colombia.

1.2 Planteamiento del problema

En una sociedad que se rige por las reglas de la convivencia humana para su correcto funcionamiento y eficaz relación entre quienes integramos dicha sociedad, consagrándose dentro de ellas la tan conocida regla de “*no causar un daño a los demás*”, es prominente contar con una figura que vigile y otorgue las garantías adecuadas cuando una persona sufre una alteración negativa de sus derechos y se le proporcione una reparación que alivie su afectación o sufrimiento; es ahí donde hace su aparición la Responsabilidad Civil y del Estado pues como uno de sus objetivos primordiales está el de reparar o compensar a la víctima con el fin de que esta vuelva a su estado inicial, o por lo menos su condición sea la más parecida.

Entendemos que como una de las funciones del Estado está la de dictar las normas o leyes que se encargan de regular el comportamiento de los individuos dentro de la sociedad, es así como se hace necesario hacer un estudio exhaustivo del ordenamiento jurídico colombiano sobre los parámetros que ha establecido el legislador al momento de hablar de la Responsabilidad Civil y del Estado, reglas que nos orientan para regirnos en una convivencia sana. Tradicionalmente se conoce que para que haya responsabilidad del agente dañador debe existir un daño cierto o verídico, ya que solo este es resarcible u objeto de reparación; pero a su vez somos testigos como en los últimos años hemos tenido una evolución jurídica en la que se ha visto inmersa la Responsabilidad Civil y sus funciones.

Desde los diferentes puntos de vista doctrinales en los que se ha evaluado la Responsabilidad Civil y su función reparadora se ha llegado a la conclusión de que no

necesariamente debe ocurrir el daño para dar lugar a esta; suficiente sería con que se tenga la leve sospecha de la ocurrencia del hecho, para implementar las estrategias y medidas para evitar que ese daño ocurra, esta sería una forma de dar un valor más elevado al principio rector de la responsabilidad el "*alterum non laedere*" y por consiguiente se estaría accionando la Responsabilidad Civil pero no en su función reparadora sino meramente preventiva, y dar un paso más en este avance jurídico de la que ha sido objeto el tema en desarrollo.

Así la doctrina hoy en día se encuentra dividida entre quienes apoyan la tesis de que la responsabilidad civil cumple una función preventiva y quienes por el contrario la rechazan. Para apoyar la primera tesis los doctrinantes basan sus razones en que, si la responsabilidad tiene un carácter reparatorio como consecuencia de un daño causado, porque mejor, no evitar ese daño si es posible, por su parte quienes la rechazan argumentan que cuando se aplica la prevención no se está accionando la responsabilidad civil, pues esta solamente hace su aparición cuando se causa un daño.

La discusión se centra en darle ese alcance jurídico al carácter preventivo de la responsabilidad civil, tomando fuerza en relación al concepto de derechos de daños, pues es imposible hablar de las funciones de la responsabilidad sin mencionar la prevención, hecho este que ha llevado a que en algunos ordenamientos jurídicos de Latinoamérica ya se introduzca esta figura, tal es el caso de Argentina el cual le da un tratamiento especial a la prevención del daño en su Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación pasando de un factor subjetivo a uno objetivo.

En este proyecto se pretende hacer una investigación cualitativa sobre el carácter preventivo de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano, pues este de

manera muy general lo ha adoptado; y las posibles razones de porque a la fecha todavía no se le da un papel más relevante ya que es una herramienta que en materia civil se utiliza de manera permanente, pues contamos con mecanismos judiciales que constantemente son accionados por personas ya sea de manera individual o colectiva en busca de hacer que algún posible daño que va a ocurrir no se ejecute, pues como lo dice el dicho muy común “es mejor prevenir que lamentar”.

Lo que a su vez nos lleva a analizar las consecuencias que traería esta figura si de manera muy explícita se introdujera en el ordenamiento jurídico colombiano, sobre todo a las partes involucradas, teniendo en cuenta que en una situación donde se tenga la más mínima sospecha de que se va a causar un perjuicio habrá un castigo o sanción ya sea de hacer o no hacer para el posible agente dañador y en su defecto se estaría evitando que la víctima sufra un daño que no está en la obligación de soportar.

1.3 Formulación del problema

¿Cuál es la incidencia y aplicación que se le ha concedido al carácter preventivo de la responsabilidad civil y del Estado en el ordenamiento jurídico colombiano?

1.4 Justificación

El presente proyecto está encaminado hacia el estudio de la prevención, que ha sido motivo de controversia entre diferentes doctrinantes de la responsabilidad civil, la prevención es una figura que en los últimos años ha tenido una aceptación permanente en el sistema jurídico, su principal objetivo radica en proteger los derechos de cualquier persona de la sociedad ante la eminente ocurrencia de un suceso dañino, a pesar de que quien causa la amenaza de daño o crea las condiciones para que este se configure, cuente con recursos para reparar el daño, existen acciones que evitan la configuración del mismo mediante la puesta en

marcha de acciones judiciales que la ley enuncia como mecanismos para evitar que estos sucesos se materialicen.

Por su parte la responsabilidad Civil y del Estado es una figura que aparece en los diferentes ordenamientos jurídicos como una herramienta con la que cuentan las personas a las cuales se les ha vulnerado un derecho como consecuencia de la ejecución de un hecho dañino, esta permite que la persona sea reparada económicamente con el objeto de dejarla en el estado en que se encontraba antes de la ejecución del hecho que causo perjuicios o vulnero sus derechos.

Debido a las diferentes posturas resultantes en los últimos años, por querer darle a la responsabilidad civil dentro de sus funciones un papel preventivo se hace necesario hacer un análisis al respecto en el cual entraríamos a estudiar el daño como principio rector de la responsabilidad, ya que se considera a este como el génesis para accionar la responsabilidad.

Desde el punto de vista social se establece que siempre será preferible evitar la ocurrencia de un daño en una persona, que llegar a reparar después de ocurrido un daño, porque habrán secuelas que no se podrán resarcir por medio de la reparación en la responsabilidad civil, con la reparación se busca indemnizar por los sucesos que hayan sido desprendidos del daño, en cambio con la prevención aplicada de manera correcta y eficaz en nuestro ordenamiento jurídico, habrá una protección garantista de derechos fundamentales para nuestra sociedad.

Debemos también mencionar que, para el Estado, resulta más rentable, económicamente hablando, la idea de asumir la prevención en la responsabilidad civil como uno de sus fines, porque se generaría un gran ahorro con la aplicación de prevenir un suceso dañino en comparación a reparar un daño ya existente que quizás cree diversas o grandes

afectaciones en personas vulnerables, y consigo los gastos propios de un litigio. Por lo anterior se pretende analizar la importancia que se le ha dado a esta figura de la prevención en nuestro ordenamiento jurídico y en países como Argentina y España.

1.5 Objetivos

1.5.1 General

Analizar la función preventiva y su aplicación como uno de los propósitos de la Responsabilidad Civil y del Estado

1.5.2 Específicos

Identificar las diferencias existentes entre prevención y precaución del daño dentro de la responsabilidad civil y del Estado

Relacionar la doctrina existente respecto a las diferentes posturas establecidas con la prevención, su función y aplicación en los diferentes escenarios dentro de la esfera de la Responsabilidad Civil y del Estado.

Evidenciar criterios argumentativos de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional al momento de decidir acciones preventivas y las diferentes formas de reparación aplicadas a estas.

Establecer una comparación general sobre el manejo de la prevención inmerso en la responsabilidad civil y del Estado en sistemas jurídicos extranjeros, tales como Argentina y España y en el sistema jurídico colombiano

1.6 Delimitación

1.6.1 Conceptual

La presente investigación se basa en la compilación de diversos artículos, ensayos, revistas indexadas y tesis de grado de carácter investigativo que analizan el papel de la prevención en la responsabilidad civil, así como su aplicación en Colombia, Argentina, y España de esta figura.

1.6.2 Espacial

En cuanto a la naturaleza espacial de la investigación comprende el estudio de los mecanismos judiciales contemplados y utilizados en nuestro ordenamiento jurídico colombiano en apoyo con los de Argentina y España para hacer efectiva la figura de la prevención como fin en la responsabilidad civil

1.6.3 Temporal

El tiempo comprendido para la presente investigación es de octubre de 2018 a noviembre de 2019.

2. Marco Referencial

2.1 Antecedentes

Este proyecto tiene fundamento en diversos documentos de carácter investigativo como revistas de derecho, ensayos, tesis los cuales basan su contenido en el papel que juega la función preventiva en cuanto a la responsabilidad civil y del Estado.

Estos documentos serán la base de partida de nuestro proyecto a desarrollar ya que con el tema a abordar enriqueceremos nuestro conocimiento sobre el concepto de prevención y la importancia que desempeña dentro de la Responsabilidad Civil y del Estado, teniendo en cuenta que en diversas oportunidades se ha discrepado sobre las funciones de esta, razón por la cual se abordaran los siguientes temas:

1. la prevención y su aplicación dentro de la responsabilidad civil y del Estado
2. El principio *alterum non laedere*.
3. La aplicación de la prevención en los diferentes ordenamientos jurídicos como Colombia, Argentina y España

Restrepo Rodríguez T. (2008). El remedio preventivo en la responsabilidad civil.

Revista de derecho privado No 14.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3252359.pdf>

El autor Restrepo Rodríguez (2008) realiza un estudio general del principio de la prevención en la responsabilidad civil y su posible aceptación en nuestra doctrina teniendo en cuenta que en otras legislaciones este principio ya está incluido en su normatividad vigente, por lo que lo lleva a analizar la prevención desde sus dos modalidades la que evita que el daño se produzca y la que hace cesar el daño.

Igualmente realiza un análisis de nuestro código civil colombiano en el cual se puede establecer que la prevención se encuentra incluida de manera general, lo que a su vez lo lleva a analizar las consecuencias de la aplicación de dicho remedio preventivo pues se tendría que tener en cuenta el juicio de valor entre la libertad del victimario y el derecho amenazado.

Torres Escobar S. (2014). el papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 12: 33-70, enero-diciembre 2015. <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/>documents>2+Escobar.pdf>

Torres Escobar en su artículo que tiene como propósito analizar el papel de la prevención en el ámbito de la responsabilidad civil, hace un estudio sobre las funciones que trae consigo la responsabilidad, y cuál de ellas entre la reparación y la prevención desempeña un papel eficiente al momento de enfrentar el daño en cualquiera de sus etapas para ello trae a colación la opinión de varios doctrinantes, realizando un pequeño análisis al nuevo código civil argentino, donde se introduce esta modalidad preventiva de la responsabilidad civil

Por último, el autor realiza un estudio de los mecanismos judiciales que se emplean en nuestro ordenamiento jurídico con los cuales se puede acudir ante un juez para evitar un posible daño.

Moreno Valeria. ponencia “la función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/2017/08/Moreno-Valeria-1.pdf>

Este artículo la autora Moreno Valeria hace un análisis de la inclusión de la prevención como función de la responsabilidad civil en el código argentino y a su vez analiza los límites impuestos al destinatario de esta medida, y los parámetros que debe tener en cuenta el juez al momento de dar lugar a esta acción.

Troncoso María Isabel (2010). el principio de precaución y la responsabilidad civil Revista de derecho privado No 18, 2010
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/407/387/0>

En este artículo la autora Troncoso María Isabel nos habla sobre el origen y la definición del principio de precaución y la adopción de este en el derecho francés dentro del contexto del medio ambiente, analiza a su vez la prevención y la precaución y como fue evolucionando este último de ser un concepto meramente filosófico hasta alcanzar el estatus de principio legal, y su aplicación dentro de la esfera de la responsabilidad civil.

Moreno Valeria (2015) Evolución y actualidad de la responsabilidad civil. revistas anales de la facultad de ciencias jurídicas y sociales. Universidad Nacional de la plata. Año15/No 48-2018.
<https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/5093/5448/>

En este artículo la autora nos habla acerca de los cambios significativos que ha tenido la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico argentino, la sistematización de los derechos de las personas de manera individual o colectiva y por supuesto la introducción de la prevención como parte de las funciones de la responsabilidad civil, la reparación en el ámbito contractual y extracontractual y las diferencias que se suscitan de estas debido a su naturaleza.

Quiñones rojas Sergio (2012). Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria. Revista vniversitas num. 125 <http://vlex.com/vid/potencial-preventivo-indemnizatoria-493037866>

En este artículo el autor hace un examen de la función preventiva de la responsabilidad y su estado para la época de la investigación, a su vez que analiza los antecedentes más importantes dentro del civil law y el common law.

Analizado lo anterior el autor propone dos grandes interrogantes ¿resulta jurídicamente posible reincorporar la punición y la prevención en ordenamientos como el colombiano? y ¿Cómo lograrlo? Pues esta figura de la prevención no es ajena a la tradición histórica de los sistemas de responsabilidad civil continental y mucho menos al sistema jurídico colombiano pues este de manera muy general las acoge.

Philippe Le Tourneau. (2016) Evolución de la responsabilidad civil ¿De la prevención a la precaución? Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 4 - diciembre 2016 - Derecho de Daños
http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=bc02f213f26e5a7850acc8d3dc4c8f95&hash_t=211feb6c8a9801ccdeaa14141e5ae20e

El autor nos muestra un panorama general de la responsabilidad civil que se caracteriza por su flexibilidad al momento de determinar la culpa o en su defecto los nexos de causalidad del daño, situación que lo llevo a hacer un arribo en las funciones de la responsabilidad civil incluyendo la prevención pues no solo es función de la responsabilidad reparar o volver a su estado anterior a la víctima sino que también tiene un papel preventivo que en los últimos tiempos ha tenido mayor relevancia sobre todo con la aparición del principio de precaución que surgió en Alemania teniendo su aprobación en la ley, el cual también ha tenido su desarrollo en la unión europea sobre todo en temas de medio ambiente y en la seguridad de productos dirigidos a consumidores.

Finalmente, el autor hace un análisis a fondo del principio de precaución y sus posibles riesgos ya que en oportunidades puede llegar a tornarse instigador al momento de su aplicación, situación que no ocurre en el ámbito contractual donde por el contrario incrementa su vigilancia en relación a la naturaleza de los actos.

Papayannis, Diego M (2014). La práctica del alterum non laedere. *Isonomía*, (41), 19-68
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200003&lng=es&tlng=es

En este artículo, el autor realiza un estudio acerca del principio del alterum non laedere, siendo este el principio rector de la responsabilidad civil, analizando su importancia y razón de ser en la responsabilidad civil, el autor concluye en el presente artículo, que la responsabilidad civil se encuentra basada en evitar la posible ocurrencia de daños y que la reparación de estos sea solo subsidiariamente, lo anterior basado en la creencia de que un mundo normativamente ideal sería aquel en el cual los daños sean evitados, y no ocurridos para después ser compensados.

Milkes, Sánchez Sarah (2015) de la función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna. <https://docplayer.es/50135500-De-la-funcion-preventiva-de-la-responsabilidad-civil-y-la-distribucion-del-riesgo-en-la-sociedad-moderna.html>

A pesar de ser un ensayo acerca de la responsabilidad civil y aspectos de esta en el contrato de seguros, se analiza también la función preventiva de la responsabilidad civil, recolectando información y posturas planteadas por diferentes autores del tema, la función preventiva tiene su razón bajo el principio romano de alterum non laedere, viendo su aplicación en las medidas tomadas para prevenir un daño, la función preventiva cumple con un papel costo-beneficio partiendo de la idea en la cual en un sistema indemnizatorio resulta más eficaz y económico prevenir que reparar.

Podría afirmarse entonces que la función preventiva no es excluyente de la función compensatoria, sino que se integran mutuamente.

2.2 Marco Teórico

2.2.1 La prevención como función de la Responsabilidad Civil y del Estado, según la doctrina colombiana y Argentina

En materia jurídica es muy frecuente ver en constante cambio las normas y leyes que nos rigen, ya que estas se ajustan a las necesidades de la sociedad y son la expresión de un grupo de personas en aras de mantener el orden de la vida en sociedad a través de la justicia, con el único objetivo de lograr que la convivencia en comunidad se haga de tal manera que cuando se traspase de alguna forma la esfera personal de los derechos de las personas, se cuente con un recurso o figura que pueda resarcir tal situación.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que, como sociedad, estamos en una constante transformación, es muy frecuente encontrarnos con situaciones embarazosas en las que por el desarrollo de cierta actividad se vean afectados derechos de terceras personas ajenas a las actividades desarrolladas, es así como los sistemas jurídicos se han visto en la necesidad de legislar en esta materia y es cuando vemos el surgir de una figura que por años ha estado en el ojo del huracán, la responsabilidad civil pues esta misma ha sido objeto de discusión en materia doctrinal, y es que no debemos olvidar que cuando hablamos de Responsabilidad Civil, se define “*como el compromiso de tipo moral que surge a través de una eventual equivocación o de una falta que comete una persona. ...obligación de reparar y compensar el daño causado*”. Pero conforme a la realidad colombiana podemos afirmar que más que un compromiso moral debe ser social, pues como sociedad estamos en la obligación de evitar trasgredir o traspasar la esfera de los derechos fundamentales de las personas, que de lo contrario traerá como consecuencia la reparación del daño.

A medida que se avanza en el tema es necesario preguntarnos ¿realmente esta reparación de la que se habla en la responsabilidad civil es coherente con el daño que se le causa a la víctima? No estamos cuestionando las funciones de la responsabilidad civil ni mucho menos desprestigiando tan notable figura que ha servido para que las víctimas de daños causados en materia civil puedan sentir que se les ha reparado el daño causado; pero nos planteamos la posibilidad de estudiarla mucho más a fondo, pues para dar respuesta a este interrogante se hace necesario analizar la responsabilidad en sus diferentes funciones y especialmente nos centraremos en una que en los últimos años ha sido materia de discusión doctrinal, la prevención, como tal se estudiará si está en realidad es una de las funciones de la responsabilidad civil y de ser así en que parte se puede enmarcar ya sea como función principal o secundaria.

Si decimos que la responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño causado, se ha planteado por varios doctrinantes por qué la misma institución que repara o compensa el daño, no lo evita (Restrepo, 2008, p. 223). Pues bien, mucho se ha suscitado acerca de la verdadera función de la responsabilidad, especialmente cuando hablamos de prevenir, aquí entra a jugar un papel importante los ordenamientos jurídicos, en algunos países ha tenido una gran acogida al punto de llegar a introducirse la prevención como parte de la responsabilidad civil, que más adelante analizaremos.

Por el momento nos ocuparemos de la prevención cuya definición la encontramos de manera muy general en cualquier diccionario, y nos guiamos por la expresada por el diccionario de significados el cual *reza “acción y efectos de prevenir se refiere a la preparación con la que se busca evitar de manera anticipada un riesgo un evento desfavorable o un acontecimiento dañoso.”*

Jurídicamente encontramos muchas formas en las que se puede prevenir una conducta dañosa ya sea a través de las sanciones o castigos impuestos, al respecto Restrepo (2008) señala que:

La función preventiva se puede manifestar de dos formas en el derecho penal que es la prevención general, intimidación psicológica que ejerce la condena sobre los miembros de la sociedad, quienes, ante la amenaza de responder por la causación de perjuicios, procuran evitar al máximo las conductas dañinas. La segunda, es la imposición de un remedio preventivo, condena que ordena ejecutar una conducta abstenerse para evitar la ejecución de un perjuicio. (P. 220).

A su vez Torres (2015) señala que:

La prevención aparece como una premisa de significativa importancia en el estudio de la responsabilidad a la par de la reparación, ya que como señalaría Sergio Rojas, ni siquiera la más perfecta indemnización es capaz de erradicar la realidad histórica del daño. (p. 42)

Cabe en este punto señalar la importancia que ha tomado para los últimos años este tema de la prevención en relación con el daño y es que todo parte de ahí, tal y como lo señala el profesor Juan Carlos Henao “el daño es la razón de ser de la responsabilidad”, pues bien, como regla general entendemos que sin haberse causado un perjuicio no hay responsabilidad, la doctrina ha sido muy enfática en advertir que es necesario que el daño ocurra para que se configure el deber de reparar, de lo contrario esta no se haría efectiva, pero es ahí donde encontramos ese choque de pensamientos, el daño es ese perjuicio que trasgrede la esfera de los derechos de la persona y que por tanto deber ser cierto, ahora si analizamos la situación desde el punto de vista en que ese daño como tal no se ha consumado, pero que inevitablemente va a suceder, ¿ por qué esperar a que ocurra?, ¿ por qué esperar que la

víctima tenga que pasar por una situación de dolor que muchas veces es irremplazable aun con la indemnización de por medio?. Henao (2015) nos define el concepto de daño de la siguiente manera:

El daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad –imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos. (p.280-285):

Como podemos ver, aquí se da lugar a la prevención como función de la responsabilidad, al diferenciar la lesión definitiva o alteración del uso de un derecho otorgado.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos de diferentes países han adoptado este papel preventivo como parte de la responsabilidad civil, tal es el caso de argentina que con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación ha dado un nuevo rumbo a la responsabilidad civil pasando de un factor donde el papel protagónico se centraba en el agente dañador buscando si tenía alguna responsabilidad en el hecho ocasionado, a una responsabilidad que se basa en el riesgo, garantía y equidad de la víctima, aquí también entra a jugar un papel importante el juez al momento de tomar una decisión pues hay que tener en cuenta los límites que se le imponen a este cuando se trata de realizar el juicio de ponderación y como consecuencia dar aplicación a la prevención (Moreno, 2015, p. 187 - 201).

Moreno considera:

Que la reforma ha dado un importante pasó en miras a la Prevención, admitiendo un deber general y genérico, y adecuando la normativa a las demandas de una sociedad con

mayores riesgos, mayor consumo, criterios de solidaridad y concurrencia en la responsabilidad, y la incidencia colectiva del daño. (p. 6):

Por su parte en el ordenamiento jurídico colombiano, en cuanto al tema de la prevención en la responsabilidad civil y del Estado, si se analiza de manera detenida nos vamos a encontrar con esta figura pero de manera muy general, a modo de ejemplo el artículo 2359 del Código Civil menciona que el titular de la acción por daño contingente, podrá intentar acción en cuanto se vea amenazado su entorno ya sea por imprudencia o negligencia de una persona, esta norma contiene una hipótesis que permite a la víctima amenazada de cualquier daño acudir al juez para evitar la lesión, esto hablando de responsabilidad extracontractual, en cuanto a la responsabilidad contractual, se prevé que el acreedor podrá exigir el pago de la obligación antes del plazo, esto en el caso que considere que pueda ocurrir algún evento en el que el deudor no pueda cancelar el crédito artículo 1553 Código Civil. (Restrepo, 2008, p 228 229). Se puede observar entonces que aunque de manera muy explícita no se establezca la figura de prevención, si se establecen los medios para acudir al juez el cual para el caso colombiano sería el responsable de dar jurisprudencialmente un avance o comienzo de esta función como parte de la responsabilidad civil y del estado pues no se puede dejar pasar por alto la necesidad de legislar al respecto pues en una sociedad cambiante y donde a diario estamos expuestos a situaciones comprometedoras que afectan nuestra esfera personal, se hace necesario expandir el campo de acción al respecto.

2.2.2 Del alterum non laedere: el deber de no dañar, y un breve relato del papel de la prevención en España

Debemos partir de la idea de que en la responsabilidad civil se abarcan dos puntos de vista para definir este principio, el primero es el deber del agente activo que está ejerciendo

una acción, de no dañar. Y el segundo, es el derecho que tenemos nosotros, los pasivos ante este tipo de acciones, de no ser dañados en ninguno de nuestros diferentes ámbitos de vida, ya sea patrimonial o extra-patrimonialmente. Con lo anterior podemos inferir que el principio del “alterum non laedere” va de la mano y casi que de este emana la función preventiva y también reparadora de la responsabilidad civil y del Estado. Con la prevalencia de este principio, se busca no dañar, afectar o crear menoscabo en las personas que puedan verse afectadas por la ejecución de una acción determinada, en pocas palabras, hablamos de prevenir la ocurrencia de un daño, también, la protección a quien ha sido afectado de alguna forma, creando por esto, una responsabilidad para detener esta acción que crea daños y así mismo, o de otra forma, repararlo en medida de su afectación.

En la doctrina existe contradicción respecto a este principio de la responsabilidad civil, ya que una parte de esta avala la idea de que dentro del “alterum non laedere” va implícita la idea prevenir la ocurrencia de un hecho dañino sobre una persona, por el contrario, la otra parte rechaza la idea de la prevención dentro de este principio, porque no está taxativamente en la ley la palabra prevenir, solo se menciona el cuidado del agente que ejerce la acción y que este debe reparar cualquier daño que derive de su o sus diferentes acciones realizadas.

En este punto, debe realizarse un estudio donde se haga un análisis de forma objetiva y subjetiva en conjunto, a raíz de la discusión existente en la doctrina de la responsabilidad civil y del estado. En el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el área penal, no existe un artículo que mencione explícitamente las palabras “no matar”, o “matar está prohibido”, pero si existen artículos que mencionan los diferentes castigos y penas para quienes ejercen esta acción, dependiendo de las circunstancias de la conducta punible, por lo dicho anteriormente, es de entender que la ley castiga y prohíbe los asesinatos, sin necesidad

de hacer la aclaración en los artículos que tienen que ver con lo explicado anteriormente, es entendido por la sociedad. “A esto hace mención Papayannis (2014) en su artículo sobre la práctica del *alterum non laedere*”, cuando hace una comparación, pero con la legislación española, de la subjetividad que esta puede crear, pero del deber de interpretarla correctamente y concluye su idea de la siguiente forma:

Un estudio detallado del sistema requiere indagar en otros aspectos de la práctica para determinar si, pese a no estar explícitamente mencionado, puede derivarse la existencia del deber de todas formas a partir de las tesis dogmáticas presuponido de otros hechos de la práctica, como las actitudes o inferencias de los participantes, que no puedan ser explicados sin afirmar la existencia de un deber de no dañar.

Entonces, si la ley menciona sanciones y formas de reparación para quien ejerce una acción que crea un daño o afectación, dañar no está permitido en el ordenamiento jurídico, y el deber que se genera de esta norma, sería entonces la realización de la conducta contraria, el deber de no dañar.

Una norma como la expresada en el artículo 1902 del cc español (equivalente al 1109 del cc argentino que ella analiza) permite derivar una norma cuyo contenido está dado por el deber de no dañar. La inferencia, en realidad, está garantizada por el contenido de los conceptos centrales que organizan el derecho de daños. (Cerutti, 2011)

“Derivación del *alterum non laedere*:

Primera premisa: Si “dañar a otro” es ilícito, entonces, “no dañar a otro” constituye un deber. Segunda premisa: “dañar a otro” es ilícito. Conclusión: “no dañar a otro” constituye un deber”

Artículo 1902 del código civil español: El que [...] causa daño a otro [...] está obligado a reparar el daño causado

La primera premisa establece una relación conceptual entre la ilicitud y el deber jurídico, de modo tal que siempre que una acción sea ilícita tenemos el deber jurídico de evitarla. La segunda premisa surge de una interpretación del artículo 1902 a la luz de los conceptos básicos de la responsabilidad civil, conforme con la cual, dado que el ordenamiento sanciona la causación de daños, la acción de dañar es ilícita. Con estas dos premisas, es inevitable concluir que el artículo 1902 implícitamente dispone un deber de no dañar, pese a que su lectura literal solo prescribe la compensación de los daños causados. (Papayannis, 2014)

Finalmente, Sánchez (2015) establece la relación entre prevención, daño, y el principio del *alterum non laedere*:

La función preventiva, a diferencia de la resarcitoria, actúa *ex ante* de la causación del daño. Históricamente, tendríamos su razón bajo el principio romano de “*alterum non laedere*” o no causar daños al otro, donde encuentra su plena realización cuando se toman medidas dirigidas a prevenirlo. (p.6)

Medidas contempladas en el artículo 86 y artículo 88 de nuestra constitución política, que específicamente hacen referencia a la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales y acciones populares para la protección de derechos e intereses colectivos, y la ley 472 de 1998 que se encarga de regular el artículo 88 de la constitución política. En la constitución española podemos encontrar también este tipo de mecanismos, esta establece que cualquier ciudadano puede solicitar la tutela de las libertades y derechos

reconocidos por la constitución y que dependiendo del tipo de tutela que se requiera, se recurrirá a la jurisdicción necesaria

2.3 Marco Conceptual

Responsabilidad Civil y del Estado: obligación que nace a través del actuar dañoso de una persona, la cual tiene como objetivo principal restablecer o reparar los perjuicios causados a través del ilícito, con el fin de dejar a la víctima en la condición en la que se encontraba, o por lo menos en el estado más parecido posible.

Prevención: acción jurídica mediante la cual se busca evitar un riesgo, o que un daño que se prevé va ocurrir, no se materialice.

Daño: El daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico.

Alterum non laedere: El término alterum non laedere es quién se abstiene de la conducta prohibida por las leyes, obedece al precepto de no hacer daño a nadie, siendo justo. La alteración del justo equilibrio que lesiona los afectos, la persona y sus bienes, es decir, importa una lesión en sus derechos, obliga al restablecimiento del orden agredido.

Víctima: Persona que sufre un ilícito o afrenta a sus intereses patrimoniales o extra patrimoniales, que no está en la obligación de soportar, los cuales son causados por un agente dañador que ejerce o practica una actividad peligrosa.

Ordenamiento jurídico: el ordenamiento u orden Jurídico es el sistema de normas que rigen la organización legal de un determinado lugar y época. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico puede variar según la ciudad, provincia o país, o de acuerdo al momento histórico en cuestión.

Doctrina: concepto que sustentan los juristas y que influye en el desarrollo del ordenamiento jurídico, aunque cuando no originan derecho de forma directa.

2.4 Marco Legal

Legislación nacional:

La constitución política de Colombia se encarga de velar por nuestros derechos fundamentales y también nos otorga una serie de obligaciones para una correcta convivencia. Siendo de gran importancia para la realización de este trabajo, los artículos concernientes a mecanismos de protección de derechos e intereses colectivos, como lo son el artículo 86 y 88 y la ley 472 de 1998 que se encarga de regular este tipo de acciones populares mencionadas en el artículo 86 de nuestra constitución política y que crea un fondo para la defensa de estos intereses colectivos, que en materia fiscal se regulan bajo la ley 482 de 1998.

Las sentencias de las altas cortes en Colombia; Corte constitucional. Sentencia C 449 de 2015, Corte constitucional. Sentencia C 703 de 2010, Corte constitucional, sentencia T 204 de 2014, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso AP- 105, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP), Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 70001-23-33-000-2012-00156-01(51960), Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 25000-23-41-000-2016-01029-01(AP)A, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Proceso STC15835-2019, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso STC609-2020, sentencias en las cuales se tratan temas concernientes a tutelas, reparaciones directas y acciones populares. Las anteriores nos permiten establecer los criterios argumentativos emanados de estas cortes al momento de decidir acciones

preventivas y un estudio detallado de la aplicación, importancia de la prevención, junto con su evolución a través del tiempo en nuestro ordenamiento jurídico.

Legislación internacional:

En la constitución política española encontramos una similitud con los artículos anteriormente expuestos, el artículo 24 que menciona la tutela como protección para derechos e intereses, el artículo 54 regulando la institución del defensor del pueblo para ser legitimado en los mecanismo o procesos que permitan la protección de derechos a personas que puedan ser vulnerables , el artículo 86 en el cual se prohíben la adopción de medidas o normas que atenten contra los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, y el artículo 168 el cual menciona que cuando se modifique parte de este capítulo de derechos, deberes y libertades, las cortes deben aprobar esta novedad para ajustarse a derecho.

Código Civil español que habla acerca del daño, en el cual vemos inmerso el deber de no dañar, y de esta forma, la aplicación de prevención de daños

Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, artículos 1710 al 1713 donde se observa una transición en la Responsabilidad Civil, la cual hace un énfasis en la protección de los derechos de la persona.

3. Marco Metodológico

3.1 Tipo y método de investigación

La investigación en curso es de tipo exploratoria, pues se analiza la función preventiva como parte de la Responsabilidad Civil y del Estado y a su vez la inclusión que ha tenido esta en el ordenamiento jurídico colombiano, Argentino y Español, siendo este un tema que aún no se encuentra totalmente definido en la doctrina o leyes referentes, y con la investigación en curso buscamos ampliar la información existente y entender de una forma más amplia este objeto de investigación.

El método de la investigación es deductivo pues busca en las posturas planteadas por los diversos autores, los principales factores expuestos y el desarrollo que ha tenido en diferentes ámbitos la función preventiva como parte de la responsabilidad civil y del Estado y su posible aplicación o introducción de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano.

3.2 Enfoque de investigación

A su vez el enfoque de la investigación es de tipo cualitativo, ya que en la utilización de las fuentes bibliográficas se tiene en cuenta el punto de vista de cada autor de los diferentes documentos recolectados ya sea artículos, ensayo, tesis de grado o revista científicas que desarrollan el tema objeto de estudio de los cuales se hace un análisis exhaustivo con el fin de obtener una postura respecto al tema.

“El método cualitativo o método no tradicional: De acuerdo con Bonilla y Rodríguez (2000), se orienta a profundizar casos específicos y no a generalizar. Su preocupación no es prioritariamente medir, sino cualificar y describir el fenómeno social a partir de rasgos determinantes, según sean percibidos por los elementos mismos que están dentro de la

situación estudiada. (...) Los investigadores que utilizan el método cualitativo buscan entender una situación social como un todo, teniendo en cuenta sus propiedades y su dinámica. En su forma general, la investigación cuantitativa parte de cuerpos teóricos aceptados por la comunidad científica, en tanto que la investigación cualitativa pretende conceptuar sobre la realidad, con base en la información obtenida de la población o las personas estudiadas”. De César A. Bernal (2010) Metodología de la investigación.

3.3 Técnicas e instrumentos para recolección de datos e información

La técnica propuesta para la recolección de la información de la presente investigación, fue el análisis documental de diversos artículos nacionales e internacionales, revistas científicas, jurisprudencia, tesis de grado, ensayos, libros y la normatividad colombiana.

4. Resultados

4.1 Diferencia entre precaución y prevención en la Responsabilidad Civil

El tema a desarrollar a continuación, y a través del cual se pretenderá modestamente, ofrecer alguna claridad al lector, es acerca de la diferencia que existe entre precaución y prevención, porque, aunque se conciban como conceptos semejantes, la realidad indica que distan sustancialmente el uno del otro, en especial guardan divergencias en la certidumbre o incertidumbre del daño.

Los anteriores conceptos se explicarán a continuación, para ello iniciaremos con la precaución que como lo hemos visto registrado en los diferentes artículos estudiados, encontramos que este, tuvo su origen en el ordenamiento jurídico alemán en los años 70, el cual tenía como objetivo la utilización de mejores técnicas de producción por parte de las empresas, para así evitar la contaminación cuando no hubiese una certeza científica de los daños que se pudiesen ocasionar, pero a su vez sin afectar la economía de las mismas (Troncoso, 2010).

Pero a pesar de ello fueron los países nórdicos los encargados de invocar por primera vez este principio, con el fin de tomar medidas a causa de los problemas ambientales que surgían para la época y debido a la ausencia de normatividad por parte de los Estados para controlar el impacto que traería para el medio ambiente las nuevas tecnologías, y en efecto la declaración ministerial de la segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte de 1987 consideró que:

Se impone una aproximación a la precaución con el fin de proteger el Mar del Norte de los efectos nocivos eventuales de sustancias peligrosas. Esta forma de acción requiere la adopción de medidas de control sobre las emisiones de estas sustancias

incluso antes de haber establecido oficialmente un nexo de causa-efecto sobre el plano científico.

Al respecto conviene mencionar que a medida que las circunstancias lo ameritaban y la precaución era invocada con mayor frecuencia, esta pasa de ser un simple concepto para elevarse a rango de principio, y su desarrollo jurídico, especialmente en el marco del derecho internacional ambiental ha sido de gran importancia e interés, pues nace con la necesidad de minimizar daños de los cuales no se tenía certeza si iban a suceder; los autores Avendaño, Gómez, Riaño y Velandia (2016) mencionan algunas normas donde se ha afianzado este principio:

Ley contra la contaminación atmosférica: El Vorsorgeprinzip (principio de precaución) abre el camino en la política ambiental de la República federal Alemana en los años 70s La política ambiental no se agota en la defensa contra peligros amenazantes y la reparación de daños ya acaecidos. Una política ambiental precautoria (Vorsorgende Umweltpolitik) exige, más allá de eso, que los fundamentos de la naturaleza sean apropiadamente valorados y conservados (declaración del Gobierno Federal 1976).

Primera y Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte 1984 y 1987 respectivamente: Ha de actuarse preventivamente “cuando haya razones para suponer que es probable que tales sustancias causen daño a los recursos vivientes del mar, incluso si falta la prueba científica de un nexo causal entre emisiones y efectos.”

Protocolo de Montreal sobre sustancias que debilitan la capa de ozono, 1987: “las partes que ocurren a este Protocolo (...) han determinado proteger la capa de ozono

con la adopción de medidas precautorias para controlar de manera equitativa las emisiones globales totales de sustancias que la debiliten, con el objeto último de eliminarlas, utilizando el desarrollo del conocimiento científico...” (26 ILM 1541).

Declaración final de la Tercera Conferencia Internacional sobre Protección del Mar del Norte, 1990: “Los participantes (...) continuarán aplicando el principio de precaución, esto es, realizando acciones para impedir los impactos potencialmente dañinos de sustancias que son persistentes, tóxicos y susceptibles de bioacumularse, aun cuando no haya evidencia científica que pruebe un vínculo causal entre las emisiones {de contaminación a las aguas oceánicas} y los efectos.”

Tratados de Maastrich (1992) y Amsterdam (1994) por los que se constituye la Comunidad Europea (luego Unión Europea): La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las diferentes regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma, y en el principio de: “quien contamina paga.”

Ley Barnier, de 2 de febrero de 1995, que incorpora al Derecho Francés el principio de precaución: El principio de precaución es el principio según el cual la ausencia de certidumbre, habida cuenta de los conocimientos científicos y técnicos del momento, no debe retrasar la adopción de medidas eficaces y proporcionadas para evitar un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente, siendo los costes económicamente aceptables.

Programa de acción en pro de la ciencia (marco general de acción), aprobado en la Conferencia Mundial sobre Ciencia: La ciencia para el siglo XXI –Un nuevo compromiso, Budapest, 26 de junio a 1 de julio de 1999: “Vivimos en un mundo complejo caracterizado por la incertidumbre inherente en cuanto a su evolución a largo plazo. Los encargados de la adopción de decisiones deben tomar en cuenta este factor, y, por consiguiente, tienen que fomentar el desarrollo de nuevas estrategias de previsión y vigilancia. El principio de precaución es un principio rector importante cuando la incertidumbre científica es inevitable, sobre todo cuando las repercusiones son potencialmente irreversibles o catastróficas (parágrafo 34)

Convenio de Estocolmo para la eliminación de contaminantes y organismos persistentes firmado el 23 de mayo de 2001 en Estocolmo: Como en el Protocolo de Cartagena se adopta el convenio de Estocolmo la definición del principio de precaución de la Declaración de Río. Pero se da un pago adicional de suma importancia al hacer operativo el principio de precaución. Además de prohibirse la “docena sucia” de Contaminantes Orgánicos Persistentes (COP), se veta la eliminación de sustancias sospechosas, aunque falte una completa evidencia científica. (p. 14,15,16).

Como se observa el desarrollo de este principio se extendió a otros países de manera inusual, y llegó a consolidarse en la comunidad europea, de tal forma que Francia lo adoptó en el marco de la protección del medio ambiente y en el 2005 se aprobó la inclusión de la carta del medio ambiente en la constitución, la cual en su artículo 5 reza:

Cuando la producción de un daño, aunque incierta en el estado de los conocimientos científicos, pueda afectar de manera grave e irreversible al medio ambiente, las

autoridades públicas velarán, mediante la aplicación del principio de precaución y en sus ámbitos de competencia, por la implantación de procedimientos de evaluación de riesgos y la adopción de medidas provisionales y proporcionadas con el fin de prevenir la producción del daño.

Su evolución ha sido tan significativa que ha llevado a que su aplicación se extienda en otros ámbitos como la salud pública y la alimentación, en aquellos casos donde se ha hecho necesario para la protección de la vida, siendo así un principio aplicable para las políticas públicas por parte de los Estado para satisfacer así las necesidades de quienes lo integran.

Como se mencionó al inicio de este capítulo, para la aplicación de estos conceptos se debe tener en cuenta la certeza o incertidumbre que se tiene del daño a ocurrir, y como se ha desglosado hasta el momento es de suma importancia reiterar que la precaución no se aplica a cualquier situación de riesgo (contrario a la prevención), es decir, es aplicable cuando NO existe una certeza científica, en otras palabras cuando se crea una incertidumbre que surge a partir de una sospecha de peligro. Así y teniendo en cuenta las diferentes definiciones que la doctrina ha intentado darle a este principio podemos traer a colación la expuesta por la Dirección General 24 de la Comisión Europea (citado en Bernal y Noriega, 2010) la cual define el concepto en los siguientes términos:

El principio de precaución es un enfoque de gestión de los riesgos que se ejerce en una situación de incertidumbre científica frente a un riesgo. Se traduce en la exigencia de actuar frente a un riesgo, potencialmente grave sin esperar a los resultados de la investigación científica.

De acuerdo a lo anterior cabe resaltar que al dar aplicación al principio de precaución se deben manejar unos límites los cuales son: a) la decisión solo puede llevarse a cabo en

situaciones donde no exista certeza y, b) la carga económica debe ser soportable para el sujeto en quien recae el deber de precaver. Es necesario en este punto traer a colación lo mencionado por Bernal y Noriega, 2010 “(...) Esta diferencia contextualiza el Principio de Precaución como una herramienta que se utiliza antes de que el riesgo nazca; por eso, la situación de incertidumbre acerca del riesgo es un elemento primordial del concepto que se analiza” (p.15).

En efecto uno de los puntos a resaltar de este principio es el analizar detalladamente la situación que se estuviere presentando, y que exista ese riesgo potencial que coloca en peligro ya sea la salud, el medio ambiente o la vida y por ende entender que si no se tiene la certeza científica de los daños que se pudieren ocasionar, simplemente se dé la aplicación de este, Bernal y Noriega (2010) mencionan:

Hay que advertir, sin embargo, que la calificación de la gravedad de la amenaza dependerá siempre de las situaciones particulares de cada caso y del contexto en el que se pretenda tomar una medida de prevención. En todo caso, es importante señalar que el principio de precaución debe estar dirigido a situaciones que amenacen de gravedad a bienes jurídicos de cierta importancia. De no ser así, se terminaría sacrificando otros derechos tales como la libertad industrial y personal, sin una justificación suficiente. (p. 19)

4.1.1 La prevención

Ahora analizaremos de manera detallada la prevención, que como se dijo anteriormente, difiere mucho del principio de precaución ya que su diferencia recae en la seguridad o certeza que se tiene de que existe un riesgo actual, dicho de otra manera, para la aplicación de la prevención es necesario tener en cuenta el peligro que se está evidenciando en el momento, al respecto Roberto Andorno 2004 (citado por Bernal y Noriega, 2010)

establece una diferencia relevante entre la precaución y la prevención, argumentando que se hace relación al primero de los términos cuando se desconoce la relación causal entre una determinada tecnología y un daño. En cambio, se habla de prevención cuando se sabe la peligrosidad de la sustancia o la actividad, pero no se puede establecer con certeza si el daño va a ocurrir o no.

Puede agregarse que la prevención atiende a una necesidad surgida en los últimos años para la protección de garantías y derechos previos a la lesión de estos, teniendo así la prevención como un medio o sistema de protección, evitando así una reparación de un daño ya ocurrido, en relación a esto el autor Restrepo Rodríguez (2010) menciona lo siguiente:

La prevención como la reparación de un daño futuro, considera que dicho daño no es eventual sino cierto, prueba de ello es que el remedio preventivo solo opera cuando el daño es inminente. En efecto, si de las circunstancias que rodean la amenaza se puede inferir que de no intervenir el remedio preventivo inexorablemente sucederá el daño, se puede decir que el daño temido no es eventual sino cierto. Al existir un daño cierto, según esta tesis, la evitación del mismo constituye una reparación, es más, en el sentir de sus partidarios “[...] no hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación” (p.224)

Analizando estos dos conceptos, la precaución y la prevención, observamos que hay algo en común entre ellos y es la posibilidad de la ocurrencia de un hecho dañino, ya sea que exista o no una certeza de que este se va a ocasionar, y es que este elemento está muy presente en nuestro diario vivir, siempre vamos a estar expuestos a un mínimo de peligro ya sea al atravesar una calle, pasar cerca de una construcción, etc. Es decir, nuestros bienes jurídicos y materiales estarán expuestos a algún daño en determinado momento. Al hablar de prevención

estamos hablando de actuar antes de que se inicie la vulneración del derecho, suprimiendo de esta forma la angustia o el momento de miedo de la persona afectada.

Al mismo tiempo podemos afirmar que la prevención es muy dinámica, dicho de otra manera es un concepto que se puede aplicar en diferentes campos de acción donde se busca prevenir o evitar un riesgo, por consiguiente aquí podemos introducir a la Responsabilidad Civil y del Estado como uno de esos campos de acción donde la prevención hace presencia, pues ha sido tendencia en la actualidad atribuirle a esta una función preventiva, situación que ha llevado a que en los últimos tiempos sea tema de discusión por las funciones que se le atribuyen, pues como ya se conoce y no está de más resaltar, esta busca dejar a la víctima en el estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, lo que nos lleva a analizar desde un punto de vista más crítico las funciones de la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que para algunos doctrinantes es más reparadora que preventiva, pero no se debe pasar por alto el hecho de que al prevenir una situación de riesgo se estaría reparando en cierta forma a la víctima; y siempre será mejor acudir a las medidas de prevención, que a una acción de reparación cuando el daño ya está totalmente ocasionado y de él ya se han derivado consecuencias irreversibles para un sujeto de derechos.

4.1.2 La prevención como función de la Responsabilidad Civil y del Estado

Nuestro objetivo con la presente investigación es analizar detalladamente si es posible atribuirle a la responsabilidad civil una función preventiva. Como se dijo en el párrafo anterior la responsabilidad civil busca reparar a la víctima cuando esta ha sido sometida a una eventualidad donde se ve afectada ya sean sus bienes jurídicos o materiales, En palabras de Tamayo Jaramillo 2007 (mencionado en Mora Mejía)

La responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar un daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar.

Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica, en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.

Esta es la consecuencia, cuando el comportamiento del individuo causa daños en la esfera patrimonial o extrapatrimonial del tercero y derivado de ello se genera el deber de reparar. Si se analizan los diferentes puntos de vista que se dan en relación al tema, en su mayoría la doctrina comparte este parecer, donde además se incluye el hecho de que para que el agente dañador repare el daño causado se debe configurar unos elementos propios de la responsabilidad: el hecho ilícito, el daño y el nexo de causalidad entre ese hecho y el daño. De ahí que el daño ocasionado debe provenir de la conducta del agente dañador, es decir, su actuar que se genera de un hecho ilícito es contrario al ordenamiento jurídico.

Como se ha señalado se evidencia una función reparadora de la Responsabilidad Civil, pues reparar el daño causado es el fin último de esta, lo que significa para la víctima un seguro que le garantice volver al estado inicial en el que se encontraba o por lo menos que el haber sufrido un perjuicio como consecuencia del daño, sea compensado. Sumado a esta función reparadora en ocasiones se evidencian otras funciones en la responsabilidad civil, dentro de las cuales encontramos una sancionatoria, que busca sancionar el actuar negligente

del individuo, está la podemos encontrar en ámbitos del derecho como el disciplinario o penal.

En este punto se concluye que la responsabilidad hace presencia porque el daño ya aconteció, de modo que al hablar de una acción preventiva como función de la Responsabilidad Civil y del Estado, se pretende que esta, actúe antes de que el daño ocurra, tomando en consideración aquellas situaciones así sean mínimas de riesgo; tarea que hasta el momento se puede decir conlleva una serie de opiniones divididas , teniendo en cuenta que algunos doctrinantes aseguran que la responsabilidad no admite el hecho de prevenir en vez de reparar, en palabras del autor Tomas Restrepo (2008):

La responsabilidad civil ha sido definida constantemente como la obligación de reparar el daño, de manera que una medida que no esté destinada a compensarlo, si no a evitarlo, no se adecua a dicha definición, desbordado el objeto de la responsabilidad civil (p. 223).

De acuerdo a nuestro objetivo de investigación, con este estudio se busca establecer en la Responsabilidad Civil y del Estado no solo funciones de reparación y compensatoria, sino que también se pueda incluir una función preventiva, que como ya mencionamos anteriormente, es la mejor forma de reparar, en cualquier ámbito donde esta se accione, y de esta forma resguardar los derechos de aquellas personas que pueden estar expuesto a un daño o en situación de riesgo por la realización de ciertas actividades, lo que nos ha llevado en el siguiente capítulo a hacer ese análisis de las diferentes posturas que hay respecto de este tema.

4.2 Diferentes posturas establecidas con la prevención y su función de acuerdo a la doctrina existente

En el ámbito de la responsabilidad civil encontramos doctrina que puede ser establecida en dos posturas respecto a la prevención como función de la responsabilidad civil; en primer lugar, se encuentra quienes están de acuerdo con que la responsabilidad civil posee una función preventiva y quienes rechazan la idea de la prevención como función de la responsabilidad civil.

De acuerdo con que a la responsabilidad civil se le atribuya una función preventiva, se destaca la profesora argentina Aída Kemelmajer de Carlucci, mencionada por Sebastián Torres (2014) que afirma:

La responsabilidad civil tiene una pluralidad de funciones establecidas en el siguiente orden: a) demarcatoria, pues la determinación de lo que daña marca el límite en el ejercicio de la libertad y los derechos del sujeto; b) vindicatoria; pues lo que importa es reparar el daño, aunque no se haya causado; c) preventiva; d) sancionatorias; e) compensatoria; f) distributiva; f) función de garantía respecto a la confirmación de los derechos del ciudadano. (p.39)

Como exponente y defensor de esta postura, tenemos también al profesor uruguayo Gustavo Ordoqui, quien siguiendo los planteamientos de diferentes autores y doctrinantes del tema, considera como funciones de la responsabilidad civil las siguientes:

a) ser instrumento de regulación social, la cual a su vez subdivide en la posibilidad de i) prevenir comportamientos antisociales y ii) dotar de una función económica al derecho de daños a partir de la eficiencia que produce el prevenir y evitar la causación de daños.(p.40)

El renombrado profesor Jorge Mosset Iturraspe., los daños, cualquiera que sea su fuente, deben ser evitados, toda vez que la idea de la prevención actúa con anterioridad a la producción del daño, lo que implica que el estudio de la responsabilidad debe comprender que “es la actuación del Derecho ex ante, mucho más conveniente que la presencia ex post”. (p.42)

Esto en concordancia con lo anteriormente mencionado, donde defendemos la idea de que la prevención siempre ocurre antes de la creación de un daño definitivo, siendo así una forma más afectiva para la protección de derechos fundamentales y el ahorro económico de posibles reparaciones, a continuación encontramos también el fundamento de nuestra anotación respecto a los beneficios de entrar a prevenir la posible ocurrencia de un daño y no tener que reparar cuando el daño ya ha ocurrido y ha derivado consecuencias fatales para la víctima y su agente dañador.

En este sentido y como dirían los renombrados profesores Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos,

La prevención del daño ocupa un rol fundamental. Prevenir es siempre mejor que reparar, tanto cuando la situación es mirada desde el punto de vista de la posible víctima, cuanto del potencial dañador y de la sociedad toda. La prevención del daño es uno de los grandes rasgos que presenta el derecho de nuestro tiempo y su valor se potencia en la medida en que mayor sea la repercusión de la acción dañosa. (p.53)

Rechazos a la idea de la prevención como función de la responsabilidad civil:

En la doctrina también encontramos destacados autores como Fernando Pantaleón, quien considera que “la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad

extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación. Y así debe sensatamente seguir siendo”. (p.54)

En este mismo sentido, Eugenio Llamas Pombo ha considerado que “no se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto efecto preventivo o disuasorio. (p.54)

También en esta línea se adscribe Reglero Campos, quien considera que la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, pero lo cierto es que una y otra aparecen desempeñando un papel secundario complementario”, y desde este ámbito legal, nuestro maestro Arturo Solarte Rodríguez ha señalado que “aun cuando en la actualidad no se discuta que a través de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil sea posible –y deseable– generar efectos preventivos, o incluso sancionatorios, para los hechos ilícitos causantes de daños es igualmente claro que la finalidad principal de este sistema normativo es la reparación de los daños injustamente sufridos por las víctimas. (p.54)

Con el análisis de la información anteriormente expuesta, es necesario establecer que no existe solo un enfrentamiento doctrinal, creando así dos vertientes en la responsabilidad civil, quienes apoyan y creen que la responsabilidad civil tiene una función preventiva y quienes apelan lo anterior, diciendo que la prevención no se encuentra en las funciones de la responsabilidad civil. Si no también, esto ha creado un interés en encontrar, establecer o considerar cuales son realmente las funciones principales de la responsabilidad civil o derecho de daños creando así un debate que lleva a que se establezcan diferentes tesis, siendo estas dos de gran importancia para este proyecto investigativo y un sustento para nuestro planteamiento objeto de investigación.

4.2.1. Diferentes escenarios donde actúa la prevención dentro de la esfera de la Responsabilidad Civil y del Estado

En relación con lo expuesto se plantea entonces analizar en este punto ciertos ámbitos del derecho en el que podemos apreciar como la Responsabilidad Civil y del Estado puede estar presente antes del acontecimiento del daño, esto es, por el solo hecho de existir una simple amenaza o la creación de un riesgo, lo que llevaría a colocar en marcha la función preventiva que se le atribuye a esta, y por consiguiente evitar poner en riesgo o peligro alguno, la vida, los derechos fundamentales y los bienes de las personas.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que hasta el momento y como se dijo en el capítulo anterior, la función primordial de la responsabilidad civil es de naturaleza reparadora, pues es la obligación que tiene un sujeto de reparar los daños causados injustamente, de tal manera que pueda compensar o satisfacer a la víctima, teniendo en cuenta que debe existir un nexo causal entre el daño ocasionado y el hecho generador del daño.

Desde nuestro punto de vista y saltando un poco de lo tradicional, al atribuirle una función preventiva a la responsabilidad civil y del Estado, se busca en cierta forma reducir la vulneración o la atenuación de un daño donde puede estar colocándose en peligro los derechos de una persona.

Antes de pretender apoyar o justificar el argumento anterior, es necesario hacer un énfasis en el principio general de no dañar, el *alterum non laedere*, principio de vieja data, quien marca sus orígenes en el derecho romano, caracterizándose por ser un tema de discusión en la doctrina, por los argumentos presentes a la hora de ubicar la existencia del mismo en la práctica, autores como Papayanis defienden la postura de que el *alterum non laedere* se acoge dentro del derecho civil, dando cabida a normas preventivas y compensatorias.

Atendiendo al hecho de que este principio consagra el deber de no dañar a los demás, que en otras palabras sería el deber de conducirse de tal manera que el comportamiento de un individuo no menoscabe los derechos de otros, ya sea en su vida o bienes, por lo tanto, toda conducta que cause un daño a otro se considera como ilícita, y debe ser reparada. Aquí se abre otro debate, que gira en torno a la responsabilidad civil, considerando que para algunos autores este es el principio rector del derecho de daños, y otros que por el contrario se acogen a la idea de que en los ordenamientos jurídicos no se impone el deber de no dañar, solo el de compensar el daño.

En lo atinente a este debate, se observa lo dicho por autores como Cerutti (2011) quien menciona que el *alterum non laedere*, se encuentra implícito en los ordenamientos jurídicos; como ejemplo de ello está el artículo 1109 C.C. de la legislación Argentina, expresa la autora, que de esta norma se deriva este principio, pues se establece una sanción para quien dañare a otro, lo que le permite concluir que del deber implícitamente impuesto en la norma se desprende una conducta contraria, es decir, no dañar (p.242). Con esta tesis se infiere que el *alterum non laedere* como principio general del derecho se encuentra vigente, por lo tanto, no se puede negar su existencia dentro del mismo.

A su vez resaltan posturas como la de Papayanis (2014) que más allá de aceptar que el principio se encuentra implícito en la norma, el autor menciona:

Diré que este principio puede observarse directamente en el razonamiento práctico de los juristas. El patrón de inferencias que llevan a un juicio de responsabilidad por el daño cometido y a la imposición de un deber de compensar no es completamente explicable sin presuponer un deber de no dañar. (p.31).

En este orden de ideas se observa que el deber de no dañar, ya sea que se encuentre de manera implícita en los ordenamientos jurídicos, o que este se vea reflejado en las normas y su práctica judicial, es el actuar que lleva a las personas a ser precavidos, que podemos interpretar como un mecanismo idóneo para resguardar los derechos de quienes se encuentren frente a un daño.

Por lo tanto, una vez conocidas los diferentes argumentos que existen respecto al tema, hoy en día nos encontramos analizando la postura de que a la responsabilidad civil y del Estado se le atribuye una función preventiva, esto bajo la premisa de que, en ocasiones, así sea reparado el daño causado no compensaría en su totalidad la calidad de vida de la víctima.

4.2.1.1 Prevención en el ámbito laboral para la mitigación del daño, lo que implicaría accionar la responsabilidad civil antes de que el daño ocurra

En este orden de ideas uno de los primeros ámbitos a analizar es el laboral, en este campo encontramos que al generarse una relación contractual entre quien va a desempeñar una labor (trabajador) y quien va a pagar o remunerar por la labor prestada (empleador) se establece un vínculo jurídico, que trae como consecuencia que cada una de las partes asuma una serie de obligaciones, que implicarían para el empleador tomar las medidas necesarias para evitar o prevenir las situaciones de riesgos, a los que se estaría exponiendo el trabajador al realizar sus actividades, situaciones en las que se pueden ver comprometida su salud o vida, puesto que estos riesgos dependiendo de la actividad pueden ocasionar daños irreversibles.

De acuerdo al párrafo precedente, como consecuencia de los riesgos a los que se somete un trabajador, se busca en cierta forma mitigar los mismos, en ese sentido es el empleador quien está en la obligación de velar por la protección del trabajador; motivo por el cual se implementa el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), el

cual proporciona a los trabajadores mejores condiciones laborales y los elementos necesarios para el desarrollo de su labor, y de esta manera garantizar que sus actividades se están realizando en un ambiente adecuado y así prevenir cualquier tipo de contingencias.

Al generarse este tipo de obligaciones para el empleador y frente al incumplimiento de alguna de estas, se configuran una serie de responsabilidades entre las que se encuentra la Responsabilidad Civil Contractual; responsabilidad que en nuestro ordenamiento jurídico exige estimar el comportamiento del agente dañador a través de su conducta culposa o dolosa, que consiste básicamente en evaluar el daño ocasionado y la conducta negligente de quien tenía la obligación de actuar conforme a derecho, para que de esta forma se origine el deber de reparar, de ahí que en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo se establece: “Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios (...)” Que no es otra cosa que la obligación de reparar el daño sufrido por el trabajador, cuando este derive del vínculo contractual existente.

Lo anterior lleva a concluir que la Responsabilidad Civil en temas laborales se desprende por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte del empleador, ya sea en la inejecución o ejecución incompleta de lo establecido en el contrato; según lo expresado por los autores Hernández, Pinzón y Sierra (2018):

Desde la obligación de la implementación por parte de las empresas de Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), viene tomando relevancia el tema de la responsabilidad civil que puede surgir como consecuencia del incumplimiento de las normas en esta materia, y que, como consecuencia de ello, se

producen accidentes dentro del centro de trabajo o con motivo de la ejecución de labores derivadas del vínculo laboral (p.73)

Esta relevancia mencionada por los autores en la que se enmarca la R.C., nos lleva a reforzar la idea, que es aquí donde se encuentra el quiebre estructural del derecho de daños, en este punto se le puede atribuir una función preventiva a la misma, considerando que es deber para el empleador la implementación de un sistema general de riesgo para prevenir que un daño ocurra, y de esta forma evitar consecuencias que para él se configuran en un detrimento económico; lo que significa que el actuar antes de que se vulneren los derechos al trabajador, podría considerarse como el remedio preventivo presente en la Responsabilidad Civil, al mismo tiempo, podemos ejemplificar, el hecho de que el empleador no asuma las obligaciones y deberes de protección del trabajador y este se vea expuesto a un accidente laboral, lo que significaría para el trabajador recurrir a la mecanismos judiciales con los que se cuenta hoy día para resguardar los derechos, que se encuentran contempladas en el artículo 86 y artículo 88 de nuestra constitución política, que específicamente hacen referencia a la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales y acciones populares para la protección de derechos e intereses colectivos, y la ley 472 de 1998 que se encarga de regular el artículo 88 de la constitución política, las cuales serán objeto de análisis más adelante.

Debe señalarse que con las diferentes posiciones que se encuentran en la doctrina, por un lado los que niegan darle un espacio a la prevención en la R.C., por el hecho de no existir un daño, considerando que la naturaleza de esta, es meramente reparadora, y por otro lado los que consideran que si cumple con una función preventiva, salta a la vista un gran interrogante ¿corresponde a la responsabilidad civil evitar que el daño ocurra? si se observa desde la

posición de la víctima siempre será mejor el hecho de prevenir que tener que reparar un daño que puede ocasionar perjuicios irreparables para él, si decimos que la responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño causado, se ha planteado por varios doctrinantes por qué la misma institución que repara o compensa el daño, no lo evita (Restrepo, 2008); es por ello que la prevención surge como respuesta a esa necesidad de aplicar medidas necesarias para evitar un riesgo o amenaza, de esta forma se amplía el campo de acción de la Responsabilidad Civil, pasando de una acción reparadora a una meramente preventiva que se encuentra presente antes de la ocurrencia del daño.

4.2.2. Medio Ambiente

La decisión de abarcar el tema del derecho de daños desde el punto del derecho ambiental, es debido a que este, es uno de los escenarios donde se observa un gran desarrollo de esta institución, pues no solo comprende la responsabilidad de particulares por el hecho de causar un daño, sino que también se observa la participación directa del Estado, siendo este uno de los mayores precursores para que los daños ocasionados se reparen, teniendo en cuenta que desde la Constitución de 1991 al Estado se le impone la obligación de velar y permitir condiciones adecuadas para gozar de un ambiente sano; y no está demás mencionar el gran afianzamiento que hoy en día han tenido en el ordenamiento jurídico los tratados y las normas internacionales referentes a temas del medio ambiente; o en su defecto ser propiamente responsable por alguna acción u omisión que conlleve la realización de un daño al medio ambiente, por ser un gran generador de obras que pueden traer consecuencias dañinas al mismo.

Ciertamente los avances tecnológicos y de infraestructura que permiten el desarrollo de la humanidad, y que vienen desde la creación de grandes industrias hasta la tala de un

bosque, son el foco de contaminación de hoy día, lo que trae como consecuencia que se desprenda un interés común, que busca en cierta forma castigar a quienes son generadores de estos daños que atentan no solo contra la vida humana, sino también animal y vegetal, de esta forma, podemos llegar a afirmar que se genera el campo de acción de la responsabilidad Civil y del Estado.

4.2.2.1. Conducta dañina en el medio ambiente que conlleva a una responsabilidad

La responsabilidad civil abarca dos regímenes en los cuales se enmarca la conducta del agente dañador, este es el objetivo y subjetivo, el primero se rige bajo la teoría del riesgo, riesgo que se crea por el hecho de realizar actividades altamente peligrosas sin importar la negligencia del actor, y el segundo que exige la culpa de quien causo el daño, el cual deber ser generado por quien está en el deber de actuar diligentemente. Para el profesor Juan Carlos Henao en temas del medio ambiente se hacía necesaria la búsqueda de nuevas teorías diferentes a las ya expuestas para poder enmarcar la responsabilidad dentro de este.

Desde esta perspectiva el autor considera importante 3 elementos para que se configure la Responsabilidad Civil incluida la del Estado, el primero el daño, segundo la imputación del daño y por último el deber de reparar, esto bajo la premisa de que el daño es el derrotero para que a la víctima se le pueda reconocer una indemnización, pues si no hay daño no es posible hablar de una institución que lo enmiende, es importante precisar que en materia de derecho ambiental existe una peculiaridad y es que el daño no se genera directamente a una sola persona aunque este fuese el escenario que se muestre, por ser bienes de los que se apropia un particular, sin embargo, considerando que el medio ambiente comprende el agua, el aire, etc., esto se deduce que al producirse un daño, este responde a una colectividad. Por supuesto aquí también juega un papel importante el agente dañador, pues es quien en ultimas

entra a reparar el daño ocasionado, por lo tanto la conducta desplegada por el agente dañador debe llevar a tomar medidas preventivas desde la responsabilidad civil para de esta forma mitigar los daños al medio ambiente, teniendo en cuenta que la reparación que se genera con ocasión del daño ambiental es un tema en discusión pues es válido decir que en ocasiones el hecho de reparar no significa que el daño cesa, si no por el contrario pueden verse los efectos de ese daño que repercuten en otros daños al medio ambiente, al respecto, la autora Hernández (2012) afirma:

El daño debe ser resarcido íntegramente y en principio la forma ideal y perfecta de conseguirlo es mediante la reparación en forma específica, pero esto no es siempre posible, los daños al medio ambiente son por regla general daños continuados, por lo que la situación se agrava, al prolongarse los efectos en el tiempo Por este motivo, el derecho permite el resarcimiento del perjudicado mediante la indemnización de los perjuicios irrogados cuando la reparación del daño se dificulta”. (p. 186).

La posición de la autora con respecto a la reparación, nos permite argüir la importancia de darle una función preventiva a la responsabilidad civil, pues la falta de precisión sobre si el daño que se está ocasionando cesa con el hecho de repararlo, genera gran incertidumbre no solo para el interés del afectado directamente sino también para el interés colectivo.

Con esta premisa y ante la ausencia de compromiso por velar por derechos que no son propios, y si sumamos a esto el hecho de que reparar o indemnizar no es garantía para gozar de un ambiente sano y libre de contaminación, es lo que conduce a la conclusión de que prevenir es la mejor forma en la que el derecho de daños sirve como garantía para que el individuo, pueda tener una calidad de vida óptima contenida en sus derechos fundamentales, en ocasiones lo económico no es la mejor forma de reparar sino prevenir, la autora enfatiza

en este punto “el derecho de daños es también un derecho preventivo, generando en el obligado el ánimo de no volver a cometer el hecho a que dio lugar el evento dañoso”(p.186)

Por tanto, apoyando la idea de quienes intentan incluir no solo una función reparadora a la responsabilidad civil, sino que también se le pueda otorgar una función preventiva, es necesario traer a colación nuevamente a la autora Hernández (2012) quien afirma:

La responsabilidad civil debe incluir no sólo la reparación *strictu sensu* sino también la adopción de medidas preventivas, y así lo ha manifestado la STS de 12 de diciembre de 1980 de la que se considera una de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo más importantes en el campo de la responsabilidad civil por daños al medio ambiente. (P. 186)

Con lo anterior es claro que el desarrollo de este precepto en materia ambiental en España, es muestra de que en algunos Estados aun cuando en los sistemas jurídicos no se ha implementado como tal esta función, jurisprudencialmente se ha creado cierto avance importante con el fin de prevenir los daños a los que puede estar expuesto el medio ambiente desde la institución de la responsabilidad civil.

Contrario a lo que ocurre en Argentina donde se le da un tratamiento especial a la función preventiva de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Código Civil de la Nación, que más adelante se analizará, es de importancia destacar el papel que tendrá el juez al respecto, pues será el encargado de dar aplicación a las medidas preventivas en aquellas situaciones que lo ameriten; el autor Pablo Lorenzetti señala:

En esta línea, y conforme lo faculta el artículo 1.713, el juez privilegiará la preeminencia de la prevención, la cesación y la recomposición por sobre la reparación de los daños ambientales. Asimismo tendrá necesariamente presente el carácter

colectivo del bien que está protegiendo. Todo ello, puede hacerlo de oficio e independientemente de lo que las partes aleguen en sus pretensiones ya que así se lo imponen los mandatos constitucionales a los que está sometido. (p.10)

Finalmente, como conclusión de su escrito afirma:

La propuesta del nuevo Código, intenta recorrer ese camino y provee de un sistema de responsabilidad civil cuya única función ya no es la resarcitoria o indemnizatoria sino que, por el contrario, promueve enfáticamente la prevención de los daños y ofrece una acción específica y exigible de tutela inhibitoria, con reglas, caracteres y efectos claros. Así, no solo de principios y valores vivirá el Derecho Ambiental. (...) (p.11)

Para finalizar este análisis de la prevención como mecanismo utilizado para evitar un daño, ya sea que este sea certero o no, es una forma de afianzar la Responsabilidad Civil y del Estado en los diferentes escenarios donde esta se pueda aplicar, pues su actuación antes de que el daño pueda ocurrir será mucho más certera y beneficiosa, que su actuación después de ocurrido el daño, teniendo en cuenta que este puede ser irreversible y con consecuencias irremediables para la víctima.

4.3 Criterios argumentativos de las altas cortes al momento de decidir acciones preventivas y las diferentes formas de reparación aplicadas a estas

4.3.1 Corte constitucional.

Sentencia C 703 de 2010

En el preámbulo de esta sentencia encontramos un texto de gran importancia para nuestro trabajo de investigación;

La Constitución encarga al Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, así como de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados, labor preventiva que adquiere especial significado tratándose del medio ambiente, para cuya puesta en práctica suele apoyarse en variados principios, dentro de los que se destacan los de prevención y precaución, pues dicha labor tiene que ver tanto con los riesgos o daños cuyo efecto no pueda ser conocido anticipadamente, como con aquellos en los cuales resulta posible conocer el efecto antes de su producción. (...) Las medidas preventivas por su índole preventiva supone la acción inmediata de las autoridades ambientales, por lo que la eficacia de esas medidas requiere que su adopción sea inmediata para evitar daños graves al medio ambiente. (...) En razón de que las medidas preventivas no tienen la naturaleza de sanción y que por su índole preventiva su ejecución y efecto debe ser inmediato.

Las medidas preventivas responden a un hecho, situación o riesgo que, según el caso y de acuerdo con la valoración de la autoridad competente, afecte o amenace afectar el medio ambiente, siendo su propósito el de concretar una primera y urgente respuesta ante la situación o el hecho de que se trate, y que si bien exige una valoración seria por la autoridad competente, se adopta en un estado de incertidumbre y, por lo tanto, no implica una posición absoluta o incontrovertible acerca del riesgo o afectación, como tampoco un reconocimiento anticipado acerca de la existencia del daño, ni una atribución definitiva de la responsabilidad, razones por las cuales su carácter es transitorio y da lugar al adelantamiento de un proceso administrativo a cuyo término se decide acerca de la imposición de una sanción. Así, no siendo la medida preventiva

una sanción, además de que se aplica en un contexto distinto a aquel que da lugar a la imposición de una sanción...

Dentro de las intervenciones, destacamos la de la Universidad del Rosario, en la cual se menciona lo siguiente: “señala el interviniente que las medidas preventivas de que trata la Ley 1333 de 2009 tienen su génesis en la Ley 9 de 1979, el Decreto 1594 de 1984 y la Ley 99 de 1993, y constituyen actos administrativos de carácter transitorio, de inmediato cumplimiento y sin ningún tipo de formalismos especiales, impuestos por las autoridades competentes cuando se advierte una infracción a las normas ambientales, con el objeto de precaver un daño a los recursos naturales y a la salud humana.

Respecto de su naturaleza jurídica, informa el interviniente que son una especie de orden administrativa de que dispone la autoridad ambiental en el ejercicio de los medios de policía para el mantenimiento del orden público ecológico, y que comprenden la protección, preservación y aprovechamiento de los recursos naturales. Así mismo indica que las medidas preventivas, como especie de medidas cautelares, constituyen un medio para la materialización del principio de eficacia de la Administración, toda vez que contribuyen a la protección del derecho colectivo al medio ambiente sano y a la efectividad de las decisiones del ejecutivo.

Como quiera que el objeto de las medidas preventivas es contrarrestar cualquier alteración que afecte de manera grave los recursos naturales, y el efecto que estas generan implica, en cierta medida, la restricción de derechos individuales, considera el interviniente que su aplicación debe estar íntimamente ligada a los postulados que, dentro del ordenamiento jurídico, irradian el debido proceso”.

También señala, que estas medidas tienen su razón de ser en los principios de prevención y precaución, siendo el primero un principio que busca evitar los daños futuros, pero ciertos y medibles.

“Así las cosas, para el interviniente la aplicación inmediata de las medidas preventivas establecidas en la norma demandada resultan acordes con la Constitución Política, en tanto exista peligro de daño sobre el medio ambiente y el acto mediante el cual se adopte la decisión sea motivado y excepcional”.

En las consideraciones de la corte encontramos que la corte constitucional concuerda con que “por su parte, el artículo 80 encarga al Estado de planificar “el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”, *le asigna el deber de* “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados” y le impone cooperar “con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

Sin necesidad de mencionar la palabra prevenir, con exactitud, se infiere por lo dicho en este artículo de nuestra carta magna, concordando así con los argumentos expuestos anteriormente en la realización de la presente investigación, donde mencionamos que las normas cumplen con un carácter preventivo aun así, cuando esta no mencione la prevención al pie de su letra.

“En el apartado anterior se hizo especial mención del artículo 80 de la Constitución que encarga al Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, así como de imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. La primera parte de la disposición citada constituye el fundamento de una labor preventiva que adquiere

especial significado tratándose del medio ambiente, para cuya protección se le otorga una singular importancia a la evitación de la vulneración o del daño que pueda llegar a presentarse, dado que buena parte de las causas de perturbación, de concretarse, tendrían impactos irreversibles y, en caso de resultar posible la reversibilidad de los efectos, las medidas de corrección suelen implicar costos muy elevados”. Como también, ya habíamos mencionado en capítulos anteriores, prevenir siempre será mejor que reparar, en cuanto a la protección de derechos fundamentales y los costos que la vulneración y daño a estos acarrear.

“A fin de responder el cargo formulado conviene reiterar que las medidas preventivas responden a un hecho, situación o riesgo que, según el caso y de acuerdo con la valoración de la autoridad competente, afecte o amenace afectar el medio ambiente y que, como su nombre lo indica, su propósito consiste en concretar una primera y urgente respuesta ante la situación o el hecho de que se trate, para precaver la eventual ocurrencia de un daño irreversible o de muy difícil o costoso tratamiento que podría generarse si no se interviene oportunamente o para hacer cesar la actividad o situación causante de la afectación previamente valorada por la autoridad ambiental que adopta la medida.”

“Al equiparar las medidas preventivas y las sanciones y al predicar que por un mismo hecho se sanciona dos veces, el actor establece un nexo inescindible entre medidas y sanciones que no corresponde a la realidad, pues no es inexorable que la aplicación de una medida preventiva tenga que conducir, siempre, a la imposición de una sanción”. Esta es una confusión u objeto de controversia que se encuentra presente también en la doctrina del derecho, la prevención no siempre trata de buscar una retribución económica o sanción alguna... muchas veces, solo busca detener la posible causación de un daño y crear así una

referencia para mayor cuidado y observación a futuras actividades que impliquen un riesgo de daño al medio ambiente, en este caso.

También recuerda la Corporación que las medidas preventivas, por el solo hecho de serlo, *no tienen que ser necesariamente leves*, pues su propósito es atacar una afectación o un riesgo grave e impedir, según el caso, que se prolongue la producción de consecuencias nocivas para el medio ambiente o que se configure un daño ambiental avizorado como grave, irreparable o de muy difícil tratamiento. Así pues, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, el tipo de afectación o de riesgo a prevenir condiciona la clase de medida preventiva a adoptar y, así mismo, la dimensión de la afectación, del riesgo o del daño que podría sobrevenir determina la intensidad de la medida aplicable.

“Adicionalmente, procede puntualizar que las sanciones cumplen una función preventiva, aunque en un sentido diferente al que corresponde a las medidas preventivas, pues se trata, en su caso, de la función de prevención general que pretende disuadir a todos aquellos que “estén próximos a la sanción” y también al sujeto infractor para que no vuelva a incurrir en las conductas que violan normas ambientales o causan daños”, dando esto peso a nuestro análisis en esta investigación, en el que mencionábamos que toda ley o norma lleva intrínseco la prevención ,y siendo esto aplicable también, a distintos ámbitos del derecho.

Sentencia T 204 de 2014

En las consideraciones de la corte constitucional, encontramos una referencia de la sentencia T-411 de 1992, que dice lo siguiente: Para la Corte la ratio iuris de la Constitución ecológica se fundamenta en:

Un problema que de seguirse agravando al ritmo presente, acabaría planteando una auténtica cuestión de vida o muerte: la contaminación de los ríos y mares, la progresiva desaparición de la fauna y la flora, la conversión en irrespirable de la atmósfera de muchas grandes ciudades por la polución, la desaparición de la capa de ozono, el efecto invernadero, el ruido, la deforestación, el aumento de la erosión, el uso de productos químicos, los desechos industriales, la lluvia ácida, los melones nucleares, el empobrecimiento de los bancos genéticos del planeta, etc., son cuestiones tan vitales que merecen una decisión firme y unánime de la población mundial. Al fin y al cabo, el patrimonio natural de un país, al igual que ocurre con el histórico - artístico, pertenece a las personas que en él viven, pero también a las generaciones venideras, puesto que estamos en la obligación y el desafío de entregar el legado que hemos recibido en condiciones óptimas a nuestros descendientes.

Siguiente a esto, encontramos también, dentro de estas consideraciones el siguiente fragmento:

De las anteriores normas superiores que pretenden defender y proteger la naturaleza y el medio ambiente, podemos concluir las siguientes reglas constitucionales: i) el Estado colombiano debe proteger las riquezas naturales de la Nación, siendo propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables; ii) el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado que busca garantizar el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida; iii) la propiedad privada debe ceder al interés público cuando resulte en conflicto con motivos estatales de utilidad pública o interés social; iv) a la propiedad privada le es inherente una función social y ecológica; v) todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano; vi) el Estado debe

proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines; vii) El Estado debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; viii) *El Estado debe prevenir* y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados; ix) el goce de un ambiente sano constituye un derecho e interés colectivo; y x) la explotación de un recurso natural no renovable causa una contraprestación económica a título de regalía a favor del Estado.

La corte constitucional trae a colación un fragmento de una sentencia pasada, bajo radicado C-632 de 2011, el cual es el siguiente: “En ese orden de ideas, para este Tribunal Constitucional, el medio ambiente constituye:

(...) un bien jurídico constitucionalmente protegido, en el que concurren las siguientes dimensiones: (i) es un principio que irradia todo el orden jurídico en cuanto se le atribuye al Estado la obligación de conservarlo y protegerlo, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación; (ii) aparece como un derecho constitucional de todos los individuos que es exigible por distintas vías judiciales; (iii) tiene el carácter de servicio público, erigiéndose junto con la salud, la educación y el agua potable, en un objetivo social cuya realización material encuentra pleno fundamento en el fin esencial de propender por el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país; y (iv) *aparece como una prioridad dentro de los fines del Estado, comprometiendo la responsabilidad directa del Estado al atribuirle los*

deberes de prevención y control de los factores de deterioro ambiental y la adopción de las medidas de protección.

Se habla también, del principio de prevención:

Según el marco constitucional descrito, la Corte precisa de conformidad con el artículo 80 constitucional, que el aprovechamiento de los recursos naturales, aunque es permitido, no puede dar lugar a perjuicios en términos de salubridad individual o social y tampoco puede acarrear un deterioro que atente contra la diversidad y la integridad ambiental. En otras palabras, la Constitución de 1991 apunta a un modelo de desarrollo sostenible en el que la actividad productiva debe guiarse por la sociedad, la economía, la protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y los principios de precaución y prevención ambiental, entre otros.

En otra oportunidad, mediante providencia C-703 de 2010, la Corte Constitucional delimitó el alcance de los principios de precaución y prevención ambiental y, además, estableció ciertas distinciones entre ambos principios:

Los principios que guían el derecho ambiental son los de prevención y precaución, que persiguen, como propósito último, el dotar a las respectivas autoridades de instrumentos para actuar ante la afectación, el daño, el riesgo o el peligro que enfrenta el medio ambiente, que lo comprometen gravemente, al igual que a los derechos con él relacionados. Así, tratándose de daños o de riesgos, en los que es posible conocer las consecuencias derivadas del desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzcan, con el fin de reducir sus repercusiones o de evitarlas, opera el

principio de prevención que se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente(...)

Podemos inferir entonces que, en este caso en concreto, la corte trae a colación el principio de prevención, hablando de su estudio en sentencias pasadas por esta misma corte, y recordó también, que es obligación del Estado y sus autoridades, prevenir un riesgo o daño que pueda traer consecuencias lamentables e irreversibles para el medio ambiente y así mismo, a un grupo colectivo de personas.

Sentencia c 499 del 2015.

En la sentencia C-123 de 2014, traída a colación en este problema jurídico, la Corte refirió a los deberes que surgen para el Estado, a partir de la consagración del medio ambiente como principio y como derecho:

Mientras por una parte se reconoce el medio ambiente sano como un derecho del cual son titulares todas las personas -quienes a su vez están legitimadas para participar en las decisiones que puedan afectarlo y deben colaborar en su conservación-, por la otra se le impone al Estado los deberes correlativos de: 1) proteger su diversidad e integridad, 2) salvaguardar las riquezas naturales de la Nación, 3) conservar las áreas de especial importancia ecológica, 4) fomentar la educación ambiental, 5) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para así garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, 6) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, 7) imponer las sanciones legales y exigir la reparación

de los daños causados al ambiente y 8) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera.

A pesar de que el medio ambiente puede ser disfrutado por todos los integrantes de este Estado, no quiere decir que podamos actuar sin ningún tipo de delimitación, sobre todo, tratándose de en su mayoría, recursos no renovables y de vital importancia para el curso de nuestra vida, es por esto que el estado debe permitir el uso y goce del medio ambiente, pero también debe ser quien prevenga cualquier situación de riesgo de daño a este.

La sentencia T-080 de 2015 recabó recientemente que el daño ambiental es por lo general “permanente e irremediable y es por ello de la mayor importancia promover ante todo su conservación y *prevención*”. De ahí que los Estados se preocupen por aprobar instrumentos internacionales que permitan avanzar en la garantía y preservación efectiva de un ambiente sano, como: i) el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, 1987; ii) la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas de 1992; iii) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992; iv) el Protocolo de Kyoto de las Naciones Unidas a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, 1997; v) la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas de 2000, donde los países se comprometen con una nueva alianza estableciendo ocho metas; el Objetivo 7 se denomina “Garantizar la Sostenibilidad del Medio Ambiente”; vi) el Acuerdo de Copenhague de 2009, que busca limitar la subida de la temperatura, reducir las emisiones y obtener la financiación para poner en marcha iniciativas en los países en desarrollo a fin de combatir el cambio climático; entre otros”.

Al Colombia ratificar estos tratados, se crea una responsabilidad aún más grande con la figura de la prevención en el derecho ambiental, pues debe ser garante de este con nosotros y con la comunidad internacional.

La corte menciona que anteriormente la prevención ha sido objeto de estudio en sus sentencias pasadas y expone el Principio de prevención;

Este Tribunal manifestó que ha sido definido en el orden internacional como aquel que busca “que las acciones de los Estados se encarrilen a evitar o minimizar los daños ambientales, como un objetivo apreciable en sí mismo, con independencia de las repercusiones que puedan ocasionarse en los territorios de otras naciones. Requiere por ello de acciones y medidas -regulatorias, administrativas o de otro tipo- que se emprendan en una fase temprana, antes que el daño se produzca o se agrave”. La doctrina ha expresado que “se ha producido, en nuestros días, una toma de consciencia de que no basta con reparar (modelo curativo) sino que se impone prevenir (modelo preventivo), y ello convierte al principio de prevención en uno de los grandes principios estructurales de este sector del derecho internacional público. La finalidad o el objeto último del principio de prevención es, por tanto, evitar que el daño pueda llegar a producirse, para lo cual se deben adoptar medidas preventivas.

Ello encuentra fundamento en la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 y la Declaración de Río de 1992. La eficacia práctica de la acción preventiva requiere de una armonización con el principio de precaución, al flexibilizar este último el rigor científico que se exige para que el Estado adopte una determinación. El principio de prevención se aplica en los casos en que es posible conocer las consecuencias sobre el medio ambiente que tiene la puesta en marcha de determinado proyecto o actividad,

de modo que la autoridad competente pueda adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, mientras que el principio de precaución opera en ausencia de certeza científica absoluta.

Por lo anterior, es que la prevención es de tan grande importancia para el ordenamiento jurídico colombiano en casos de derecho ambiental, pues después de producido un daño no hay ninguna forma de reparación que pueda disminuir el daño causado ya a nuestro ecosistema y a las personas cercanas o dependientes de este, en determinado caso en particular.

4.3.2 Corte Suprema de Justicia

Sentencia STC15835 de 2019

En las consideraciones de la corte suprema de justicia encontramos lo siguiente;

“Para las autoridades administrativas y judiciales, dichas tipologías de violencia no pueden pasar invisibles solo por el hecho de que no son de índole físico. Asimismo, resulta inaceptable estigmatizar a las mujeres víctimas de “violencia de género” cuando demandan el amparo del Estado, reforzando estereotipos sexistas ante la insistencia de sus denuncias, pues ello implica, sin duda, someterlas a una nueva revictimización, derivada de un tipo de “violencia institucional”, a todas luces inadmisibles en un Estado Social de Derecho. (...) Incumbe entonces a los jueces de la República y a las autoridades administrativas en el Estado constitucional y democrático, actuar con dinamismo y celo dentro del marco del derecho y con el respeto extremo por las garantías del victimario, observando el debido proceso y haciendo uso de los instrumentos legales y constitucionales del derecho internacional de los derechos humanos, en pos de sancionar las conductas violentas y de *prevenir* todo clima de

intolerancia y en general, toda conducta antijurídica que amilane y destruya al ser humano y su entorno social.

Ante la situación planteada en esta ocasión, debe señalarse que las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008 preceptúan la necesidad de proteger a las víctimas de violencia intrafamiliar y la última de las mencionadas, particularmente, consagra disposiciones “(...) de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres (...)”;

Encontrando de esta forma, un estudio corto pero efectivo acerca de la prevención en cuanto a la vulneración de derechos humanos, en este caso, sobre los derechos a las mujeres, una población especialmente protegida, debido a su alta vulneración de derechos a través de la historia.

También, anexa la corte, que ... Los jueces al igual que todas las autoridades públicas, están llamados no sólo a seguir lo dispuesto en la Constitución Política y en las normas, sino además, a efectuar un control de convencionalidad, el cual les impone, indefectiblemente, revisar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados concordantes, tales como la Convención Interamericana para *prevenir*, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -“*Convención De Belém Do Pará*”-, ratificada por Colombia desde el 10 de marzo de 1996.

Cita la corte suprema de justicia, a la corte constitucional colombiana, mencionando que esta ya se ha referido a casos similares, dejando establecido lo siguiente, “Sobre la eliminación de la discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo, el Estado tiene obligaciones de carácter afirmativo, tales como:

(...) a) garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; b) prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; e c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras (...)” rescatado de la sentencia T 338 de 2018 de la corte constitucional.

Por lo anterior, concluimos en base al análisis de esta sentencia, que es deber del Estado, primeramente y de forma subsidiaria, de los jueces de la república, velar por la prevención de vulneraciones y violaciones a los derechos fundamentales de las mujeres, debido a los tratados ratificados por Colombia, los cuales abordan a la mujer como sujeto de especial protección, como se mencionó anteriormente. Bien sabemos, que siempre será mejor prevenir un daño mayor o total, en base a estos derechos, que llegar a reparar cuando ya exista un daño total, una violación de derechos, pues a pesar de la reparación pertinente al caso, esto no generara un resarcimiento total del daño, y en especial, en estos casos, donde están de por medio, elementos tales como la salud mental y las secuelas permanentes que puedan quedar en ella.

La ayuda psicoterapéutica ordenada en la decisión final, para la accionante puede evitar un daño peor a su salud mental y emocional por las acciones de violencia recibidas por su pareja, y con la psicoterapia para el accionado se buscaría evitar, la reincidencia de estas actitudes hacia su esposa y otras mujeres que lleguen a ser cercanas a él, tratando esta situación desde la raíz, siendo esta medida, lo más ajustado para las dos partes, por la corte suprema de justicia

Sentencia STC609-2020

Entra la corte a resolver la acción de tutela interpuesta por Frontera Energy Colombia, contra la Sala Única del Tribunal Superior de Mocoa, al considerar que se vulnera su derecho fundamental al debido proceso, al negarse el levantamiento de la medida decretada por la Corte Constitucional al conceder una tutela.

Menciona el accionante que el Tribunal tuteló el derecho fundamental a la consulta previa invocada por la comunidad Awa del Alto Temblón, y posteriormente:

«ordenó que se adoptaran todas las medidas necesarias para ejecutar el proceso de consulta previa [y] suspendió la perforación de los pozos O-196 y O-197, Locación pozo O-70 mientras se ejecutaban los actos necesarios para identificar, informar y concertar el desarrollo del proyecto de perforación de los citados pozos».

Dicha decisión fue objeto de impugnación, motivo por el cual fue revocada por la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., pero a su vez, fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión y mediante sentencia T-359 de 2015 la revoco y en su lugar confirmo lo resuelto en primera instancia; pero afirma el accionante que según lo motivado por la Corte Constitucional, esta suspensión «se contrae exclusivamente a la realización del proceso de consulta previa de las actividades en los pozos O-196 y O-197, es decir, que su duración está limitada temporalmente a la realización de dicha consulta previa», por lo que el fallador de primer grado está en la obligación de dar cumplimiento a dicha sentencia, en consideración a que «no puede mediante providencias o cualquier otra decisión, modificar la sentencia de tutela de la Corte Constitucional, sino simple y llanamente (...) ajustarse a ella».

Por lo anterior en repetidas ocasiones solicito el levantamiento de la suspensión de la perforación de los pozos O-196 y O-197, teniendo en cuenta que el trámite de consulta previa

se había agotado, pero el Tribunal mediante auto interlocutorio de fecha 29 de agosto de 2019 en la parte resolutive, numeral 3 se abstiene de levantar las medidas hasta tanto se acrediten:

(i) las consecuencias que la exploración y explotación de los pozos O-196 y O-197 tiene en el territorio [de la] Comunidad indígena Awá del Alto Temblón; ii) la afectación que la actividad de explotación petrolera tiene en el desarrollo de usos y costumbres de esta comunidad indígena; (iii) establezca y ejecute un plan de acción para minimizar el impacto ambiental que dichas actividades tengan en la comunidad indígena (...))»

Por lo tanto, la Corte en consideración a lo expuesto por el accionante, resalta lo dicho por el Tribunal en el auto interlocutorio, respecto del levantamiento de suspensión de actividades en los pozos O-196 y O-197:

En aquella oportunidad, con base en los principios de precaución y de prevención, la Honorable Corte Constitucional en el numeral 4 resolutive de su sentencia de revisión resolvió confirmar la suspensión de las actividades de explotación llevadas a cabo, hasta tanto se surtiera el proceso de consulta previa, pues del estudio del acervo probatorio pudo verificar que la Comunidad Indígena Awá del Alto Temblón estaba siendo afectada en su modo de vida, estrechamente ligado a la protección del ecosistema, al encontrar que: "En efecto, dentro de las contingencias ambientales causadas en la labor extractiva, visibles en el acervo probatorio, se destacan las siguientes: (i) arrojamiento de desechos contaminantes y de los insumos utilizados, (ii) disposición inadecuada de lodos tóxicos, (iii) quema indiscriminada de gas, (iv) alteración de las fuentes de agua, (v) disminución y de la fauna terrestre, (vi)

reducción de la fauna acuática, y (vii) Desaparición de especies vegetales originarias” (...))». Resaltado fuera del texto.

Por consiguiente preciso que si bien «se cumplió con el objeto de protección de la sentencia de tutela T 359 de 2015, en la medida que se agotó el proceso de consulta previa con la comunidad Awá del Alto Temblón, no es preciso acceder a la solicitud de levantamiento de suspensión de actividades de explotación de los pozos 0-196 y 0-197 locación-O 70 como lo pretenden las entidades accionadas, toda vez que bajo los principios de prevención y precaución que orientan el manejo medioambiental se impone que la Sala tenga certeza del cumplimiento, el menos unilateral de que se llevaron a cabo las exigencias previsionales de protección al medio ambiente advertidas en la parte motiva de la sentencia T 359 de 2015

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en apoyo a lo dicho por el Tribunal accionado menciona:

que el instrumento jurídico de la consulta previa fue elevado a «a derecho fundamental en pos de preservar la integridad étnica, social y cultural de los (...) grupos étnicos y tribales» (CSJ STC, 27 ago. 2012, rad. 2012-00200-01, citada en STC2335-2017, 22 feb. 2017, rad. 2016-00297-01), de cuya trascendencia también se ocupan sendos tratados e instrumentos internacionales que hace parte del bloque de constitucionalidad.

Continúa diciendo la corte:

No obstante, el carácter preventivo de las referidas consultas, el precedente constitucional ha señalado que éstas pueden suscitarse cuando el proyecto ya se encuentre en ejecución, advirtiendo que «no pueden desnaturalizarse convirtiéndose

únicamente en mecanismos de compensación e indemnización de los daños causados a los miembros de la comunidad individualmente considerados. Esto debilitaría la autoridad de las instituciones y las formas organizativas propias de dichas comunidades», advirtiendo que «en tales casos deben ir encaminadas, principalmente, a corregir los impactos debidamente identificados, que hayan sido causados a los derechos colectivos de la comunidad» (CC T-969/14).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia niega el amparo solicitado por el accionante, teniendo en cuenta que en las providencias objeto de estudio no se vulneran las garantías invocadas por el mismo.

De lo anterior se puede colegir el criterio tomado por la Corte, en cuanto a la aplicación de medidas preventivas, para salvaguardar los derechos en el presente caso de las comunidades indígenas, cuando exista una eventualidad que pueda ocasionar un daño o violación a sus derechos, teniendo en cuenta que gozan de especial protección amparados por nuestra constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de esta forma el juez está facultado para determinar si se cumplen o no las condiciones para levantar dichas medidas preventivas, que en un principio se impusieron para proteger los derechos de la comunidad étnica, por lo tanto aun cuando la parte accionante aduce que se agotó la consulta previa, para el Tribunal accionado y la Corte no es suficiente argumento para considerar el levantamiento de estas medidas, en tanto que la explotación a los pozos desmejoraría la condición de vida de la comunidad por los desechos contaminantes arrojados y los insumos utilizados etc.

4.3.3 Consejo de Estado

06 octubre 2000

Radicación número: AP- 105

Entra la sala a resolver sobre el recurso de apelación contra el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, que accedió a la solicitud interpuesta por el ciudadano LUIS ALBERTO MEZA GARCIA en el que solicito la protección a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente de que trata el literal 1) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

Con base a lo anterior la sala trae a colación el artículo 88 de la Constitución de 1991 el cual regula la acción popular como el mecanismo para resguardar los derechos e intereses colectivos, a su vez hace mención de la ley 472 de 1998 en su artículo 2 en el que se menciona que las acciones populares “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”

Con lo anterior se observar el criterio tomado por la sala en cuanto al rol que desempeñan las acciones populares en nuestro ordenamiento jurídico, como mecanismo esencial para proteger los derechos de los ciudadanos, cuando se ven expuestos al peligro o amenazados por una posible actividad que, al ser desempeñada, traerá como consecuencia un daño. Queda demostrado con esto que en nuestro ordenamiento jurídico aun cuando no está inmersa la prevención en este, la ley 472 de 1998 es la bandera por la cual los ciudadanos pueden acudir a las instancias judiciales cuando sus derechos estén en inminente peligro y a su vez los jueces pueden a través de las medidas preventivas impuestas salvaguardar los mismos.

01 noviembre 2012

Radicación número: 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP)

El presente recurso de apelación fue interpuesto por R.E.M. INTERNATIONAL C.I.S.A., contra el auto del 14 de julio de 2011, del Tribunal Administrativo del Choco, al considerar improcedente la medida cautelar decretada, argumentando que la medida debe ser acorde a las pruebas allegadas al proceso en el que se demuestre la existencia de un perjuicio, lo que a su juicio no se dio en el presente caso.

Dicha medida cautelar tiene su origen por la acción popular interpuesta por el ciudadano Juan David Ceballos Ramírez contra R.E.M. International C.I.S.A. y otros, en el que reclama se protejan los derechos colectivos a gozar de un ambiente sano y demás derechos que de ello se deriven, y en el que solicita como medida cautelar solicita: “Que se ordene la suspensión parcial y provisional (...)” de la actividad realizada por el demandado

El Tribunal Administrativo del Chocó decretó la medida previa solicitada, considerando que el demandado no tomo medidas con el fin de prevenir o aminorar los daños producidos con ocasión del aprovechamiento de la labor ejecutada (extracción de recursos maderables y no maderables).

La sala del Consejo de Estado al resolver el recurso en estudio, trae a colación:

El artículo 2º inciso 2º de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares son los medios procesales para la protección de los 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; de otro lado el artículo 9º ibídem, señala que esas acciones proceden contra

toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

Por su parte el artículo 25 *ibídem*, establece que el juez de oficio o a petición de parte, podrá decretar, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

A su vez resalta la sentencia de la Corte Constitucional C 703 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) donde se expone las diferencias entre el principio de prevención y precaución:

Señaló que si bien tienen un enfoque similar en cuanto a su fin último, que es la protección del medio ambiente, se diferencian en tanto que es dable aplicar el principio de prevención cuando se conocen las consecuencias perjudiciales que genera determinada circunstancia al medio ambiente; y que por el contrario, cuando no se conocen (la certeza del riesgo o la dimensión del daño producido), se debe aplicar el principio de precaución

Finalmente, la sala considera que se configuran los supuestos para la procedencia de las medidas preventivas como mecanismo para prever, prevenir o reducir al mínimo los impactos ambientales y mitigar sus efectos adversos.

Como se evidencia en el recorrido hecho a la sentencia, la Sala hace mención a la ley 472 de 1998 mediante la cual se brinda a los ciudadanos mecanismos idóneos para la protección de los derechos no solo individuales, sino colectivos como es el caso objeto de estudio; además se puede apreciar las facultades otorgadas al juez para que este, establezca la existencia del riesgo, cuando de este se pueda derivar un daño o peligro, que no solo compromete el medio ambiente, sino que además se vean vulnerados los derechos de las

personas, en lo que atañe a la acción preventiva y a las medidas que se toman para hacerla efectiva, se observa su importancia y desarrollo en temas de protección del medio ambiente y sus recursos, cuando estos se encuentren en evidente amenaza o vulneración. De modo que las medidas preventivas que se decreten resguardaran estos derechos, tal y como se vio plasmado en la presente sentencia donde no solo se declaró impróspero el recurso de apelación, sino que además se modifica el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Choco y se decreta la suspensión de toda actividad de deforestación y de esta forma asegurar a los ciudadanos de esta región gozar de un medio ambiente sano.

05 julio de 2018

Radicación número: 70001-23-33-000-2012-00156-01(51960)

En la presente sentencia entra la sala a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2014 del Tribunal Administrativo de Sucre, al considerar que si hubo irregularidades por parte de Invias al no haber ejecutado las obras necesarias y sugeridas en el estudio técnico por lo tanto se configura la falla por omisión en el servicio.

Ante los argumentos expuestos por la parte actora, la sala toma en cuenta dentro de sus consideraciones los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que menciona:

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su

omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada. (subrayado fuera del texto)

A su vez analiza la responsabilidad del Estado por daños ambientales y ecológicos el cual tiene un fundamento constitucional en los artículos 8, 58, 79, 80, 81, 90 y 334 y un sustento legal en una norma pre-constitucional como es el artículo 16 de la Ley 23 de 1973.

En cuanto al principio de prevención y precaución la Sala menciona:

En este sentido, la doctrina ha definido que "[E]n materia ambiental son necesarias aquellas acciones que se anticipan a prevenir cualquier tipo de degradación ambiental, en lugar de limitarse a verificar, e intentar a posteriori reparar, los daños ambientales"; en razón a lo cual surgen los principio de precaución y prevención, no como conceptos análogos sino como criterios que deben adoptarse dadas las circunstancias de cada caso concreto, de donde surge su diferenciación.

El principio de prevención, tiene lugar ante la constatación de la existencia de riesgos respecto de los cuales resulta posible conocer las consecuencias que podría tener sobre el ambiente, la salud y los bienes de las personas, e impone a las autoridades competentes la adopción de medidas efectivas para anticiparse a la concreción del riesgo y evitar la causación del daño o, por lo menos, reducir sus repercusiones, de modo que subyace como la evaluación del riesgo y su impacto, de modo que precisa

de la posibilidad de conocer los hechos y reaccionar frente a ellos con antelación al daño.

Por su parte, en tratándose del principio de precaución o de cautela, debe preverse que este tiene lugar ante situaciones de riesgo con un amplio margen de incertidumbre, ya sea frente a su existencia, las condiciones de su concreción o ante la magnitud del daño que puede sobrevenir. En otras palabras, el principio de precaución tiene aplicación ante aquellas situaciones donde el conocimiento científico no permite alcanzar la certeza absoluta sobre las consecuencias precisas que acarrearía alguna situación o actividad.

Para el caso en concreto la sala considero que, aunque las inundaciones se presentaron en razón a la ola invernal que para la época de los hechos afectaba a la región, esta situación ya estaba prevista por las entidades públicas y que además, tenían las estrategias con el fin de prevenir el fatídico desenlace, pero la falla se presentó porque la construcción del dique no se dio en las condiciones dispuesta por los diseños iniciales, incluso, en el punto específico “José Pineda” hubo una porción de dique cuya construcción se omitió.

Sobre el particular, debe preverse lo conceptuado frente a los principios de prevención y precaución, en cuyo efecto se dijo que el primero de ellos tiene lugar cuando las autoridades conocen la existencia del riesgo y los daños que su concreción conllevaría en el ambiente, la salud de las personas y sus demás bienes jurídicos tutelados, y exige de las autoridades la adopción y ejecución oportuna, efectiva y eficiente de los mecanismos que permitan evitar la concreción del riesgo y la causación de daños.

Finalmente, para la Sala si existió falla en el servicio por parte de la entidad demandada, toda vez que no se ejecutó la obra en los parámetros establecidos en los estudios

y diseños, y a su vez teniendo en cuenta el principio de prevención no se tomaron las medidas necesarias con el fin de prevenir el daño que se podía ocasionar, estando ya previsto un posible riesgo para la comunidad, por lo tanto decide revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, se declara la responsabilidad administrativa y patrimonial de Invias y reconoce los perjuicios.

Con la anterior decisión queda demostrado que la Responsabilidad Extracontractual de la que no solo pueden ser actores los particulares, sino también el Estado, (como en el presente caso) y como lo menciona la sala a su consideración, la responsabilidad no solo debe llevar una función reparadora sino que conlleva una función preventiva, en la que se impone el deber de prevenir cualquier situación de riesgo o amenaza, con el fin de evitar un resultado dañoso en el que se vean comprometidos los derechos de las personas

25000-23-41-000-2016-01029-01(AP) A

En una acción popular, refiriéndose a las medidas cautelares, el consejo de estado menciona lo siguiente; “En ese sentido, la ley autoriza al Juez constitucional para que adopte medidas preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión para prevenir un daño inminente o hacer cesar el que se hubiere causado”

En sus consideraciones, la corte trae a colación que

En el marco internacional existen una serie de instrumentos fundamentales con vocación universal, que tienen por objeto y fin proteger el medio ambiente y los recursos naturales, cuyos cuerpos normativos contienen disposiciones relacionadas con los principios de precaución y prevención, las cuales vale la pena traer a colación.

Es así, como el consejo de estado empieza a traer distintos aportes a esta discusión, como son los diferentes tratados que respectan al medio ambiente, su cuidado y preservación, y que han sido ratificados por Colombia; como es la convención de Viena que trata sobre la capa de ozono, y la convención sobre la diversidad biológica, que tiene como anotación en su preámbulo que: “es vital **prever, prevenir** y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica [...]”, también, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático la cual señala en su artículo 3.º medidas de precaución y **prevención** a cargo de las partes (...) “Las Partes deberían tomar **medidas de precaución para prever, prevenir o reducir** al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos” ...y demás convenios ratificados que en su mayoría buscan que los estados que los aceptan en su ordenamiento jurídico, entren a prevenir diferentes daños que puedan ser ocasionados al medio ambiente en su totalidad.

El consejo de estado cita lo siguiente;

Visto el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, que regula el trámite de las medidas cautelares en las acciones populares, se otorga al Juez la facultad para que, de oficio o a petición de parte, adopte las “[...] medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado [...]”. Asimismo, la norma enuncia algunas de las medidas cautelares que se podrían decretar al señalar que es procedente.

A su vez, el artículo 26 *ibídem* prevé los casos en los cuales se puede fundamentar la oposición a las medidas previas decretadas por el Juez, de la siguiente manera:

[...] a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;

c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable. Corresponde a quien alegue estas causales demostrarlas [...]”.

Siendo este artículo, sin duda alguna, un claro ejemplo de la figura de la prevención, presente en nuestro ordenamiento jurídico y en las consideraciones de las diferentes cortes, en este caso, en el consejo de estado de nuestro país, puesto que las medidas cautelares como se menciona, buscan evitar un daño o perjuicio irremediable, estaríamos previniendo, también, la causación de un daño o perjuicio a derechos colectivos de especial protección en nuestra constitución política, a pesar de no existir un fallo o decisión final, pero velando así por la garantía que el Estado nos debe como ciudadanos sujetos de derechos y obligaciones.

Queda evidenciado que el consejo de Estado establece una importancia hacia la ley 472 de 1998, al traerla a colación en sus consideraciones, y al basar parte de sus conceptos en esta, la cual se encarga de desarrollar el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones, siendo esto un aporte de gran peso para nuestro proyecto investigativo, el cual establece parte de un capítulo en la ley anteriormente mencionada, estableciendo una conexión entre esta y la prevención de daños o perjuicios a derechos fundamentales y colectivos, destacando así, de esta forma, el deber de una función preventiva en la responsabilidad civil y del estado en Colombia.

4.4. Establecer una comparación general sobre el manejo de la prevención inmerso en la responsabilidad civil y del estado en sistemas jurídicos extranjeros

4.4.1 España

Un estudio detallado del sistema requiere indagar en otros aspectos de la práctica para determinar si, pese a no estar explícitamente mencionado, puede derivarse la existencia del deber de todas formas a partir de las tesis dogmáticas presupuesto de otros hechos de la práctica, como las actitudes o inferencias de los participantes, que no puedan ser explicados sin afirmar la existencia de un deber de no dañar.

Entonces, si la ley menciona sanciones y formas de reparación para quien ejerce una acción que crea un daño o afectación, dañar no está permitido en el ordenamiento jurídico, y el deber que se genera de esta norma, sería entonces la realización de la conducta contraria, el deber de no dañar. (Papayannis, 2014)

Se infiere, por lo anterior, que es de gran importancia la interpretación que se le dé a las normas establecidas en materia de responsabilidad civil y del estado, específicamente en la parte de la prevención que queremos destacar en este trabajo de investigación.

En el código civil de España, capítulo II: De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, encontramos en el artículo 1902 el siguiente texto: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Una norma como la expresada en el artículo 1902 del cc español (equivalente al 1109 del cc argentino que ella analiza) permite derivar una norma cuyo contenido está dado por el deber de no dañar. La inferencia, en realidad, está garantizada por el contenido de los conceptos centrales que organizan el derecho de daños. (Cerutti, 2011)

Entonces, como dice Papayannis y Cerutti, dos autores anteriormente citados, el artículo 1902 se puede interpretar entonces como una norma que vela por la prevención antes de la reparación de un daño irreversible, donde en primer lugar encontramos que lo que se quiere prevenir es la causación de daños y se infiere que es un deber actuar con diligencia y cuidado, y en la última parte encontramos la forma de actuar cuando se ha causado definitivamente algún daño.

“Es inevitable concluir que el artículo 1902 implícitamente dispone un deber de no dañar, pese a que su lectura literal solo prescribe la compensación de los daños causados”.
(Papayannis, 2014)

Es de inferir, que el estado siempre va a querer prevenir un daño hacia alguno de sus integrantes, pues resulta más beneficioso para la posible víctima en cuanto a la protección de sus derechos, descongestiona un poco la justicia del estado y en su mayoría, resulta más beneficioso económicamente para el agente dañador el evitar un daño, que llegar a reparar un daño y todo lo derivado de este.

Artículo 24 de la Constitución Española encontramos el siguiente texto:

Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y los demás derechos garantías procesales recogidas en el artículo 24 de la Constitución Española gozan de las siguientes medidas de protección, establecidas por la propia Constitución: Cualquier modificación de la regulación que establece la Constitución Española para los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y los demás derechos y garantías

procesales recogidos en su artículo 24 debería canalizarse a través de la vía de reforma constitucional gravada que establece el artículo 168 de la Constitución Española y que requiere de un gran consenso social ya que exige la aprobación de la correspondiente propuesta por mayoría de dos tercios de cada cámara parlamentaria (Congreso de los Diputados y Senado), la posterior disolución de las Cortes Generales, la posterior celebración de Elecciones generales, la nueva ratificación de la propuesta de modificación por mayoría de dos tercios de las cámaras parlamentarias formadas tras las correspondientes elecciones y, por último, la ratificación de la propuesta de modificación mediante referéndum.

El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 24 de la Constitución dentro del mencionado Título I.

Se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y los demás derechos y garantías procesales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española (al igual que a cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I de la Constitución), aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).

En tal medida, la tutela judicial también, evidentemente, es procedente para garantizar la efectividad de los derechos humanos fundamentales, contemplados en el título I de la

constitución española que tiene por título: De los derechos y deberes fundamentales, conocidos en su mayoría a nivel mundial

Siendo así, en España, la tutela un mecanismo de prevención ante la aproximación de un daño que atente contra algún derecho fundamental de forma individual o colectiva.

4.4.2 Colombia

La función preventiva de la responsabilidad civil y del estado, como ya lo hemos explicado con mayor profundidad, entra a actuar antes de la causación de un daño y encuentra su punto de acción en el momento en el que se crean medidas para prevenir un daño, en Colombia tenemos estas medidas contempladas en los artículos 86 y 88 de nuestra constitución política.

En el artículo 86 encontramos que:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra

particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Esto es un claro ejemplo de un mecanismo de prevención, ya que si lo desglosamos y analizamos detenidamente, en este artículo se encuentra mencionado que la tutela actúa como un medio para proteger los derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados por cualquier persona y la omisión de las autoridades, es de gran importancia resaltar la parte del artículo que menciona que este mecanismo debe utilizarse para evitar la creación de un *perjuicio irremediable*, también, que la tutela puede ser puesta en marcha ante la amenaza de intereses colectivos, siguiente a este, encontramos el artículo 88 de nuestra constitución política que hace dice así:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos” artículo regulado por la ley 472 de 1988, estableciendo en su artículo primero que: “La presente Ley tiene por objeto regular las acciones populares y las acciones de grupo de que trata el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. Estas acciones están orientadas a garantizar la *defensa y protección* de los derechos e intereses colectivos, así como los de *grupo o de un número plural de personal*.

El artículo 12 de la presente ley, afirma que:

Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.

2. Las organizaciones No Gubernamentales, la Organizaciones populares, Cívicas o de índole similar.

3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se hayan originado en su acción u omisión.

4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.

5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos o intereses.

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil. (Capítulo 3, art 15, Ley 472 de 1998)

Se establece también una serie de ayudas o garantías para las personas que están siendo vulnerables y necesitan este tipo de acción, como lo son las personerías municipales y defensorías del pueblo, quienes deben colaborar en lo necesario para la elaboración de dicha

demanda o petición, contemplando casos de urgencia y el de que la persona afectada no sepa escribir.

Los requisitos para la demanda o petición deben ser los siguientes, establecidos en el artículo 18:

- a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado;
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;
- c) La enunciación de las pretensiones;
- d) La indicación de la persona natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;
- f) Las direcciones para notificaciones;
- g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

Las medidas cautelares, que son de gran importancia para evitar la causación o continuación de perjuicios también se encuentran contempladas en esta ley, específicamente en el artículo 25:

Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes: a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando: b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado; c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el

cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas; d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

Parágrafo 1º.- El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

Parágrafo 2º.- Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.

El capítulo 7, artículo 27, establece un pacto de cumplimiento:

El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatorio.

Ahora bien, continuando con el mecanismo denominado; acciones de grupo, en el título III, capítulo I se establece: “Procedencia de las Acciones de Grupo: Las acciones de grupo son aquellas *acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas*”.

En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectada individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder.

El artículo 52, establece los siguientes requisitos para la demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo, los establecidos en el código de procedimiento civil o código contencioso administrativo (según el caso) y además los siguientes:

1. El nombre del apoderado o apoderados, anexando el poder legalmente conferido.
2. La identificación de los poderdantes, identificado sus nombres, documentos de identidad y domicilio.
3. El estimativo del valor de perjuicios que se hubieren ocasionado por la eventual vulneración.
4. Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.
5. La identificación del demandado.
6. La justificación sobre la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3 y 49 de la presente Ley.
7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este evento, el interesado ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

Este mecanismo también contempla las medidas cautelares para evitar causación de un daño.

En Colombia existe el Fondo para la Defensa de los Intereses Colectivos, creado, por la *Ley 472 de 1998*, este fondo tiene el carácter de una cuenta especial de la Defensoría del Pueblo, se regirá conforme a las reglas de su conformación y no contará con personería jurídica.

El Fondo estará sujeto a las normas establecidas en la Constitución Nacional, el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y disposiciones complementarias, las que expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el artículo 4o. de la Ley 482 de 1998 y aquellas que en materia contable señale la Contaduría General de la Nación.

Adicionalmente, por las que se establezcan en materia de convenios dirigidos a la divulgación y promoción de los derechos e intereses colectivos y sus mecanismos de protección, y las demás que expida el Defensor del Pueblo.

La resolución 808 de 1999 por la cual el Defensor del Pueblo expide el reglamento para el manejo, organización y funcionamiento interno de Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, previsto en el Título IV, Capítulo Único, de la Ley 472 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

ARTICULO 3o. OBJETIVOS Y ATRIBUCIONES DEL FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERÉS COLECTIVOS. El Fondo tendrá los siguientes objetivos y atribuciones:

1. Promover la difusión y conocimiento de los derechos e intereses colectivos y sus mecanismos de protección.

2. Atender las solicitudes de financiación que le sean presentadas y escoger aquellas que a su juicio requiera la asignación de recursos, atendiendo a criterios de la magnitud: y características del daño, el interés social, la relevancia del bien jurídico amenazado o vulnerado. Así como examinar la situación económica de los solicitantes, miembros de la comunidad o del grupo, y la del mismo Fondo.

3. Financiar, la presentación de las Acciones Populares o de Grupo, previa la disponibilidad y asignación de recursos, la consecución de pruebas y los demás gastos en que se pueda incurrir al adelantar los procesos, de acuerdo con los criterios señalados en el numeral anterior.

4. Efectuar los pagos correspondientes, de acuerdo con las costas adjudicadas en contra de un demandante que haya recibido ayuda financiera del Fondo.

5. Administrar y pagar, previa sentencia judicial, el monto de las indemnizaciones de que trata el Artículo 65 numeral 3o. de la Ley 472 de 1998, provenientes de las Acciones de Grupo y de las indemnizaciones de Acciones Populares y de Grupo, en el evento del artículo 70 ordinal c) de la misma ley.

6. Administrar los demás recursos señalados por el artículo 70 de la Ley 472 de 1998.

7. Asumir el costo de los peritazgos en los casos de reconocimiento del amparo de pobreza, siempre que existan recursos para ello, el cual deberá ser reembolsado en los, términos establecidos en el parágrafo del artículo 19 de la Ley 472 de 1998.

8. Sufragar los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo, previa medida cautelar de origen judicial, con arreglo al artículo 25 literal d) de la Ley 472 de 1998.

PARAGRAFO 1o. Para el cumplimiento de las disposiciones anteriormente señaladas, las operaciones del Fondo requerirán de la previa asignación de recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación, como lo dispone el literal a) del artículo 70 de la Ley 472 de 1998, o de los demás recursos que allí se consagran.

PARAGRAFO 2o. El Fondo no podrá llevar a cabo operaciones distintas a las aquí previstas ni las que sean incompatibles con los reglamentos del Fondo y del Comité Directivo.

Lo anterior siendo de gran ayuda y garantía para la prevención de daños que vulneren derechos fundamentales en los colombianos.

4.4.3 Argentina

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en este país, se observa una transición en la Responsabilidad Civil, la cual hace un énfasis en la protección de los derechos de la persona, en palabras de la autora moreno responde a un principio protectorio, en cuanto es humanista y solidaria, en el que se busca la protección no solo de los derechos patrimoniales, sino también individuales y colectivos, ampliando de esta forma las funciones de la responsabilidad dando paso a la función preventiva, que se expresa en el Título V del Libro III, Capítulo I Responsabilidad civil, Sección 2^a que comprende desde el artículo 1710 al 1713.

Con la introducción de esta novedosa figura en el ordenamiento jurídico Argentino se evidencia una clara intención del legislador de dar seguridad jurídica a aquel individuo que se encuentre expuesto a un evento, que puede traer un detrimento no solo a sus bienes patrimoniales si no a sus derechos individuales, la propuesta planteada en el Código Civil se enmarca en la obligación que tiene toda persona en cuanto de ella dependa, de evitar causar

un daño, así lo expresa el art. 1710 del C.C.C.N que a su vez se rige bajo el principio de la buena fe, para tomar las medidas razonables y evitar que el daño se produzca, y, además, el hecho de que no se debe agravar el daño en el caso que este ya se haya producido. Sin embargo, en la estructura de este artículo se observa un concepto no del todo claro, cuando dispone que la persona tiene el deber de prevenir el daño “en cuanto de ella dependa”, esto ha sido motivo de controversia, pues se puede interpretar como un límite o tal vez una ventaja para quien está en la obligación de prevenir; hecho que no es del todo cierto pues en los fundamentos del proyecto para la reforma del código civil el cual menciona Moreno (2018) se afirma lo siguiente:

(...) cuando se habla del deber de toda persona “en cuanto de ella dependa”, significa que la posibilidad de prevenir se encuentra en su esfera de control. De lo contrario, tal deber se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad. En este sentido, expresamos en el acápite correspondiente a las “limitaciones del deber de prevención” el pensamiento de De Cupis (1975, p. 575), según el cual es necesario evitar que una aplicación estricta del deber de prevención de los daños pueda conducir a una afectación arbitraria de la libertad de las personas. (p.200).

De lo anterior se puede deducir que el deber de prevenir se encuentra limitado por el hecho de que prevenir no puede ser una obligación, que en vez de ser una herramienta útil para controlar el actuar dañino de una persona, termine siendo la ruta para afectar la libertad o el desarrollo de otros, lo que iría en contra de la finalidad última de esta función.

En el artículo 1711 consagra que la función preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño su continuación o agravamiento, finalmente menciona que no es exigible la concurrencia de ningún factor de

atribución, lo que se traduce como un gran alivio o garantía no solo por el hecho de evitar que un daño se produzca, sino que además, procura que quien ya ha sido víctima de un daño, pueda solicitar que este cese o se siga prolongando, pues no se exige probar los factores de atribución de la responsabilidad civil, solo que el actuar sea antijurídico, lo que haría de esta función que su aplicación sea efectiva, “exigir la demostración de la culpa de alguien, llevaría en muchos casos a la esterilización de las buenas intenciones del remedio propuesto.”

Por su parte el artículo 1712 hace referencia a la legitimación de quienes están facultados para reclamar un interés frente a la prevención de un daño. Esta legitimación se extiende desde el directamente afectado, hasta aquellas personas en los que se encuentre un interés razonable en cuanto a la prevención de un posible daño, la cual se enmarca en la defensa de los derechos colectivos (medio ambiente, o asociaciones de consumidores); por último el artículo 1713 hace alusión a la sentencia que admite la acción preventiva, en la que se dispone ya sea a petición de parte o de oficio de manera definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer a quien corresponda, igualmente se debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

La intervención del Juez se entiende limitada por cuanto las decisiones a adoptar, deben estar bajo los criterios adecuados o idóneos con el fin de no restringir las libertades ajenas, lo que pretende esta función preventiva del derecho de daños es brindar respuestas efectivas para el resguardo de los derechos de quienes se encuentren en riesgo de sufrir un daño, pero a su vez que las medidas impuestas de dar, hacer o no hacer, deben ser racionales de acuerdo a la situación o contexto para no llegar a extralimitarse.

Se observa entonces un gran desarrollo en la Responsabilidad Civil, aun cuando la mayoría de la doctrina es reacia a aceptar la función preventiva como propia de esta, al considerar que el derecho de daños solo tendrá lugar a intervenir cuando el daño ya se ha ocasionado. Poco a poco se ha venido desdibujado esta teoría y un claro ejemplo de ello es lo ocurrido en el derecho argentino con la introducción en su ordenamiento jurídico de esta función preventiva.

Con lo anterior es preciso destacar que en cualquier circunstancia siempre será mejor prevenir que reparar, entendiendo que reparar es dejar a la víctima en el estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho; pero que sucede cuando lo que se compromete va más allá de los bienes materiales de las personas y en cambio se toca su integridad, esos derechos intangibles, que por más que se reparen económicamente nunca se podrá resarcir en su totalidad a la víctima.

Finalmente, y como todo nuevo sistema al ser implementado, surgen los pronunciamientos al respecto, para exponer los motivos y fundamentos que ha generado esta nueva figura en el derecho de daños, y es el caso de Moreno Valeria quien afirma:

Que la reforma ha dado un importante pasó en miras a la Prevención, admitiendo un deber general y genérico, y adecuando la normativa a las demandas de una sociedad con mayores riesgos, mayor consumo, criterios de solidaridad y concurrencia en la responsabilidad, y la incidencia colectiva del daño. (p. 6):

A su vez existen autores como Omar Berizonce (mencionado por Escobar, 2015) quien considera que esta función preventiva no es novedosa para este ordenamiento jurídico y destaca así algunos de los instrumentos en los que se ve la clara intención de protección a los derechos cuando estos se encuentre en un inminente peligro, a manera de ejemplo:

Los autorales e intelectuales (Ley 11.723, artículo 79), el derecho a la intimidad (Código Civil, artículo 1071 bis), los derechos de la personalidad que incluyen la inhibición del trato discriminatorio (Ley 23.592, artículo 1), el derecho al nombre (Ley 18.248, artículos 20, 21), la proscripción de la violencia familiar (Leyes 24.270 y 24.417, artículo 237 bis, Código Procesal Civil y Comercial); la calidad de vida (artículo 2618, Código Civil y sus particulares avances en la doctrina jurisprudencial); el derecho de réplica, de raíz constitucional, y la acción de daño temido en las relaciones de consumo (Ley 24.240, artículo 52), señalando que la verdadera materialización de esta función, aun existiendo un considerable número de disposiciones sustanciales, se materializa por vía de mecanismos procesales como las medidas cautelares innominadas,(...)” (p.48).

En conclusión, siempre van a existir controversias en cuanto a la función preventiva por las diferentes interpretaciones que pueden surgir, lo que supone gran desafío no solo para el aparato judicial, en cuanto a lograr una eficaz aplicación de esta función y que sea satisfactoria a los requerimientos de la sociedad, sino que además no se puede obviar o dejar de lado el hecho de que al ser introducido esta figura en el Código Civil y Comercial de la Nación se ofrece una herramienta más completa para el resguardo de los derechos en aquellos casos donde se vean amenazados o aun cuando el daño ya ha acontecido.

5. Conclusiones

La prevención es la forma o medio idóneo de generar una protección a los derechos y garantías en un momento previo a un daño o lesión de estos, entendiendo que debe de existir una seguridad o certeza de que está existiendo un riesgo actual; con la cual se evita tener que llegar a una reparación de un daño ya ocurrido, siendo esta con su aplicación, la mejor garantía de derechos fundamentales para las personas que puedan estar en condición de vulnerabilidad.

La doctrina existente, nos señala que la responsabilidad civil y del estado connota una función preventiva que resulta eficaz, entendiendo que la aplicación del derecho, antes de, resulta más beneficiosa y conveniente que, después de. Pues de esta forma, se evitan daños irreversibles para una posible víctima y en consecuencia de esto, reparaciones costosas para un posible agente dañador. Entendiendo así, que la prevención no debe ser un simple efecto o consecuencia de la reparación, y que, por el contrario, tiene todo lo necesario para adquirir un mismo nivel de importancia y aplicación.

El *alterum non laedere* o el deber de no dañar, resulta implícito en la mayoría de nuestro ordenamiento jurídico colombiano, puesto que las leyes y normas existen para crear una protección a los derechos de las personas, evitando así la vulneración y violación de estos. El deber de no dañar, es un perfecto ejemplo de la aplicación de prevención por parte de un estado que debe ser garante de derechos con sus integrantes.

En Colombia, el artículo 86 y 88 de la constitución política que describe los mecanismos de protección de derechos fundamentales, como lo son la tutela y las acciones populares y de grupo, son un claro reflejo de una forma de prevención adoptada por el Estado,

pues estas acciones se encuentran revestidas de inmediatez y garantía ante la existencia de certeza alguna respecto a una vulneración que pueda acarrear un daño a los derechos fundamentales, evitando así la continuación de acciones que puedan terminar en la ocurrencia de un daño a una o varias personas.

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, y el Consejo de Estado se han encargado de enriquecer y unificar un concepto de prevención en cuanto se evidencia una seguridad de ocurrencia de daño, que puede verse convertida en una violación de derechos fundamentales, especialmente, por ser la ley quien otorga al Estado la responsabilidad de prevenir vulneraciones o daños a distintos derechos fundamentales, como lo son al medio ambiente, a la vida y la integridad, la salud, el trabajo, etc.

Referencias Bibliográficas

- Avecilla, F.L (2015). *Daños Punitivos: una visión panorámica desde el "civil law"*. Trabajo final de Máster. Universidad de Girona, Girona, España.
- Avendaño Saavedra L, Gómez Ortiz E, Riaño Martínez J y Velandia Hernández A. (2016). *El principio de precaución y la responsabilidad civil ¿es la amenaza del derecho un daño cierto?* [Monografía de grado para optar al título de abogado, Universidad Libre, Bogotá]. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/10057>
- Bernal Sanint, P y Noriega Carenas, J. (2010). *Principio de precaución* [Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá].
<https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis33.pdf>
- Bernal, César A. (2010). *Metodología de la investigación*, 60. <http://abacoenred.com/wp-content/uploads/2019/02/El-proyecto-de-investigaci%C3%B3n-F.G.-Arias-2012-pdf.pdf>
- Camps, C.E. (25 agosto de 2015) *la pretensión preventiva de daños*.
<https://derreales.hypotheses.org/421>
- Cerutti M del C. (2011). *Derecho de daños análisis de algunos problemas conceptuales* [Universidad Nacional de Córdoba, Argentina].
<https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/6514>
- Código Civil (CC) Real Decreto de 24 de julio de 1889 (España)
- Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014 (Argentina)
- Código Sustantivo del Trabajo (CST) Ley 3743 de 1950 (Colombia)

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso AP- 105, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo; 06 octubre 2000
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP), M.P. María Claudia Rojas Lasso; 01 noviembre de 2012
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 70001-23-33-000-2012-00156-01(51960), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; 05 julio de 2018
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Proceso 25000-23-41-000-2016-01029-01(AP) A. Consejero Ponente. Hernando Sánchez Sánchez; 16 mayo de 2019
- Constitución Política de Colombia (Const) (1991). Artículo 86 y 88. 20 de julio de 1991 (Colombia)
- Constitución Política de España (Const) (1978). Artículos 24, 54, 86, y 168. 29 de diciembre de 1978 (España)
- Corte constitucional, sentencia T 204 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos, 1 abril 2014
- Corte constitucional. Sentencia C 449 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 16 julio 2015
- Corte constitucional. Sentencia C 703 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 6 septiembre 2010
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Proceso STC15835-2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 22 de noviembre de 2019.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso STC609-2020, M.P. Luis Alonso Rico Puerta; 30 de enero de 2020.
- Damiani, C. *La denominada función preventiva de la responsabilidad civil una crítica a su ubicación dogmática*. [Archivo PDF].

<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/De-Cores-Damiani-Carlos-1.pdf>

- Escobar, T. S. (2014). El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. *Univ. Estud. Bogotá Colombia*, (12), 33 – 70. Recuperado de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/2+Escobar.pdf/13212382-10b8-4bf8-9e24-f0ff778517d4>
- González Hernández, R. (2012) *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente* [Archivo PDF]. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3866244.pdf>
- Henao J.C. (2007). *El daño*. Bogotá, Colombia: departamento de publicaciones de la universidad externado de Colombia
- Henao J.C. (junio de 2000) *Responsabilidad del Estado colombiano por daño ambiental* http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/henao_responsabilidad_ambiental_es.htm
- Henao, J. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista De Derecho Privado*, (28), 277-366. <https://doi.org/10.18601/01234366.n28.10>
- Hernández Álvarez Y, Pinzón Galindo J y Sierra Gómez D. (2018). *La responsabilidad civil del empleador frente a los riesgos laborales sobrevinientes y no previstos* [Monografía de grado para optar al título de abogado, Universidad Cooperativa de Colombia]. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/6228/1/2018_Hernandez%26Pinzon_Responsabilidad_Riesgos_Laborales.pdf
- Julián Pérez Porto y Ana Gardey. Publicado: 2011. Actualizado: 2014. Definicion.de: Definición de ordenamiento jurídico (<https://definicion.de/ordenamiento-juridico/>)

Julián Pérez Porto y Ana Gardey. Publicado: 2014. Actualizado: 2015. Definicion.de:

Definición de responsabilidad civil (<https://definicion.de/responsabilidad-civil/>)

Julián Pérez Porto y María Merino. Publicado: 2009. Actualizado: 2009. Definicion.de:

Definición de doctrina (<https://definicion.de/doctrina/>)

Le Tourneau, P. (2016). evolución de la responsabilidad civil ¿de la prevención a la precaución? *Revista iberoamericana de derecho privado*, (4), Recuperado a partir de https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=bc02f213f26e5a7850acc8d3dc4c8f95&hash_t=211feb6c8a9801ccdea14141e5ae20e

Ley 472 de 1998 Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo. 6 de agosto de 1998. D.O. No. 43.357

Lorenzetti, P. *La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [Archivo PDF].

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/04/La-funci%C3%B3n-preventiva-de-la-Responsabilidad-Civil-y-el-Da%C3%B1o-Ambiental-PABLO-LORENZETTI.pdf>

Mora Mejía, M.J. *¿es posible atribuirle una función preventiva a la responsabilidad civil?*

[Archivo PDF].

<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2882/Art%C3%ADculoMar%C3%ADa%20Jos%C3%A9%20Mora%20Mej%C3%ADa.pdf?sequence=1>

Moreno, V. *La función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil*. [Archivo

PDF]. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/2017/08/Moreno-Valeria-1.pdf>

- Moreno, V. (2015). Evolución y actualidad de la responsabilidad civil. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, (48), 185 – 210. Recuperado a partir de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/73550>
- Munita Marambio, R. (10 noviembre de 2017) *Reforma al derecho de la responsabilidad civil en Francia el proyecto definitivo*.
<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/11/10/Reforma-al-derecho-de-la-responsabilidad-civil-en-Francia-El-proyecto-definitivo-Parte-I.aspx>
- Papayannis, D.M. (2014). La práctica del alterum non laedere. *Revista Isonomia*, (41), 19-68. Recuperado a partir de <https://biblat.unam.mx/es/revista/isonomia/articulo/la-practica-del-alterum-non-laedere>
- Resolución 808 de 1999. Diario Oficial No. 43.692, del 05 de septiembre de 1999 [Defensoría del Pueblo]. Por la cual el Defensor del Pueblo expide el reglamento para el manejo, organización y funcionamiento interno de Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, previsto en el Título IV, Capítulo Único, de la Ley 472 de 1998. 05 de septiembre de 1999.
- Restrepo Rodríguez, T. (2008). El remedio preventivo en la responsabilidad civil. *Revista De Derecho Privado*, (14), 219-238. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/556>
- Rojas Quiñones, S. (2012). apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria. *Revista Vniversitas*, 61(125), 339-375. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj61-125.appr>
- Sánchez, S.M. (2015). *De la función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna*. [Archivo PDF]. <https://red.uexternado.edu.co/wp->

content/uploads/sites/48/2019/03/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf

Troncoso, M. (2010). El principio de precaución y la responsabilidad civil. *Revista De Derecho Privado*, (18), 205-220. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/407>