

**LAS ACCIONES POPULARES
EN EL DERECHO PRIVADO
COLOMBIANO**

GERMÁN SARMIENTO PALACIO

PRÓLOGO DE
CARLOS GAVIRIA DÍAZ



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653





Las acciones populares
en el derecho privado
colombiano

Las acciones populares en el derecho privado colombiano

Germán Sarmiento Palacio



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2006 Editorial Universidad del Rosario
© 2006 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2006 Herederos de Germán Sarmiento Palacio
© 2006 Iniciativa Gesap

ISBN: 978-958-8298-27-6

Primera edición: Banco de la República. Bogotá, D.C., 1988
Primera reimpresión: Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, D.C., noviembre de 2006
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Rodrigo Díaz Lozada
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Diseño de cubierta: Antonio Alarcón
Impresión: Javegraf Ltda.
Editorial Universidad del Rosario
Calle 13 N° 5-83 Tels.: 336 6582/83, 243 2380
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario.

SARMIENTO PALACIO, Germán. Las acciones populares en el derecho privado colombiano /
Facultad de Jurisprudencia.— Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.
140 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)
Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-8298-27-6

Derecho privado / Acciones populares / Derecho de petición / Derecho internacional público /
Derecho civil – Colombia / I. Título.

323.4 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Biografía de Germán Sarmiento Palacio	10
<i>Mariana Sarmiento Aparicio</i>	
Prólogo a la primera reimpresión	24
<i>Carlos Gaviria Díaz</i>	
Prólogo	26
<i>Luis Carlos SÁCHICA</i>	
Introducción	29
Capítulo I	
Las acciones populares	41
La legitimación popular en Roma	43
La noción de <i>populus</i> y relación con las acciones populares .	43
El <i>populus</i> como titular de derechos	44
Interdictos populares y acciones populares en Roma	46
La recompensa y las acciones populares en Roma	47
Titularidad de la acción popular en Roma	48
Algunos interdictos populares	49
Algunas acciones populares propiamente dichas	51
Características de las acciones populares romanas	52
Acción popular, pública y privada	53
Escuela de los derechos públicos subjetivos	54
Estado actual de las acciones populares	57
España	57
Brasil	58

Italia	58
Argentina	59
Francia	60

Capítulo II

Las acciones representativas o de clase en el derecho norteamericano	63
Evolución procesal de las acciones de clase	63
Primera etapa	64
Segunda etapa	64
Tercera etapa	65
Cuarta etapa. Estatuto legal vigente	66
Liquidación de perjuicios	68
Prueba de perjuicios y estimación de indemnización globales	70
Métodos reconocidos para probar perjuicios globales	71
Referencia a la jurisprudencia colombiana sobre prueba de perjuicios mediante la equidad e indicios	73
Obstáculos en la aplicación de las acciones de clase.	77
Desarrollos jurisprudenciales	77
Notificación de las partes que no comparecen	78
Problema de la cuantía	79
Aplicaciones prácticas de las acciones de clase	80
En la sociedad anónima	80
En el campo antimonopólico	82

Capítulo III

Las acciones populares en el derecho civil colombiano	85
La acción popular en favor de los bienes de uso público y de los usuarios	87
Contenido y alcances del artículo 1005	88
Titularidad de la acción	88
Sujeto pasivo	89
Objeto de la acción del 1005	91

El medio ambiente como bien de uso público	91
Diferentes posiciones sobre los alcances del 1005	93
Acciones para proteger bienes de uso público	95
Conclusiones	95
Indemnización y recompensa	96
Indemnizaciones	97
Recompensa en favor del actor	98
Trámite procesal	99
La acción del artículo 1005 y algunas acciones de policía	100
La acción popular de daño contingente	102
Elementos de la acción de daño contingente	104
Recompensa e indemnización	106
Trámite procesal	107
Campo de aplicación de las acciones del 1005 y del 2359	109

Capítulo IV

La nueva acción popular en defensa del consumidor	113
Evolución de la acción del consumidor	114
Derecho comparado	115
La acción del consumidor en Colombia	118
Innovaciones procesales	118
Liquidación de perjuicios	122
Reformas necesarias	123
Desarrollo jurisprudencial	124

Capítulo V

Perspectivas de las acciones populares	130
Bibliografía	138
Biografía de la primera edición	139

Biografía de Germán Sarmiento Palacio

Elaborada por Mariana Sarmiento Aparicio

El día en que murió mi padre, yo tenía trece años. Durante la misa fúnebre yo estaba agotada debido a todos los acontecimientos y agobiada por la cantidad de gente que estaba presente; estaba confundida y desorientada. Durante la misa, hubo un momento en el que la gente empezó a aplaudir y de repente me di cuenta que mi papá estaba recibiendo una aclamación general de la gente.

Me tardé más de cinco años en comprender el porqué del aplauso tan efusivo de tantas personas. Para mí, mi padre fue un amigo y un compañero como ningún otro; en ese entonces yo no comprendía el alcance de sus logros profesionales y el afecto y respeto que tantas personas le tenían. Lo que yo sabía de mi padre giraba alrededor del tiempo que él y yo compartíamos en nuestra finca en las afueras de Bogotá.

Para él la finca era su santuario. Desde una casa escondida en las montañas que enmarcan la Sabana de Bogotá, él dejaba que su mente se liberara. En la finca, mi padre dejaba sus frustraciones de la vida cotidiana a un lado; se olvidaba del tráfico, los computadores, los políticos, las secretarías, los mensajeros, etc. Los fines de semana íbamos a Cajicá y montábamos a caballo, jugábamos tenis, ajedrez, caminábamos, comíamos costillas de cerdo y carne a la parilla, y hablábamos. Muchas veces él invitaba a sus amigos y yo lo escuchaba discutir sus ideas, sus pensamientos y su trabajo. Otras veces, cuando sus amigos no estaban allí, él compartía sus pensamientos con su hija más pequeña; yo escuchaba, hacía preguntas, y dependiendo del tema, daba mis opiniones.

Así que, cuando en la misa la gente empezó a aplaudir, yo entendía las razones por las cuales yo estaba aplaudiendo, pero no entendía por qué tantas personas, muchos a quienes yo no conocía, aplaudían tan efusivamente. Fue ahí donde comprendí que mi padre, fue mucho más que mi gran amigo y compañero. Con el tiempo, he venido aprendiendo que él era una persona cuyo compromiso por sus ideas, sus principios, y su país lo llevarían por un camino nunca antes recorrido por ningún colombiano. Con firmeza él se puso al frente de una sociedad donde los intereses privados priman y estableció las bases para un

sistema de acciones públicas y participación ciudadana con el propósito de proteger los intereses colectivos y los derechos fundamentales de las personas. Con perseverancia, dedicación y coraje creó un camino para él y para un país entero. Ésta es la historia de mi padre, Germán Sarmiento Palacio el pionero del derecho de interés público en Colombia y algunas cosas más.

Sus antecedentes familiares

Germán Sarmiento Palacio nació el 9 de abril de 1945 en una familia bogotana de clase media. En su casa vivía con sus padres, Guillermo Sarmiento y Zoila Palacio, y sus cuatro hermanos, Guillermo, Hernando, Eduardo y Jaime. Su padre, Guillermo Sarmiento provenía de una familia adinerada que en su momento era dueña de una de las haciendas de azúcar más grandes de Colombia. Debido a la industrialización del sector azucarero en las planicies del Valle Cauca, la plantación de los Sarmiento perdió competitividad ya que el terreno montañoso no permitía el funcionamiento de la maquinaria. En Bogotá, Guillermo Sarmiento era el dueño y gerente de una fábrica de tapas que proporcionaba suficientes ingresos para que todos sus cinco hijos completaran el colegio y continuaran a la universidad.

Su madre, Zoila Palacio, conocida como La Nena, era de una familia prominente de tradición política de Honda, Tolima. Según uno de los hermanos, Hernando, La Nena siempre vio por lo ojos de Germán más que de cualquiera de sus otros hijos. Cuentan algunas de sus tías que muy pequeño lo tomaban de la mano para salir de compras, llegando al extremo de que La Nena le compraba la misma fruta de diferentes colores hasta cuatro o cinco veces seguidas para satisfacer sus embelecios. La Nena fue particularmente influyente en la vida de mi padre; lo apoyaba en todo sus esfuerzos, incluso cuando pareciera que ella lo estaba malcriando. Quizás, ella es una de las razones por las cuales él desarrolló una personalidad persistente, desafiante, terca, y persuasiva.

De niño, mi padre estudió en el Colegio Cervantes junto con sus cinco hermanos. Sin embargo, decidió ingresar al Colegio Helvetia de donde se graduó de bachiller. Después de completar el bachillerato estudió derecho en el Colegio Mayor del Rosario. Se graduó en 1967 y realizó su tesis “La planeación

económica en el proyecto de reforma constitucional de la administración Lleras”. Después de graduado aceptó una oferta de trabajo en Citibank. Estando en el banco, empezó a resaltar los problemas de materia legal en el banco y poco después se convirtió en abogado de planta del departamento legal. Este trabajo le permitió a mi padre entender la práctica del abogado corporativo y empezar a foguearse en la práctica del derecho internacional. Como resultado de la experiencia en el Citibank, él se interesó en el derecho comparado y por consiguiente aplicó a la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York (NYU). Gracias a un préstamo del Citibank, él pudo asistir a NYU en donde aprendió sobre el concepto del derecho de interés público y las herramientas legales como acciones de clase que luego definirían su trabajo y su vida.

Mi padre regresó de Nueva York antes de completar su maestría para continuar su trabajo en el departamento legal del Citibank. En el Citibank conoció a su futura esposa, mi madre, Mónica Aparicio Smith que en ese entonces tenía veinte años. En el momento en que se conocieron para mi padre era claro que su trabajo en la institución financiera era sólo temporal. Por el contrario, para mi madre, su experiencia como cajera y gerente, definieron su interés intelectual como banquera y economista. Después de estar dos años en el banco, mi madre estudió en la Universidad del los Andes donde obtuvo su título como economista. Ella empezó su vida profesional en el sector público trabajando en el Banco de la República, Planeación Nacional y el Banco Mundial. Después de casi veinte años de trabajar en el sector público volvió a las instituciones financieras del sector privado. Mi madre se convirtió en una de las primeras mujeres que ocuparon la posición de directora ejecutiva en una institución financiera del sector privado en Colombia. A pesar de que ambos de mis padres tuvieron carreras y profesiones independientes siempre existió apoyo incondicional entre ellos para obtener sus metas profesionales.

Mientras las carreras de mis padres despegaban, ellos se casaron en 1975, tan sólo seis meses después de que se conocieran. Después de tres años de matrimonio, en 1978 mi mamá dio a luz a mis dos hermanos mellizos Germán y Joaquín; cinco años después, en 1983, nací yo, Mariana. Esta fue la familia que le proporcionó el apoyo que mi padre necesitó para mantener su fuerza frente a los obstáculos de una sociedad manejada por intereses privados.

El profesional joven

El deseo de mi padre por ser abogado y dedicar su vida a su país fue influenciado por su tío Alfonso Palacio Rudas, quien fue un abogado constitucionalista, fanático de la política y economista. A lo largo de su vida, Alfonso Palacio tuvo varios cargos políticos importantes como representante en la Cámara y senador, Fiscal General, gobernador del Tolima, alcalde de Bogotá, Ministro de Hacienda, profesor universitario, miembro de la Asamblea Constitucional de 1991, y miembro del Comité Nacional de Cafeteros. Palacio Rudas inculcó en mi padre una apreciación por el derecho y las leyes y un interés en la política y el sector público. Para mi padre era costumbre visitar a su tío en las tardes de domingo y pasar horas hablando y discutiendo política. En sus conversaciones Palacio Rudas compartía las historias sobre el mundo de la política, las cuales le daban a mi padre una visión de los problemas que existían en los grupos y sociedades políticas en Colombia. Para mi padre, su tío era una fuente de inspiración y de apoyo que lo ayudó y lo impulsó a lo largo de su carrera.

Alfonso Palacio, influyó en la decisión de mi padre de convertirse en abogado, y también en la decisión de que mi padre hiciera su maestría en derecho comparado en NYU. Fue mediante las conversaciones con su tío y el trabajo en Citibank, que mi padre se dio cuenta de las limitaciones del sistema judicial en Colombia y se interesó en sistemas legales diferentes. Durante su tiempo en NYU, empezó a familiarizarse con el derecho de interés público y las herramientas legales como las acciones populares y las tutelas. A pesar de que él no podía volver a Colombia y ejercer derecho de interés público ya que en aquel entonces no existía tal cosa, él nunca abandonó la idea. Después de su retorno a Colombia, mi padre empezó a construir la carrera de la cual se volvió tan entusiasta mientras que estuvo en Nueva York.

Mi padre volvió a Colombia en 1970 como director del departamento legal del Citibank. Una vez más, influenciado por su tío Alfonso Palacio, quien tenía su propia oficina de abogados, mi padre se retiró del banco en 1977 y creó su propia oficina de abogados llamada Sarmiento Palacio y Asociados. Sarmiento Palacio y Asociados se dedicaba al derecho privado y comercial y sólo tenía un abogado y un asociado; mi padre. La oficina mantuvo la representación legal de

Citibank y adicionalmente empezó a traer a otros clientes que permitieron que la firma creciera y se diversificara. Algunos de los clientes incluyeron, Cummins Engine Company, Wells Fargo Bank, A.C. Nielsen de Colombia, Rhone Poulenc, y otros bancos colombianos.

Después de cuatro años de trabajar en Sarmiento Palacio y Asociados solo, mi padre encontró su primer asociado: Ernesto Michelsen. En su momento, Michelsen estaba terminando sus estudios en derecho en el Colegio Mayor del Rosario y empezó como voluntario en la oficina de mi padre. A través de los años Ernesto Michelsen se convirtió en su amigo del alma e indispensable compañero de trabajo, fundamental para el desarrollo de la carrera de mi padre y su trabajo. Michelsen era cómplice de las ideas ambiciosas y descabelladas de mi padre pero lo más importante, Michelsen lograba mantener las ideas de mi padre aterrizadas a la realidad y de esta forma, accesibles. En 1981 la oficina rompió los lazos con el Citibank y a raíz de esto mi padre se empezó a distanciar cada vez más del ambiente insípido y amargo de las instituciones financieras; poco tiempo después, la oficina fue renombrada Sarmiento Palacio Michelsen. Para entonces, la crisis financiera del país se desató y coincidentalmente la oficina cambió su clientela y empezó a representar personas e instituciones con problemas de crédito que necesitaban una aplicación de las normas de protección para los acreedores.

En 1982, cuando los cargos públicos municipales eran por nombramiento directo, mi padre fue Secretario de Gobierno de Bogotá, siendo alcalde mayor de la ciudad Augusto Ramírez Ocampo. Mi padre vio esta ocasión como una oportunidad para aprender sobre la operatividad del sector público y volverse parte de un proceso político. En la Secretaría de Gobierno él coordinaba las relaciones entre el consejo y la oficina del alcalde. Este trabajo le permitió a mi padre comprender el funcionamiento interno en el gobierno, y establecer relaciones con políticos que después fueron fundamentales para el apoyo, la creación, desarrollo, y trabajo de Fundepúblico. Su tiempo en la Alcaldía le hizo reflexionar sobre la falta de institucionalidad y la participación pública en los procesos del gobierno, así como la necesidad de un mecanismo de control para el sector público. Con una idea en la cabeza de cómo funcionaba la política, él regresó a su oficina de abogados preocupado por el sistema político del país motivado por intereses personales.

La creación de Fundepúblico

En 1983, mi padre regresó a la oficina de Sarmiento Palacio Michelsen la cual había mantenido abierta durante su tiempo en la Alcaldía, ya que él consideraba importante mantener su independencia laboral y como pensador. De vuelta en la oficina continúa trabajando en derecho civil y derecho comercial. La oficina seguía avanzando y en algún momento en que mi padre estaba estudiando para algún proceso encontró el artículo 1005 en el Código Civil y empezó a compararlo con lo que en la legislación americana se denomina *citizens actions*. Siguió dándole vueltas y vueltas a esa teoría, y se la comentaba a sus otros amigos abogados, hasta que un día decidió que tenía que escribir un libro demostrando que con esa norma legal, en Colombia se podía llegar tan lejos o más que lo que se había logrado en el derecho anglosajón. Escribió el libro *Las acciones Populares en el derecho privado colombiano* sin dejar a un lado su trabajo en la oficina. Una vez que lo tuvo listo, consiguió que el Banco de la República lo editara. Se empezó entonces a programar la presentación del libro y ahí fue cuando retado por amigos a poner en práctica la teoría escrita, decidí que era necesario crear una entidad autónoma e independiente que llevara a cabo esa labor. Así se gestó Fundepúblico –Fundación para la defensa del interés público. Desde la oficina de abogados se le dieron los medios básicos para que mi padre iniciara esa labor. Allí se le prestaba computadores, secretaria, espacio etc. El artículo 1005 del Código Civil despertó un entusiasmo y una pasión enorme, y se convirtió en la herramienta que él utilizó para rescatar del pasado las acciones populares y reintroducirlas en el debate político legal contemporáneo. El artículo dice lo siguiente:

La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concebidos a los dueños de heredades o edificaciones.

El descubrimiento del artículo 1005, motivó a mi padre a seguir buscando más remanentes de acciones populares. En el mismo código encontró el artículo 2359 que dice lo siguiente:

Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de algunos amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare a personas determinadas; solo alguna de estas podrá intentar la acción.

Al encontrar estos dos artículos, mi padre se convenció de que dentro del marco judicial de Colombia, sí existía el concepto de acciones populares creadas para proteger los bienes de uso público y daños contingentes. Las acciones populares en beneficio de los bienes de uso públicos se encuentran en artículo 1005 del Código Civil y la acción popular para los daños contingentes en artículo 2359.

Después de descubrir los artículos que hacían referencia a acciones populares, mi padre decidió que era importante compartir con el resto del país su hallazgo y reintroducir el concepto de acciones populares y acciones de clase. A raíz de esto, se tomó seis meses sabáticos para continuar su investigación sobre acciones populares. Durante ese tiempo, estudió el derecho romano, y la aplicación de las leyes y el derecho en países como Estados Unidos, Francia, España, Italia, y Brasil con el propósito de entender cómo estos países articulaban el concepto de las acciones populares. Una vez consolidada su investigación y ante la presión de sus amigos mas allegados lanzó su carrera como abogado en materia de acciones populares y de interés público, en 1988.

En 1988, empezó a escribir y publicó su libro *Acciones populares en el derecho privado colombiano*, en el cual reveló los descubrimientos del Código de Civil e hizo un análisis comparativo de las acciones populares en otros países. El libro no solamente era una recopilación de su investigación sino que también era el marco teórico de lo que sería su práctica como litigante a favor del derecho interés público y de la fundación que crearía poco tiempo después.

La publicación del libro generó debate a nivel nacional, lo que conllevó a que él ejerciera y pusiera en práctica lo relacionado con las acciones populares. Aunque, él planeaba volver a la práctica del derecho privado, parecía que era el momento apropiado para probar que en el sistema legal Colombiano había espacio para la protección del interés colectivo y de los derechos fundamentales. Con el fin de probarlo, creo una organización devota de sus ideas, cuyo propósito era

litigar con las herramientas legales que había re-descubierto en el Código Civil. En 1988, La Fundación para el Interés Público, Fundepúblico, fue creada.

Fundepúblico inicialmente fue dirigida y operada por mi padre desde la misma oficina en la que ejercía su práctica legal. Sin embargo, fue con el apoyo de algunos de sus amigos que Fundepúblico pudo tomar vuelo. Este grupo de amigos que incluía un profesor de derecho, un constitucionalista, la cabeza de una organización ambiental regional, su tío, un periodista, y su amigo Ernesto, constituyó la junta directiva de Fundepúblico. Ellos ayudaron a mi padre con algunos recursos económicos, con sus conocimientos, con el entendimiento del sistema legal colombiano y con sus contactos políticos.

Para enero de 1989, las ideas de mi padre tuvieron una buena recepción por importantes personas del gobierno nacional, quienes trabajaron para incluir las acciones populares en la Ley 9 de reforma urbana, la cual en su artículo 8 expresamente extiende el ámbito de aplicación de las acciones populares en beneficio de aquellos bienes utilizados por el público incluyendo el medio ambiente, de conformidad con la interpretación doctrinal que fue establecida en su libro. El artículo 8 consagra:

Los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil. Esta acción también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios. El incumplimiento de las órdenes que expida el juez en desarrollo de la acción de que trata el inciso anterior configura la conducta prevista en el artículo 184 del Código Penal de “fraude a resolución judicial”.

La acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil podrá interponerse en cualquier tiempo, y se tramitará por el procedimiento previsto en el numeral 8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.

Sabiendo que probar la viabilidad del artículo 1005 y las acciones populares tomaría más que una mención en la reforma urbana, era importante contar

con un caso sólido que fuera consistente con las normas legales para que las autoridades, los jueces y el público, se convencieran de la legitimidad y de su alcance. Mi padre cuidadosamente escogió un caso que tuviera el potencial de crear una diferencia significativa en la capital y en sus habitantes. En agosto de 1989, la primera acción popular fue presentada en contra de uno de los mayores contaminadores del Río Bogotá. La acción popular fue presentada en contra de Álcalis de Colombia por incumplir la regulación ambiental en detrimento de la salud pública y de aquellas personas que vivían cerca al río.

El caso de Álcalis brindó tres importantes precedentes. El primero, fue que la validez del artículo 1005 en relación con las acciones populares, se confirmó. El segundo, el juez declaró que cualquier ciudadano podía acceder a información de entidades públicas o privadas en relación con materias ambientales, tales como preservación, u operaciones comerciales o industriales que pudieran afectar el medio ambiente. Y tercero, este caso le permitió a Fundepúblico consolidar las herramientas necesarias para litigar a favor del interés público. Así mismo, le permitió a Fundepúblico consolidar el mensaje acerca de la importancia de las acciones populares y de la participación de los ciudadanos en la protección de los derechos fundamentales y la pelea en contra de la corrupción.

Los resultados positivos que estaba obteniendo Fundepúblico, así como el reconocimiento de las acciones populares en el debate nacional conllevó a que miembros de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 invitaran a mi padre a participar en la redacción de la Constitución de 1991 en materia de derechos fundamentales y colectivos y su protección. Después de intensos debates, las acciones populares fueron incluidas en la Constitución en su artículo 88:

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 pública, 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.

Después de la exitosa inclusión de las acciones populares en la constitución, mi padre decidió convertirse en un abogado activo en materia de interés público, dado que las herramientas legales ya estaban en su lugar. Él dividió su tiempo entre su oficina y Fundepúblico con el fin de conseguir recursos para el desarrollo de las actividades de la fundación. Con la ayuda de su tío, Fundepúblico recibió la modesta suma de un millón de pesos de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, lo que permitió a mi padre fortalecer a Fundepúblico. Estos recursos fueron utilizados por mi padre para viajar a los Estados Unidos para buscar allí apoyo de organizaciones internacionales. Buscar apoyo en estas organizaciones fue una decisión conciente ya que él sabía que el trabajo que iba a realizar sería controversial y complicado porque la mayoría de las violaciones contra el interés público eran efectuadas por elites económicas y políticas. Adicionalmente, era indispensable crear relaciones con otras organizaciones que tuvieran experiencia en el campo del derecho de interés público y que estuvieran dispuestas a compartirla. Después de algunos viajes a los Estados Unidos, ingresó a la red de E-LAW y estableció relaciones de trabajo con el Instituto de Derecho Ambiental (Environmental Law Institute) en Washington D.C. Con el progreso de la fundación y la ayuda de sus colegas logró atraer recursos de los Amigos de la Tierra, y más adelante la Fundación Noyes. En 1991, los recursos recibidos de la Fundación Noyes le permitieron a Fundepúblico convertirse en una fundación independiente. En 1992, el éxito de Fundepúblico creció y más recursos fueron obtenidos de fundaciones como la MacArthur Foundation, ACDI del Canadá, la W. Alton Jones Foundation y el North South Center. Para esta época Fundepúblico era económicamente independiente de la firma de abogados y contaba con personal de tiempo completo; no dependía más del trabajo de voluntarios. Más adelante, el apoyo de las organizaciones internacionales le permitió a Fundepúblico crear un fondo para el medio ambiente con el propósito de financiar procesos judiciales y acciones tendientes a proteger el medio ambiente, los recursos naturales y de las comunidades. Las actividades de Fundepúblico continuaron expandiéndose y poco tiempo después la fundación empezó a brindar apoyo a otras ONG en asuntos de

logística y finanzas, así como experiencia. Fundepúblico se convirtió en un líder regional en el discurso de las acciones populares y se convirtió en una de las ONG coordinadora de la convención de la Biodiversidad firmada en 1992.

Como abogado en materia de derecho de interés público, mi padre tenía varias metas en su cabeza: él estaba decidido a informar al país acerca de los nuevos instrumentos legales al alcance de los ciudadanos y de litigar con ellos; él quería mostrarle al país cómo los ciudadanos podían participar en el sistema mediante la implementación de las acciones populares; y él quería trabajar para crear una generación de abogados en materia de derecho de interés público. Alcanzó las anteriores metas, viajando a los lugares más remotos de Colombia y representando a gente de diferentes clases y culturas, e involucrándose en casos de naturaleza ambiental, en casos relacionados a la protección del consumidor y de corrupción administrativa o gubernamental. Adicionalmente, Fundepúblico creó una publicación bimensual dedicada a las acciones populares cuyo fin era educar al público e informar acerca de las acciones populares en que la fundación estaba involucrada. Finalmente, comprometido con la creación de una generación de abogados en materia de interés público, mi padre constantemente traía estudiantes universitarios para que trabajaran en Fundepúblico. Él inició un programa en la Universidad del Rosario para que estudiantes pudieran hacer trabajo voluntario en Fundepúblico y que éste fuera tenido en cuenta para su grado.

Con el crecimiento de Fundepúblico vinieron grandes casos como la demanda civil contra Dow Chemical en Texas que fue la primera demanda instaurada contra una multinacional en Colombia y Estados Unidos por perjuicios ambientales, y una acción popular para proteger los derechos de las comunidades indígenas. Existieron también otras acciones populares instauradas y se ganaron casos relacionados con la corrupción administrativa y gubernamental.

La otra batalla

En enero 7 de 1994 la vida de mi padre cambió. Un lunar en su cabeza, que para mí era una marca única y particular de mi padre, se convirtió en un melanoma en su tercera etapa de desarrollo. Pareciera que el cáncer no lo doblegó, aunque él estaba muy conciente de su condición. A pesar de las varias cirugías y viajes mensuales a Houston para quimioterapia, él trabajó más que nunca. Él siempre

viajaba con su computador portátil para continuar su trabajo. Aunque a mi padre se le dificultaba el lenguaje de los computadores, se propuso a aprender los comandos del computador para poder así comunicarse a través del correo electrónico con sus colegas. A pesar de sus innumerables frustraciones con los computadores, el Internet y en general la tecnología, aprendió la técnica. Esto le permitió continuar con su trabajo por el interés público y continuar fortaleciendo a Fundepúblico a pesar de las sesiones de quimioterapia en Houston. Durante su enfermedad, él no solamente continuaba trabajando para fortalecer a Fundepúblico, mediante la apertura de otra oficina en la ciudad de Cali, sino que también se involucró en la creación y el crecimiento de otras organizaciones con metas similares a las de Fundepúblico. Ese mismo año, después de 3 años de trabajo con E-LAW, él estableció una sociedad con la misma abriendo una oficina de E-LAW en Colombia en conjunto con Fundepúblico. En México él brindó asistencia en la creación de CEMDA (Centro Mexicano de Derecho Ambiental) y la organización interamericana AIDA, entre otras. Así mismo, él continuó buscando apoyo de organizaciones internacionales lo que lo llevó a ganar el premio Ashoka Fellow en 1994 por ser un “empresario social” lo que le repercutió a Fundepúblico en soporte organizacional y financiero en los años siguientes. Indicios de su duro trabajo fue el II Premio Nacional de Medio Ambiente el cual fue otorgado a Fundepúblico por su contribución a los mecanismos judiciales de defensa del medio ambiente y la participación ciudadana. A pesar de que el cáncer limitó el tiempo que él podía dedicar a su trabajo y su pasión, estaba conciente de que su tiempo era escaso. Como resultado, él trabajó intensamente para estar seguro de que las acciones populares y el interés público pudieran arraigarse en la cultura legal colombiana.

En sus dos últimos años de vida, uno de los asuntos en los cuales estuvo particularmente interesado fue en un importante y penoso incidente en materia de corrupción gubernamental en donde el dinero del Cartel de Cali se infiltró en la campaña electoral del presidente Ernesto Samper. Sin quitar sus ojos en las actividades en que Fundepúblico estaba involucrada, el decidió instaurar acciones públicas para que el caso contra el Presidente fuera público y se estableciera un panel independiente que informara a los ciudadanos de lo que realmente había sucedido. Él se convirtió en devoto de la idea de que los ciudadanos tenían el derecho de conocer la verdad acerca del Proceso 8000 y que adicionalmente

tenían el deber de participar en el proceso como críticos y supervisores de la validez del mismo. Junto con grandes amigos y colegas él creó la Comisión Ciudadana de Seguimiento (ccs) que congregó ciudadanos y organizaciones interesadas en este asunto, y organizó un panel que revisó la investigación del Presidente y del Proceso 8.000. La ccs destapó algunas verdades acerca de lo que había pasado en la campaña presidencial y en la investigación del Presidente. Al final la ccs reveló que en la investigación del presidente hubo un gran nivel de corrupción y que era ilegítima.

Embarcar en esta misión fue difícil, debido a sus limitaciones físicas y que mucha gente involucrada en la investigación había ayudado a la creación de Fundepúblico, y le brindaron el apoyo legislativo para la institucionalización de las acciones populares. De hecho, Samper fue uno de los soportes fundamentales de las acciones populares quien utilizó sus influencias políticas para que fueran incluidas en la reforma urbana de 1989 cuando fue ministro de Desarrollo Económico. Samper incluso fue miembro honorario de la junta directiva de Fundepúblico. A pesar de los lazos personales mi padre reconocía la importancia de revelar la verdad al país.

Así como el éxito de mi padre y Fundepúblico continuaba y crecía, lo mismo sucedía con el cáncer que había invadido su cuerpo. Sabiendo que la enfermedad estaba en contra de él, sus esperanzas y su voluntad para pelearlo hasta el último segundo nunca se fueron. Su enfermedad lo hizo renunciar a mucha de su dureza, pero nunca dejar de luchar por su vida y sus ideales. En el último mes de vida, era imposible ser el líder dinámico que siempre fue. Su condición lo hizo pasivo pero nunca un líder menos efectivo; él continuaba hablando y divulgando sus ideas y pensamientos controversiales. Continuó reuniendo gente en su casa y algunas veces en el hospital para discutir la situación política del país y las acciones populares.

En septiembre de 1996, el cáncer alcanzó su cerebro. Poco a poco, su habla y sus pensamientos fueron perdiendo claridad; idas y venidas al hospital se convirtieron en la norma. A pesar de lo difícil y doloroso que fueron estos momentos para la familia, mi padre, mi madre, mis hermanos y yo estábamos tranquilos. A pesar de que hubo muchas otras cosas que a él le hubiera gustado lograr o alcanzar en vida, el día que murió, todos estábamos a su lado; Yo pienso que eso es todo lo que realmente importaba. El 11 de noviembre mi padre murió.

Después de la muerte de mi padre, Fundepúblico continuó construyéndose basado en la experiencia y casos anteriores. Su gran amigo Ernesto Michelsen asumió la presidencia y Claudia Mora, quien era muy cercana a mi padre y gran colaboradora de Fundepúblico, se convirtió en directora ejecutiva. Inicialmente Fundepúblico continuó trabajando plenamente. Sin embargo, con el paso de los años, la fundación se fue volviendo cada vez más pasiva. En los últimos años ha sido difícil para la fundación obtener recursos de los donantes internacionales, en parte porque las prioridades y objetivos de los donantes ya no son en materia ambiental, lo que ha impedido el financiamiento a largo plazo. Así mismo, en el 2000, Ernesto Michelsen, tuvo que irse de Colombia y los recursos fueron cada vez más escasos. Al final, el personal que una vez trabajó con mi padre en Fundepúblico también se retiró de la fundación.

Hoy, Ernesto Michelsen continúa siendo el presidente a pesar que él sólo está pocos meses al año en Colombia. El director ejecutivo es Diego Bravo, quien fue director de la agencia regional de medio ambiente y quien conoció a mi padre años antes de su muerte. Fundepúblico continúa enfocándose en los casos de interés público particularmente aquellos con conexión al medio ambiente. Hoy, Fundepúblico funciona con pequeñas donaciones y de los derechos que han adquirido de los casos que han ganado.

En los 51 años de vida de mi padre, él viajó por un camino que ninguna otra persona ha viajado. Mi padre le enseñó a Colombia y a mí, palabras y expresiones tales como interés público, acciones populares y tutela; Todas estas palabras que formaban parte de un léxico antiguo fueron rescatadas. Su vida es un ejemplo de devoción a su país y su gente. Germán Sarmiento Palacio proveyó las herramientas a los ciudadanos colombianos para que ellos pudieran proteger sus derechos fundamentales y proteger al país de la corrupción administrativa y política. Sobrepasó obstáculos personales, sociales y profesionales que le permitieron alcanzar un espacio dedicado al derecho de interés público y acciones populares.

Mayo de 2005

Prólogo a la primera reimpresión

Ningún instrumento tan eficaz como la paradoja para señalar evidencias. Cuando enseñaba filosofía del derecho, me encontré una pequeña obra maestra de Gustav Radbruch* en la que el jusfilósofo alemán señala un hecho sorprendente e innegable a la vez: el derecho inglés —que fue reacio a contaminarse de romanismo, en la época de la recepción— revela significativas similitudes con el derecho romano, mientras los países que lo acogieron en trasplante desvirtuaron su espíritu: en el transvase dejaron evaporar su esencia. Quizá resulte audaz, pero pertinente, la siguiente conjetura: romanos e ingleses comparten la idea de que el derecho tiene un ineludible fin pragmático, en tanto que los legisladores y los juristas de Europa continental han cultivado una vocación jurídica más impregnada de racionalismo y aún de esteticismo.

Me parece que un postulado implícito como ése informa la reflexión de Germán Sarmiento Palacio sobre las acciones populares en el derecho privado colombiano. Consagradas casi de manera anecdótica en el código civil redactado por Bello, y relegadas en la práctica al papel de reminiscencias de la fuente histórica, las acciones populares revelan un potencial inexplorado en función de urgentes propósitos prácticos como la conformación de una cultura jurídica —cuya ausencia es incidente, a mi juicio, en la anomia que hace tiempo padecemos— y la protección de intereses individuales y generales a la vez, que constituyen el meollo de la democracia desde la perspectiva de Rousseau.

Retomando una dicotomía usada por el realismo jurídico norteamericano, podría decirse que la tradición del derecho consuetudinario y jurisprudencial apunta de manera programática al *derecho en la vida*, mientras que la vocación codificadora parece satisfacerse con *el derecho en el papel*.

El alcance y la importancia del libro rebasan, sin duda, lo que el título anuncia. Éste induce a pensar en el ejercicio exegético de algunas normas un tanto insulares de nuestro código civil, siguiendo los trajinados derroteros de una

* “El espíritu del derecho inglés”, Madrid, Revista de Occidente, 1958.

gran mayoría de nuestros doctrinantes. Pero no. Este libro sintético y denso es singular dentro de nuestra literatura jurídica, por varias razones.

En primer lugar, no estamos habituados a que un jusprivatista ponga en primer plano la función política, que de modo insoslayable le incumbe al derecho. Y es, sin duda, lo que de manera certera hace el autor. En su lúcido análisis las fronteras entre derecho privado y derecho público se hacen más difusas, como tiene que ser cuando se concibe el derecho como instrumento de convivencia en una sociedad con vocación democrática.

En segundo término, este libro, publicado en 1988, anticipa de modo premonitorio el nuevo ambiente jurídico y político que tres años después inauguraría la Constitución de 1991: mayores posibilidades de iniciativa y de participación de las personas en la defensa y promoción de sus propios intereses integrados en el interés público —corolario obligado de la democracia participativa y de la solidaridad— y la recepción de una hermenéutica jurídica más imaginativa y audaz en armonía con el papel protagónico que al juez le incumbe en la aplicación y creación del derecho que una sociedad demanda como instrumento de transformación: “Personalmente confío en el espíritu progresista de los jueces colombianos en la tarea de interpretar los textos legales que consagran las acciones populares en nuestro derecho privado y que en ejercicio de su función hermenéutica tendrán en cuenta las nuevas épocas que transcurren y las condiciones actuales que vive la sociedad colombiana”.

Esto lo escribe el jurista Sarmiento Palacio antes que el constituyente del 91 consignara pautas de conducta, públicas y privadas, en vista de una sociedad más democrática, más solidaria y más amable.

Las acciones populares en el derecho privado colombiano es una obra singular, más pertinente ahora que en el momento en que fue escrita, porque el clima creado por la Constitución del 91, que el autor anticipa, resulta un trasfondo más propicio para sus lúcidas reflexiones.

Lástima que la muerte prematura del autor haya privado al país de ulteriores aportes sustantivos en esta línea de pensamiento: el uso del derecho como útil instrumento de convivencia.

Carlos Gaviria Díaz

Prólogo

Estamos ante una investigación jurídica ejemplar. Germán Sarmiento Palacio, un estudioso abogado litigante que se mueve como pez en el agua cuando maneja las difíciles cuestiones del Derecho Económico, ha elaborado un ensayo original, útil, de actualidad evidente, y de amplios horizontes, por los futuros desarrollos que tendrán, sin duda, sus novedosas tesis.

Sarmiento Palacio ha puesto el dedo en la llaga: la desprotección de lo que algunos llaman “intereses difusos”, aludiendo a los muchos sujetos dispersos, sin organización ni personería, para hacer valer sus reclamos por derechos burlados y menos para obtener reparación. Fenómeno de este tiempo; de la sociedad de consumo, de la sociedad de masas, de la producción en serie, del aislamiento e insularidad del individuo no encuadrado en organizaciones de promoción y defensa de sus intereses.

En respuesta a este problema, el ingenio jurídico ha ido admitiendo la posibilidad de que cualquiera de los afectados puede demandar, en su nombre y en el de los demás perjudicados, la reparación del perjuicio, inspirándose en antiguas instituciones romanas algunos y, otros, en el pragmatismo de los sajones en lo que el sentido común y la equidad aconsejan que debe hacerse para que los intereses difusos no queden sin amparo.

Proceso legislativo y jurisprudencial que revela la unidad del orden jurídico, desvertebrado con la artificiosa distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, para considerar exclusivos del uno o del otro ciertos procedimientos y garantías. Porque, en el fondo, de lo que se trata es de personificar intereses de una pluralidad no explicitada como centro unificado de imputación jurídica, mediante el reconocimiento de acciones del tipo de las llamadas populares o públicas, cuya legitimación tradicional se fundaba en la índole política o colectiva de los intereses por ellas protegidos. Acciones ejercidas en interés de todos, o del todo social, del pueblo como muchedumbre o como Nación, que expresa la significación democrática del Derecho Público, penetrando los campos del Privado, que es el fenómeno que pone de presente el inteligente trabajo de Sarmiento.

Fenómeno de doble vía. Pues, no es hoy de general aceptación el que los mecanismos de la concertación, de la negociación y el acuerdo entre iguales propio del Derecho Privado, se practique entre el sector público, es decir, la autoridad, y el de

los particulares, esto es, los gobernados, para convenir una política de precios, de salarios, de impuestos, valgan los ejemplos más corrientes, dejando atrás la concepción autocrática, unilateral, que domina toda la teoría del Estado y sus poderes.

Hay que ver, entonces, en esta nueva sensibilidad y comprensión jurídica de las relaciones sociales, un paso más en la búsqueda del equilibrio entre lo particular y lo público, que es el centro de todos los conflictos políticos, ideológicos, culturales, económicos, desde siempre.

Sarmiento despliega las perspectivas de este nuevo enfoque con evidente maestría. Sabe indagar en la historia, aprovecha bien los antecedentes, utiliza hábilmente las comparaciones con otros sistemas jurídicos, y llega a los detalles prácticos del procedimiento, previo un penetrante análisis de las nuevas acciones populares.

Se trata de auténtica innovación. Es anuncio de un Derecho que rompe esquemas y prejuicios. Pero, sobre todo, que responde a una necesidad colectiva punzante, frente a los abusos de los productores de bienes y servicios de amplio consumo y a los contratos de adhesión en los que el equilibrio contractual es ficticio.

De la inmensa riqueza normativa y conceptual de nuestro Código Civil, Sarmiento exhuma los casos de los artículos 1005 y 2359 defensa de los bienes de uso público y el daño contingente para elevarse a una generalización, implícita en los principios de que son aquellos sabia aplicación, y montar una teoría adecuada a nuestro medio jurídico, haciendo una clarividente exploración hacia los demás campos de posible extensión de las acciones populares.

Ojalá se produjeran más libros como éste. Porque vendrían a airear el cerrado ambiente literalista y exegético en que se mueve el derecho nacional, a dar una muestra de trabajo científico serio, que no es frecuente en nuestras academias y universidades, y porque sirven a la sociedad al aportarle fórmulas para un problema concreto, reafirmando de paso la utilidad del Derecho como instrumento de justicia y solución de desequilibrios que entraban los caminos de la libertad y de la democracia.

El oficio del abogado no es, tan solo, el de servir a la justicia ya institucionalizada en las leyes vigentes, sino en reclamar la justicia pendiente, la de quienes aún no pueden obtener que se les haga justicia. A este empeño contribuye Germán Sarmiento Palacio con una alta cuota de inteligencia, creatividad, sentido de actualidad y de futuro.

Luis Carlos Sáchica

Algunos centros de poder privado pueden tomar decisiones que afectan de una manera, anteriormente insospechada, la vida y los bienes de un gran número de personas. Así ocurrió con el sector financiero, por ejemplo, y las consecuencias están a la vista, aquí y en otras partes del mundo. Los abogados tienen el desafío de encontrar instrumentos para hacer más democrático el ejercicio de estos poderes, sin entorpecer el libre desarrollo de la iniciativa privada.

Virgilio Barco

Mensaje al Simposio Internacional sobre los Cien Años del Código Civil
celebrado el 17 de agosto de 1987 en Bogotá.

Introducción

El profesor Lawrence Friedman,¹ de la Universidad de Stanford, identifica tres elementos como integrantes de un sistema jurídico: estructurales, sustantivos y culturales. Los elementos estructurales constituidos por las instituciones, las formas que éstas registran y la finalidad que persiguen. Los elementos sustantivos que hacen relación a la utilización de las normas jurídicas por gobernantes y gobernados. Los elementos culturales que se refieren a los valores y actitudes que mantienen unido el sistema, que reflejan el lugar que el Derecho y la justicia ocupan en la sociedad como un todo y determinan, por lo tanto, cuándo y por qué las gentes acuden al gobierno y a los jueces, o le dan, por el contrario, la espalda. Su análisis, infortunadamente, no podría ser más desolador en el caso colombiano.

En primer término lo que toca al aspecto de las finalidades y propósitos que persiguen nuestras instituciones y que han buscado a través de las continuas reformas de los últimos veinte años. Durante la administración Lleras Restrepo se expidieron los códigos de Comercio y Procedimiento Civil. En la de Pastrana, el Código de Recursos Naturales. En la de Turbay, el Código Penal. En la de Betancur, el Código Contencioso Administrativo. En la de Barco, ya salieron los códigos de Procedimiento Penal y Penal Aduanero. La mayoría de estos códigos se dirigieron directamente sobre el aparato y la administración de justicia. Novedades no le faltan a nuestras instituciones. Lo grave es que ninguna de ellas mejoró la justicia a la postre, ni sirvió tampoco como instrumento para conseguir un mejor orden social. Este propósito, que sin duda es el más importante de todo sistema judicial, estuvo ausente de cuanta reforma hubo y de los nuevos estatutos jurídicos puestos en práctica en los últimos años. Ha habido retoques, cambios más o menos importantes. Nos hemos colocado seguramente más a tono de las modas académicas universitarias, pero no avanzamos en la protección de los bienes jurídicos de la sociedad, frente a los abusos del Estado y de los particulares.

¹ Cultura Legal y desarrollo social. Boletín del Instituto de docencia de Chile e Investigaciones Jurídicas.

Las finalidades de estas reformas nunca fueron claras, ni objeto de discusión pública. El Congreso siempre delegó en el gobierno la expedición de los nuevos códigos, y éste, a su vez, declinó en comisiones de notables, integradas por sabios profesores y por eminentes abogados, no siempre ajenos a sus inmediatos intereses profesionales. Dejaron el sello de las teorías jurídicas que se enseñan en las cátedras universitarias, pero no el de una inspiración política.

Las reformas encaminadas a perfeccionar los procedimientos judiciales nunca sirvieron para ampliar la capacidad del individuo para acceder al aparato de la justicia. El derecho de acción –que es el poder jurídico que tiene todo individuo para acudir ante los jueces en demanda de amparo o protección– mantiene los rasgos propios de un derecho individualista, sin alcances sociales. La administración de justicia se ha querido fortalecer, pero a favor de quienes han tenido siempre la posibilidad de servirse de ella, nunca para que nuevos individuos tengan oportunidad de acudir a los distintos canales procesales. Jamás se buscó equilibrar las fuerzas de la contienda judicial. Como tales, las acciones procesales se mantuvieron sin cambio. Los reformadores no se preocuparon en ampliar su radio de acción, extender sus efectos y darle alcances más allá de las pretensiones individualistas.

Se debe, sin embargo, registrar que en la elaboración del nuevo Código Contencioso Administrativo se planteó, a lo largo de su discusión, la creación de nuevos mecanismos para que el ciudadano accediera a la justicia administrativa y se ampliara su derecho de acción frente a la actuación u omisión abusiva de la administración pública.

Como miembro de la comisión redactora, el doctor Hugo Palacios fue quien más persistió en esta idea. Trató de que se implantara en el derecho público colombiano una nueva acción procesal inspirada en la “*injuction*” norteamericana que no sólo busca la anulación de un acto administrativo o la reparación del daño causado por un hecho administrativo, sino la prevención de la actuación en sí misma cuando las consecuencias son irreversibles o irreparables, en razón de la naturaleza del acto.

Los planteamientos de Palacios Mejía vinieron a concretarse parcialmente, al crearse una nueva modalidad de suspensión provisional en prevención contra los actos preparatorios de actos administrativos ilegales e inconstitucionales,

cuyos alcances empiezan apenas a ser debidamente reconocidos por el Consejo de Estado aferrado, hasta hace poco, a la figura de la suspensión provicional del código derogado.

Así mismo, y como derecho independiente, el nuevo Código Contencioso consagró la acción de cumplimiento que permite a los ciudadanos exigir los deberes que la administración elude, ampliando de manera insospechada la defensa ciudadana del interés colectivo encarnado en el cumplimiento de la ley.

Son innovaciones que le crean nuevos horizontes al ciudadano común en la defensa de sus valores jurídicos frente a los abusos del Estado y la prepotencia de la administración pública, cuyos efectos aflorarán en la medida en que los jueces y abogados comprendan su debido significado, le da sentido y contenido a la finalidad que debe perseguir toda reforma a la administración de justicia.

El elemento sustantivo del sistema jurídico, el segundo que señala el profesor Friedman, y que mira a la utilización de normas jurídicas por gobernantes y gobernados, falla también en el caso colombiano. Las últimas reformas administrativas crearon un sinnúmero de agencias de gobierno con el propósito de intervenir en las relaciones económicas y sociales, tomando para sí, no sin un marcado acento paternalista, la tutela de los intereses jurídicos de la sociedad. La norma general, objetiva e impersonal, la reemplazó la reglamentación casuística, cuya aplicación corre a cargo de institutos, superintendencias y ministerios. La tutela jurídica, en especial la de la comunidad, pasó de los jueces y tribunales a la administración pública.

La autodefensa del ciudadano, tradicionalmente sometida al poder judicial, se convirtió en una especie de curaduría de incapaces en cabeza de funcionarios administrativos que, en la práctica y por ministerio de la ley, la ejercen graciosa y discrecionalmente. Las agencias administrativas están, por regla general, investidas de las funciones de impulsar, controlar y sancionar las actividades a su cargo, lo que ocasiona serios conflictos de interés en el cumplimiento simultáneo de sus diversas y contradictorias funciones. Conflictos que se resuelven con la no aplicación de la norma de derecho y el abandono de los bienes jurídicos protegidos, sobre todo si son de interés público.

Las disposiciones legales no se ponen en vigor, o sólo parcialmente, por razones de oportunidad, de conveniencia, de política o de presupuesto. El cumplimiento de las disposiciones legales por la administración pública, es subjetivo

y carente de autonomía. Así ocurre con el control que debe ejercer el Ministerio de Salud sobre los laboratorios que producen medicamentos dañinos; en el Departamento Administrativo de Aeronáutica con las empresas de aviación que actúan peligrosamente; en el Intra con las empresas transportadoras; en el Inderena con las industrias contaminadoras del medio ambiente.

Los ciudadanos se han resignado, con actitud mendicante, a buscar la tutela de sus derechos de parte del gobierno. Su presencia delante de la justicia es cada vez más rara. Los conductos de acceso son difíciles, costosos e inadecuados para hacer frente a los agravios y daños colectivos. La contienda judicial es desigual; traduce los mismos desequilibrios que se presentan en el seno de la sociedad. El ciudadano, además, no cree en el aparato judicial ni en los jueces. Los mecanismos no son amplios ni democráticos y los que existen quedaron inexplicablemente en el olvido; tal como ocurre con las acciones populares que motivan este trabajo.

La salud pública, la preservación del ambiente, la educación, son campo de las necesidades sociales que quedan a la discreción administrativa. ¿Qué ocurre si, en el marco de la discrecionalidad, se causa sistemáticamente daños irreparables a la vida humana, a su ambiente y al patrimonio cultural? ¿Verificado el daño, no se puede pedir justificación de no haberlo podido evitar? ¿Y si está la vida en peligro, no corresponde librarla del riesgo? ¿No hay derecho público subjetivo de todos los habitantes a remover los factores que ponen en peligro a la vida y a su calidad?

Estas preguntas, que formula el argentino Quiroga Lavié, no encuentran respuesta, por lo menos en la vida práctica de nuestro sistema judicial.²

Donde la deficiencia y la ausencia son más preocupantes, es cuando se trata del tercer elemento que para el profesor Friedman es el más importante, porque le da cohesión a todos los demás. Se refiere a la cultura legal, que no es otra cosa que la credibilidad de los ciudadanos en la justicia. La adhesión a ella

² Quiroga Lavié. *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*. Depalma. 1985, pág. 174.

como medio para obtener la reparación de los valores jurídicos, y el restablecimiento de la armonía en las relaciones entre los integrantes de la comunidad.

Un estudio realizado por el instituto SER y la Universidad Javeriana concluyó no hace mucho tiempo que en Colombia no existe justicia. El 85% de las personas encuestadas coincidieron en la creencia de que los jueces no son honorables. La crisis no es, entonces, del aparato de la administración de justicia ni de sus procedimientos ni de sus mecanismos técnicos, sino del sistema jurídico mismo. No se resuelve con más presupuesto o con la simple modernización de los métodos de trabajo judiciales, es necesario primero reconstruir el elemento fundamental de la cultura legal, para luego edificar todo el sistema jurídico. Se requiere que las gentes se familiaricen de nuevo con sus jueces y con su sistema de derecho. Hace falta una apertura de las vías procesales y el acercamiento del ciudadano común a jueces y magistrados.

Así como se habla de apertura política con la participación de los ciudadanos en la elección directa de los alcaldes y con el proceso de descentralización administrativa, pensemos en otra apertura, la judicial, con la participación del ciudadano en el proceso de la defensa de los intereses consagrados por la ley. La participación directa y dinámica de la ciudadanía común y corriente, hará recobrar la fe y la confianza en el Derecho y en quienes lo administran, sin las cuales no hay cultura legal, ni mucho menos un sistema jurídico.

En esta dirección trato de apuntar al ocuparme del tema de las *acciones populares*; en la definición de los elementos en la consulta de sus antecedentes y orígenes en la dinámica de su aplicación en otras sociedades más modernas que las nuestras; en el análisis y difusión de los alcances que tiene el derecho colombiano y, finalmente en el de una propuesta sobre las perspectivas que podría tener la institución en una sociedad que busca el cambio y el equilibrio y que requiere la concreción de una noción nueva del derecho de defensa, no sólo en cabeza del individuo sino del público en general.

Las *acciones populares*, cuyas características se explican a lo largo de este libro, han probado ser efectivas en las sociedades anglosajonas para solucionar muchos de los conflictos propios de la industrialización, de la masificación y del consumismo, y como instrumento de participación de las gentes en el proceso de la justicia. Tienen, por lo demás, tradición en nuestras instituciones jurídicas donde están consagradas, aunque inexplicablemente relegadas al olvido.

El fenómeno sobresaliente de la vida moderna lo constituyen los efectos colectivos y masivos que se producen en virtud de actos u omisiones tanto del Estado como de los particulares. Es el caso del lanzamiento de un producto defectuoso médico o alimenticio, la falta de seguridad industrial y la imprevisión en la construcción de una obra pública o privada, la inadecuada explotación de los recursos naturales, las propagandas engañosas, el cobro excesivo de bienes o servicios, las conductas monopólicas, además de ciertos manejos financieros. Tales tipos de conductas y de hechos causan daños sobre amplias zonas de población, que constituyen lo que se denomina “el público”.

Este público recibe el agravio colectivo, al cual no se puede responder aislada o individualmente para evitar que el daño se extienda, continúe o se repare. La acción de defensa o de reparación no puede estar sólo en cabeza de cada damnificado. Tiene que ser colectiva como lo es también el daño causado.

Las *acciones populares* son los remedios procesales colectivos frente a los agravios o perjuicios públicos. Mediante éstas cualquier persona perteneciente a un grupo de la comunidad está legitimada procesalmente para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual, simultáneamente, protege su propio interés, obteniendo en ciertos casos el beneficio adicional de la recompensa que, en determinados eventos, otorga la ley. Las *acciones populares* son hoy el mecanismo procesal y jurídico más importante del derecho anglosajón, con el cual el público en general ha podido enfrentar los daños colectivos producidos por la acción u omisión de grandes centros de poder económico.

Su origen se remonta al derecho romano y al viejo derecho inglés. En Roma, la acción popular constituyó una figura procesal generalizada. El ciudadano quien no era más que un elemento integrante del *populus*, defendía los intereses de éste y su propio interés a través de las *acciones populares*. La ley en muchos casos le otorgaba al ciudadano que la ejercía una recompensa especial por ocuparse de la defensa del interés general.

Actualmente en los países ajenos al derecho angloamericano empieza a generalizarse la utilización de las *acciones populares*. En España fueron consagradas expresamente en la Constitución de 1968 y ha sido especialmente desarrolladas en el campo del ordenamiento urbano; en Brasil, para la defensa de los bienes de uso público en sus aspectos estético, económico, artístico e histórico; en

Italia, en favor de las entidades de beneficencia en cabeza de los grupos en cuyo favor han sido instituidas; en Argentina, principalmente en la defensa ecológica a través de desarrollos jurisprudenciales. En Estados Unidos la evolución de las *acciones populares* ha sido grandísima; llevan el nombre de acciones de clase o representación. Sus raíces se remontan al antiguo derecho inglés, su verdadero auge y consolidación datan de 1966, con la expedición del Código de Procedimiento Civil Federal. A partir de este momento se convirtió en el arma más temida en manos de los grupos perjudicados.

Tres de las cinco quiebras más grandes de los Estados Unidos fueron causadas por las acciones dirigidas contra grandes corporaciones. La más famosa ha sido la del gigante laboratorio farmacéutico Richmond, que tuvo que enfrentar demandas por billones de dólares de más de 190.000 mujeres que fueron afectadas por el uso de un dispositivo intrauterino para el control de la natalidad, que llevó al juez a ordenarle al laboratorio el depósito fiduciario de 2.3 billones de dólares para responder por las demandas, lo que, obviamente, ocasionó el estado de quiebra. Sus otras aplicaciones más frecuentes tienen lugar en el campo ecológico, en la defensa de los consumidores, en la protección de los pequeños accionistas, en la lucha contra los monopolios, en la defensa de minorías en el derecho urbano.

Sintéticamente las principales notas características de la acción de clase son: cualquier perjudicado representa al grupo, la sentencia afecta o perjudica al grupo, y la indemnización no es indivisible sino global, la que se distribuye dentro de los miembros del grupo perjudicado.

En Colombia las acciones populares están consagradas en el Código Civil, pero han sido inexplicablemente relegadas al olvido. Andrés Bello las transplantó del derecho romano, a pesar de la inspiración individualista que impera en el Código.

El Código Civil instituyó dos acciones concebidas en los términos más amplios y generales. Las *acciones populares* en favor de los bienes de uso público y la acción popular contra el daño contingente.

La acción en defensa de los bienes de uso público está consagrada en el artículo 1005, en los siguientes términos:

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

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensaría al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

El titular de la acción es la municipalidad o cualquier persona del pueblo, es decir cualquier vecino en donde se encuentra el bien de uso público.

El sujeto pasivo es cualquier persona pública o privada que por su acción u omisión perjudica los bienes de uso público o los usuarios de dichos bienes. El objeto de la acción es, a la vez, la defensa del bien de uso público y los usuarios.

Dentro de la categoría del bien de uso público se encuentra el medio ambiente, su amparo es viable a través de la acción popular del artículo 1005.

El actor popular en favor de los bienes de uso público puede utilizar las mismas acciones reales y posesorias que puede emplear el particular en favor de su propiedad.

Una de las características más importantes de la acción popular es la de que no sólo a través de ella se puede obtener la indemnización en favor de las partes afectadas, si no que quien la ejerce tiene derecho a una recompensa sumamente importante. La recompensa fluctúa entre la décima y la tercera parte del valor de la obra que tenga que hacerse para reparar o evitar que el daño sobre el bien se extienda, continúe o que cese, o de la indemnización que deba pagarse.

El elemento de la recompensa le da una especial significación a la acción popular del artículo 1005. Es un aliciente económico muy importante para el ejercicio de la acción y la defensa de los valores públicos involucrados.

La acción popular del artículo 1005 se encuentra contemplada en el Código Civil dentro de las acciones posesorias especiales del título XIV del libro

segundo, por lo que está sujeta al trámite de los procesos abreviados en los cuales el juez puede decretar las medidas cautelares que considere del caso, en razón a la naturaleza de los hechos que originan la acción. El incumplimiento de tales órdenes daría lugar a la aplicación del artículo 184 del Código Penal, que consagra el delito de fraude a resolución judicial.

La segunda acción popular es la de un daño contingente, para evitar el peligro que amenaza a un grupo de personas indeterminadas.

La acción popular de daño contingente está consagrada en el artículo 2359 en los siguientes términos:

Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de algunos amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare a personas determinadas; solo algunas de estas podrá intentar la acción.

Dicha acción no está restringida a los vecinos. El sujeto pasivo es tanto el Estado como los particulares.

Debe existir relación de causalidad entre la acción o la omisión y el peligro que se cierne. Esta acción también contempla una recompensa que es igual al tiempo y laboriosidad de quien ejerce la acción. El trámite procesal adecuado es el proceso verbal.

Las acciones populares en favor de los bienes de uso público y del daño contingente dan lugar a aplicaciones tan importantes como:

- En el derecho urbano, como medio para impedir el deterioro de la propiedad pública, la apropiación generalizada de calles, parques, zonas verdes y como medio para defender la seguridad de los usuarios contra los defectos de los bienes de uso público que impiden su adecuada y eficiente utilización.
- El campo de recursos naturales, para impedir la explotación antitécnica e inadecuada de recursos como la fauna, bosques, pesca, suelos, flora. Dentro de este campo tiene lugar preponderante la defensa de las aguas y del medio ambiente en su calidad de bienes de uso público y que pueden ser objeto de la acción popular del artículo 1005.

- La defensa de las playas, en su condición de bien uso público, a cuya utilización tienen derecho todos y cada uno de sus habitantes para preservarlas como recurso de recreación, como elemento de paisaje y de la riqueza pública.
- En el campo de la seguridad colectiva, afectada por el mal estado de los bienes de uso público, debido a actos privados o públicos, y por la negligencia de los particulares y entes públicos en el manejo de los servicios a su cargo.
- En el campo financiero, la acción popular del artículo 2359 hubiera podido impedir los manejos que dieron lugar a la crisis del 82.
- En el campo comercial, para prohibir la venta al mercado de productos por fuera de normas técnicas de calidad que afectan el patrimonio o la salud del público en general.
- En el campo de los servicios públicos, para que las empresas remedien las causas que dan lugar a suministros deficientes.

El libro trata de una tercera acción: la del consumidor, establecida hace relativamente poco en el Decreto Extraordinario 3466 de 1982. Se inspira, en alguno de sus rasgos característicos, en la acción de clase norteamericana. Presenta importantes innovaciones en nuestro derecho, entre las que hay que resaltar:

- El proceso se ventila por la vía verbal.
- A los consumidores ausentes del proceso los representan las asociaciones y las ligas de consumidores.
- La sentencia tiene efectos *erga omnes*.

La acción del consumidor no se ha desarrollado como debiera, por algunos vacíos legales y jurisprudenciales. Entre estos:

- El perjuicio tiene que demostrarse individualmente, después de producida la sentencia en un incidente de liquidación de perjuicios, perdiendo validez los efectos *erga omnes*.
- La representación de los consumidores en cabeza de la asociación y ligas de consumidores es demasiado excluyente. Estas asociaciones, además, no han tenido, dentro de sus tareas primordiales, la defensa procesal del consumidor.

- La jurisprudencia ha limitado el ejercicio de la acción, aplicando los términos de caducidad del Código de Comercio, sin reconocer el carácter especial de la acción que el legislador trató, precisamente, de sacar del resorte del Código.

Finalmente, el libro presenta las perspectivas de la acción subrayando que el trabajo tiene por objeto hacer una aproximación al tema. Las acciones populares son la respuesta procesal al fenómeno del daño colectivo propio de la sociedad moderna.

En el campo práctico señala que la evolución, en una primera etapa, debe ser la de darle plena vigencia a las acciones en favor de los bienes de uso público, del daño contingente y de los consumidores a través de su divulgación y utilización en casos específicos por parte de los abogados.

Dentro del espíritu de reforma que se ha planteado con la conmemoración de los cien años del Código Civil, se propone que la acción de daño contingente mantenga su carácter popular cuando el daño colectivo se produce. En tal caso, la sentencia tendría efectos *erga omnes* adaptándose el concepto de daño global, que podría extenderse también al campo de la acción del consumidor. Este se excluiría expresamente como acción cobijada por los términos de caducidad y prescripción del Código de Comercio.

Las acciones populares podrían ser contempladas en nuevos campos como la legislación antimonopolio, para exigir el cumplimiento de la función social de la propiedad, como medio de protección de los accionistas minoritarios, especialmente en casos de nacionalizaciones bancarias.

Desde el punto de vista general de la justicia, las acciones populares constituyen:

- Una forma de participación en el proceso de la administración de Justicia.
- Un equilibrio entre las fuerzas de la contienda judicial.
- Un sistema de vigilancia dual sobre el interés público. El que le compete a la administración y al Ministerio Público y el que ejercerían los ciudadanos a través de los jueces y las acciones populares.
- El juez se convierte en guardián del interés público, lo que redundaría en el restablecimiento de la fe en la administración de justicia.

LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO E INICIATIVA GESTIÓN PARA LOS INTERESES AMBIENTALES Y PÚBLICOS -INICIATIVA GESAP-, colocan a disposición del público la reimpresión del libro *Las acciones populares en el derecho privado colombiano* de Germán Sarmiento Palacio, abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de esta Universidad. El doctor Sarmiento Palacio fue uno de los precursores del uso de las acciones populares en Colombia así como del debate alrededor de los derechos e intereses colectivos. En el décimo aniversario de su fallecimiento se quiere rendir un homenaje con la presente publicación.

Este libro constituye un documento de gran valor académico para la evaluación de las acciones populares en Colombia y para el análisis de los intereses colectivos. El estudio histórico y comparado que rescata las raíces del medio de defensa en el derecho romano y contrasta las legislaciones de otros países sobre la institución judicial de protección y defensa de los derechos colectivos, así como el análisis de los apartes pertinentes del código civil, fue en su momento un precedente que alentó el uso de las acciones populares en Colombia. Ese carácter histórico y comparado del texto tiene plena vigencia en el país.



Iniciativa GESAP nace de un grupo interdisciplinario convencido de la importancia de una organización que se dedique a la protección de los derechos e intereses colectivos, así como de los derechos fundamentales en Colombia. Esta Institución busca contribuir, desde un escenario amplio de discusión y reconociendo los aportes previos realizados en el tema, al desarrollo del derecho de interés público. Iniciativa GESAP se inspira en la obra y vida de Germán Sarmiento Palacio, y rescata y exalta su memoria como defensor de los derechos e intereses colectivos.

