

República de Colombia
CONSEJO DE ESTADO

Memorias
Octavo Encuentro
de la Jurisdicción
Contencioso-Administrativa

Consejo Superior
de la Judicatura

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

**REPUBLICA DE COLOMBIA
CONSEJO DE ESTADO**

**CONSEJO SUPERIOR
DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA**

**ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE MAGDALENA**

**MEMORIAS
Octavo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**

Bogotá, D.C., Colombia, 2001

REPUBLICA DE COLOMBIA
CONSEJO DE ESTADO

**Octavo Encuentro
de la Jurisdicción
Contencioso-Administrativa
Santa Marta**

Agosto 1 al 3 de 2001

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE MAGDALENA

Comité Organizador

Octavo Encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Por el Consejo de Estado:

Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola
Presidente del Consejo de Estado

Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros
Vicepresidente Consejo de Estado
Director del Encuentro

Dra. Mercedes Tovar de Herrán
Secretaria General Consejo de Estado

Por el Tribunal Administrativo de Magdalena

Dres. **Adonay Ferrari Padilla**
José María Díaz-Granados Díaz-Granados
Martha Isabel Castañeda Curvelo

Por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

Dr. Fernando Coral Villota
Presidente Consejo Superior de la Judicatura
Dra. Lucía Arbeláez de Tobón
Vicepresidente Consejo Superior de la Judicatura
Dr. Carlos Enrique Marín Vélez
Presidente Sala Administrativa
Dra. Gladys Virginia Guevara Puentes
Directora Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla

Invitados especiales

Dr. Gilberto Rafael Orozco Orozco
Magistrado Sala Administrativa
Ex Presidente Consejo Superior de la Judicatura
Dr. Luis Camilo Osorio Isaza
Fiscal General de la Nación
Ex Consejero de Estado
Coordinadora
Dra. Beatriz Eugenia Arenas Montalvo
Asistente de la Dirección del Encuentro
Dr. Jorge Ignacio Alvarez Mendoza
Relator General
Dr. Luis E. Berrocal Guerrero

SEDE DEL VIII ENCUENTRO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: SANTA MARTA

En Santa Marta, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo rinde tributo de gratitud al Padre de la Patria.

Desde el Congreso de Angostura, Bolívar concibió el Consejo de Estado que hoy perdura como institución fundamental del Estado colombiano, consolidado ahora como tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

En el sosiego de San Pedro Alejandrino, reafirmamos nuestro voto por la paz de Colombia, evocando las palabras del Libertador:

“EL AMOR A LA PATRIA, EL AMOR A LAS LEYES,
EL AMOR A LOS MAGISTRADOS, SON LAS NO-
BLES PASIONES QUE DEBEN ABSORBER EXCLU-
SIVAMENTE EL ALMA DE UN REPUBLICANO”.

“SI NO HAY UN RESPETO SAGRADO POR LA PATRIA,
POR LAS LEYES Y POR LAS AUTORIDADES, LA SOCIE-
DAD ES UNA CONFUSION, UN ABISMO: ES UN CON-
FLICTO SINGULAR DE HOMBRE A HOMBRE, DE
CUERPO A CUERPO”.

SIMON BOLIVAR

**FRAGMENTO DE UN DISCURSO PRO-
NUNCIADO EN LA INSTALACIÓN DEL
CONGRESO DE ANGOSTURA, EL 15
DE FEBRERO DE 1819.**

Objetivos

- Reexaminar la función judicial de lo Contencioso Administrativo dentro del marco de la Constitución Política de 1991.
- Precisar los desarrollos legales y jurisprudenciales de las acciones constitucionales.
- Reafirmar el compromiso funcional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como órgano de servicio público y de control a la Administración.
- Convocar a los miembros de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para aunar esfuerzos hacia una mayor eficacia, en pro del servicio a la comunidad.
- Afianzar nuestra confianza en el Estado Social de Derecho como medio pacífico para la convivencia nacional.

Metodología

El Encuentro tendrá como metodología de trabajo conferencia magistral y talleres para permitir la participación de todos los asistentes.

Índice

Presentación	13
--------------	----

PRIMERA PARTE: PONENCIAS

I. Teoría de las acciones constitucionales	17
--	----

Dr. Augusto Trejos Jaramillo

Consejero de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

II. La acción de cumplimiento	41
-------------------------------	----

Dra. Olga Inés Navarrete Barrero

Consejera de Estado

Sección Primera, Sala Contencioso Administrativa

III. La acción de pérdida de la investidura	63
---	----

Dr. Mario Alario Méndez

Consejero de Estado

Sección Quinta, Sala Contencioso-Administrativa

IV. El precedente judicial en acciones constitucionales, título, valor y alcance	111
---	-----

Dr. Luis Eduardo Cerra Jiménez

Magistrado Tribunal Administrativo del Atlántico

Representante de los Tribunales

V. La acción popular	143
----------------------	-----

Aspectos sustanciales y procesales

Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado

Consejero de Estado

Sección Segunda, Sala Contencioso-Administrativa

VI. Anotaciones Panorámicas sobre las acciones de grupo _____ 187

Dra. María Elena Giraldo Gómez

Consejero de Estado

Sección Tercera, Sala Contencioso Administrativa

VII. La conciliación en materia contencioso-administrativa _____ 235

La conciliación y la Ley 640 de 2001

Dr. Juan Angel Palacio Hincapié

Consejero de Estado

Sección Cuarta, Sala Contencioso Administrativa

SEGUNDA PARTE: CONCLUSIONES

Introducción _____ 269

Luis Enrique Berrocal Guerrero

Relator del Encuentro

Abogado Auxiliar Consejo de Estado

I. Taller de la Acción de Cumplimiento _____ 270

Coordinador Dr. Juan Alberto Polo Figueroa

Ex consejero de Estado

II. Taller de Acción de Pérdida de la Investidura _____ 273

Coordinador Dr. Juan Alberto Polo Figueroa

Ex consejero de Estado

III. Taller sobre el Precedente Jurídico _____ 275

Coordinador Dr. Carlos Betancur Jaramillo

Ex consejero de Estado

IV. Conclusiones del taller sobre acciones de populares _____ 277

Coordinador Dr. Juan Alberto Polo Figueroa

Ex consejero de Estado

V. Conciliación del taller de acción de grupo _____ 281

Coordinador Dr. Juan Alberto Polo Figueroa

Ex consejero de Estado

VI. Taller sobre la Conciliación y la Ley 640 de 2001 _____ 284

Coordinador Dr. Camilo Luis Arciniegas Andrade

Consejero de Estado, Sección Primera, Sala de lo Contencioso-
Administrativo

TERCERA PARTE: ACTOS PROTOCOLARIOS

I. Intervención del Alcalde Mayor del distrito turístico,
cultural e histórico de Santa Marta _____ 291

Dr. Hugo Gnecco Arregocés

II. Intervención de la señora Presidenta del Tribunal
Administrativo del Magdalena _____ 295

Dra. Martha Isabel Castañeda Curvelo

III. Intervención del Presidente de la Sala Administrativa _____ 299

Dr. Carlos Enrique Marín Vélez

IV. Instalación del Congreso de la Jurisdicción _____ 305

Presidente del Consejo de Estado

Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola

V. Discurso de Clausura del Encuentro _____ 311

Intervención del Vicepresidente del Consejo de Estado

y Director del Encuentro.

Dr. Jesús María Carrillo.

ANEXOS

I. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre acción de grupo 317

Dra. María Elena Giraldo Gómez

Consejera de Estado

Sección Tercera

II. Lista de participantes del Consejo de Estado _____ 341

Presentación

Manuel Santiago Urueta Ayola
Presidente Consejo de Estado

En los primeros días del mes de agosto tuvo lugar el Octavo Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la amable ciudad de Santa Marta. Como lo indica su título, se han realizado en años anteriores y en diferentes puntos del territorio nacional, eventos similares al que hoy se recoge en estas Memorias, con el propósito de practicar un libre examen sobre la situación del derecho administrativo y de su jurisprudencia. Dichas reuniones constituyen importantes eventos académicos, en donde se analiza el estado actual de la jurisprudencia en temas concretos de interés común y en puntos de derecho que han sido reglamentados por nuevas leyes.

Estos Encuentros se enmarcan dentro de los objetivos de formación permanente y actualización que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia ha previsto para jueces y magistrados como un elemento de la nueva política judicial, que adelanta la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial RODRIGO LARA BONILLA, en búsqueda de mayor eficiencia en la administración de justicia.

En esta oportunidad, se escogió como motivo principal de reflexión las acciones constitucionales, las cuales constituyen el punto nuevo y de mayor trascendencia política y social de la Constitución Política de 1991 en los aspectos sustantivo y procesal, pues dichas acciones han logrado para la comunidad un derecho más efectivo y real, que le ha permitido al juez, impulsado por el ciudadano, incidir en la cotidianidad de la vida de los asociados en asuntos de interés individual y colectivo. También se incluyó en el programa el estudio de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, como es la conciliación y la incidencia de las sentencias de la Corte Constitucional en las decisiones de las otras corporaciones judiciales, a través del análisis del valor del precedente. No se incluyó en la programación el análisis de la tutela, que es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales que fue regulado desde el primer momento de la nueva Constitución y que ha sido objeto de estudio en otras reuniones de esta misma naturaleza.

La escogencia del tema fue un homenaje a los diez años de vigencia de la nueva Constitución Política, de donde salió fortalecida la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con nuevas competencias que le permiten un mayor

rol en la vida jurídica y política de la sociedad colombiana. Nada más natural, entonces, que se hiciera una suerte de balance en los distintos aspectos sobre el ejercicio de esas nuevas facultades.

Fue un evento muy concurrido, en donde participaron activamente Magistrados y ex Magistrados del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, Procuradores Delegados ante la Corporación, abogados auxiliares e invitados especiales, quienes contribuyeron de manera decisiva al éxito del encuentro.

En esta oportunidad los expositores analizaron los siguientes temas: Teoría de las acciones constitucionales, las acciones de pérdida de investidura, de cumplimiento, popular y de grupo, así como también el valor del precedente judicial en las acciones constitucionales y la conciliación, a la luz de la Ley 640 de 2001.

Con objeto de lograr mayor participación de los asistentes y así mejores resultados, la metodología utilizada fue la de exposiciones magistrales en los temas programados y realización de talleres en cada uno de dichos temas, de manera que los asistentes tuvieran la oportunidad de comentar las dificultades que se han presentado en la aplicación de las leyes que han desarrollado esas materias y la forma como se les ha dado respuesta a las mismas, los vacíos legales, las jurisprudencias encontradas sobre un mismo punto de derecho y, en fin, la necesidad de dar respuestas comunes a los mismos problemas, a fin de fortalecer la seguridad jurídica. El resultado ha sido esta obra que ahora se ofrece al juicio de los estudiosos del derecho público: jueces, abogados, profesores, estudiantes universitarios y ciudadanos en general, interesados en el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico.

Sobra decir que, como el lector de estas Memorias podrá apreciarlo, las exposiciones revistieron mucho interés no solamente desde el punto de vista teórico sino también de sus proyecciones en la realidad del derecho que se vive todos los días.

La Corporación agradece de manera especial al Coordinador del Encuentro, doctor JESUS MARIA CARRILLO, Vicepresidente del Consejo de Estado, a los conferencistas, a los Consejeros y ex Consejeros que participaron en la dirección de los talleres y al Relator, así como también a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Magdalena y del Consejo Superior de la Judicatura, cuyo apoyo logístico en la organización fue fundamental. En el mismo orden de ideas, una palabra de agradecimiento a SURATEP, por el apoyo material, a las autoridades del Distrito de Santa Marta por su disponibilidad y colaboración en el desarrollo de nuestros trabajos en dicha ciudad así como también a las autoridades del departamento.

Primera Parte:

Ponencias

I. Teoría de las acciones constitucionales

*La Constitución podrá contribuir a educar moralmente a un pueblo (Pensamiento Kantiano. “LaPaz Perpetua”)**

*Dr. Augusto Trejos Jaramillo
Consejero de Estado*

I. PRESENTACION

Busco con la presente intervención contribuir a este afortunado encuentro de nuestra jurisdicción, con un análisis teórico de los lineamientos fundamentales que enmarcan la protección de derechos y garantías, en particular la consagración constitucional de acciones. Para ello es pertinente hacer un ejercicio intelectual de abstracción que permita poner de presente la esencia, la razón de ser y las finalidades de tales materias, cuyo trato específico será objeto de otras conferencias.

El estudio de su proceso de gestación en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, y la receptividad de nuestro sistema jurídico a las tendencias del constitucionalismo contemporáneo, al cual Colombia ha hecho de tiempo atrás contribuciones significativas (por ejemplo con la acción pública de inconstitucionalidad, o con la consagración del Derecho de Gentes –anticipo del actual Derecho Internacional Humanitario), llevan a identificar factores de desarrollo histórico que permitieron su incorporación como normatividad positiva.

Escribe Bertrand de Jouvenel: “Las leyes de Roma, dice Montesquieu, dividieron sabiamente el poder público en un gran número de magistraturas que se sostenían, se contenían y se atemperaban unas a otras; y como cada una no tenía sino un poder limitado, cualquier ciudadano era apto para acceder a ellas; y el pueblo, que veía pasar ante sí a muchos personajes, uno tras otro, no se aquerenciaba

* Editorial Porrúa, S.A. México. 1995. Pág. 233.

con ninguno de ellos”¹.

La superación del esquema meramente consagratorio de derechos y garantías, por la instauración de la defensa procesal de los mismos, constituye objeto especial de estudio, igual que la ontología y las características comunes de las acciones. Así, se logra resaltar de éstas su sustancial conexidad con la búsqueda de los fines del Estado Social de Derecho y su integración con los demás instrumentos de protección, además de su naturaleza procesal. La finalidad básica de las acciones de garantía de derechos y de la defensa del orden jurídico logra su concreción en las decisiones que llegan a adoptar, en cada caso, las autoridades judiciales en las cuales está radicada la atribución orgánica y funcional para hacer efectivo el contenido dogmático. Resalta, entonces, un nuevo e importante papel para la administración de justicia.

II. ANTECEDENTES

II. 1. En el Derecho Comparado

Precisa abordarse el estudio de los mecanismos jurisdiccionales propios desde una óptica universal, mediante la utilización de los métodos que ofrece el Derecho comparado² para apreciar desde una perspectiva ecuménica la ubicación de nuestras instituciones, experiencia extranjera evaluada y tenida en cuenta en el momento de diseñar los distintos instrumentos.

¹ “Del Principado” (Traducción de Carlos Restrepo Piedrahita). Separata de la revista ECO. Tomo XI/1. Bogotá. Mayo de 1965, pág. 13.

² “Es, pues, evidente que el estudio comparativo, visto como análisis y también como síntesis del derecho en movimiento, o, como se dice también, en acción, sin duda puede servir para los estudios de teoría general, pero no puede ser confundido con éstos. El derecho comparado está dirigido a lo concreto, al análisis de tipos y momentos diversos, no tiende a la abstracción ni desea llegar a poseer la idea en sí del fenómeno jurídico. Más bien, por el contrario, pone las diferentes experiencias en un plano de igual dignidad de estudio, como quiera que unas pueden tener inspiración y servirse de las otras para posteriores profundizaciones y desarrollos. “LOMBARDI, Giorgio. “Introducción al Derecho Público Comparado”. (Traducción de Eduardo Roza Acuña). Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987. Pág. 28.

Como antecedentes remotos en el derecho anglosajón pueden destacarse la orden de abstención dada por un juez, o mandamiento de prohibición (*writ of injunction*), en virtud del cual se ordena a la autoridad estatal abstenerse de realizar actos que puedan lesionar derechos de las personas; el *writ of mandamus*, correspondiente a una providencia expedida por un tribunal de jurisdicción superior y dirigido a una corporación, a un funcionario, o a cualquier órgano del Estado, con el propósito de impartir la orden de ejecutar determinado acto y de devolver al demandante sus derechos y privilegios en caso de haber sido ilegalmente despojado de ellos.

En el derecho iberoamericano la denominación genérica de “amparo” tiene, en opinión de un autor, origen hispánico, con diversas acepciones, como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales (por ejemplo, en la compilación de las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio donde se habla de “amparo” o “amparamiento”). Igualmente, como designación de los interdictos posesorios, destinados en el derecho español a proteger la posesión de inmuebles, pero también utilizados para tutelar derechos de carácter personal y para resguardar tierras de los indígenas. Se trata así mismo, como forma de protección de la libertad personal, tal ocurría en el reino de Aragón particularmente mediante la llamada “manifestación de las personas”, que a fines del siglo XVI tuvo un desarrollo superior al *habeas corpus* británico de la misma época³.

En la Constitución Española de 1978, con antecedente en la de 1931, el amparo está previsto en el artículo 53.2:

“Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo⁴ ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los princi-

³ FIX – ZAMUDIO, Héctor. “El juicio de amparo en Latinoamérica”. Cita a Oscar José Martínez en Panorama del Amparo en la República Argentina. XV Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal y otros. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. Pág. 20.

⁴ Se refiere a los derechos de igualdad ante la ley, la vida y la integridad física y moral, la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, inviolabilidad del domicilio, residencia y circulación, etc.

prios de preferencia y sumariidad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional...”.

Igualmente, en el artículo 24.1 se dispone que “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”.

La primera consagración en América corresponde a México, con antecedente en la Constitución de Yucatán (1841) y en la de la Nación (1.857), que destaca el papel del juez siguiendo el modelo estadounidense de la revisión judicial; vino a ser consagrada en el artículo 103 de la Constitución Federal, en los siguientes términos: “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I) por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales; II) por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y III) por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal”⁵.

El amparo mexicano influyó paulatinamente, junto con las tendencias angloamericanas y españolas, en los ordenamientos latinoamericanos, que consagraron distintas variantes de protección de los derechos humanos con las denominaciones de “recurso, acción o proceso de amparo”, “protección” o “tutela”. No obstante, en algunos casos excluye la tutela de la libertad y de la integridad personales, protegidas por el *habeas corpus*.

Siguieron al modelo mexicano la República del Salvador en la Constitución de 1886, Honduras y Nicaragua en 1894, Guatemala y Argentina, ésta en la Constitución Provincial de Santa Fe de 1921 y en la Federal de 1994, que admite expresamente la viabilidad del “amparo” contra actos u omisiones procedentes de particulares; finalmente, el Ecuador en 1996.

En el derecho brasileño, con antecedentes en la Constitución de 1934, se consagra en la de 1988 el mandato de seguridad o amparo

⁵ Ver MARTINEZ, Oscar José. *Op cit.* Pág. 77.

frente a acciones ilegales de autoridad pública, o de agentes de personas jurídicas en ejercicio de atribuciones de poder público, originariamente concebido para los derechos no regulados por el *habeas corpus*.

Las directrices principales comunes de estas garantías constitucionales, a su vez, han sido recogidas por varios instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos Humanos, el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II. 2. Antecedentes en Colombia

En Colombia, la Constitución de 1886 revelaba la concepción del principio de protección de derechos, sin ocuparse constitucionalmente de mecanismos procesales para su cumplimiento, como se advierte en el texto del artículo 16:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

El único mecanismo procesal por destacar, referido a la defensa del orden jurídico, y no propiamente sobre protección específica de derechos, sino en particular de la supremacía de la Constitución, es el de la acción pública de inconstitucionalidad, originaria del Acto Legislativo No. 3 de 1910, cuya expresión textual fue:

“Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación”.

La incorporación en nuestra regulación constitucional de un sistema de medios procesales de abrigo de derechos tiene su precisión histórica

en la Constitución de 1991, en la cual se dedica un capítulo especial –el 4 del Título II–, producto de las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente.

Veamos, entonces, la génesis de esta concepción, plasmada en los distintos debates, inicialmente contenidos en la Ponencia en Comisión Primera, cuando se afirmó que:

“Entre los instrumentos de protección con que cuenta el ordenamiento vigente pueden citarse la separación de las ramas del poder, con su división de competencias y un saludable complejo de controles recíprocos; la jurisdicción constitucional, que comprende la acción pública de inconstitucionalidad, los controles automáticos, la acción pública de nulidad y la excepción de inconstitucionalidad; el recurso de *habeas corpus* y el derecho al debido proceso; la publicidad de las actuaciones judiciales y administrativas; el principio de doble instancia, etc.

Con todo, no obstante su amplia variedad y que muchos de ellos están consagrados a nivel constitucional de manera más o menos expresa a lo largo de la Carta, se ha considerado indispensable la creación de un sistema integrado de mecanismos que, a la vez que protejan la vigencia del orden jurídico, se conviertan en verdaderas y eficaces herramientas de promoción y protección de los derechos de los asociados. Sin ellos, el vasto conjunto de los derechos individuales y colectivos y de los deberes sociales que se aspira a incorporar en la Constitución, corre el riesgo de tornarse en letra muerta, con gravísimas consecuencias sobre dos asuntos fundamentales –tanto más en la difícil coyuntura actual del país–: el respeto por la norma y la credibilidad institucional.

El sistema que se propone estaría compuesto por las siguientes figuras: el principio de la buena fe y la consagración de su presunción por ministerio de la propia Constitución en relación, al menos, con determinado tipo de actuaciones de interés general; la aplicabilidad directa de los derechos reglamentados de modo general; la acción pública de inconstitucionalidad; y el control automático de constitucionalidad; la aplicación preferencial de la Constitución y, en general, de las normas de superior jerarquía; otras acciones judiciales, recursos administrativos y mecanismos adicionales; la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos; la

responsabilidad de las autoridades públicas y del Estado; la acción de tutela y la defensoría de los derechos humanos”⁶.

De la ponencia para primer debate en plenaria, se destacan estos apartes:

“Existe claro consenso en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en torno a la idea de que poco se avanzaría con la mera enunciación de una serie muy prolija de derechos fundamentales en la Constitución, si al mismo tiempo no se los dota de unos eficaces mecanismos de protección y promoción. Porque más allá de la sola declaración de los derechos, importa el establecimiento de una serie de instrumentos que realmente le permitan a cualquier persona obtener el goce efectivo de los mismos.”
(...)

“Como respuesta a las nuevas realidades sociales y en particular a la necesidad de dotar de una garantía inmediata a los derechos fundamentales, se ha propuesto la creación de nuevas figuras, tales como el derecho de tutela, las acciones populares y la acción de cumplimiento que, en cierta forma se asemejan a la figura anglosajona de la *injuction* concebida a partir de los viejos interdictos del derecho romano, en virtud de la cual los jueces, para la protección de los derechos de los particulares, pueden expedir órdenes que son de inmediato cumplimiento por las autoridades administrativas”⁷.

Es clara la decisión del constituyente de valerse del máximo poder normativo para crear un sistema armónico de vías procesales, con la finalidad de buscar la aplicación eficaz de los derechos y la regularidad jurídica.

III. ONTOLOGIA Y CARACTERISTICAS COMUNES DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES

La anterior descripción de las fuentes de nuestro sistema de protección de derechos, vista desde una perspectiva universal, permite anali-

⁶ Ponencia: Mecanismos de protección del orden jurídico y de los particulares. Ponente: Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Gaceta Constitucional No. 56, pág.12.

⁷ Ponencia: Mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico. Ponentes: Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Jaime Arias López. Gaceta Constitucional No. 112, pág. 7.

zar las distinciones ontológicas de las acciones de rango constitucional.

Como digresión preliminar debe ponerse de presente el fortalecimiento del contenido conceptual de la Constitución alrededor del valor de la dignidad humana, la libertad y en general de los derechos fundamentales, representado por el esfuerzo regulatorio de su protección e institucionalización, más allá de la sola previsión en forma de principio, a tal punto que amerita la integración de un nuevo sistema procesal de garantías, más que de derechos propiamente dichos, con inescindible correspondencia en la razón de ser garantística del Estado de Derecho y de sus fundamentos filosóficos.

Ciertamente, el presupuesto lógico de argumentación para la incorporación de los mecanismos procesales descansa sobre el reconocimiento teórico de la insuficiencia de la sola consagración o previsión para lograr la eficacia de los derechos y de una desvaloración de los resultados de su vigencia abstracta. En hispanoamérica ha sido especialmente notorio el contraste entre el avance hipotético y los logros prácticos de las formulaciones protectoras de los derechos humanos.

Puede reconocerse, a la vez, una tendencia del pensamiento científico y social, acaecida en el siglo XX, predicable no solamente de las ciencias sociales sino también de las exactas, influenciadas por los vertiginosos adelantos tecnológicos, la aplicación del conocimiento científico, el reflejar en las distintas disciplinas contenidos propios del positivismo, signado por la obtención de resultados ciertos y por el logro de objetivos, como se hizo expreso en los debates en la Asamblea, ya referidos, al afirmar que “poco se avanzaría con la consagración de una serie de derechos, de no adoptarse efectivos mecanismos de garantía y protección”.

La bondad de las instituciones ya no solo se valora por la consistencia de los esquemas teóricos que las sustentan, sino por la aptitud para lograr las metas y fines que persiguen, en nuestro caso los de la organización estatal: promover la prosperidad general, **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afec-

tan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y otros más previstos en el artículo 2º de la Carta.

La alta consideración que tiene la eficacia de la protección de esos derechos ha llevado precisamente a lo que podríamos llamar “constitucionalización” de los distintos medios de garantía, algunos de los cuales tienen antecedentes en su previsión en el nivel legislativo, con la consecuencia jurídica de buscar que se configure un bloque de constitucionalidad para la aplicación e interpretación de la totalidad del ordenamiento respectivo.

Este nuevo propósito regulador posee dos características que deben destacarse especialmente: la primera consiste en que la efectividad funcional y orgánica de los instrumentos concretos de protección está radicada en la Rama Judicial, pues, precisamente por su razón de ser constitucional dentro del conjunto de órganos con atribuciones públicas, le corresponde lograr la eficacia de los derechos, como lo dispone la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996, art. 1º), pero principalmente por la autonomía e independencia propias de aquélla. Así se cumple el propósito ínsito de separación de las ramas del poder público.

La otra característica es la del sistema de procedimientos propiamente dichos, esto es, el establecimiento de acciones o, en otros términos, la creación del derecho público subjetivo que permite acudir ante la jurisdicción y obtener la satisfacción de una pretensión –derecho personal o vigencia del orden jurídico– y, como es propio de toda acción judicial, que para su operatividad precise de la determinación de sus extremos: un juez competente y medios procedimentales orientados a la atención de lo buscado, pues es sabido que no hay acción sin estos requisitos básicos.

En buena parte de las acciones constitucionales la Carta, directamente, determina la autoridad judicial adecuada para resolver, con excepciones como la de la acción de cumplimiento, que solo cobró vigencia cuando se determinó por la ley el juez competente.

Con igual propósito, la finalidad y la especialidad de las directrices de protección y de salvaguardia del orden jurídico se consolidan en mé-

todos preferentes y ágiles, acordes con su función constitucional, de modo que el legislador se ocupa de reflejar en los respectivos articulados su trámite procesal, y da por sentado que se trata de verdaderos procesos y no de simples actuaciones ante los jueces, ya que cuentan con partes legitimadas para su actuación, protección de los derechos de audiencia y de defensa, trámites perentorios, atención de cargas probatorias, alegaciones, recursos, providencia judicial que resuelve la acción, etc.

A todas las anteriores características, comunes para las acciones constitucionales, debe agregarse otra, de la misma manera ontológicamente consustancial con nuestra forma de organización filosófico-política como Estado Social de Derecho, según los términos del artículo 1º de la Constitución, que define a Colombia como república participativa. Por ello el artículo 40 dispone:

“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”.

Las acciones constitucionales, y especialmente las de defensa de nuestra institucionalidad jurídica, son sin duda instrumentos de participación y entrañan, en consecuencia, el ejercicio, además de un derecho subjetivo de acción, de un derecho político.

IV. ACCIONES CONSTITUCIONALES

Analizada la razón de ser común de los instrumentos de protección de derechos y del ordenamiento jurídico, es pertinente considerar en forma sucinta las principales particularidades teóricas de cada una de las acciones constitucionales.

Bien pueden diferenciarse entre aquellas cuya finalidad es la protección concreta de derechos fundamentales –tutela, *habeas corpus* y *habeas data*, de cumplimiento, populares y de grupo–, y aquellas cuyo objeto es la defensa del orden jurídico abstracto, vale decir, la

acción de nulidad por inconstitucionalidad y la de pérdida de investidura⁸.

IV. 1. Acción de Tutela

Se creó en la Carta de 1991, precedida de la consideración por la Asamblea Constituyente de estar “frente a otra de las grandes innovaciones que la nueva Constitución incorpora a nuestro derecho público, como modalidad específica de lo que internacionalmente, y de manera particular en el derecho hispanoamericano, se conoce como amparo de los derechos. ... Se trata de un mecanismo subsidiario, que sin dar origen a jurisdicciones paralelas prevé un procedimiento preferencial y sumario en beneficio de los particulares. ... Un aspecto no menos importante, y que seguramente estará llamado a cumplir un papel protagónico, es el referente al hecho de que, en desarrollo de esta norma, todos los jueces de la república quedan habilitados para ejercer la protección directa de los derechos fundamentales... la Carta de derechos dejará de ser letra fría y distante para convertirse, en virtud de un control de constitucionalidad concreto en razón de la materia, y difuso por la multiplicidad de los agentes de control, en instrumento cotidiano de promoción de los derechos humanos”⁹.

Así como el *habeas corpus* es una protección especial de la libertad, la acción de tutela tiene como finalidad conceder un cubrimiento pronto para los derechos que, por decisión de la Comisión Codificadora, la propia Constitución enumera como susceptibles de protegerse mediante esta acción, por ser de aplicación directa.

Su objeto es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, no de aquellos sin consagración constitucional; su naturaleza es subsidiaria y residual, es decir, solo resulta procedente en ausencia de otros medios adecuados de salvaguardia. Es clara su improce-

⁸ No se incluye la acción pública de inconstitucionalidad, por no ser de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁹ Ponencia para segundo debate en plenaria. Gaceta Constitucional No.112, pág. 8 (Ver también Gacetas Constitucionales No. 52, pág. 11; 56, pág. 14 y 77, pág. 9).

dencia frente a situaciones consumadas o cuando sobre el tema exista sentencia determinada, pues esta providencia supone el haberse surtido otro medio de defensa¹⁰.

La institución ha logrado su finalidad en los diez años de vigencia, no obstante algunas distorsiones generadas, como su utilización temeraria en muchos casos, su admisión contra providencias judiciales y la correlativa congestión en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado.

Esto último llevó a promover una iniciativa de reforma constitucional por parte del Consejo de Estado en 1997, que cursó su trámite hasta llegar a la aprobación en segunda vuelta en Comisión, sin surtir las demás etapas requeridas. Sobre ella se logró un buen nivel de consenso, en particular sobre la exclusión de la competencia a los jueces colegiados de la jurisdicción ordinaria o de la contencioso-administrativa, la impugnación del fallo ante el superior funcional, la procedencia excepcional de la tutela contra sentencias, esto es, cuando se incurriera en vías de hecho, temporalmente restringida, y contra dilaciones judiciales injustificadas¹¹.

Después de cuatro años de haberse tramitado esta iniciativa, las bondades de las reformas puntuales propuestas continúan vigentes, tal el caso de la urgencia de descongestión de las Cortes y la necesidad de

¹⁰ En el primer debate en plenaria de la Asamblea Constituyente se suprimió la improcedencia de la tutela contra sentencias, en el entendido de que hacía parte de la naturaleza de la institución y no requería por tanto enunciarse expresamente: “En estos últimos casos es evidente que ya no cabe protección inmediata de los derechos, bien sea porque lo procedente es intentar una acción ordinaria de reparación, o porque ya hay una decisión definitiva de autoridad competente sobre la materia objeto de la controversia, y la acción de tutela no tiene –como en ocasiones sí ocurre con el llamado recurso de amparo–, el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que han sido definidos judicialmente. Por esta razón, consideramos conveniente insistir en que este inciso se suprimió simplemente para simplificar el artículo, pero su precepto es parte consustancial de la figura que propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión”. Gaceta constitucional No.77, págs. 9 y 10.

¹¹ El texto del proyecto aprobado por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes en Segunda Vuelta –Proyecto Acto Legislativo 259/97 Cámara y

retomar la esencia subsidiaria y residual de la institución, que hace la tutela improcedente contra sentencias, como desde su gestación se puso de presente en el seno de la Asamblea Constituyente.

IV. 2. Acción de Cumplimiento

Esta modalidad procesal de protección de derechos, a la manera del *writ of mandamus* anglosajón, se incorporó a nuestro derecho público, al prefijar los constituyentes que la acción de cumplimiento “Tiene el propósito de combatir la falta de actividad de la administración. Son frecuentes los casos en los cuales pese a existir un clarísimo deber para que las autoridades desarrollen una determinada acción de beneficio particular o colectivo, las mismas se abstienen de hacerlo. El particular afectado podría, entonces, acudir a esta acción para exigir el cumplimiento del deber omitido”¹².

Es consagrada en el artículo 87 de la Constitución:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

El núcleo rector de esta acción, compartido con las demás de similar stirpe, es la eficacia del ordenamiento jurídico y en particular el deber de cumplimiento de la función pública, sin que exista una cualificación propiamente dicha para el sujeto accionante, pues cualquier perso-

34/97 Senado—, es el siguiente (se subrayan las principales materias objeto de reforma): “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces no colegiados de la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa, en todo momento y lugar y mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando 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 será de inmediato cumplimiento y podrá impugnarse ante el respectivo superior funcional. El fallo definitivo se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esa acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como

na –ya que no se requiere la calidad de ciudadano o persona natural o jurídica, pública o privada– puede acudir en ejercicio de su derecho público subjetivo de acción ante el órgano judicial. Tampoco tiene un objeto específico de protección, pues bien puede tratarse de actos que afecten derechos, fundamentales o no, o que se refieran a situaciones jurídicas particulares o generales.

Constituye un medio de participación que confiere el derecho de poner en movimiento el aparato de la justicia, con el fin de controlar a la autoridad reacia en acatar un acto de jerarquía legal o administrativa, para que el deber en ellos previsto no dependa del arbitrio o voluntad del funcionario o del juicio gubernamental de conveniencia, oportunidad o viabilidad.

Quiere evitarse, coercitivamente con el respaldo de la jurisdicción, la arbitrariedad de la administración pública y, en general, de cualquier autoridad estatal o de quien ejerce funciones públicas, remisa a cumplir con una responsabilidad derivada del imperio de la juridicidad, manifestada en ley o en acto administrativo, que por inactividad esa autoridad llega a desconocer.

IV. 3. Acciones Populares

El constituyente las concibió¹³ con este tenor (art. 88):

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 que la acción de tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés particular del solicitante o respecto de quien se halle en estado de subordinación o indefensión. Parágrafo. De manera excepcional, cuando en una sentencia judicial definitiva se incurra en vías de hecho, procederá la acción de tutela dentro de los dos meses siguientes a su ejecutoria, ante el respectivo superior funcional o ante la misma corporación si no lo tuviere. También procederá esta acción contra dilaciones judiciales injustificadas. En estos casos la decisión no será revocable ni modificable por vía de revisión” (Gaceta del Congreso No. 401, 30 de septiembre de 1997. Pág. 10.

¹² Ponencia para segundo debate en plenaria. Gaceta Constitucional No. 112, pág. 7.

¹³ Sobre los antecedentes de las acciones populares, en el derecho comparado y en el nacional, ver ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea. Gaceta Constitucional No. 58, págs. 4 a 6.

“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”.

(...)

“Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

Tienen como finalidad, a diferencia de las otras ya comentadas, proteger los derechos colectivos consistentes en garantías para la colectividad o para la humanidad, también llamados derechos solidarios o de tercera generación, para diferenciarlos de los de primera –libertades públicas y garantías individuales– y de los de segunda, asistenciales o prestacionales.

Su centro concreto es independiente de la calidad del agente productor de la amenaza o daño, y su objetivo es evitar la vulneración que produce su afectación, al igual que llevar las cosas o situaciones al estado en que se encontraban con anterioridad a la producción de tal causa; de allí que se advierta una naturaleza preventiva e incluso resarcitoria, en caso de probarse responsabilidad en la causación del daño.

Ya en el derecho civil colombiano se las estimaba como acciones que buscan favorecer los bienes de uso público y de los usuarios. En efecto, el artículo 1005 del Código Civil (Título XIV - Libro II) establece como acción posesoria especial, así:

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

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

delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”.

Bajo la perspectiva de este artículo se considera que él comporta un medio válido de defensa para la preservación del medio ambiente, pues éste tiene la connotación de bien de uso público.

La acción puede incoarse contra el Estado o contra los particulares. El accionante, en este caso, recurrirá en favor de los bienes de uso público a las mismas acciones reales y posesorias que el particular tiene derecho a utilizar en favor de su propiedad.

A su vez, el artículo 2359 del Código Civil (Título XXXIV Libro IV) trae una segunda acción popular, de carácter general, con el fin de evitar el daño contingente y el peligro que pueda amenazar a un grupo de personas indeterminadas. Dice la norma:

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

El Estatuto del Consumidor, Decreto 3466 de 1982, en el artículo 36 tipifica la que podemos considerar como una tercera acción popular, encaminada al cobro de perjuicios e indemnizaciones ocasionados cuando se violan las normas legales establecidas en favor del consumidor. Preceptúa tal artículo:

“Indemnización de daños y perjuicios. Salvo el caso previsto en el artículo 40, en todos los eventos en que según este decreto sea procedente la indemnización de perjuicios, los consumidores podrán ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes por los trámites del proceso verbal prescrito en el título XXIII del Código de Procedimiento Civil, con observancia de las siguientes reglas adicionales...”.

IV. 4. Acciones de Grupo

Su propósito es el resarcimiento de los perjuicios que, con menoscabo de derechos individuales o subjetivos, se generen a un grupo de per-

sonas, bien que el derecho sea de origen constitucional o, en su caso, legal.

Dispone el inciso 2º del citado artículo 88:

“También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”.

Se busca obtener la reparación de daños que puedan causar la acción u omisión de una autoridad o un particular, por la vulneración de derechos subjetivos a un grupo de personas, de manera uniforme, comunidad procesal proveniente de la identidad del daño, para conseguir la reparación respectiva de perjuicios con el pago de la indemnización correspondiente, de manera diligente y efectiva.

La configuración de esta acción no tiene por destinataria una tipología o clase particular de derechos, por lo que puede ser objeto de su defensa cualquiera de ellos, fundamentales o no, prestacionales, o asistenciales, con la sola exigencia de tratarse de derechos subjetivos.

Debe resaltarse que procesalmente es una acción principal, esto es, no tiene el carácter de residual o subsidiaria –a diferencia de la tutela, por ejemplo–, pues puede entablarse sin perjuicio de las acciones individuales, de manera que la legitimación de cada integrante del grupo no es incompatible con su derecho personal de acción.

Adicionalmente a las acciones analizadas, el cometido del constituyente fue el de concebir una protección integral de los derechos, de modo que no se produzca indefensión –a la manera de la Constitución española (art. 24.1)–, como se desprende del artículo 89 de la Carta según la siguiente atribución legislativa:

“Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por (sic) la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

Se prospectó aquí el criterio de que no debe existir derecho alguno que carezca de resguardo judicial, por lo cual se dispone en forma gené-

rica un mandato al legislador para que establezca las acciones y recursos jurisdiccionales y administrativos que sean necesarios con miras a conseguir una adecuada defensa del orden jurídico y de los derechos que la Constitución y las leyes traen en favor de los particulares. Queda comprendido todo el conjunto de medios procesales de creación legislativa, que en la actualidad se orientan a la protección de derechos, por ejemplo los procedimientos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y se deja abierta la posibilidad para que la misma ley desarrolle otros, como podrían ser las acciones tendientes a la reclamación judicial por daño colectivo¹⁴.

Por ello, puede afirmarse que las acciones constitucionales no agotan los instrumentos procesales de defensa de derechos.

IV. 5. Acción de nulidad por inconstitucionalidad

Acción que corresponde a aquellas mediante las cuales se propende a la defensa abstracta del ordenamiento jurídico, más que de derechos individuales o colectivos, a diferencia de las anteriormente comentadas.

Entraña, eso sí, un derecho político de participación de toda persona en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, cuando pueda ser vulnerada por cualquier decreto expedido por el Gobierno Nacional, salvo aquellos cuya competencia para el juzgamiento corresponda a la Corte Constitucional (arts. 237.2 y 241). Es sabido que nuestro sistema de control constitucional no es de los llamados por la doctrina “concentrado” en un solo órgano, sino “difuso”.

Aquí el órgano de control de constitucionalidad es el Consejo de Estado.

En el proyecto de reforma constitucional, presentado por el Gobierno a consideración de la Asamblea Constituyente, se propuso un modelo de control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional, con competencia para decidir la constitucionalidad de actos legislativos por vi-

¹⁴ Ver Gacetas Constitucionales Nos. 52, págs. 8 y 9 y 77, pág. 8.

cios de forma, de leyes, de decretos legislativos, de proyectos de ley objetados por el gobierno, de leyes aprobatorias de tratados, de convocatoria a referendos o a asamblea constitucional, de pérdida de investidura, de recursos de queja por violación de derechos fundamentales y la de atender la “cuestión previa de inconstitucionalidad” cuando un juez, incluidos los de la jurisdicción contencioso-administrativa, estimara que una norma general era contraria a la Carta y no debía aplicarse en un proceso, para plantear el caso ante el juez constitucional. Tendría, también, atribución para resolver sobre los actos administrativos de contenido general y en algunos casos de contenido particular. El Consejo de Estado conservaba su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, con la función de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter general o particular, en acción de nulidad por ilegalidad. Dentro de esta perspectiva quedaba la Corte Constitucional con la totalidad de la función de control constitucional.

Pero la Asamblea resolvió mantener, e incluso ampliar, las funciones de la justicia administrativa como juez constitucional. Es así como la Constitución diferencia las funciones del Consejo de Estado para controlar la legalidad de los actos administrativos como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, de la competencia como juez constitucional para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Esto ha llevado a la jurisprudencia a distinguir la acción según que la violación de la Constitución sea directa o no, y la naturaleza del decreto objeto de acusación, pues si entre el acto administrativo y la Carta media una ley, su confrontación ha de hacerse frente a ésta y, en consecuencia, la decisión tendrá por objeto la legalidad del acto; a diferencia de la ausencia de ley, en cuyo caso la confrontación se hará directamente con la Constitución y, por tanto, la acción será de nulidad por inconstitucionalidad. Es decir, se diferencia de la acción de simple nulidad por ilegalidad en la materia normativa objeto de defensa, que es, para el caso, la efectividad del principio medular de la supremacía constitucional y no el de legalidad en sentido estricto, ya que su presupuesto procesal es la transgresión del precepto superior en forma directa.

IV. 6. Acción de Pérdida de Investidura

Es una nueva acción, también de control de constitucionalidad en la medida en que se atribuye privativamente a la jurisdicción contenciosa la vigilancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas. Está reglada en sus principales extremos procesales directamente por la Carta (causales y juez competente), deja a la ley el procedimiento (Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994), y representa otro derecho político en cuanto puede ser interpuesta, si se trata de particulares, sólo por quien tenga la calidad de ciudadano, además de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente (C.N. art. 184).

Su finalidad es garantizar la dedicación, probidad, imparcialidad y moralidad en el cumplimiento de los deberes de los congresistas y persigue, como sanción disciplinaria, retirar en forma definitiva de su cargo a quienes desconocen los principios y el régimen de ejercicio de sus funciones, que deben guiarse “consultando la justicia y el bien común” (art. 133 C.N.), establecidos por la Carta Política y la ley.

En la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente se hicieron explícitas las características esenciales de este propósito, en los siguientes términos:

“5. **Pérdida de Investidura.** 5.1. *Objeto.* Garantizar mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses. 5.2. *Planteamiento general.* El altísimo nivel que supone la categoría de los congresistas exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuentos de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura. 5.3. *Presupuestos básicos.* 5.3.1. Toda violación al régimen de incompatibilidades y al de conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura. 5.3.2. De igual manera el evidente incumplimiento de los deberes de congresista debe ser motivo para la sanción”¹⁵.

¹⁵ Ponencia: Estatuto del Congresista. Gaceta Constitucional No. 51, págs. 26 y 27.

Esta formulación procesal de participación ciudadana, mediante la cual se pretende hacer más riguroso el estatuto disciplinario de los integrantes de la rama legislativa, extiende el alcance de los imperativos morales que deben orientar la conducta de quienes provienen de la participación política electoral en virtud del voto directo, hasta el extremo de sobreponerla a la misma legitimidad originada precisamente en la voluntad popular, esencia de la democracia representativa, y afectar la conformación de una rama del poder público.

Se resuelve por esta vía una doble disyuntiva teórica entre el valor político de la expresión electoral, en este caso para integrar el órgano de representación política, y el postulado ético de conducta impuesto a los servidores públicos titulares de la función legislativa; se opta por la preferencia básica de la dignidad de la investidura de congresista, con el fin de mantener su desempeño sujeto al interés público y a la justicia. La imposición de la sanción corresponde a la Rama Judicial, particularmente al Consejo de Estado, a quien orgánicamente le está atribuido el poder jurídico de extinguir su condición al Senador o Representante que hubiere sido demandado.

V. CONCLUSIONES

Las Acciones Constitucionales, entonces, son instrumentos procesales que conforman junto con el principio de separación de las ramas del poder público, el de la buena fe, el de la reserva legal para la regulación de los derechos y el de la responsabilidad patrimonial del Estado por daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, un verdadero sistema constitucional de protección y garantía de los atributos fundamentales, individuales, colectivos o de grupo, y de primacía de la Constitución, esencia de la organización político-institucional del Estado Social de Derecho.

Ultimamente se habla de la “*eficacia horizontal para una máxima protección*”, entendida ésta como “... la posibilidad de oponer el cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales a los particula-

res, extendiendo su ámbito de exigencia tradicional exclusiva ante el Estado”¹⁶.

Sostiene Louis Favoreau: “Después de 36 años de aplicación de la Constitución de 1958 (se refiere a la francesa) tan solo podemos constatar el profundo cambio que ha ocurrido y que se puede resumir diciendo que, bajo el efecto del fenómeno de la constitucionalización, el centro de gravedad del orden jurídico se ha desplazado. Durante el siglo XIX y en el transcurso de casi todo el siglo XX, el orden jurídico tuvo como eje esencial la ley y como regulador principal el Consejo de Estado, y todo se ordenaba alrededor de estos dos polos. Hoy, el eje esencial es la Constitución ...”¹⁷.

Satisface confrontar estas afirmaciones con la realidad colombiana, en donde desde 1910 comenzó una tendencia para establecer la primacía de la norma constitucional. Después, el artículo 54 del Acto Legislativo No. 1 de 1945 señaló que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. Nuestro actual Estatuto Superior, artículo 4º, califica la Constitución como norma de normas y, en forma más amplia, determina la prevalencia de las disposiciones constitucionales cuando haya incompatibilidad entre éstas y la ley *u otra norma jurídica*. Pero, además, es indudable que en el acontecer de nuestra organización contenciosa administrativa ha sido ostensible la consideración dominante de la Constitución, lo que llevó a darle competencia al Consejo de Estado como juez de constitucionalidad.

Se hace expreso en la normatividad constitucional colombiana el requerimiento contemporáneo del establecimiento del derecho subjetivo de acción, en sí mismo garantía de privilegios fundamentales y de vigencia del orden jurídico, sin el cual los principios y su consagración abstracta habían devenido inanes.

¹⁶ Ver Ensayo de Yenny Andrea Celemín Caicedo. Revista Tutela. Tomo II. No. 17, mayo de 2001. Págs. 948 y siguientes.

¹⁷ “LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD La constitucionalización del Derecho”. (Traducción de Magdalena Correa Henao). Universidad Externado de Colombia. Temas de Derecho Público. No. 59. Bogotá, 2000. Págs. 60 y 61.

El valor trascendental que resalta en este nuevo esquema es el papel que orgánica y funcionalmente corresponde cumplir a la jurisdicción, por su naturaleza esencialmente autónoma e independiente, dotada del poder jurídico de decisión definitiva en cada caso específico, con fuerza de cosa juzgada, al interpretar y aplicar judicialmente la normatividad constitucional.

Por todo ello, la vida de la actual Constitución tiene a uno de sus principales actores en la judicatura, y a la jurisdicción contencioso-administrativa en particular, lo que permite reconocer este esquema como de “jurisdicción constitucional de la libertad”.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Santa Marta, D.T., 2 de agosto de 2001

II. La acción de cumplimiento

*Dra. Olga Inés Navarrete Barrero
Consejero de Estado*

El presente trabajo tiene por objeto hacer un balance de la efectividad de la acción de cumplimiento, prevista en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrollada mediante la Ley 393 de 1997, teniendo en cuenta que, de conformidad con los archivos de la Secretaría General del Consejo de Estado, el índice de prosperidad de la acción es ínfimo en relación con el volumen de asuntos revisados en segunda instancia. Así mismo, tal examen permite concluir que existen temas puntuales en relación con la acción de cumplimiento que ameritan análisis, como son: la calificación de la norma con fuerza material de ley o del acto administrativo fundamento de la solicitud; la renuencia; la improcedencia frente a normas que impliquen gastos (parágrafo del artículo 9º de la Ley 393 de 1997, y la caducidad.

La exposición apunta a la necesidad de incitar un examen autocrítico de nuestro papel de jueces frente al medio que ideó el constituyente para hacer efectivo el ordenamiento jurídico existente.

I. GENERALIDADES

En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se lee, en relación con la acción de cumplimiento:

“Consideró la subcomisión que, como especial mecanismo de protección de los derechos, el particular debe tener posibilidad de exigir de las autoridades el cumplimiento del deber omitido. El artículo propuesto consagra de manera amplia esta facultad en cabeza de toda persona y otorga a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la potestad para que ordene a la autoridad respectiva la ejecución o el cumplimiento de las normas y disposiciones que rigen su acción.

“Es claro que el desacato a esta orden judicial estaría sujeto al régimen general de responsabilidad de las autoridades públicas, y presentaron a

consideración de la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente el siguiente articulado: “Acción de ejecución y cumplimiento. Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa para hacer efectivos la ejecución y el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

La Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, al estudiar el tema, analizó lo siguiente:

“Es una acción nueva que pretende dar un nuevo mecanismo a los ciudadanos para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. Voy a citar algunos casos que nos van a ilustrar, por ejemplo la Reforma Administrativa de 1968 estableció la Comisión Especial del Plan. Se sabe que dicha Comisión buscaba darle elementos integradores al país con respecto a las regiones, y buscaba fundamentalmente que a través de ella las regiones pudieran darles salida a sus propios problemas, y así crear una dinámica y unos elementos que generaran su propio desarrollo y su propio progreso. Esta Comisión del Plan terminó reemplazada finalmente por un solo funcionario, que es el Director General de Planeación, quien sin elección de ninguna naturaleza termina resolviendo por el país y por las regiones, resolviendo por el Congreso mismo. La norma está vigente desde el año de 1968 y no ha pasado nada; y han pasado cuatro o cinco legislaturas en el Congreso de la República y no ha pasado nada; entonces lo que se pretende con esta acción es que las personas tengan un mecanismo ante la autoridad contencioso-administrativa para que, mediante una acción pública, puedan demandar la ejecución de la ley”.

“Los particulares no son responsables sino por la infracción de la Constitución y de las leyes. Las autoridades públicas lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas. La no aplicación de la Constitución o de las leyes, o su incumplimiento por parte de las autoridades públicas constituye causal de mala conducta y dará lugar a una acción pública para la aplicación de las acciones penales y administrativas que establezca la ley”.

De la filosofía que inspiró la inclusión de la acción de cumplimiento dentro del debate de la Asamblea Nacional Constituyente se deduce que,

como la expedición de normas de carácter general debe estar inspirada en el hecho de que el legislador y la administración al expedirlas deben tener en cuenta el bienestar común, por ende, tales ordenamientos deben llevarse a la práctica, pues es el bien común el que así lo requiere. Cosa distinta surge cuando es el mismo contenido de las decisiones legislativas y administrativas lo que hace impracticable el ordenamiento, por ausencia de contenido real y efectivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la implementación del mecanismo lleva implícita la efectividad de otro objetivo, y es el que mediante la acción de cumplimiento se puede instrumentar el que se legisle de manera cauta y previsiva, limitando el ejercicio de la actividad legislativa a consagrar potestades que consulten la vida nacional y que respondan a los más altos designios en la búsqueda del bien común, de manera que, finalmente, se encauza la actividad legislativa hacia tales propósitos.

La finalidad de la acción de cumplimiento es buscar un mecanismo o instrumento procesal idóneo para asegurar la realización material de las leyes y de los actos administrativos. De este modo se logra la vigencia y el respeto del ordenamiento jurídico, en cuanto a la ejecución de aquellos permite realizar los diferentes cometidos estatales confiados a las autoridades, y proteger y hacer efectivos los derechos de las personas.

Está destinada a brindarle al particular la oportunidad de exigir a las autoridades la realización del deber omitido, a través de la facultad radicada en cabeza de todos los individuos, que permite procurar la verdadera vigencia y verificación de las leyes y actos administrativos, acatándose, de esa forma, uno de los más eficaces principios del Estado de derecho, cual es que el mandato de la ley o lo ordenado en el acto administrativo no puede dejarse a un simple deseo y, en cambio, sí tenga concreción en la realidad.

Debe tenerse en cuenta que en el Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, se había consagrado la acción de reparación directa y **cumplimiento**, según la cual la persona que acreditara interés podía pedir directamente el restablecimiento del derecho, la reparación del daño y el **cumplimiento de un deber que la administración hubiera eludido**, o la devolución de lo indebidamente pagado, pero solo

cuando la causa de la petición fuera un hecho, o un acto administrativo para cuya prueba hubiera grave dificultad.

Esta norma se refería a un deber incumplido por parte de la Administración y su objetivo el poder exigir la ejecución del acto administrativo, aunque se limitaba la posibilidad de incoar la acción a los eventos en que fuera difícil la prueba.

Hoy en día, cuando el artículo 87 de la Constitución Política hace alusión al cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, debe entenderse por la primera que es la que recoge en forma general una declaración de voluntad obligatoria para todo habitante de la Nación. Esa, la razón para aludir a normas con fuerza material de ley, concepto que comprende tanto las leyes expedidas por el Congreso de la República como los decretos-ley y los decretos legislativos.

En cuanto a los actos administrativos, indiscutiblemente hace referencia al concepto de fuerza ejecutoria de que trata el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pues involucra no solo la vigencia del acto, sino otras circunstancias que podrían afectar su exigibilidad.

Al respecto, resulta necesario precisar que la acción de cumplimiento solo procede en relación con normas y actos administrativos expedidos en vigencia de la Constitución Política de 1991, pues de lo contrario se estaría dando efecto retroactivo al mecanismo, conclusión acorde con lo precisado en sentencia de la Corte Constitucional proferida el 10 de diciembre de 1992. Se entiende, además, que no procede respecto de preceptos constitucionales que, por regla general, requieren desarrollo legislativo para su aplicación.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción, en la medida en que lo que se persigue con la acción de cumplimiento no es otra cosa que la verificación real del querer del legislador, lo que implica que lo que la voluntad popular estimó como justo o conveniente se realice externamente, toda persona está legitimada al efecto. Sin embargo, teniendo en cuenta que al declararse la inexecutable de la expresión “norma”, contenida en el inciso 2 del artículo 9º de la Ley 393 de 1997,

porque limitaba la acción de cumplimiento en relación con la ley y los actos administrativos generales, la acción de cumplimiento puede tener como objeto tanto actos de carácter general como aquellos de carácter particular, solo que cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de estos últimos, es decir cuando se trata de actos administrativos subjetivos que crean situaciones particulares y concretas, en la medida en que el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona, y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos o sociales, en tales casos es el afectado, o sea a quien se le lesiona directamente su derecho, quien puede acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, como lo decidió el Consejo de Estado frente a la acción instaurada respecto de un acto que concedía beneficios tributarios a propietarios de bienes calificados como de conservación arquitectónica, pues se trataba de actos administrativos subjetivos que creaban situaciones particulares y concretas, en la medida en que el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona, y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos o sociales; en tales casos solo el afectado. Tal conclusión tiene como base la consideración de que la acción de cumplimiento no subsume las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo, por lo que, igualmente, deberá analizarse en cada caso su improcedencia frente a la existencia de medio judicial de defensa.

Con respecto a los actos administrativos generales, que por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto son equivalentes materialmente a las leyes, dada su generalidad en cuanto están referidos a una serie indeterminada de personas, situaciones o cosas, no puede pensarse que exista un afectado concreto por sus disposiciones, lo que posibilita a cualquier persona incoar la acción.

Ahora, al considerar que no es inconstitucional que se hubiera indicado la improcedencia de la acción de cumplimiento cuando existen otros medios de defensa judicial, es indudable que el mecanismo de protección creado por el constituyente debe ser utilizado como un mecanismo directo e idóneo, razón por la cual no le es dable considerarlo

como subsidiario o paralelo frente al ejercicio de las acciones ordinarias.

Los servidores públicos, incluso los magistrados, no se ven excluidos del ejercicio de la acción pública dado que el requisito para su interposición es la de ser persona. Así lo estableció la Corte Constitucional, al concluir que los servidores públicos pueden interponer la acción de cumplimiento a nombre propio, es decir, en su condición de personas naturales, como también en su condición de representantes legales de cualquier persona jurídica, incluidas las de derecho público cuya representación ostenten en razón del cargo que ocupan, pues en el término personas quedan comprendidas tanto las naturales como las jurídicas. Estas últimas, bien sean de derecho público o de derecho privado, deben ser reconocidas como titulares de la acción.

Obviamente, por sustracción de materia, el servidor público a quien incumbe el cumplimiento de la norma con fuerza de ley o el acto administrativo no será titular de la acción frente a su propio incumplimiento.

II. CALIFICACION DE LA NORMA CON FUERZA MATERIAL DE LEY O DE ACTO ADMINISTRATIVO, FUNDAMENTO DE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO.

Tal calificación no puede hacerse con motivo de la admisión de la demanda, pues el artículo 10 de la ley 393 de 1997 establece los requisitos que debe contener la demanda, y el artículo 12, ibídem, señala los eventos en que procede la corrección de la solicitud, cuando la misma carezca de algunos de los requisitos del artículo 10, o cuando no se aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad, de la renuencia; es decir no se contempla la calificación de la norma fundamento de la acción en el examen preliminar de la demanda.

De otro lado, algunos pronunciamientos de Consejo de Estado permiten dilucidar la naturaleza del fundamento de la acción:

1. Mediante la acción de cumplimiento no se puede solicitar el del silencio positivo cuando la petición de la que se hace derivar el silencio de la administración es carente de razones. En el caso del silencio positivo configurado por la no respuesta de la administra-

ción ante la petición elevada por el contratista tendiente a llegar a un acuerdo para solucionar las controversias contractuales, se dijo que, por el simple hecho de que la administración no conteste una petición no se configura el silencio positivo porque quien pretende reclamar debe tener un derecho, que se origina en la ley, en el contrato, en los convenios que se celebren con posterioridad, o en actos administrativos emanados de la entidad contratante o en hechos del príncipe, en la culpa, etc. En el caso en estudio no nació el silencio por no encontrarse que el interesado tenía derecho emanado de lo ya precisado.

2. Acción para que se reconozca el silencio positivo de que tratan los artículos 158 de la Ley 142 de 1994; 123 del Decreto 2150 de 1995 y 9 del Decreto 223 de 1996 sobre reclamación respecto de la cancelación de tarifa por instalación de una línea telefónica. Como la empresa dictó una resolución desconociendo el silencio positivo, procede la acción en tanto que no se emitió y notificó respuesta dentro de las 72 horas informando sobre las condiciones uniformes del contrato de prestación de servicios y cobro de la tarifa correspondiente.
3. No procede la acción de cumplimiento para que se haga un pronunciamiento sobre decaimiento del acto administrativo, o para que se decida judicialmente, a través de la misma, si una ley se encuentra o no vigente. Lo cierto es que la prosperidad de la acción depende de la vigencia de la norma con fuerza de ley que se cita como sustento de la demanda, como por ejemplo, cuando el Consejo de Estado encontró que no era posible acceder a la pretensión de cumplimiento de la Ley 42 de 1989 para mantener el Acuerdo Popular que rechazó una obra pública, pues se encontró que dicha ley fue derogada en virtud de la expedición de la Ley 134 de 1994, que reguló los mecanismos de participación ciudadana.
4. Debe verificarse si el cumplimiento depende exclusivamente de la autoridad demandada o si otras deben involucrarse dentro de la relación procesal, como el caso de la acción interpuesta por la Defensoría del Pueblo para evitar el represamiento de detenidos en las estaciones de policía y en las salas de retenidos, en donde las

explicaciones del Director del INPEC indican que el cumplimiento de las normas citadas no depende, en forma exclusiva, de él; además, una tutela había ordenado la elaboración de un Plan y no podía darse una orden judicial que desequilibre el mismo.

5. Si bien, para los efectos de la acción de cumplimiento, la noción de acto administrativo está ligada a su unilateralidad, en cuanto a los actos bilaterales, y para sustentar la procedencia de la acción, dijo la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque (expediente ACU 1213): “No obstante tratarse de acuerdos celebrados entre las partes relacionados con el pago de sumas mutuamente debidas, es procedente la acción por cuanto la manifestación de voluntad de la administración consignada en un acto que establece un deber a cargo no difiere, para los efectos previstos en el artículo 87 de la Constitución Política, del acto que contiene una manifestación unilateral de voluntad. Son decisiones motivadas por los particulares, aunque sus efectos son bilaterales que se predicen de la concurrencia de voluntades.” Acción de cumplimiento para que el IDU cumpla los compromisos celebrados con el Country Club relacionados con la afectación de un inmueble de propiedad de la actora por la realización de obras públicas y la compensación de franjas de terreno afectadas con el gravamen de valorización que le correspondía pagar.
6. La calificación de la Convención Colectiva suscrita entre la Caja Agraria y el sindicato de base de la entidad, como fundamento de la acción, implicó que se dijera que, aunque la jurisprudencia ha admitido con un sentido amplio que las convenciones son leyes en sentido formal, sin embargo no pueden ser consideradas como fuente formal de derecho; por lo tanto, no son verdaderas leyes ni actos administrativos, con el valor que éstos tienen a la luz de las normas constitucionales. Además, su cumplimiento se puede exigir a través de lo establecido en el artículo 476 del C. S. del T.
7. Así mismo al calificar el acta de compromiso suscrita entre un alcalde y los vivanderos que ocupan el espacio público, se concluyó que dicha acta no constituye acto administrativo ni norma con fuerza de ley.

8. Tampoco se encontró que existiera norma con fuerza de ley o acto administrativo que contuviera la obligación de que la Fiscalía expidiera nombramiento en propiedad, y no en provisionalidad al interesado que superó las diferentes etapas de un concurso, pues existe conflicto de interpretaciones que no puede ser solucionado mediante esta acción.
9. Cuando se incoó la acción a fin de que el Gerente de un hospital aceptara y negociara el pliego de peticiones de empleados públicos de la entidad (artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y Ley 411 de 1997, que aprobó el Convenio sobre protección del derecho de sindicación) se dijo que los sindicatos de empleados públicos no pueden formular pliego de peticiones para solucionar los conflictos de trabajo. Que sí pueden presentar peticiones tendientes a mejorar las condiciones de trabajo, pero en todo caso las normas citadas en la demanda no implican el deber de cumplimiento.
10. Debe precisarse que a través de la acción de cumplimiento no se discuten derechos, como el caso de la instaurada por un alumno de una facultad de derecho que solicitaba se le graduara considerando que la Ley 522 de 1999 solo exige el cumplimiento del requisito de la judicatura. En la sentencia se precisó que, como existe discrepancia de criterios sobre el alcance de la ley, no se puede dilucidar el punto mediante el ejercicio de esta acción.
11. Procede contra las Empresas de Servicios Públicos, en tanto se logre demostrar que la norma o el acto que se pretenda hacer cumplir no hayan sido tachados de inexistentes o suspendidos, pues de suceder ello no existiría claridad para su cumplimiento, confusión que haría impropia la acción.
12. Respecto del cumplimiento del auto que ordena el pago de una caución judicial para gozar de la libertad provisional, se concluyó que el mismo no es acto administrativo
13. Cuando se solicitó el cumplimiento de la sentencia C 847 de 1999 que ordenó a jueces y fiscales dar cumplimiento a los términos de ley, se dijo que, las sentencias judiciales no son susceptibles de acción de cumplimiento.

14. Estatutos de Sindicato: en cuanto al acto que revocó la inscripción de un directivo, se dijo que la decisión plasma la voluntad administrativa y, por lo tanto, existe medio de defensa judicial. Además, que los solos estatutos no tienen carácter de norma con fuerza material de ley o acto administrativo, aún cuando hayan sido aprobados por el Ministerio del Trabajo.
15. Respecto del cumplimiento de un Acuerdo celebrado entre un municipio y los trabajadores oficiales y empleados públicos, se dijo que éste confiere meras expectativas, además de que reconoce primas extralegales, lo que implica que no es exigible lo acordado.
16. La petición de que se proceda a la revisión de la estratificación, para efectos de la fijación de tarifas en las Empresas de Servicios Públicos, se resolvió concluyendo que existe otro mecanismo de defensa judicial.
17. La solicitud de inscripción en carrera administrativa, fue declarada improcedente frente a la existencia de medio de defensa judicial contra los actos que negaron la solicitud.
18. La pretensión de que se cumpla el acto de nombramiento y se proceda a posesionar al nombrado fue declarada improcedente, pues no es posible a través de la acción de cumplimiento definir la validez de un acto administrativo de nombramiento.
19. Respecto de actos que ordenan la restitución del espacio público, se encontró que no tienen fuerza ejecutoria cuanto están sujetos a una condición.
20. Respecto de la exención del pago de la sobretasa de que trata el artículo 44 de la Ley 99 de 1993, se dijo que el municipio sí la puede cobrar porque Corantioquia no ha exonerado a la entidad demandante, es decir, no se acreditó la condición exonerativa.
21. Acerca de la solicitud de retención de sumas por el empleador de descuentos por nómina de los empleados con destino a Fondos de Empleados, se dijo que siempre que las deudas consten en libranzas o pagarés o en un documento previo, y el consentimiento del deudor, es clara la obligación de retener.

22. En otro caso se ordenó al alcalde sancionar un proyecto de acuerdo, para dar cumplimiento al artículo 80 de la Ley 136 de 1994.
23. En cuanto a la solicitud para que las autoridades ejerzan la inspección y vigilancia del ejercicio de la profesión de técnico constructor, se dijo que es a la Secretaría de Ordenamiento Urbano a quienes atañe la inspección e investigación de que se contraten técnicos en construcción, pero no le corresponde la aplicación de la sanción por violación de la ley.
24. La implementación de nuevas tarifas de mercados públicos, al ser una facultad conferida al Concejo y no un deber legal, no puede imponerse como obligación.
25. Cuando se ejercitó la acción de cumplimiento con el fin de que la Procuraduría General de la Nación cumpla los fallos proferidos por el Consejo de Estado, mediante los cuales declaró la nulidad de los decretos de nombramiento y resoluciones de confirmación de los nombramientos de asesores grado 24, se dijo que la acción de cumplimiento no procede para hacer efectivos los fallos judiciales.
26. Se declaró el derecho de la comunidad al no cobro del alumbrado público, porque es una obligación clara el que los municipios no pueden cobrar la tasa por alumbrado público cuando los usuarios no reciben tal servicio.
27. Acción de cumplimiento para que la División Jurídica de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales dé cumplimiento a un concepto proferido por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Se dijo que el concepto no contiene ninguna obligación clara y actualmente exigible; a través de esta acción no es posible entrar a discutir derechos.
28. Acción de cumplimiento para que ECOSALUD cumpla lo dispuesto en la ley 489 de 1998 y proceda a convocar a audiencias para discutir los proyectos de reglamentación, tarifas y adjudicación de permisos para operación de máquinas tragamonedas. Se dijo que el convocar a audiencias es una potestad que pueden o no ejercer las entidades públicas. Que debe distinguirse si el cumplimiento del deber legal cabe dentro de la facultad discrecional de la administra-

ción. En cuanto a la obligación de transformar la entidad, es una directriz general que no conlleva obligación clara y expresa

29. Acción para que se cumpla el artículo 26 del Decreto 2331 de 1998 realizando la capitalización de Corfiooccidente. Se dijo que la obligación no se le impone a la Federación Nacional de Cafeteros, que es uno de los socios de Corfiooccidente.
30. Acción para que se cumpla contrato de cofinanciación con el INPA y se giren las partidas presupuestales para la ejecución de un proyecto. Se dijo que dicho convenio no es una norma con fuerza de ley ni un acto administrativo y, además, con la acción se pretende que se incluya una partida dentro del presupuesto.
31. Acción para hacer cumplir el Decreto 1274 de 1987, dictado para facilitar las conversaciones de paz con el Movimiento Independiente Revolucionario Comandos Armados: no prosperó porque la realización de seminarios que deben ser reprogramados implica erogación presupuestal; además, es un acto convencional, y no una norma con fuerza de ley o un acto administrativo.
32. Acción para que un juez civil de circuito cumpla el parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 sobre abonos a los créditos que estén en mora. Se dijo que existe otro medio de defensa judicial: el recurso de apelación.
33. Acción contra el Ministerio de Justicia para que, a través del Fondo Nacional para la Defensa de la Libertad, dé cumplimiento al artículo 22 de la ley 282 de 1996 y se contrate un seguro colectivo para garantizar el pago de salarios y prestaciones de los secuestrados. Se rechazó por cuanto las normas citadas implican gasto.
34. Acción para que se ordene la aplicación de Resolución de la CREG sobre niveles máximos de consumos básicos de agua potable en Colombia, pues el consumo promedio por vivienda es de 28 metros cúbicos. No prosperó porque se deben primero precisar los conceptos de consumo básico y consumo promedio, aspectos sobre los que ni siquiera la empresa demandada tiene claridad.

35. Acción para que se haga denuncia bien vacante ante el ICBF: declarada improcedente ante la existencia de medio de defensa judicial sobre la decisión de reconocer o no como denunciante en el trámite de declaración de bien vacante. No se puede a través de la acción pedir que se estudien las razones por las cuales el ICBF negó tal reconocimiento.
36. Acción para que se dé cumplimiento a la Ley 136 de 1994 para que el Concejo Municipal ordene el cese de funciones de un concejal por sentencia condenatoria. No procedió por cuanto en la sentencia se concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional y, por lo tanto, el beneficio cobija la condena accesoria de interdicción y derechos.

III. RENUENCIA

Dice el artículo 8 de la Ley 393 de 1997 que con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción de cumplimiento requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo, y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Busca el requisito de procedibilidad preconstituir la prueba del incumplimiento en el entendido de que la calidad de “renuente” en el funcionario llamado a cumplir se constituye en requisito para el ejercicio de la acción.

Sobre la forma de este requisito, es preciso anotar que no se requieren formalidades especiales pero, para efectos de acreditar debidamente el requisito de procedibilidad, hay necesidad de distinguir entre el simple incumplimiento de la autoridad, que significa que no hace aquello a lo que está obligada, y la renuencia a cumplir que significa repugnancia a hacer una cosa.

Supone, por lo tanto, un reclamo, una insistencia del interesado ante el incumplimiento de la norma con fuerza de ley o del acto administra-

tivo, y una manifestación, expresa o tácita, de la autoridad a quien se reclama, la cual se ratifica en su negativa.

Por ello, frente a la solicitud de cumplimiento, no cualquier respuesta de la entidad oficial puede entenderse como renuencia, pues, en ocasiones la administración da a conocer las razones por las cuales se abstiene de cumplir, explicaciones que llevan a la conclusión de que la autoridad no ha sido renuente, que la entidad no se ha negado a cumplir con la obligación, como cuando se alega la necesidad de realizar reajustes presupuestales para cumplir con lo determinado en la norma.

La renuencia es un requisito formal que el interesado debe acreditar al momento de la presentación de la demanda y permite, de entrada, establecer que ésta cumple con uno de los requisitos de procedibilidad, el referente a la solicitud de requerimiento previo a la autoridad de quien se afirma ha incumplido, y la negativa, expresa o tácita del requerido, esta última configurada cuando no ha contestado dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de ese requisito de renuencia ante el inminente peligro del accionante de sufrir un perjuicio irremediable, caso en el cual debe hacer sustentación expresa de este hecho en la demanda.

La renuencia, por lo tanto, puede interpretarse como expresión comprensiva de la resistencia arbitraria de la autoridad a cumplir el mandato formulado por medio de una norma con fuerza de ley o en un acto administrativo; resistencia que se puede deducir por la inequívoca actitud asumida por la autoridad obligada, por ejemplo, guardando silencio correlativo a la inaplicación de la ley, o contestando al interesado con argumentos ligeros e irracionales que no dejen la menor duda de la intención de desobedecer la norma.

La prueba de la renuencia se encuentra cumplida cuando el interesado demuestre que ha solicitado el cumplimiento de determinada norma o acto administrativo, sin que la entidad demandada se pronuncie al respecto. Pero, del texto de la norma que consagra el requisito no se deduce que el juzgador previamente a la admisión de la demanda deba

estudiar el contenido de la respuesta para, en caso de encontrarla justificable, proceder al rechazo de la misma, pues ello equivaldría a resolver el fondo de la controversia antes de darle comienzo a la actuación procesal.

En todo caso, debe diferenciarse el contenido de la solicitud presentada con el ánimo de constituir en renuencia a la autoridad, del simple ejercicio del derecho de petición, pues, en ocasiones, el peticionario lo que pretende es que a su situación particular se le aplique determinado ordenamiento jurídico propiciando como respuesta por parte de la autoridad una decisión administrativa que, si no llena las expectativas del peticionario, debe ser cuestionada mediante el ejercicio de las acciones ordinarias.

Ahora, como el artículo 20 de la Ley 393 de 1997 señala que cuando el incumplimiento de la norma con fuerza de ley o del acto administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad el juez deberá resolver el asunto en la sentencia, cuando a la solicitud del interesado con el fin de constituir en renuencia a la autoridad, se alegue la excepción de inconstitucionalidad de la norma objeto de la solicitud, dicha respuesta, por sí sola, no puede ser fundamento para probar la renuencia, pues el ejercicio de la excepción en comento es un derecho y un deber de la autoridad pública, aspecto que deberá ser calificado en la sentencia.

IV. CADUCIDAD

El ejercicio de la acción sólo expira en relación con actos de contenido particular y concreto para los que se prevé un término de cumplimiento, en armonía con el tratamiento que ellos reciben en el C. C. A., y particularmente atendiendo a las causales de pérdida de fuerza ejecutoria de que trata el artículo 66 de dicho código.

V. NORMAS QUE IMPLIQUEN GASTOS

Mediante sentencia C- 157 de 1998, la Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo del artículo 9° de la Ley 393 de 1997, aduciendo que el ámbito propio de la acción de cumplimiento no faculta al juez

para desconocer los preceptos constitucionales y legales que establecen el sistema presupuestal. Por lo tanto, mediante el ejercicio de la acción de cumplimiento el juez no está facultado para ordenar que un gasto previsto en una ley o en un acto administrativo se incorpore al presupuesto de una entidad, como tampoco para ordenar que la partida en que ésta se contempla se ejecute irremediabilmente, pues no resulta cierto que todo gasto ordenado deba, necesariamente, ejecutarse.

Las órdenes de gasto contenidas en las leyes o en actos administrativos, por sí mismas, no generan constitucionalmente correlativos deberes de gasto a cargo de la autoridad pública.

La improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de normas que impliquen gastos, se justifica en la medida en que no se puede perseguir el cumplimiento de normas que establezcan la realización de una nueva erogación, sin que a su vez se haya asignado la partida correspondiente en el presupuesto; previsión que no es extensiva a los eventos en los cuales lo que se busca es la concreción de garantías o derechos reconocidos en forma abstracta, sin perjuicio de que en el fondo su cumplimiento pueda implicar una erogación.

El artículo 345 de la Constitución Política es taxativo al prohibir cualquier erogación con cargo al tesoro que no se halle incluido en el presupuesto de rentas y gastos. En su inciso segundo prohíbe cualquier gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, las Asambleas o los Concejos. Lo anterior quiere decir que un acto administrativo que genere gastos y que no esté debidamente presupuestado, no puede hacerse efectivo mientras no se hayan hecho las correspondientes apropiaciones, pues el acto administrativo así emanado estaría afectado de nulidad, conforme a las causales previstas en el artículo 84 del C.C.A., Sin embargo, no puede rechazarse de plano la demanda, sin tener certeza de que la ley o el acto administrativo que impliquen gasto haya sido incluido en la ley de apropiaciones, aspecto que debe ser materia de conclusión, previo análisis de fondo del asunto.

La Corte Constitucional en la sentencia anotada precisó el alcance de la noción de normas que establecen gastos: “Las órdenes de gasto contenidas en leyes, por sí mismas, no generan constitucionalmente a cargo

del Congreso o de la administración correlativos deberes de gastos. No puede, en consecuencia, extenderse a este componente de las normas legales, la acción de cumplimiento: La aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria pero no suficiente para llevarlo a cabo. En efecto, según el artículo 345 de la C.P., no puede hacerse erogación alguna con cargo al tesoro que no se halle incluida en la ley de presupuesto (artículo 346 de la C. P).

Finalmente, como las partidas incorporadas en la ley anual de presupuesto no corresponden a gastos que “inevitablemente” deban efectuarse por la administración, puesto que ese carácter es el de constituir “autorizaciones máximas de gasto”, el artículo 347 de la Carta Política, en punto a las apropiaciones del presupuesto, precisa que en ellas contiene “la totalidad de los gastos que el Estado pretende realizar durante la vigencia fiscal respectiva”. Por ello debe precisarse que de manera alguna se deriva de la Constitución el deber o la obligación de gastar, aún respecto de las apropiaciones presupuestales aprobadas por el Congreso.

En el marco de la acción de cumplimiento, facultar al juez para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de presupuesto o que la partida que en ésta se contempla se ejecute, quebranta el sistema presupuestal diseñado por el constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan. Al respecto, aunque la acción de cumplimiento tiene campo propio en el que ampliamente puede desplegar su virtualidad y la eficacia del novedoso mecanismo debe garantizarse y proveerse por la ley, sin embargo, ello no puede perseguirse a costa de irrespetar las restantes instituciones y mecanismos constitucionales. Por lo demás, la pretensión para hacer posible que “todo gasto ordenado por las normas legales habrá de ejecutarse”, equivaldría a hacer inflexible el sistema presupuestal, propiciando abusos y ligerezas en la previsión de gastos. Los recursos del erario provienen de los impuestos de los ciudadanos, por lo que su manejo desordenado y descuidado no puede hacer surgir amparo a la obligación de gasto.

Una serie de casos analizados por el Consejo de Estado permiten visualizar la aplicación de la restricción de que se trata:

1. Cuando se pidió el cumplimiento de las decisiones tendientes a calificar, adjudicar y entregar el subsidio familiar de vivienda de que trata la Ley 3 de 1991 a los hogares ubicados en zonas declaradas de calamidad pública, se dijo que tal norma no implica gastos, pues al efecto la Ley no permite a la autoridad actuar discrecionalmente sino que la obliga a actuar, en este caso, procediendo a elaborar el censo de tales hogares, y en tal sentido prosperó la acción.
2. En otro caso se concluyó que sí se puede obligar a cumplir una ley o un acto administrativo que impliquen una erogación presupuestal, sin que el juez se convierta en ordenador del gasto, cuando la obligación aparezca exigible y relativa a una situación que atañe al bien común y es de urgente necesidad.
3. En cuanto al cumplimiento del Decreto 707 de 1996, el Consejo de Estado ordenó a un Gobernador determinar las zonas en situación crítica de inseguridad y elaborar el listado de establecimientos públicos estatales que se encuentren ubicados en las mismas, con el nombre de directivos y docentes, al considerar que la sola determinación de dichas zonas no implica gastos, aunque, con posterioridad, los docentes ubicados en las mismas puedan solicitar el beneficio especial de que trata la ley por laborar en tales regiones.
4. Por el contrario, no se accedió a la petición de ordenar la inclusión en el presupuesto municipal de la partida de que trata la Ley 19 de 1991 para que funcione el Fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte, porque la aplicación de la norma implica gastos.
5. En cuanto al cumplimiento de la normatividad referida a la atención a ancianos indigentes, se ordenó a un alcalde que adelante las gestiones conducentes a determinar la infraestructura para la atención de dichos ancianos y el plan de servicios complementarios, que debe incluirse en el Plan de Desarrollo municipal para las personas de la tercera edad, considerando que tales actuaciones, por sí solas, no implican gastos.
6. Se dijo que no procede la acción para hacer cumplir las obligaciones derivadas del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 porque dicho

cumplimiento necesariamente genera gastos. No se puede pretender que el juez de la acción de cumplimiento pueda autorizar que el gasto previsto en una ley se incorpore al presupuesto municipal porque se desconocería el esquema económico diseñado por el constituyente.

7. En cuanto al giro de apropiaciones presupuestales para cubrir gastos de la Contraloría municipal, se dijo que los acuerdos municipales implican la adquisición de compromisos de gasto por parte de la alcaldía. Pero que luego del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra, y los saldos de apropiación no afectados caducarán, sin excepción, por lo que no prosperó la acción .
8. La solicitud tendiente a la liquidación de un mayor salario de manera diferente a lo dispuesto en los actos administrativos no resultó procedente porque implica gastos.
9. En otro caso se concluyó que, al no existir partida presupuestal para dar cumplimiento al artículo 2 del Decreto 775 de 1998; artículo 2 de la ley 415 de 1997 (trabajo comunitario); artículo 5 del Decreto 1542 de 1997 (permisos de 72 horas) y artículo 4 de la ley 65 de 1993 (control médico sanitario), como quiera que todas estas normas establecen la obligación de celebrar convenios, para los beneficios a internos en sitios de reclusión, por ende, su cumplimiento implica orden de gastos.
10. Como ejemplo de norma que implica gastos, el Consejo de Estado encontró que “a juicio de la Sala es improcedente la presente acción, porque no se puede exigir al Gobernador de Santander el cumplimiento del artículo 14 de la Ley 136 de 1994, ya que la convocatoria a una consulta popular implica un gasto y no se acreditó dentro del expediente que el mismo estuviera presupuestado”.
11. No prosperó la acción de cumplimiento tendiente a que se cumplan las disposiciones constitucionales, legales y distritales del presupuesto y la inclusión del plan operativo de inversiones como componente del acuerdo distrital de presupuesto, pues lo que se

debe demandar es el acto mediante el cual se aprobó el presupuesto.

CONCLUSIONES

No resulta acertado asimilar la acción de cumplimiento al proceso ejecutivo para denegar su procedencia, puesto que solo basta verificar la omisión de un deber contenido en una norma con fuerza de ley o en un acto administrativo y, por ello, resulta necesario precisar que debe tenerse el ejercicio de esta acción como derecho concreto en busca de sentencia favorable para su titular y como un derecho público frente al Estado para lograr la tutela jurídica reclamada.

En la acción de cumplimiento se demanda la obligación de acatar una actuación que se encuentra soportada en la ley o un acto administrativo, y está orientada a que el Juez ordene a quien incumple que se avenga al cumplimiento de aquellas, bajo el entendido de que la seguridad jurídica y económica de los asociados exige el cumplimiento de la normatividad interna del país.

Acción de cumplimiento en asuntos ambientales: los artículos 77 a 92 de la ley 93 de 1999 prevén la acción de cumplimiento en asuntos ambientales, prevista en el artículo 87 de la Constitución Política como un nuevo instrumento judicial específico para la protección judicial de los derechos constitucionales colectivos y del medio ambiente y para la protección de los recursos naturales y ecológicos, la cual puede ser ejercida para la protección de los derechos constitucionales de carácter colectivo relacionados con el ambiente.

Acerca de la acción de cumplimiento de normas urbanísticas de que trata la ley 388 de 1997, hay que precisar que la competencia para el conocimiento de esta clase de acciones de cumplimiento no está claro, pues, inicialmente frente al conflicto suscitado entre el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Civil del Circuito, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura definió que el conocimiento correspondía a la jurisdicción de lo contencioso-admi-

nistrativo; últimamente, sin embargo, conflicto de competencias ha sido resuelto en el sentido de que la Ley 393 de 1997 no derogó la 388 del mismo año y, por lo tanto, el conocimiento de la acción de cumplimiento respecto de normas urbanísticas corresponde al juez civil del circuito.

III. La acción de pérdida de la investidura

Dr. MARIO ALARIO MENDEZ

Consejero de Estado



Debo comenzar por expresar mi complacencia por estar aquí, en la Costa del Caribe, de la que soy oriundo, de la que tan orgulloso me siento y en la que estoy tan a gusto.

Y en Santa Marta, ciudad noble por mil títulos, frente al mar Caribe, azul y plata —son palabras del Libertador—, junto al macizo gigantesco de la Sierra, con sus viejos picos coronados de nieve impoluta, y bajo el cielo más bello de América, la más hermosa sinfonía de colores, el más grandioso derroche de luz¹.

I. INTRODUCCION

La *pérdida de la investidura*, como resulta de lo establecido en los artículos 110, 183, 184 y 291 de la Constitución; 296 a 302 de la Ley 5ª de 1992, o reglamento del Congreso; 29, numeral 9, de la ley 200 de 1995, o Código Disciplinario Unico, y 48 de la Ley 217 de 2000, es sanción dirigida contra los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, o sea contra los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales, y contra los congresistas, es decir, senadores y

¹ En carta dirigida a Fanny du Villars desde la Quinta de San Pedro Alejandrino, poco antes de su muerte. “Para no alarmar a los próceres de la crítica histórica, será justo advertir que la anterior carta ha parecido apócrifa a varios, entre ellos al eminente historiógrafo doctor Eduardo Posada (véanse sus *Apostillas*). Por nuestra parte, tampoco daríamos por auténtico ese documento que afortunadamente tiene a su favor la belleza intrínseca. En todo caso se puede decir en abono de la carta cuestionada el desconocido descargo: “*se non e vero e bene trovato*”. GUTIERREZ, José Fulgencio, *Bolívar y su obra*; Bogotá, Ministerio de Educación Nacional, Biblioteca de Autores Colombianos, 2ª ed., 1.955, págs. 387 a 389.

representantes, que priva a esos servidores públicos de su calidad de tales, si la tuvieran actualmente, y que los inhabilita, en forma vitalicia en algunos casos, para ocupar cargos de elección popular.

El Consejo de Estado conoce de los procesos de pérdida de investidura de congresistas, en única instancia, según lo dispuesto en los artículos 184 y 237, numeral 5, de la Constitución, 297 y 298, numeral 3, de la Ley 5ª de 1992² y 1.0 de la Ley 144 de 1994.³

De los procesos de pérdida de investidura de diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales, conoce en primera instancia el tribunal administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento, y el Consejo de Estado en segunda instancia, según lo establecido en el artículo 48 de la ley 617 de 2000.

Trataremos solo de la pérdida de la investidura de congresistas, que es semejante a la de los demás servidores públicos nombrados.

Hasta hoy, de 287 solicitudes decididas de fondo, el Consejo de Estado ha decretado la pérdida de la investidura en 27 ocasiones⁴.

II. NATURALEZA DE LA PERDIDA DE INVESTIDURA

La pérdida de investidura es sanción, ya se dijo, que despoja a los senadores, representantes, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales de su calidad de tales, si la tuvieran actualmente, y que los inhabilita, en forma vitalicia en algunos casos, para ocupar cargos de elección popular.

Su carácter de sanción “por conductas asumidas por la persona del congresista”, la distingue de la anulación que se pronuncia en procesos electorales, caso en el cual “se cuestiona la legalidad de los actos que permitieron el acceso del congresista a esa condición”, como hubo de

² Véase la sentencia C-3 19 de 14 de julio de 1 994 de la Corte Constitucional; *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1994, t. 7, págs. 194 y 195.

³ Véase la sentencia C-247 de 1 de junio de 1.995 de la Corte Constitucional; *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1995, t. 6, Vol. 1, págs. 128 a 132.

⁴ Fuente: Secretaría General del Consejo de Estado.

explicar el Consejo de Estado en sentencia de 8 de septiembre de 1992⁵.

Y es sanción disciplinaria –y así está dicho en los artículos 29, numeral 9, y 32, inciso tercero, del Código Disciplinario Único⁶–, dirigida como está a preservar el cumplimiento de los deberes propios de esos servidores públicos.

Y de carácter judicial, se dijo también en la sentencia de 8 de septiembre de 1992, porque es impuesta por el Consejo de Estado y los tribunales, mediante sentencia y previo un proceso judicial⁷.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-319 de 14 de julio de 1994, dijo que “la pérdida de investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario”⁸.

Y hemos seguido repitiendo que se trata de “un verdadero juicio de responsabilidad política”, sin reparar mucho en el contenido de esa expresión, que la Corte en su sentencia tampoco explicó.

No es fácil delimitar el concepto incierto de lo que son el juicio político y la responsabilidad política, pero sí puede decirse –aunque poco ayude al esclarecimiento del asunto– que el juicio político es, dijéramos, pasional, y no jurídico, y que lo adelantan cuerpos políticos, con criterios políticos, en ejercicio de sus atribuciones de control de los actos de los servidores públicos; y que la responsabilidad política resulta asimismo de faltas de orden político y es distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria, que es puramente jurídica.

Tengo para mí que del juicio de pérdida de investidura se dice que es un juicio de responsabilidad política solo porque está dirigido contra políticos, pero eso es tanto como decir que una falta por ser atentatoria

⁵ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXVIII, primera parte, pág. 42.

⁶ Véase la sentencia C-280 de 25 de junio de 1996 de la Corte Constitucional; *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1996, t. 6, págs. 350, 351 y 362.

⁷ *Loc. cit.*, pág. 45.

⁸ *Loc. cit.*, pág. 189.

de Dios “es santa porque Dios lo es, o como pensar *que* las injurias referidas a *un tigre* han de ser rayadas”⁹.

La pérdida de investidura, en tanto es sanción, solo puede imponerse cuando el hecho previsto como causal sea cometido culpablemente, es decir, con dolo o con culpa.

Según el artículo 29 de la Constitución, toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente *culpable*, de lo que resulta que solo se es responsable cuando se es culpable.

Entonces, solo la conducta culpable —o sea, aquella dirigida por la voluntad del agente, que solo así le es atribuible—, puede ser sancionada.

La conducta culpable es *dolosa*, como es sabido, cuando el agente conoce la ilicitud del hecho que realiza y quiere su realización o la acepta previéndola al menos como posible; y *culposa* cuando el agente no prevé el resultado previsible o previéndolo confía en poder evitarlo.

Siendo así, la pérdida de investidura es sanción que solo puede imponerse cuando el hecho previsto como causal sea cometido culpablemente, es decir, con dolo o con culpa.

Es que “ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. [...] este principio es también una conquista moderna ignorada por la mayor parte de los ordenamientos primitivos. [...]. Por otra parte, la punibilidad de solo los actos intencionales es, con seguridad, un insuprimible elemento de sentimiento común de justicia, al punto de que reputamos bárbara e injusta cualquier forma de responsabilidad objetiva o sin culpa”¹⁰.

Pero se dijo en sentencia de 1 de octubre de 1993, que se trataba de “un juicio objetivo”¹¹, y la doctrina, que en “el proceso de desinvestidura

⁹ BORGES, Jorge Luis, *Discusión*, en *Obras completas*; Buenos Aires, Emecé Editores, 1.974, pág. 237.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*; Madrid, Editorial Trotta, 2000, 4ª ed., págs. 487 y 489.

¹¹ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXXIV, pág. 18.

se juzga objetivamente la conducta del congresista (...) solo evalúa la imputabilidad causal y no tendrá en cuenta la intención, el dolo, la culpa o el error en que se haya incurrido”¹², criterio en buena hora rectificado, primero en sentencia de 19 de febrero pasado, en que se dijo que no era responsable el congresista que no obró “ni con intención, ni con descuido”¹³, es decir, dolo o culpa; y después en sentencia de 23 de abril, también de este año, en que se dijo que la responsabilidad disciplinaria no es de carácter objetivo, porque las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa, y que, entonces, no podía considerarse responsable al congresista que hubiera obrado con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituía falta¹⁴.

La responsabilidad *objetiva* es la que atiende solo a la realización del hecho, la que “está en la atribución de un resultado al sujeto sobre la base de la sola relación de causalidad, independientemente del concurso del dolo o de la culpa”, de manera que el agente estaría “llamado a responder de los resultados de su acción aunque respecto de ellos *ningún reproche, ni de simple ligereza, pueda hacérsele*, y, por lo tanto, aunque se hayan causado por pura casualidad [...], constituye un residuo de concepciones jurídicas superadas, y concretamente del canon medieval *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* [quien actúe en asunto ilícito, responde inclusive del caso]. Está ella en contraste con la actual conciencia jurídica, que reclama imperiosamente la plena realización del gran principio ‘no hay pena sin culpa’ ”¹⁵.

Los fundamentos del principio de culpabilidad –referidos especialmente a la materia penal propiamente dicha, pero válidos por igual respecto de todo el derecho sancionador–, en cuya virtud queda sin justificación la responsabilidad objetiva, podrían señalarse así:

¹² BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho procesal administrativo*; Medellín, Señal Editora, 4a. ed., 1994, pág. 82.

¹³ Expediente AC-12.156.

¹⁴ Expediente AC-12.591

¹⁵ ANTOLISEI, Francesco, *Manual de derecho penal*; Bogotá, Editorial Temis, S. ed., 1988, págs. 270 a 272.

Primero, solo son reprobables las conductas culpables, y esa calidad de reprobables es condición necesaria para su prohibición y, en consecuencia, su castigo; segundo, solo los comportamientos culpables pueden ser objeto de prevención mediante el castigo y solo respecto de esos comportamientos puede la conminación del castigo desplegar una función intimidante, pues respecto de hechos inculpables, por no ser imputables a la conciencia o a la voluntad del agente, el castigo es superfluo; tercero, el principio de culpabilidad hace posible ajustar la conducta al derecho y asegura que aun cuando las cosas vayan mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que ha puesto lo mejor de su parte para respetar el derecho no será castigada; y, cuarto, solo las conductas culpables pueden ser lógicas y sensatamente prohibidas, pues las prohibiciones presuponen la posibilidad de ser observadas o violadas por aquellos a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos, y serían insensatas e inútiles si tal posibilidad no existiese¹⁶.

Conforme a todo lo anterior y en desarrollo del precepto del artículo 29 de la Constitución, en el artículo 9º del Código Penal que hoy rige fue establecido que la causalidad por sí sola no bastaba para la imputación jurídica del resultado, y en el artículo 12 que solo eran punibles las conductas realizadas con culpabilidad y que quedaba erradicada toda forma de responsabilidad objetiva; y en el artículo 14 del Código Disciplinario Unico, también, que en materia disciplinaria estaba proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y que las faltas solo eran sancionables a título de dolo o de culpa.

Así, repito, la pérdida de investidura es sanción que solo puede imponerse cuando el hecho previsto como causal sea cometido culpablemente, es decir, con dolo o con culpa.

III. LA ACCION DE PERDIDA DE INVESTIDURA

La noción de lo que es acción ha experimentado una larga evolución a través de la cual se han expresado conceptos muy diversos. Sin embar-

¹⁶ FERRAJOLI, *op. cit.* págs. 491 y 492.

go, a muy grandes trazos, puede decirse que la acción es el derecho de toda persona de reclamar del órgano judicial del Estado la satisfacción de una pretensión y de obtener la decisión que corresponda.

Distinta es la acción de la pretensión cuya satisfacción se reclama, que esta Última es lo que se pide, en ejercicio del derecho de acción.

La acción de pérdida de la investidura de congresista es, entonces, el derecho a solicitar al órgano judicial, al Consejo de Estado, en este caso, despoje a un congresista de su investidura de tal, con todas sus consecuencias, por las causas establecidas en la Constitución y mediante el procedimiento legalmente establecido.

Puede solicitar pérdida de la investidura de congresista la mesa directiva de la cámara correspondiente o cualquier ciudadano, según lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución.

También el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, puede solicitar la desinvestidura de congresistas –y así lo ha entendido el Consejo de Estado, entre otras mediante las sentencias de 1 y 5 de octubre de 1993¹⁷ y de 17 de agosto de 1994¹⁸, pues es su atribución ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive de aquellos elegidos popularmente, e intervenir ante las autoridades judiciales cuando fuera necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, para lo cual puede ejercer las acciones que considere necesarias, conforme lo establecido en el artículo 277, numerales 6 y 7 e inciso final, de la Constitución.

La dejación del cargo de congresista no enerva la acción para pedir se decrete la pérdida de la investidura ni la potestad del Estado para decretarla. Es así porque, como es razonable suponer, la dejación del cargo no purga la falta en que habría incurrido el congresista.

Además, porque la sanción de pérdida de la investidura no solo priva al congresista de su calidad de tal, si la tuviera actualmente, sino que constituye una inhabilidad, que es vitalicia.

¹⁷ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXXIV, primera parte, págs. 19 y 50

¹⁸ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXXVIII, primera parte, págs. 23 y 24.

Así lo dijo el Consejo de Estado en sentencia de 8 de septiembre de 1.992¹⁹, criterio que reiteró en sentencia de 17 de agosto de 1994²⁰.

Finalmente, la acción de pérdida de investidura no caduca ni prescribe, pues ningún término de caducidad o prescripción fue establecido, y así lo explicó el Consejo de Estado en la nombrada sentencia de 17 de agosto²¹ entre otras.

IV. LAS CAUSALES DE PERDIDA DE INVESTIDURA

Según lo establecido en el artículo 183 de la Constitución, los congresistas perderán su investidura por las siguientes causas:

1. Violación del régimen de inhabilidades;
2. Violación del régimen de incompatibilidades;
3. Violación del régimen de conflicto de intereses;
4. Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura, salvo fuerza mayor
5. No tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras, o a la fecha en que fueran llamados a posesionarse, salvo fuerza mayor
6. Indebida destinación de dineros públicos, y
7. Tráfico de influencias debidamente comprobado.

1. VIOLACIÓN DEL REGIMEN DE INHABILIDADES

Es lo primero distinguir las *inhabilidades* para acceder a un cargo, de las *calidades* que se requieren para ocuparlo, y también de las *incompatibilidades* a que se encuentra sujeto quien lo ocupe, nociones estas que, aunque distintas, se confunden con frecuencia.

¹⁹ *Loc. cit.*, pág. 43.

²⁰ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXXVIII, primera parte. pág. 25.

²¹ *Ibid.*

Así, *calidad* es el estado de una persona, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo, dignidad, empleo u oficio; *inhabilidad* es defecto o impedimento para ser elegido o nombrado en un cargo o para ocuparlo, e *incompatibilidad*, impedimento, prohibición o tacha para ejercer una actividad determinada cuando se ocupa un cargo o por razón de haberlo ocupado²².

Así, bien se podría tener las calidades para un cargo, pero estar inhabilitado para ocuparlo. O no estar inhabilitado para ocupar un cargo, pero tampoco tener las calidades para ello, o aun tener las calidades del cargo y ser hábil para ocuparlo, pero tener ciertas incompatibilidades que en determinados casos impidan el ejercicio de las funciones del cargo.

Quizá algunos ejemplos explican mejor estos conceptos.

Según el artículo 232 de la Constitución para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional se requiere: ser colombiano de nacimiento; ser ciudadano en ejercicio; ser abogado, y haber desempeñado durante diez años cargos en la rama judicial o en el ministerio público, haber ejercido con buen crédito por el mismo tiempo la profesión de abogado o haber ejercido por el mismo tiempo la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

Esas son *calidades* para el cargo de magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Ahora bien, según la misma disposición, no puede ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional quien hubiera sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos. Tampoco quien tuviera parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o estuviera ligado por matrimonio o unión permanente con quienes intervendrían en su elección, o con los servidores públicos que intervinieron en la designación de los que de-

²² Véase sentencia de 6 de abril de 2000 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo; expediente 2.364.

ban hacer la elección, según lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución.

Esas son *inhabilidades* para acceder al cargo de magistrado. Ahora bien, quien ocupe el cargo, en determinados casos se encuentra impedido para el ejercicio de sus funciones, en todos aquellos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. Son *incompatibilidades* para el ejercicio del cargo.

Y se entiende, entonces, que bien podría ocurrir que se tuvieran las calidades para ser magistrado, y a un tiempo estar inhabilitado.

La situación contraria también puede ocurrir, es decir, no encontrarse inhabilitado para ser magistrado, pero no reunir las calidades requeridas.

Y también ocurre que quien reúna las calidades del cargo y no se encuentre inhabilitado, y por lo mismo hubiese sido designado y ocupe el cargo de magistrado, en un caso determinado se encuentre impedido para el ejercicio de sus funciones.

La falta de calidades y las causas de inhabilidad, cuando son circunstancias anteriores, hacen nulo el acto de nombramiento o de elección de que se trate, y la nulidad que determinan es vicio de origen. Es claro que en tales condiciones se violarían las normas legales o constitucionales que establecen esas calidades e inhabilidades, y es motivo de nulidad de los actos administrativos, entre otros, conforme el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la violación de las normas en que deberían fundarse. Además, según el artículo 228 del mismo Código es nula la elección de quien no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño del cargo, y de quien fuera inhábil.

La violación de las incompatibilidades a que se encuentra sujeto el servidor público son circunstancias posteriores al acto de nombramiento o de elección, y no lo hacen nulo. Sus consecuencias son otras, de carácter penal o disciplinario.

En el caso de los congresistas, son calidades para ser senador “ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección”, según el artículo 172 de la Constitución; y para ser representante “ser ciudadano en ejercicio y te-

ner más de veinticinco años de edad en la fecha de la elección”, según el artículo 177 de la misma.

Son inhabilidades para ser congresista “todo acto o situación que invalida la elección de congresista o impide serlo”; y son incompatibilidades “todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el periodo de ejercicio de la función”, según los artículos 279 y 281 de la Ley 5ª de 1992, o reglamento del Congreso, que trataremos con más detalle.

Las inhabilidades para ser congresista se encuentran establecidas en el artículo 179 de la Constitución. Sin embargo la ley, se lee en el mismo artículo, “reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contempladas en estas disposiciones”, pero ello no ha ocurrido. El artículo 280 de la Ley 5ª de 1992, o reglamento del Congreso, repitió, simplemente, las causales señaladas en la disposición constitucional.

Una inhabilidad referida a todos los servidores del Estado, y entre éstos los congresistas, es la establecida en el artículo 110 de la Constitución.

Trataremos cada una de las inhabilidades.

a. La condena judicial

Según lo dispuesto en el artículo 179, numeral 1, de la Constitución, no pueden ser congresistas quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

Dos aspectos deben destacarse: el primero, que la condena puede haber tenido lugar en cualquier época, antes de la fecha en que se hubiera adquirido la investidura o después de esa fecha, asunto cuya comprensión no ofrece dificultades.

El segundo, que las condenas por delitos políticos o culposos no son causa de inhabilidad ni, por lo mismo, motivo de pérdida de la investidura. Tampoco las condenas a penas distintas de la privativa de la libertad.

El delito culposo –por oposición al que se comete con dolo– es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado porque el agente no previó el resultado previsible o porque, previéndolo, confió en poder evitarlo, dice el artículo 23 del Código Penal.

Ninguna disposición, constitucional o legal, define el delito político como distinto del delito común. Entonces, ¿qué es delito político?²³

Por delito político se ha entendido el que opone directamente “a ciudadanos e instituciones estatales ofendiendo y poniendo en peligro, más allá de los bienes particulares concretamente lesionados, la soberanía del Estado y sus intereses políticos fundamentales”; así, objetivamente, sería delito político el que atenta contra los bienes políticos propiamente tales, es decir, contra el régimen constitucional, la organización y la seguridad del Estado; subjetivamente, el que se comete por motivos políticos, cualquiera sea, o como medio para la realización de un delito político o para asegurar su impunidad, ocultarlo o asegurar su éxito²⁴.

Ya se dijo que según el artículo 179, numeral 1, de la Constitución, no pueden ser congresistas quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, de donde resulta, también se dijo, que no son causa de inhabilidad las condenas por delitos políticos o culposos ni a penas distintas de la privativa de la libertad.

²³ Algunas leyes especiales, sin embargo, han señalado qué delitos son políticos. Así por ejemplo, los artículos 1.º, 2 y 3-º de la Ley 35 de 1982, “por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz”, 14 de la Ley 40 de 1993, “por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones”; 48 de la Ley 104 de 1993, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”; 50 de la Ley 418 de 1997, “por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”

²⁴ FERRAJOLI, op. cit., pág. 809. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental*; Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 3ª reimp. de la 2a. ed., 1998, vol. 1, págs. 149 y 150. PEREZ, Luis Carlos, *Los delitos políticos*; Bogotá, Distribuidora Americana de Publicaciones, 1948, págs. 41 y 42. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, concepto de 26 de mayo de 1982; *Gaceta Judicial*, t. CLXX, núm. 2.408, págs. 236 y 237.

Sin embargo, según el artículo 122 de la Constitución, “el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”²⁵, sin distinguos, que no los establece la disposición constitucional. Podría tratarse, entonces, de condenas de cualquier clase, y no solo a pena privativa de la libertad; y por delitos dolosos o culposos, comunes o políticos.

Entonces, no puede ser congresista quien hubiera sido condenado por delito contra el patrimonio del Estado, aun cuando se trate de delito político o culposo o el responsable no hubiera sido condenado a pena distinta de la privativa de la libertad. En otros términos, la condena por delitos contra el patrimonio del Estado es, en todo caso, motivo de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas y, por lo mismo, de pérdida de la investidura de congresista.

Criterio semejante expresó el Consejo de Estado en sentencia de 17 de enero de 1996²⁶.

Contra esta opinión podría decirse –y así se dijo en varias aclaraciones de voto a la sentencia anterior– que el régimen de inhabilidades para ser congresista fue establecido de manera especial en el artículo 179, numeral 1, que señaló como excepción la condena por delitos culposos –todos los delitos culposos–, sin distinciones, que no se hicieron. Y las disposiciones relativas a asuntos especiales prefieren a las que tengan carácter general, según regla de interpretación generalmente aceptada y que recoge el artículo 52 de la Ley 57 de 1887; esto es, que las disposiciones de carácter general solo resultan aplicables a casos regulados especialmente en tanto no pugnen con las disposiciones de carácter especial que regulen esos casos”²⁷.

Creo, sin embargo, que resultan aplicables por igual los artículos 122 y 179, numeral 1, constitucionales, esto es, que no puede ser congresista

²⁵ Véase sentencia C-038 de 5 de febrero de 1996 de la Corte Constitucional; *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1996, t. 2, págs. 163 y 164.

²⁶ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXLVII, primera parte, pág. 110.

²⁷ *Ibíd.*, págs. 112 a 118.

quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, pero, en todo caso, no puede ser congresista el servidor público condenado por delito contra el patrimonio del Estado.

Por lo demás, no parece razonable que los congresistas sean exceptuados de la inhabilidad establecida en el artículo 122, que está referida a todos los servidores públicos, sino, por el contrario, que los comprende, pero en mayor grado.

Ahora bien, en la misma sentencia se dijo también que en este caso no se trataba ya de delitos cometidos en cualquier época –como ocurre en los términos del artículo 179, numeral 1, de la Constitución–, sino solo de aquellos que hubieran sido cometidos o se cometieran a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, porque “de acuerdo con el enunciado [del artículo 122 de la Constitución] su proyección es hacia el futuro, las inflexiones verbales ‘que sea’ y ‘quedará’ utilizadas en su estructura, permiten inequívocamente hacer esta apreciación”²⁸.

No es ese mi parecer, pues la primera expresión, *que sea*, en tiempo presente del modo subjuntivo, solo denota que se trata de un supuesto; la segunda, *quedará*, en futuro del modo indicativo, está referida a la fecha de la condena, esto es, que el servidor público que sea condenado quedará, a partir de entonces y hacia el porvenir, inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas²⁹.

Por último, no dice el Código Penal, expresamente, cuáles son los delitos contra el patrimonio del Estado, pero no es difícil deducir que se trata, principalmente, del delito de peculado, en todas sus modalidades, a que se refieren los artículos 397 a 403 del Código Penal.

²⁸ Loc. Cit.

²⁹ En este sentido, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo en autos de 3 de marzo de 1995, *Anales del Consejo de Estado*, t. CXLII, segunda parte, págs. 1770 y 1771; y de 1 de febrero y 21 de mayo de 2001, expediente 11001-03-28-000-2000-0047-01.

b. El ejercicio de empleos públicos

No pueden ser congresistas, conforme lo dispuesto en el artículo 179, numeral 2, de la Constitución, quienes, como empleados públicos, hubieran ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección.

Esta inhabilidad, según lo establecido en el mismo artículo, comprende solo situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección, y se considera para el efecto que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales.

Está referida solo a *empleados públicos*, y la Constitución, la ley o los reglamentos señalan en cada caso qué cargos han de ser desempeñados por empleados públicos.

Pero no comprende empleados públicos sin jurisdicción ni autoridad. Es que puede tenerse la calidad de empleado público sin estar investido de jurisdicción o autoridad, que es el mayor número de quienes prestan sus servicios al Estado en empleos públicos³⁰.

Tampoco comprende a quienes sin ser empleados públicos ejerzan jurisdicción o autoridad. Se puede ejercer jurisdicción o autoridad sin tener la calidad de empleado público, por ejemplo en calidad de conciliadores o árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, conforme a la ley, como lo permite el artículo 116 de la Constitución; y también puede atribuirse a particulares el ejercicio de otra clase de funciones públicas, y entre estas algunas que impliquen el ejercicio de autoridad, en los términos que señale la ley, según lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución.

Además, según la disposición constitucional no pueden ser congresistas quienes, *como* empleados públicos, hubieran ejercido jurisdicción o autoridad, en las condiciones señaladas.

³⁰ Véase en este sentido, entre otras, la sentencia de 3 de diciembre de 1982 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *Anales del Consejo de Estado*, t. CIII, núms. 475-476, pág. 747.

El vocablo *como* que trae la disposición constitucional es adverbio de modo que significa *en calidad de* y modifica el verbo *ejercer*, usado en la disposición en participio pasivo, *ejercido*. No se trata, pues, de la simple concurrencia de la calidad de empleado público, por una parte, y del ejercicio de jurisdicción o autoridad, por otra, sino del ejercicio de jurisdicción o autoridad de un modo específico: *en calidad de empleado público*.

Entonces, no puede ser congresista quien, en calidad de empleado público, hubiera ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección. Esto es, que para ser constitutiva de inhabilidad, la jurisdicción o la autoridad ejercida ha de ser inherente a la calidad de empleado público, es decir, que debe derivar del empleo, pues solo así se ejerce en calidad de empleado público. Por lo mismo, están inhabilitados los empleados públicos que en calidad de tales, o sea, en cumplimiento de las funciones propias de su empleo, hubieran ejercido jurisdicción o autoridad.

Entonces, tampoco está referida la causal al empleado público sin jurisdicción ni autoridad que, por razones distintas de su empleo, fuera transitoriamente investido de jurisdicción o autoridad, como ocurre, por ejemplo, con el que es designado jurado de votación, según lo establecido en el artículo 101 del Código Electoral, pues en tal caso la autoridad que ejerciera no derivaría de su empleo, no es de las funciones propias de su empleo, esto es, que no ejercería autoridad como empleado público, sino a título distinto.

Otro aspecto es el concerniente a las nociones de jurisdicción y de autoridad política, civil, administrativa o militar.

La primera no ofrece dudas: jurisdicción es la facultad de decir el derecho en los juicios, y esa es actividad propia de los jueces, aunque también el Congreso ejerce determinadas funciones jurisdiccionales y puede la ley atribuir funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas y los particulares transitoriamente pueden ejercer también la función de administrar justicia, como está dispuesto en el artículo 116 constitucional.

Tampoco parece ofrecer dificultades la determinación del concepto de autoridad militar.

En cambio, podría no resultar siempre fácil la determinación de qué cargos envuelven el ejercicio de autoridad política, civil o administrativa, asunto que ha de ser materia de examen en cada caso. Por lo pronto diremos solo que autoridad es la facultad y el derecho de conducir y de hacerse obedecer dentro de ciertos límites, y el poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada³¹.

c. La gestión de negocios y la celebración de contratos

Según lo establecido en el artículo 179, numeral 3, de la Constitución, no pueden ser congresistas quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio o de terceros, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección.

También esta inhabilidad está referida a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en que deba efectuarse la respectiva elección, y también para el caso en que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales.

Interviene en la gestión de negocios ante entidades públicas quienes toman parte, en una u otra forma, en la realización de diligencias conducentes al logro de algo de que pueda derivarse lucro o sea objeto de interés. “Basta que ante entidades públicas se adelanten o promuevan diligencias en orden a obtener un resultado, así sea en el propio interés de la misma persona que actúa ante el órgano o ente oficial, o en interés de terceros, para que se dé respecto de aquella la inhabilidad para ser elegido senador de la República o representante a la Cámara, siempre y cuando la gestión se haya realizado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”, dijo el Consejo de Estado en sentencia de 13 de

³¹ Véanse concepto de 5 de noviembre de 1991 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXV, primera parte, pág. 191; y sentencia de 1 de febrero de 2000 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente AC-7.974.

marzo de 1996³².

Así, también, interviene en la celebración de contratos ante entidades públicas quien, de una u otra forma, toma parte en esa celebración.

Es la intervención tanto en la gestión de negocios como en la celebración de contratos, lo que ha de tener lugar dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la inscripción, no el desarrollo de los negocios gestionados o la ejecución de los contratos celebrados, que bien podría ocurrir que se desarrollaran o ejecutaran dentro de ese término. Lo que constituye causa de inhabilidad es la intervención en la gestión de negocios o en la celebración de contratos dentro de los seis meses anteriores a la inscripción, no el desarrollo o la ejecución consiguientes dentro de ese término de los negocios o contratos correspondientes³³.

Y esa intervención en la gestión de negocios o en la celebración de contratos también lo es cuando se hace por interpuesta persona, y no solo cuando se hace directamente, pero la jurisprudencia y la doctrina han sido vacilantes cuando se ha tratado de establecer en qué casos tiene lugar la interposición³⁴.

Finalmente, la norma constitucional debe interpretarse restrictivamente, para entender que no incurre en el motivo de inhabilidad quien use de los bienes y servicios que las entidades públicas ofrezcan en condiciones comunes, entre otros casos.

³² *Anales del Consejo de Estado*, t. CXLVII, primera parte, pág. 303.

³³ Véase en sentido semejante, entre otras, sentencia de 27 de julio de 1995 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo; *Anales del Consejo de Estado*, t. CXLIV, segunda parte, págs. 844 y 845.

³⁴ Véanse concepto de 3 de diciembre de 1987 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, *Anales del Consejo de Estado*, t. CXIII, números 493-494 vol. I, pág. 150; sentencia de 25 de septiembre de 1989 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, *Anales del Consejo de Estado*, t. CXVII, números 501-502, vol. II, pág. 485; sentencia de 26 de agosto de 1994 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente AC-1.500; sentencia de 13 de noviembre de 1997 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *Anales del Consejo de Estado*, t. CLVII, primera parte, pág. 46, y sentencia de 28 de enero de 1999 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 2.125.

d. La representación de entidades

Dice también el artículo 179, numeral 3° de la Constitución, que no pueden ser congresistas quienes hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección, en la circunscripción en que deba efectuarse la respectiva elección, pero la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales.

Según lo establecido en el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, que fue compilado mediante el Decreto 111 de 1996, los ingresos corrientes son *tributarios* y *no tributarios*.

Los ingresos tributarios son *impuestos*, como los de renta y al valor agregado.

Los ingresos no tributarios son *tasas* y *multas*.

Y son *contribuciones parafiscales*, dice el artículo 29 del mismo Estatuto, “los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector.

Pues bien, la disposición constitucional está referida solo a tributos, esto es, impuestos, y a contribuciones parafiscales, de manera que no comprende ingresos no tributarios, como las tasas y las multas.

Tampoco está referida la prohibición a ingresos de origen contractual ni a ingresos ocasionales.

e. La pérdida de la investidura de congresista

Según lo establecido en el artículo 179, numeral 4, de la Constitución, no pueden ser congresistas quienes hayan perdido la investidura de congresista.

El entendimiento de esta causal de inhabilidad no ofrece dificultades. Se trata de la pérdida de investidura de congresista que corresponde decretar al Consejo de Estado conformidad con lo establecido en los artículos 183 y 184 de la Constitución Nacional y con arreglo al procedimiento establecido en la Ley 144 de 1994.

f. El matrimonio, la unión permanente y el parentesco con funcionarios

No pueden ser congresistas, dice el artículo 179, numeral 5, de la Constitución, quienes tengan vínculos por matrimonio o unión permanente o de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.

Esta inhabilidad está referida a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en que deba efectuarse la respectiva elección, como en anteriores causas de inhabilidad, solo que para el caso no se entiende que la circunscripción nacional coincida con las territoriales.

Las nociones de matrimonio, unión permanente y parentesco, sus clases y grados, no ofrecen dificultad, y se encuentran dadas en los artículos 35 a 50 y 113 del Código Civil, 1.0 de la Ley 54 de 1990 y 1.0 de la ley 25 de 1992, principalmente.

Son funcionarios los empleados públicos, de manera que el vínculo, para constituir motivo de inhabilidad, ha de estar referido a los servidores públicos que tengan esa calidad³⁵.

Adviértase cómo la causal del numeral 2 del artículo 179 está referida a empleados que ejerzan autoridad política, civil, administrativa o militar, en tanto que la del numeral 5 del mismo artículo, que se examina, solo a empleados que ejerzan autoridad civil o política³⁶.

Ahora bien, la disposición constitucional dice textualmente que no pueden ser congresistas quienes tengan vínculos “de parentesco *en* tercer grado de consanguinidad”.

La preposición *en* que emplea la norma indica en qué modo se realiza el hecho de tener parentesco, o sea, *en* tercer grado de consanguini-

³⁵ Véase sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 20 de marzo de 2001, expediente AC-12.157.

³⁶ Véase sentencia de 9 de junio de 1998 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 20, *Anales del Consejo de Estado*, t. CLXI, primera parte, págs. 262 y 263.

dad. Esa norma, si se la interpretara literalmente, denotaría que solo en ese grado –el tercero de consanguinidad– el parentesco sería causa de inhabilidad, y no en los grados primero y segundo. Razonablemente interpretada, sin embargo, debe concluirse que comprende también, y con mayor razón, los grados primero y segundo de consanguinidad. Habría sido lo correcto decir que no podían ser congresistas quienes tuvieran vínculos de parentesco *hasta* de tercer grado de consanguinidad, porque esa preposición indica término.

Como hubo de explicar el Consejo de Estado en sentencia de 27 de enero de 1998, ello “significaba aceptar que la inhabilidad se configura frente a los aspirantes que tienen tíos o sobrinos que desempeñan cargos con autoridad política o civil y no frente a los hermanos, padres o abuelos en la misma situación, donde la relación afectiva que es la razón de ser de la inhabilidad es más estrecha. / De allí que resulte razonable para el intérprete sostener que si se configura la inhabilidad cuando se tienen tíos o sobrinos que desempeñan cargos con autoridad política o civil, con mayor razón (argumento de menor a mayor) la inhabilidad existe en tratándose de padres e hijos, hermanos, nietos o abuelos por cuanto los lazos afectivos son mayores”. Y concluyó: “Se trataría, por tanto, más de un error de redacción que de una explícita exclusión por el constituyente de la causal de inhabilidad que se discute”³⁷.

Se trata de un caso de interpretación extensiva, perfectamente válida aun cuando, como en este caso, se trate de una norma prohibitiva.

Es que lo favorable u odioso de una disposición no ha de tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación, sino que la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, dice el artículo 31 del Código Civil

En el caso a que nos referimos las palabras expresan defectuosamente el sentido genuino de la norma constitucional, dijeron menos, de manera que es necesario ampliar el significado de esas palabras, no para exceder el sentido de la norma, sino para alcanzarlo.

³⁷ *Anales del Consejo de Estado*, t. CLX, primera parte, pág. 18.

Sin embargo, es frecuente la afirmación, como principio, de que las normas de excepción, como son las que establecen prohibiciones y penas, y también inhabilidades o incompatibilidades, son de interpretación restrictiva, pero esa afirmación, que goza de innmercido prestigio, es una afirmación inexacta.

Desde luego que las leyes de inhabilidades o incompatibilidades, como todas las leyes que establecen excepciones, no pueden ser aplicadas por analogía, pero ello es asunto bien distinto.

La regla según la cual la interpretación de normas de excepciones ha de resultar siempre restrictiva y nunca extensiva es errónea, y proviene de confundir “la interpretación extensiva (en la que el caso sí está comprendido por la voluntad de la ley, pero solo defectuosamente, según su texto) con la analogía (en la que el caso no está previsto en forma alguna)”³⁸.

g. El matrimonio, la unión permanente y el parentesco con candidatos

Según lo dispuesto en el artículo 179, numeral 6, de la Constitución, no pueden ser congresistas quienes estén vinculados entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha.

Este es otro de los casos en que la inhabilidad está referida a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en que deba efectuarse la

³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia de 27 de marzo de 1958; *Gaceta Judicial*, t. LXXXVII, núm. 2.194, págs. 507 y 508. COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*; Méjico, UTHEA, 1949, págs. 82 a 86 y 92 a 97. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón, *La Doctrina de los Vicios de Orden Público*; Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970, págs. 258 y 259. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*; Bogotá, Editorial Temis, 1954, vol. 1, págs. 172 y 173. RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho Penal*; Bogotá, Editorial Temis, 1975, t. 1, págs. 77 a 83. PEREZ, Luis Carlos, *Tratado de Derecho Penal*; Bogotá, Editorial Temis, 1967, t. 1, págs. 309 y 310. FERNANDEZ CARRASQUILLA, *op. cit.*, págs. 102 a 104.

respectiva elección, y también en este ha de entenderse que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, según la disposición constitucional.

Para que se dé la causal de inhabilidad referida es bastante que, a más del vínculo por matrimonio, unión permanente o parentesco, haya identidad solo de partido, o de movimiento, o de grupo, ente quienes se inscriban como candidatos³⁹, cualquiera sea el orden de la inscripción⁴⁰.

h. La doble nacionalidad

No pueden ser congresistas quienes tengan doble nacionalidad, exceptuando los colombianos por nacimiento, dice el artículo 179, numeral 7 constitucional.

Siendo que los senadores deben ser colombianos por nacimiento, la inhabilidad que se comenta está referida sólo a representantes, que pueden ser colombianos por adopción, todo según lo establecido en los artículos 96, 97, 98, 99, 172 y 177 de la Constitución.

Desde luego que si un senador fuera colombiano por adopción y a un tiempo nacional de otro país, su elección sería nula, pero no por la circunstancia de la doble nacionalidad sino, primeramente, por que no tiene la calidad de colombiano por nacimiento.

En cambio si un representante, colombiano por adopción, fuera a un tiempo nacional de otro país, su elección resultaría nula porque la doble nacionalidad lo inhabilita.

i. La elección para más de una corporación o un cargo público

No pueden ser congresistas quienes hayan sido elegidos en otra corporación o en un cargo público, si los períodos coinciden en el tiempo,

³⁹ Véanse en este sentido sentencias de 17 de julio 1995 y 16 de mayo de 1996 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expedientes 1305 y 1540.

⁴⁰ Véanse sentencias de 6 (2) y 30 de octubre de 1995, expedientes 1.400, 1.420 y 1.425, y de 5 de agosto de 1999, expediente 2067.

así sea parcialmente, según lo establecido en el artículo 179, numeral 8, de la Constitución.

Pero en el artículo 280, numeral 8, de la Ley 5ª de 1992, se precisó: “Salvo en los casos en que se haya presentado la renuncia al cargo o dignidad antes de la elección correspondiente”⁴¹.

Entonces, puede ser congresista quien hubiera sido elegido en otra corporación o en otro cargo público, aun cuando, objetivamente, los distintos períodos coincidan en el tiempo, si renuncia a esa otra corporación o a ese otro cargo antes de su elección como congresista.

j. Inhabilidad de los llamados a ocupar el cargo de congresista

Dice el artículo 181, inciso segundo, de la Constitución, en lo que concierne, que quien fuera llamado a ocupar el cargo de congresista quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades a partir de su posesión.

Las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas han de ser suplidas por los candidatos de la misma lista del que falte, en orden sucesivo y descendente, según lo establecido en los artículos 134 y 261 de la Constitución.

En sentencias de 25 de abril de 1994⁴², de 16 de octubre de 1996⁴³ y de 18 de diciembre del mismo año⁴⁴ dijo el Consejo de Estado que, conforme a la disposición constitucional, quien fuera llamado a ocupar el cargo quedaría sometido al mismo régimen de inhabilidades, a partir de su posesión, y que “ello es apenas obvio, porque en este evento la fuente de la investidura no es la elección sino el llamado que se hace para cubrir la vacancia”; y, de las inhabilidades establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución, que en tanto referidas a la fecha de la elección no resultaban aplicables a quienes no hubiere sido elegidos sino llamados a ocupar una vacante posteriormente.

⁴¹ Véase sentencia C-093 de 4 de marzo de 1994, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible ese artículo; *Gaceta de la Corte Constitucional* 1994, t. 3, primera parte, págs. 84 a 86.

⁴² Anales del Consejo de Estado, t. CXXXVII, primera parte, pág. 49.

⁴³ Expediente AC-3.866

⁴⁴ Expediente AC- 4.011

Este criterio fue ratificado, con acierto, en sentencia de 15 de mayo de 2001, en la que dijo el Consejo de Estado que los congresistas elegidos tanto como los que ocuparán el cargo por haber sido llamados a suplir las faltas de aquellos, se encontraban sometidos a las inhabilidades establecidas en la Constitución; que las inhabilidades de los numerales 2 y 3 del artículo 179 eran aplicables a los llamados a ocupar cargos de congresista en casos de faltas, en los términos establecidos en esas disposiciones, o sea, tomando en cuenta la fecha en que tuvieron lugar las elecciones; y que la posesión de los llamados solo marcaba el momento a partir del cual podía el juez pronunciarse sobre la existencia de las inhabilidades.

Y que, entonces, se encontraba inhabilitado el congresista llamado a ocupar la vacancia del elegido, que hubiera ejercido, como empleado público, jurisdicción o autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la fecha en que se realizó la elección (numeral 2), y el que hubiera intervenido en gestión de negocios o en la celebración de contratos ante entidades públicas, o hubiera sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que se realizó la elección (numeral 3)⁴⁵.

2. VIOLACION DEL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Son incompatibilidades, ya se dijo, todo impedimento, prohibición o tacha para ejercer una actividad determinada cuando se ocupa un cargo o por razón de haberlo ocupado.

Y según el artículo 281 de Ley 5ª de 1.992 son incompatibilidades de los congresistas todos los actos que no pueden realizar o ejecutar durante el período de ejercicio de la función.

Esas incompatibilidades fueron establecidas en el artículo 180 de la Constitución, que repitió el artículo 282 de la Ley 5ª de 1992.

a. Desempeño de cargos o empleos

Los congresistas no pueden, dice el artículo 180, numeral 1, de la Constitución, desempeñar cargo o empleo público o privado.

Entendida la expresión en su sentido natural y obvio, *desempeñar* un cargo o empleo es cumplir las funciones inherentes al mismo, ejercer-

⁴⁵ Expediente AC-12.300.

las, y no solo estar en capacidad de hacerlo, pero en sentencia de 1 de diciembre de 1993 se dijo que “desempeñar un cargo significa hallarse una persona en capacidad legal de asumir, cumplir y realizar las tareas que son inherentes al cargo mismo”⁴⁶.

Posteriormente, mediante el artículo 18 de la Ley 144 de 1994, se dijo que para el efecto el congresista debía estar realizando, simultáneamente con sus funciones de tal, funciones inherentes a las de otro cargo o empleo público o privado.

Ejercen cargo o empleo público los empleados públicos, vinculados a entidades públicas mediante una relación laboral legal y reglamentaria, que quedan así sometidos a un régimen previamente establecido en la ley; y los trabajadores oficiales, vinculados a las mismas entidades por una relación contractual laboral.

De manera semejante, ejercen cargo o empleo privado quienes se encuentran vinculados a particulares mediante un contrato de trabajo.

Una misma es la prohibición: Se trata de vínculo laboral con entidades públicas o con particulares.

Pero ha sido otra la opinión del Consejo de Estado, y es así que en sentencia de 7 de septiembre de 1994 dijo que “a los congresistas les está vedada la realización de tareas o funciones distintas a las propias de la calidad de congresista, remuneradas o no, con dependencia laboral o sin ella, dentro de la jornada laboral de las cámaras o en su tiempo libre”⁴⁷, opinión que ha repetido en sentencias de 18 de julio⁴⁸ y 28 de noviembre de 2000⁴⁹.

b. Gestión de asuntos, apoderamiento y celebración de contratos

Según lo dispuesto en el artículo 180, numeral 2, de la Constitución, los congresistas no pueden gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante personas que administren tributos; ni

⁴⁶ *Anales del Consejo de Estado*, CXXXIV. primera parte, págs. 236 y 237

⁴⁷ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXXVIII, primera parte, pág. 107.

⁴⁸ Expediente AC-10.203.

⁴⁹ Expediente AC-12.158.

ser apoderados ante las mismas; ni celebrar contratos con estas, por sí o por interpuesta persona.

Gestionar –entendido el vocablo en su sentido natural y obvio– es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, y ello está prohibido a los congresistas, sea que lo hagan en nombre propio o ajeno, ante entidades públicas o ante personas que administren tributos.

Tampoco pueden los congresistas celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, con entidades públicas o con quienes administren tributos.

Finalmente, también prohíbe la Constitución a los congresistas ser apoderados ante entidades públicas y personas que administren tributos.

c. Ser miembro de juntas de entidades oficiales

El artículo 180, numeral 3, prohíbe a los congresistas ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.

Antes de su reforma por el artículo 2º del acto legislativo 3 de 1993, el artículo 180, numeral 3, establecía que los congresistas no podían ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel o de instituciones que administren tributos.

La reforma estuvo, pues, en adicionarla con el adjetivo “oficial”, referido a entidades descentralizadas.

El entendimiento de esta disposición suscita algunas reflexiones.

La primera, que si el numeral 1 del artículo 180 de la Constitución prohíbe a los congresistas –como ha entendido el Consejo de Estado– la realización de tareas o funciones distintas de las que le son propias, sean remuneradas o no, con dependencia laboral o sin ella, dentro de la jornada laboral o fuera de ella, sería superflua la prohibición del numeral 3, desde que, sin dudas, el desempeño de las tareas o funcio-

nes que deben cumplir los miembros de las juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas o de instituciones que administren tributos, son distintas de las propias del cargo de congresista, lo que sugiere, como se dijo antes, que el cargo o empleo de la prohibición del numeral 1 es sólo el que resulta de la relación laboral.

La segunda, que siendo que la prohibición está referida solo a juntas o consejos directivos de entidades oficiales descentralizadas o de instituciones que administren tributos, pueden los congresistas ser miembros de juntas o consejos directivos de cualesquiera otras entidades, como dijo el Consejo de Estado en sentencia de 22 de marzo de 1994⁵⁰, que no están comprendidas en la prohibición.

d. Otro caso de celebración de contratos o realizaciones de gestiones

Según lo establecido en el artículo 180, numeral 4, de la Constitución, los congresistas no pueden celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos, o sean contratistas del Estado, o reciban donaciones de este.

Gestionar, ya se dijo, es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera.

La prohibición de celebrar contratos comprende también aquella que se oculta por una persona interpuesta.

e. Contribuciones a partidos, movimientos o candidatos

El artículo 110 de la Constitución tiene establecida una prohibición genérica, referida a todos aquellos que desempeñen funciones públicas: hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, salvo las excepciones establecidas en la ley.

⁵⁰ *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXXVI, primera parte, pág. 185.

Son sujetos pasivos de la prohibición, según sus términos, quienes ejerzan funciones públicas, y entre estos los miembros del Congreso, que son servidores públicos, según lo establecido en el artículo 123 de la Constitución⁵¹.

f. Excepción a las incompatibilidades

Las excepciones al régimen de incompatibilidades establecido en la Constitución, vienen señaladas en la misma Constitución o en la ley. Desde luego que la ley solo puede establecer excepciones a las prohibiciones constitucionales en los casos en que la Constitución lo autoriza.

Pues bien, el párrafo primero del artículo 180 de la Constitución tiene establecida una excepción referida, en términos generales, al régimen de incompatibilidades: el ejercicio de la cátedra universitaria.

La prohibición de desempeñar cargo o empleo público o privado, establecida en el numeral 1 del mismo artículo no tiene señalada ninguna excepción especial, ni autoriza esa disposición que establezcan por la ley.

Según el numeral 2 del artículo 180 de la Constitución, los congresistas no pueden gestionar asuntos ante las entidades públicas o ante personas que administren tributos, ni ser apoderados ante las mismas, ni celebrar contratos con éstas. La norma constitucional no establece excepción especial alguna, pero dispuso su establecimiento por la ley.

Según el numeral 3 del artículo 180 los congresistas no pueden ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades oficiales o descentralizadas o de instituciones que administren tributos. La norma constitucional no establece ninguna excepción especial ni autoriza su establecimiento por la ley.

Y según el numeral 4 del artículo 180 los congresistas no pueden celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídi-

⁵¹ Véase, entre otras, sentencia de 24 de agosto de 1994 del Consejo de Estado; *Anales del Consejo de Estado*, t. CXXXVIII, primera parte, pág. 81. En igual sentido véase sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 de la Corte Constitucional; *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1996, edición extraordinaria, pág. 80.

cas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este, pero exceptúe la adquisición de bienes y servicios que se ofrezcan a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

De lo anterior resulta que solo puede la ley establecer excepciones a la prohibición del numeral 2, esto es, gestionar asuntos ante las entidades públicas o ante personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas y celebrar contratos con éstas⁵².

En el artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 se establecieron excepciones a las incompatibilidades, así:

La primera, ejercer la cátedra universitaria (numeral 1), es la excepción común establecida en el párrafo primero del artículo 180 de la Constitución.

Las demás excepciones establecidas en el artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 –que, según lo expuesto, están referidas a la incompatibilidad del numeral 2 del artículo 180– son las siguientes:

- Cumplir las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley y en igualdad de condiciones, tengan interés el congresista, o su cónyuge, o su compañero o compañera permanente, o sus padres, o sus hijos (numeral 2).
- Formular reclamos por el cobro de impuestos o contribuciones parafiscales, contribuciones, valorizaciones, tasas o multas que graven a las mismas personas (numeral 3).
- Usar los bienes y servicios que el Estado ofrezca en condiciones comunes a los que los soliciten (numeral 4).
- Dirigir peticiones a los funcionarios de la rama ejecutiva para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales (numeral 5).
- Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales (numeral

⁵ En este sentido sentencia C-497 de 3 de noviembre de 1994 de la Corte Constitucional; *Gaceta de la Corte Constitucional*, 1994, t. 11, págs. 138 y 139.

6). La Corte Constitucional mediante la sentencia C-497 de 3 de noviembre de 1994 declaró exequible esta disposición, “en el entendido de que las acciones, gestiones y convenios en ellos autorizados están circunscritos exclusivamente a la satisfacción de necesidades de interés general”⁵³.

- Ejercer las facultades derivadas de las leyes que los autoricen a actuar en materias presupuestarias inherentes al presupuesto público (numeral 7). Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-497 de 3 de noviembre de 1994, bajo la Consideración de que establecía la posibilidad de que los congresistas a título individual actuaran en materias presupuestarias siendo que, conforme a las disposiciones constitucionales, su función “no es otra que la de participar en el trámite de estudio y aprobación de las leyes orgánica y anual del presupuesto”⁵⁴.
- Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo ante los organismos del Estado la obtención de ayudas de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad (numeral 8). También esta disposición fue declarada exequible “en el entendido de que las acciones, gestiones y convenios en ellos autorizados están circunscritos exclusivamente a la satisfacción de necesidades de interés general”⁵⁶.

Otras conductas, que en el artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 se señalan como excepciones, son las siguientes:

- Participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hubieran obtenido personalidad jurídica (numeral 9).
- Siendo profesional de la salud, prestar ese servicio, cuando se cumpla en forma gratuita (numeral 10).
- Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas (numeral 11).

⁵³ *Loc. cit.*, págs. 139, 140 y 143.

⁵⁴ *Loc. cit.*, págs. 140 a 143.

⁵⁵ *Loc. cit.*, págs. 139, 140 y 143.

- Pertenecer a organizaciones cívicas y comunitarias (numeral 12).

No son excepciones porque no están referidas a conductas que, de otra manera, constituirían incompatibilidades.

3. VIOLACION DEL REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES

En el artículo 182 de la Constitución fue dispuesto que los congresistas debían poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que les impidieran participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, y que la ley determinaría lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

Ese régimen fue instituido en el capítulo undécimo, *Del estatuto del congresista*, sección 4., *Conflicto de intereses*, de la Ley 5ª de 1992.

Así, en el artículo 286 se dispuso que todo congresista “cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”.

Y en los artículos 291 y 292 se estableció que todo senador o representante debía solicitar “ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de intereses” o en cuanto haya “advertido el impedimento”, por situaciones de carácter moral económico, mediante escrito dirigido al presidente de la cámara legislativa o comisión de que se trate; en igual sentido el artículo 268, numeral 6, de la misma ley.

Entonces, el conflicto de intereses surge cuando el congresista tenga interés directo en la decisión de que se trate, porque que le afecte de alguna manera, o afecte a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a sus parientes, o a sus socios, y así lo advierta, y debe entonces declarar su impedimento.

Ese interés, con tales características, ha de ser particular, pues si se tratara del interés general, común a todos, resultaría que los congresistas, todos ellos, en todos los casos, se encontrarían en situación de conflicto.

La situación de conflicto, entonces, resulta en cada caso (i) del asunto o materia de que se trate, (ii) de las particulares circunstancias del congresista o su cónyuge o compañero o compañera, o sus parientes, o sus socios, y (iii) de su conducta.

El interés es el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista o los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto. Así, no se encuentra en situación de conflicto de intereses el congresista que apoye o patrocine el proyecto que de alguna manera redundaría en su perjuicio o haría más gravosa su situación o la de los suyos, o se oponga al proyecto que de algún modo les fuera provechoso. En ese sentido restringido ha de entenderse el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, pues nadie tendría interés en su propio perjuicio, y de lo que se trata es de preservar la rectitud de la conducta de los congresistas.

Pero es bastante la participación del congresista en el asunto, aunque en definitiva resultara ineficaz a los efectos de la decisión que llegara a adoptarse, independientemente del sentido de la misma⁵⁶.

Un caso especial de conflicto de intereses es el señalado en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994, según el cual los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deben comunicarlo por escrito a la mesa directiva, para que esta decida si deben abstenerse de participar en el trámite y la votación de dichos actos.

⁵⁶ En este sentido sentencia de 17 de octubre de 2000 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; expedientes AC-11.106 y otros (acumulados).

4. LA INASISTENCIA A SESIONES

Según lo establecido en el artículo 183, numeral 2 y parágrafo, de la Constitución, es motivo de pérdida de investidura no asistir en un mismo período de sesiones a por lo menos seis plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo o de ley o mociones de censura, salvo fuerza mayor.

5. NO TOMAR POSESION DEL CARGO

Los congresistas, salvo fuerza mayor, perderán su investidura por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras o a la fecha en que fueran llamados a posesionarse, conforme a lo establecido en el artículo 183, numeral 3 y parágrafo, de la Constitución.

6. INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS

Dice el artículo 183, numeral 4, de la Constitución, que los congresistas perderán su investidura por indebida destinación de dineros públicos.

Los dineros públicos se destinan indebidamente cuando el servidor público los apropia en su provecho o en el de terceros, o los compromete, invierte o utiliza en cantidad superior o en forma distinta de la señalada en el presupuesto.

El Consejo de Estado en sentencia de 30 de mayo de 2000 –creo que con muchísima amplitud– dijo que incurre en indebida destinación de dineros públicos el congresista que, en su condición de tal, destina “dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materia as expresamente prohibidas, no necesarias o justificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas.”⁵⁷

⁵⁷ Expediente AC-9-877.

7. TRAFICO DE INFLUENCIAS

Según lo dispuesto en el artículo 183, numeral 5, de la Constitución, los congresistas perderán su investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado.

En el artículo 296, numeral 5, de la Ley 5ª de 1992 se reiteró esa disposición pero, en el párrafo segundo, se estableció que la referida causal de pérdida de investidura requería de previa sentencia penal condenatoria, y en el artículo 5º de la Ley 144 de 1994 que a la solicitud de pérdida de investidura debía acompañarse copia auténtica de la sentencia condenatoria, con las constancias de que se encontraba vigente y no extinguida judicialmente.

Pero la Corte Constitucional, mediante sentencia C-319 de 14 de julio de 1994, declaró que eran inconstitucionales el párrafo segundo del artículo 296 y el artículo 297 de la Ley 5ª de 1992, considerando, entre otras razones, que la responsabilidad exigible al congresista que hubiera incurrido en faltas erigidas en causales de pérdida de investidura “es perfectamente diferenciable y separable de la penal que la misma pudiere también originar, por haber incurrido en un delito, independiente de la acción penal” y que se trata de “dos tipos de responsabilidad separables y autónomos”⁵⁸.

Así las cosas, el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de julio de 1996, con el fin de establecer los elementos que *podrían* –así dice la sentencia– configurar el tráfico de influencias para efectos de la pérdida de la investidura, tomó como *referencia* –así también dice– el artículo 147 del Código Penal que entonces regía, y señaló cuales *serían* –dice así también– esos elementos, a saber: (i) ha de tratarse de un congresista, (ii) que invoque esa calidad o condición, (iii) que reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, (iv) con el fin de obtener beneficio de un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer⁵⁹.

⁵⁸ *Loc. cit.*, págs. 133 a 135.

⁵⁹ Expediente AC-3.640.

Esto es, reprodujo, sin más, la disposición del artículo 147 del Código Penal y le dio aplicación⁶⁰. Y así ha seguido haciéndolo en muchas otras sentencias, y entre estas en las de 27 de abril de 1999⁶¹ y de 3 de octubre de 2000, en la que se dijo, expresamente, que debía acudirse a la regulación penal⁶².

Pero en ausencia de su desarrollo legal, los elementos que constituyen la falta han de buscarse solo en la disposición constitucional, tomando sus palabras en su sentido natural y obvio, de donde tráfico de influencias es la acción de negociar un congresista con su poder, valimiento o autoridad⁶³.

Finalmente, según el artículo 183, numeral 5, de la Constitución, el tráfico de influencias ha de estar “debidamente comprobado”, expresión que nada añade. Las faltas –todas las *faltas*– que dan lugar a la

⁶⁰ El artículo 147 del Código Penal, según fue modificado por el artículo 25 de la Ley 190 de 1995, dice así: “ARTICULO 147. *Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público.* El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para él o para un tercero dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer [...]”. La norma del Código Penal que hoy rige, dice así: “ARTICULO 41. *Tráfico de influencias de servidor público.* El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer [...]”.

⁶¹ Expediente AC-7.084.

⁶² Expedientes AC-10.529 y AC-10.968 (acumulados).

⁶³ Criterio semejante fue expresado por el Consejero de Estado Libardo Rodríguez Rodríguez en aclaración de voto a la sentencia de 30 de julio de 1996; en esto rectificó mi criterio anterior, contenido en aclaración de voto a la misma sentencia, entre otras, así: “Los artículos 183, numeral 5, de la Constitución y 296, numeral 5, de la Ley 5ª de 1992 señalan como motivo de pérdida de investidura de congresista el *tráfico de influencia*. Pero se limitan, simplemente, a nombrar esa conducta punible, sin enunciarla de manera clara e inequívoca. / No se trata, ya se dijo, del delito de tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo *descrito en el artículo 147 del Código Penal*, o de tráfico de influencias para obtener favor de servidor público, *según fue modificada esa disposición por el artículo 25 de la Ley 190 de 1995*. / Por lo mismo creo que tales disposiciones han de ser materia de desarrollo legal, para establecer de manera clara e inequívoca los elementos que constituyen esa conducta punible, que hoy solo está nombrada, y que mientras no se haga resultan inanes”. Expediente AC-3.640.

pérdida de investidura o a cualesquiera otras sanciones, han de estar debidamente comprobadas⁶⁴.

V. EL PROCESO DE PERDIDA DE INVESTITURA

Según lo dispuesto en el artículo 184 de la Constitución, la pérdida de investidura será decretada por el Consejo de Estado en un término mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud, de acuerdo con la ley.

Así, dentro de ese estrecho término, mediante la Ley 144 de 1994 se estableció el procedimiento correspondiente.

1. LA SOLICITUD DE PERDIDA DE INVESTITURA

La solicitud de pérdida de investidura o acusación, cuando sea presentada por un ciudadano, debe contener por lo menos, según lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 144 de 1994, los siguientes requisitos:

1. Los nombres y apellidos, identificación y domicilio de quien la formula;
2. El nombre del congresista y su acreditación expedida por la organización electoral;
3. La invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y, especialmente, la debida explicación de esa causal, es decir, el señalamiento concreto de los hechos de que resulta y el concepto en que constituyen la causal de pérdida de investidura invocada;
4. La petición de práctica de pruebas, si fuera el caso, y
5. Dirección del lugar en donde el solicitante recibirá las notificaciones a que haya lugar.

⁶⁴ La idea de que cada palabra de la ley deba ser interpretada en el sentido de que siempre «añada algo», constituye uno de los tantos mitos que se suelen repetir sin demostrar sus fundamentos. Es razonable que los términos empleados por el legislador sean revisados en procura de un especial sentido, pero cuando, agotado el esfuerzo interpretativo, aparece que no lo tienen, o que se trata solo de un pleonismo o de un defecto de sintaxis, no cabe sino pasar por alto la redacción equívoca, buscando aquel balance que mejor refleje en una consideración teleológica del concepto su determinada índole como parte de un sistema coherente". POLITOFF, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, citado por FERNANDEZ CARRASQUILLA, *op. cit.*, pág. 105.

La solicitud debe ser presentada personalmente por su signatario en la Secretaría General del Consejo de Estado, pero el solicitante que se encuentre en lugar distinto puede remitirla, previa presentación personal ante juez o notario, caso en el cual se considerará presentada cuando se reciba en la Secretaría General del Consejo de Estado.

Especial consideración merece el señalamiento de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y su debida explicación. Es esa la acusación propiamente tal y, como ocurre en todo proceso punitivo, “debe formularse en términos unívocos y precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le pondrá fin⁶⁵. A este asunto haremos referencia posteriormente.

La solicitud no podrá admitirse en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a causales sobre las cuales se hubiera ya pronunciado el Consejo de Estado, dice el artículo 15 de la ley.

La solicitud de pérdida de investidura puede presentarse también, ya se dijo, por la mesa directiva de la cámara a que pertenezca el congresista acusado, dice el artículo 3° de la Ley 144 de 1994. No se señalaron en este caso requisitos especiales, pero como se trata de una acusación parece obvio que debe indicarse, al menos, la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y señalarse con toda precisión el hecho que se atribuye, “junto con toda la documentación correspondiente”, como se lee en ese artículo, que entendemos sean la acreditación de la calidad de congresista, por lo menos, y, como ocurre en todos los casos, “los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en su poder”, como dice el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo.

Lo propio ha de decirse de la solicitud de pérdida de investidura presentada por el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados o agentes.

⁶⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, págs. 606 y 607.

Finalmente, la Ley 144 de 1994 regula, en el artículo 14, la acumulación de acusaciones presentadas por varios ciudadanos. En tal caso, dice ese artículo, las acusaciones se acumularán a la admitida primero, siempre que no se haya decretado la práctica de pruebas.

2. EL TRAMITE

El proceso a que da lugar debe tramitarse en un término no mayor de 20 días hábiles, ya se dijo, o sea que no han de tomarse en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permaneciera cerrado el despacho judicial, en conformidad con lo establecido en el artículo 121, inciso primero, del Código de Procedimiento Civil.

Recibida la solicitud, dice el artículo 7° de la Ley 144 de 1994, será repartida por el Presidente del Consejo de Estado el día hábil siguiente al de su recibo y designará el magistrado que conducirá el proceso, quien procederá a admitirla o no, según el caso, dentro de los dos días hábiles siguientes a su reparto; en el mismo término se notificará al congresista la decisión respectiva.

El magistrado sustanciador devolverá la solicitud cuando no cumpla con los requisitos o no se alleguen los anexos exigidos, y ordenará se complete o aclare dentro de los 10 días siguientes a su notificación los requisitos o documentos exigidos.

No lo dice expresamente esa disposición, pero si transcurrido esos 10 días el solicitante no corrige su solicitud en la forma ordenada, debe rechazarse, como está dispuesto para la generalidad de los casos por el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo.

Además, eso sí dice el artículo 7°, el incumplimiento de la orden dará lugar a las sanciones pertinentes. No indica cuáles sean esas sanciones, que por ello debe entenderse que se trata de la señalada en el artículo 39, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, según el cual puede el juez sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a quienes sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones.

Admitida la solicitud, dice el artículo 82 de la Ley 144 de 1994, en la misma providencia se ordenará la notificación personal al congresista, con lo cual se dará iniciación al proceso; también se notificará al agente del ministerio público, a fin de que intervenga en el proceso. Esas notificaciones se surtirán al día siguiente al de la expedición del auto que las ordene.

Dentro de los tres días siguientes contados a partir de la fecha de la notificación, podrá el congresista referirse por escrito a lo expuesto en la solicitud de pérdida de investidura, aportar pruebas o pedir su práctica, según lo dispuesto en el artículo 9º de la misma ley.

Al día siguiente hábil, dice el artículo 10, el magistrado sustanciador decretará las pruebas a que hubiera lugar y señalará un término de hasta tres días hábiles para su práctica, y en la misma providencia indicará fecha y hora para la audiencia pública, que debe cumplirse dentro de los dos días siguientes.

Pero, además, nada impide al magistrado decretar las pruebas de oficio que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad, conjuntamente con las pedidas por las partes y que deben practicarse en la misma oportunidad.

Según lo dispuesto en el artículo 11, en la audiencia las partes podrán intervenir por una sola vez, en el siguiente orden: el solicitante o su apoderado, el agente del ministerio público y el congresista y su apoderado, cada uno por el tiempo que señale el magistrado que presida la audiencia, quienes podrán presentar al final de su intervención un resumen escrito.

Realizada la audiencia, el magistrado sustanciador deberá registrar proyecto de sentencia dentro de los dos días hábiles siguientes y citar al Consejo de Estado, dice el artículo 12, para estudiar y discutir el proyecto.

Y según el artículo 13, ejecutoriada la sentencia se comunicará a la mesa directiva de la cámara correspondiente, al Consejo Nacional

Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo, y además, si el Consejo de Estado advirtiera la posible comisión de hechos punibles por el congresista o temeridad o mala fe en la acusación, en la sentencia se ordenará la expedición de compulsas de la actuación a las autoridades competentes para las investigaciones y sanciones correspondientes.

3. LA ACUSACION Y LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

La acusación, ya se dijo, debe formularse en términos precisos, idóneos para denotar exactamente el hecho atribuido y para circunscribir el objeto del juicio y de la sentencia que le ponga fin.

La sentencia debe ser congruente con la acusación, es decir, que el acusado solo podría ser condenado por los hechos que le fueron precisamente imputados o, también, absuelto solo de esos mismos hechos.

El principio de la congruencia es “principio normativo que exige identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes [...] y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por este contra tales imputaciones; en todos los procesos, también, entre la sentencia y lo ordenado por la ley que sea resuelto de oficio por el juzgador”, principio de extraordinaria importancia, pues se liga íntimamente al derecho constitucional de defensa, que exige que el demandado o acusado “en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones, se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso”⁶⁶.

Es que, según el artículo 29 de la Constitución, el respeto a los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso exige que el demandado o acusado conozca *el acto que se le impute* y que se observe *la plenitud* de las formas propias de cada juicio.

⁶⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, t. 1, *Teoría General del Proceso*; Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 13ª ed., 1993, pág. 57.

Así, según lo establecido en el artículo 42 de la Ley 144 de 1994, la solicitud de pérdida de investidura, o sea la *acusación* –que eso es, y así también la denomina la ley–, dirigida contra un congresista, debe contener la invocación de la causal correspondiente y su *debida explicación*, que es el señalamiento concreto de los hechos de que resulta y el concepto en que esos hechos constituyen la causal de pérdida de investidura invocada.

Y según el artículo 9º de la misma ley el congresista acusado dispone de tres días contados a partir de la notificación del auto admisorio para referirse por escrito a *lo expuesto en la solicitud o acusación* y pedir o aportar las pruebas que estime conducentes.

La sentencia que finalmente se dicte, entonces, debe ser congruente con la acusación, que delimita la materia sobre la que ha de hacerse el juzgamiento, esto es, que el acusado solo podría ser condenado en tanto autor responsable de los hechos que le fueron precisamente imputados o, también, absuelto solo de esos mismos hechos. No puede el Consejo de Estado en el curso del juicio mudar los hechos en que se basa la acusación, que, en lo que corresponde, es intangible.

En ello va envuelto el derecho de defensa del imputado, que no puede ser sorprendido con decisiones extrañas a los hechos de que se le acuse.

El presupuesto epistemológico de la defensa, y de toda la prueba, “es la taxatividad y materialidad del tipo penal: las hipótesis acusatorias deben consistir en aserciones empíricas que afinen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley, puesto que las aserciones de significado indeterminado, y menos aún los juicios de valor (Ticio ha cometido malos tratos», «actos obscenos», «subversivos», o bien «es peligroso», y similares) no son verificables ni refutables y no permiten refutaciones sino todo lo más invocaciones de clemencia”⁶⁷.

Ello ocurre también en el proceso penal, desde luego, y es así que según lo establecido en el artículo 398, numeral 1, del Código de Proce-

⁶⁷ Ibíd., pág. 613.

dimiento Penal, la resolución de *acusación* debe contener la narración sucinta de la conducta investigada, con todas las circunstancias de modo tiempo y lugar que la especifiquen.

También en el proceso penal la acusación señala los límites dentro de los cuales ha de desenvolverse el juicio y delimita, por lo mismo, las potestades del juez, de manera que el acusado solo puede ser condenado por los hechos de que se le acusa o absuelto solo de esos hechos.

Por ello, conforme el artículo 207, numeral 2, del mismo código, es motivo de casación no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Pero, además, la conducta debe determinarse con toda precisión, que solo así es posible hacer congruentes la sentencia y la acusación, y solo así se permite al imputado el cabal ejercicio de su derecho a la defensa.

Es así que según el artículo 306, numeral 3, del Código de Procedimiento Penal, el proceso es nulo cuando se viola el derecho a la defensa, y ello ocurre, entre otros eventos, “si en la pieza acusatoria falta la motivación sobre el hecho constitutivo del gravamen o la degradación, o la misma es ambigua o contradictoria, o el funcionario imagina soportes empíricos o racionales que no existen o que lógicamente no pueden inferirse dentro del proceso (absurdo), pues en tal caso la sentencia no puede dictarse porque carecería del apoyo acusatorio necesario para su congruencia”, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, entre otras muchas en sentencia de 4 de febrero de 1999.⁶⁸

En los procesos disciplinarios ocurre también que, según lo dispuesto, especialmente, en los artículos 92, numerales 3 y 5, y 152, del Código Disciplinario Unico, el auto de cargos, o sea la *acusación*, debe contener la indicación de la conducta que podría ser constitutiva de la falta que se imputa, para que el disciplinado presente descargos, de manera que solo podría ser sancionado por los hechos de que se le acusa y que constituyen los cargos que se le oponen, o absuelto de esos mismos cargos.

⁶⁸ Casación 10.918.

Y es motivo de nulidad del proceso disciplinario, entre otros, la ambigüedad de los cargos, según el artículo 131, numeral 3, del mismo Código.

El proceso de pérdida de investidura es un proceso disciplinario de carácter judicial, pero no existen en este, como sí existen en el proceso penal y en el proceso disciplinario, investigaciones previas e instrucción o indagación preliminar e investigación disciplinaria, que pueden concluir con la acusación, mediante resolución de acusación o auto de cargos, (artículos 311 a 399 del Código de Procedimiento Penal y 135 a 151 del Código Disciplinario Unico), para dar paso al juicio, sino que se inicia directamente con el juicio del congresista acusado por la mesa directiva de la cámara legislativa correspondiente, por cualquier ciudadano o por el Procurador General de la Nación o sus delegados, cuando soliciten se decrete la pérdida de su investidura.

En otros términos, la resolución de acusación y el auto de cargos en los procesos penales y disciplinarios son lo que la solicitud de pérdida de investidura en esta clase de procesos: la acusación.

Tanto la resolución de acusación como el auto de cargos y la solicitud de pérdida de investidura deben ser la imputación concreta, precisa, determinada y sin vaguedades de una conducta ilícita, pues la indefinición y la ambigüedad de la acusación impiden la aplicación del derecho y hacen imposible la defensa.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado, en sentencia de 23 de abril de 2001, después de señalar cuál había sido lo acusación, concluyó: “Queda así delimitado el objeto del presente proceso”⁶⁹.

Pero antes, en sentencia de 5 de febrero de 2.001, comenzó por sentar que la opinión según la cual “no es permitido al Consejo de Estado pronunciarse sobre hechos no aducidos por el demandante, que el demandado no conoció”, “fue derrotada”, y que la sentencia bien podía fundarse en hechos no planteados en la demanda, con tal que hubiesen

⁶⁹ Expediente AC-12-591.

resultado probados, porque, en su sentir, el derecho de defensa “no puede extremarse a desconocer las pruebas válidamente recaudadas”⁷⁰.

4. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Las sentencias, dice el artículo 15 de la ley, producen efectos de cosa juzgada. Ello, desde luego, cuando se trate de sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto, no la que contenga decisión inhibitoria, según lo establecido en el artículo 333, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil.

Decretada la pérdida de la investidura, entonces, queda el congresista privado de esa calidad, pero además inhabilitado en forma vitalicia para ser congresista, en términos del artículo 179, numeral 4, de la Constitución, ya mencionado.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Concluido el examen que hemos hecho de la institución de pérdida de investidura de congresistas, me parece claro que debe ser reformada, entre otros, en los siguientes aspectos:

1. El primero, las causales que dan lugar a la pérdida de investidura. Estas causales, si se quiere, podrían ampliarse y hacerse más severas, pero, en todo caso, deben ser más precisas y determinadas, de manera que la conducta de que derivan sea descrita con más detalle y no que, en cada caso, el magistrado deba desentrañar del a veces amplio y vago texto constitucional cuáles sean los elementos que la componen, con el indudable riesgo que ello supone.

Creo que solo así se cumple cabalmente el principio que recoge el artículo 29 constitucional según el cual nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.
2. Todos los regímenes sancionatorios del mundo civilizado tienen establecidas penas graves a faltas graves y penas leves a faltas leves. No conozco excepciones. Salvo la pérdida de la investidura, san-

⁷⁰ Expedientes AC-10.528 y 10.967 (acumulados).

ción que se impone, por igual, a faltas de todo orden, graves y leves, y en ello advierto una injusticia grave.

3. La pérdida de investidura de congresista ha de decidirse en 20 días, término impropio e insuficiente. De hecho, en ningún caso se ha decidido un proceso de esta clase en 20 días.

Ello indica que las posibilidades de defensa resultan precarias, pero también que muchos casos que ameritan la sanción, podrían quedar impunes, por razón de ese proceso apresurado.

Tal como está establecida, entonces, la pérdida de investidura es contraria a tres principios fundamentales: (i) el que reclama que todo juicio se haga conforme a ley preexistente; (ii) el de la proporcionalidad de la sanción, y (iii) el del debido proceso y el derecho de defensa.

Termino con estas reflexiones, que hago con frecuencia:

“Los individuos en quienes está depositada esta gran confianza de los pueblos –decía don Andrés Bello, refiriéndose a los jueces–, no pueden en su desempeño separarse de las leyes; y por muy poderosas que sean las razones privadas que les asistan para apartarse de su tenor o declinar un tanto de él, todas deben callar [...] Puede muchas veces parecer al juez una ley injusta, puede creerla temeraria, puede encontrar su opinión apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, y puede ser que no se equivoque en su concepto; pero, con todo, ni puede obrar contra esa ley, ni puede desentenderse de ella, porque si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados”.⁷¹

Es el expreso mandato del artículo 230 de la Constitución, según el cual los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

Sin embargo, no es ese siempre el proceder de los jueces. Hoy, que se entiende el derecho de tantas y tan extrañas y extravagantes maneras,

⁷¹ BELLO, Andrés, *Observancia de las leyes*, en *Obras Completas de Andrés Bello* Caracas, La Casa de Bello, 1982, t. XVIII, pág. 57.

los jueces –que compiten con el legislador y con el gobernante y usurpan sin miramientos la competencia de otros jueces– sienten que su oficio se prestigia cuando desatienden la ley, para disponer a su arbitrio, y todo ello en nombre de un pretendido *derecho nuevo*, que consultaría valores superiores, más altos y puros que el sometimiento a la ley. Valores de los que, en definitiva, solo es seguro decir que son las particulares opiniones de los magistrados.

Y en ello nada hay de nuevo.

En su discurso a los cabreros evocaba don Quijote la dichosa edad y los siglos dichosos a que los antiguos pusieron nombre de dorados, en que todo era paz, todo amistad, todo concordia; la justicia se estaba en sus propios términos, decía, y la *ley del encaje* aún no se había asentado en el entendimiento del juez⁷². En otra oportunidad, cuando se aprestaba Sancho a irse de gobernador a la ínsula de Barataria, le aconsejó, primero, temer a Dios, “porque en el temerle está la sabiduría”, y le advirtió luego: “Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida en los ignorantes que presumen de agudos⁷³”.

Esta ley del encaje, como han advertido los comentaristas, es “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha *encaxado* en la *cabeça*, sin tener atención a lo que las leyes disponen”.⁷⁴

El asunto, pues, no es nuevo.

Y es eso lo que he visto muchas veces, la ley del encaje, vía fácil para resolver las cosas, y siempre arbitraria, en lugar del estudio atento de la ley, muchas veces difícil.

Solo ruego a los jueces la aplicación de la ley en la solución de los asuntos a su cargo, y su interpretación prudente.

Santa Marta, agosto de 2001.

⁷² I, cap. XI.

⁷³ II cap. XLII.

⁷⁴ COVARRUVIAS, *Tesoro*, citado por RODRIGUEZ MARIN, Francisco, en sus notas al *Quijote*; Madrid, Espasa-Calpe, t. 1, 6. ed., 1952, pág. 252.

Derecho es básicamente un acto de voluntad y de representación democrática. En el segundo, se considera como un acto de la razón.

Hegel, en 1820, en su obra sobre la Filosofía del Derecho, al referirse a la administración de justicia, y en ella al precedente en Inglaterra, destacaba lo siguiente:

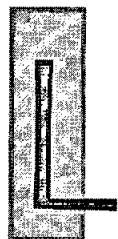
“(…) El Derecho nacional de Inglaterra o derecho común está manifiestamente contenido en estatutos (leyes formales), y en una llamada ley no escrita; esta ley no escrita está, por lo demás, escrita y su conocimiento puede y debe adquirirse únicamente con la lectura (de los muchos volúmenes en cuarto que llena). Empero, qué enorme confusión se encuentra también allí en la administración de la justicia, así como en la materia, como cuentan los conocedores de la misma. En especial destacan la circunstancia de que, porque esta ley no escrita está contenida en las decisiones de las cortes y de los jueces, éstos hacen constantemente de legisladores; que en cuanto a la autoridad de sus predecesores, ya que éstos nada han hecho sino declarar la ley no escrita, es a la vez considerada y no considerada, puesto que ellos mismos tienen en sí la ley no escrita, y por lo tanto, el derecho de juzgar, acerca de las precedentes decisiones, si son o no adecuadas a la misma. Frente a una confusión parecida, que pudo surgir en la lenta administración de la justicia en Roma, originada por la autoridad de todos los varios jurisconsultos célebres, fue tomada por un emperador la sabia prevención que lleva el nombre de *ley de las citaciones* y que introduce una especie de ordenamiento colegiado entre los jurisconsultos muertos tiempo atrás, con mayoría de votos y con un precedente (v. Historia del Derecho Romano, de Hugo, 5). Negar a una nación culta y a su clase jurídica la capacidad de hacer un código —puesto que no puede tratarse de hacer un sistema de leyes *nuevas por el contenido*, sino de reconocer en su universalidad determinada el contenido legal existente, como fácilmente puede comprenderse, apenas se reflexione un poco, con agregados para la aplicación en lo particular—, sería una de las más grandes afrentas que puede serle hecha a una nación o a la clase jurídica”.¹

¹ Hegel, Guillermo Federico. Filosofía del Derecho. Editorial Claridad. Quinta Edición 1968. Página 188. Buenos Aires. Argentina. Traducción de la doctora Angélica Mendoza de Montero, a partir de la versión italiana de Benedetto Croce y G. Gentile.

IV. El precedente judicial en acciones constitucionales, título, valor y alcance

Dr. Luis Eduardo Cerra Jiménez

Magistrado Tribunal Administrativo del Atlántico



Los planteamientos que seguidamente expondré no apuntan a tocar la macroestructura del Estado. Me propongo simplemente sensibilizar a la comunidad jurídica y llamar su atención sobre un aspecto material de la administración de justicia, y dentro de ella a un planteamiento innovador, pero no necesariamente válido, que en nuestro sistema de derecho ha introducido la Corte Constitucional en menos de una década de funcionamiento. Me refiero al precedente judicial vinculante u obligatorio.

Sea lo primero indicar que, en el mundo jurídico, por precedente obligatorio o vinculante se entiende el criterio adoptado o sentado en un pronunciamiento o providencia, emitida por un Juez, Tribunal o Corte, en el cual se resuelve un asunto determinado, que puede servir de parámetro para solucionar casos semejantes.

El solo hecho de ser un criterio que ha servido para dirimir un conflicto o controversia, hace que pueda convertirse en un referente para resolver casos similares. En este sentido, el precedente constituye fuente de derecho, y sobre ello no hay debate alguno.

No obstante, en lo que sí hay discusión, y sobre lo que no hay acuerdo, es en cuanto a su valor y jerarquía. No siempre el precedente tiene el mismo valor como fuente de derecho. Dependiendo del sistema jurídico, su valor es optativo de acoger y emplear por el juez en ausencia de norma que regule al caso, o, por el contrario, puede ser obligatorio o vinculante, es decir, que el juez debe acatar y aplicar forzosamente. Si es lo primero, será fuente auxiliar, residual o subsidiaria de derecho; pero, si es lo segundo, será fuente principal de derecho equivalente a la ley. El primer caso supone que el legislador es el principal protagonista en la creación del derecho, y la ley la primera de sus fuentes después de la Constitución. El segundo caso supone que el protagonista es el Juez, y sus precedentes fuente obligatoria de derecho. En el primero, que el

Así, por ejemplo, en el sistema jurídico anglosajón del *Common Law*, los pronunciamientos de los jueces, a través de sus providencias, en las cuales resuelven controversias específicas, crean los criterios que se convierten en precedentes de carácter obligatorio y fuente principal de derecho.

En el sistema jurídico latinoamericano, de origen romanístico y francés, el precedente también tiene un lugar en las fuentes del derecho, sólo que el valor que se le reconoce es optativo, auxiliar, no obligatorio. Ocupa un lugar discreto, subsidiario y residual.

Colombia no ha sido ajena al precedente y se ubica históricamente en este último sistema. Es más, la Ley 169 de 1896, no solo le reconoció su existencia sino que le fijó una condición a partir de la cual tendría valor jurídico. Se dispuso que cuando se produjeran tres (3) pronunciamientos judiciales uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, los precedentes constituirían doctrina probable. Esta categoría de “probable” sugiere que el criterio judicial, aunque reiterado en no menos de tres ocasiones, no alcanza una validez absoluta para todos los casos, no descarta rotundamente la impertinencia del mismo para el nuevo caso en cuestión, aunque tenga características semejantes. De modo que corresponde al juez, según el asunto *sub examine*, la opción de emplearlo o no.

En este marco, el precedente judicial es una institución no obligatoria como instrumento para administrar justicia.

En el sistema de derecho continental europeo, aunque impera el derecho positivo, en el cual el precedente judicial es generalmente subsidiario o residual, en algunos de los países que de él hacen parte, el precedente del respectivo Tribunal Constitucional ha alcanzado carácter obligatorio. Así sucede en Italia, Alemania y España después de la segunda guerra mundial.

Ese modelo obedece a la concepción según la cual, la ley positiva no necesariamente expresa y desarrolla los contenidos de la Constitución; de modo que corresponde al juez aplicarlos en el caso que resuelve, y, al hacerlo así incorpora a su decisión obligatoria los mandatos normativos

de la Carta. Precisamente la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia lo dice en los siguientes términos:

“La doctrina constitucional. Las normas de la Constitución política, y ésta no es una característica privativa de ellas, tienen una vocación irrevocable hacia la individualización, tal como lo ha subrayado **Kelsen** al tratar del ordenamiento jurídico.

De ordinario pasan por una fase previa consistente en su desarrollo legal. Pero no todas alcanzan dicho desarrollo, bien porque no lo requieren, bien porque, requiriéndolo, el legislador lo omite. Pero tal omisión no desvirtúa su carácter normativo, si ya lo tienen. Pueden entonces, ser aplicadas a situaciones específicas subsumibles en ellas, que no están explícitamente contempladas en la ley.

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas ha hecho su intérprete supremo”.²

Como se puede observar en la sentencia transcrita, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado el mentado modelo de constitucionalización del derecho y ha decretado en sus providencias el carácter vinculante de sus precedentes cuando quiera que los criterios expuestos en ellas sean el resultado de la interpretación de la Constitución y de la aplicación directa de los contenidos de la misma. En sentencia T-1625 del 23 de noviembre de 2000, por cierto de tutela y en la que se entendería, al tenor del numeral 2 del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que es de efectos Interpartes, la Corte dijo: “...frente a los precedentes derivados de las sentencias de sus superiores jerárquicos y, en particular, de las corporaciones que están en el vértice de estructura judicial colombiana,

² Gaceta de la Corte Constitucional. Marzo de 1995. Tomo 3. Página 68.

el juez está en obligación de acatarlas, es decir, se aplica el principio *stare decisis*".³

Independiente de que esa disposición la haya expresado la Corte en una sentencia de tutela, que por mandamiento del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 (declarado exequible por la Corte a través de sentencia) y de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia sólo tiene efectos interpartes, uno de los imperiosos interrogantes que debemos hacernos sobre esta innovación jurídica es si la misma se introduce con suficiente legitimidad.

De todo instituto social, especialmente si es estatal, se demanda una legitimidad para efecto de incorporarlo en el sistema, ser aplicado y aceptársele con confiabilidad, y si es el caso ser atendido, obedecido y acatado.

En el ámbito del derecho, el precedente judicial no escapa a la necesidad de legitimidad. Sobre todo cuando es vinculante u obligatorio.

Para examinar ese aspecto partamos de una noción básica y aproximada de la misma.

La legitimidad es la validez que alcanza un sistema, organización, entidad o instituto, teniendo en cuenta uno, algunos, o la totalidad de los siguientes elementos:

- La extracción y escogencia de las personas que lo integran
- El grado o porcentaje de aceptación de su estructura, funcionamiento y decisiones
- La eficiencia en la expedición de sus pronunciamientos
- La eficacia de sus decisiones
- La forma como se ejerza
- La finalidad que persiga
- La motivación que tenga

³ Jurisprudencia y Doctrina. Revista No. 349 de enero de 2001. Editorial Legis. Páginas 164 a 173. Bogotá D.C.

- La argumentación en que se sustente

Teniendo en cuenta que entre mayor es el grado de exigencia social, su fundamentación se configura con el mayor número de elementos; veamos cuáles son los argumentos con los cuales la Corte Constitucional intenta legitimarlo:

1º. El Derecho Constitucional Comparado. Con el fin de darle autoridad a su posición, en varias ocasiones la Corte Constitucional colombiana ha citado providencias de tribunales constitucionales de otros países, especialmente España, Italia y Alemania, en los cuales se le otorga al precedente judicial el carácter de obligatorio.

Así, por ejemplo, para justificar la introducción en nuestro medio judicial de las decisiones exhortativas, la Corte en sentencia C-436 de 1994 dijo:

“(…) este tipo de exhorto no es en manera alguna una innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia, sino que este surge de las tensiones valorativas propias del texto constitucional, en particular de aquella que existe entre la supremacía normativa de la Constitución y el principio de libertad de configuración del legislador: Esto explica que la mayoría de los tribunales constitucionales establezcan formas similares de exhortos con el fin de armonizar tales principios y tomar en cuenta los efectos sociales de las decisiones constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha adoptado estos exhortos bajo la forma de “resoluciones de aviso” o “admonitorias”, En el mismo sentido ha actuado, en determinados casos, el Tribunal Constitucional español”.⁴

Igualmente, para fundamentar el ya famoso auto ICC-235 del 27 de febrero de 2001, en el cual decidió inaplicar el Decreto 1382 de 2000 y darle a su pronunciamiento efectos “inter pares”, uno de los argumentos que la Corte adujo fue el derecho constitucional de los países europeos. Al efecto dijo:

“Finalmente, no sobra recordar que dentro del sistema europeo continental de control de constitucionalidad, precisamente debido a sus elementos

⁴ Gaceta de la Corte Constitucional. Septiembre de 1994. Tomo 9. Páginas 1018 a 1027.

concentrados dominantes, la regla general cuando una Corte Constitucional ejerce no el control abstracto de normas, sino el control concreto de constitucionalidad, es que sus providencias también tienen efectos *erga omnes*".⁵

No obstante, deliberadamente se ignora que en los países mencionados sí hay un título de legitimidad del precedente vinculante. En esos casos, basado en la propia Constitución y aún en la ley.

En la Constitución española de 1978, vigente, al Tribunal Constitucional se le asigna la facultad de orientar, con carácter vinculante, la jurisprudencia de los demás jueces y tribunales de la nación española. Tal competencia se le atribuye, en primer lugar, en ejercicio de su función de atender el recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, el literal a) del numeral 1 del artículo 161 de la Carta Ibérica señala que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, sin que la sentencia o sentencias en que recaigan pierdan el valor de cosa juzgada⁶.

Esa tarea preponderante del Tribunal Constitucional español, respecto de los demás jueces y tribunales, se basa en que esa corporación tiene un lugar especial en la estructura del Estado, ubicándosele por el constituyente de 1978, no solo por fuera del poder judicial sino con categoría asimilable a otras ramas del poder público. Así, al ubicarlo el constituyente en el Título IX, lo equipara en jerarquía orgánica a la Corona (Título II), Las Cortes Generales (Título III), El Gobierno y La Administración (Título IV) y El Poder Judicial (Título VI)⁷.

La idea de ubicar al Tribunal Constitucional por fuera del poder judicial obedece a la concepción de Hans Kelsen, expresada en el trabajo:

⁵ Jurisprudencia y Doctrina. Revista No. 352 de abril de 2001. Editorial Legis. Página 743. Bogotá D.C.

⁶ Constitución Española de 1978. Publicada en la Legislación Constitucional básica. Editorial LEX NOVA 2ª. Edición. Septiembre de 2000. Página 54. Valladolid. España.

⁷ Constitución Española en obra citada. Página

La Garantía Jurisdiccional de la Constitución, escrito en 1928, según la cual de este modo esa corporación tiene jerarquía y preeminencia sobre los jueces, especialmente en la interpretación constitucional.⁸

En este orden de ideas, la sola posición jerárquica del Tribunal Constitucional dentro de la estructura del poder público justificaría que sus decisiones tuvieran poder vinculante sobre la rama judicial.

En este sentido, la Constitución española de 1978 sigue la línea de otras constituciones europeas de posguerra, como la Constitución Italiana de 1947, la cual sustrae a la Corte Constitucional del régimen jurisdiccional, pues mientras el Título IV regula a este último, el Título VI lo hace respecto de la Corte, otorgándole una independencia orgánica y funcional del resto de poderes estatales, incluida, como ya se dijo, la propia rama judicial.

La sola posición orgánica del Tribunal Constitucional español le otorga un plus de poder jurisdiccional sobre el poder judicial, e incluso sobre los demás poderes. Ese plus de poder se incrementa por tener atribuida la competencia de dirimir los conflictos entre órganos y ramas del poder público, es decir, tribunal de conflictos interestatal, especialmente entre el estado central y las comunidades autónomas, competencia ésta que tiene su origen histórico en el sistema de organización política territorial de los Estados Unidos de Norteamérica, consignado así en la Constitución de Filadelfia de 1787, lo que constituye el primer antecedente y la primera razón por la cual se exigió un control de constitucionalidad.⁹

En todo caso, la fuente del poder preferente y vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional español emana de la propia Constitución de forma explícita y positiva. O sea que el tribunal no asume o presume que tiene esa facultad sino que ella está positivizada en su texto de manera expresa, escrita e inequívoca.

⁸ Kelsen. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución...

⁹ Constitución de los Estados Unidos aprobada el 17 de septiembre de 1787. Contenida en El Federalista. Editorial Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión en 1982 de la primera edición en español de 1943. Páginas 388 a 395. México D.F.

Surge de lo anterior que el primer fundamento del precedente obligatorio del Tribunal Constitucional español se encuentra en la Constitución misma, especialmente en el citado literal a) del numeral 1 del artículo 161.

Pero la fuente de dicho precedente vinculante no se queda únicamente en la Constitución. Tanto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como en la Ley Orgánica del Poder Judicial se encuentran precisiones de la obligatoriedad de sus decisiones.

En efecto, el inciso primero del numeral 1 del artículo quinto de la Ley Orgánica 6 del 1 de julio de 1985, del Poder Judicial español prescribe:

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”¹⁰.

A su vez el artículo 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español establece:

“La jurisprudencia de los tribunales de Justicia habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”¹¹.

De acuerdo con la Constitución y las leyes los precedentes sentados por el T.C.E. tienen obligatoriedad para todos los procesos, esto es, tanto los de la jurisdicción constitucional como los de la jurisdicción ordinaria, administrativa, penal, civil, etc. Además, no es necesario que ellos estén vertidos en sentencias para que sean vinculantes, bien pueden estar consignados en autos y aún así ser obligatoria su doctrina¹².

¹⁰ Ley Orgánica 6 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial español. Publicada en la Legislación Constitucional Básica. Editorial LEX NOVA. 2ª edición. Septiembre de 2000. Página 197. Valladolid – España.

¹¹ Ley Orgánica 2 de 3 de octubre de 1979 del Tribunal Constitucional español. Publicada en la obra Legislación Constitucional Básica. Editorial LEXA NOVA. 2ª edición. Septiembre de 2000. Página 68. Valladolid – España.

¹² Sobre este tema consultar la obra: El Control Democrático del Poder Judicial en España. De Nuria Belloso Martín. Universidad de Burgos. España. 2000.

Conclúyese de todo lo anterior que el precedente judicial impuesto por el Tribunal Constitucional español tiene su fuente en la Constitución y en la propia ley, sin que esta circunstancia debilite la jerarquía de esa Corporación ni el valor obligatorio de sus precedentes.

Pese al influjo de la teoría Kelseniana de ubicación del Tribunal Constitucional por fuera y por encima de los demás órganos estatales en los mencionados tribunales constitucionales europeos, el caso es que en Colombia el Constituyente de 1991 no acogió esa teoría, pues la ubicación de la Corte Constitucional es dentro del poder o rama judicial, sin una posición predominante sobre los demás órganos superiores. De manera que por muy respetable que sea la tesis de Kelsen sobre la materia y por muy importante que ella haya sido para los constituyentes de Italia (1947), Alemania (1949) y España (1978), lo cierto y concreto es que no fue adoptada por el Constituyente Colombiano de 1991, y es en la Constitución, y no en las teorías no adoptadas por ésta donde debe establecerse la ubicación o posición de la Corte Constitucional colombiana. Un examen de las actas de las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 confirma lo anotado.

Así, pues, la existencia del precedente constitucional obligatorio en los países europeos mencionados, se presenta bajo un contexto histórico y jurídico diferente al nuestro, por lo que no resulta pertinente la referencia del mismo que en sus providencias hace la Corte Constitucional colombiana como argumento para legitimar el por qué puede imponer sus precedentes de manera obligatoria. Ni en la Constitución ni en la ley (con excepción del valor subsidiario y residual que el artículo 8 de de la Ley 153 de 1887 otorga a la doctrina constitucional), hay prescripción alguna que dé al precedente el carácter de obligatorio.

Es más, el Constituyente de 1991, desechó la posibilidad de que pudiera dársele al precedente algún valor obligatorio. En efecto, en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 uno de sus miembros propuso insertar en la Constitución como uno de los principios rectores de la Administración de Justicia, el de la seguridad jurídica, consistente, según la propuesta, en que: “Las personas podrán invocar en su favor la inter-

pretación jurisprudencial vigente en el momento de la ocurrencia del hecho o acto que origina la pretensión”.¹³

Pese a que, según lo propuesto, el precedente sólo tendría un valor obligatorio circunstancial, finalmente la Asamblea Constituyente no lo adoptó, de lo cual se infiere que no obstante considerarlo y debatirlo no fue su voluntad incorporarlo al ordenamiento jurídico constitucional.

Vale agregar que, en los últimos dos años, se han producido dos decisiones, una del legislador, y otra de la propia Corte, que refuerzan la idea de que el precedente obligatorio no tiene la licencia que se le intenta otorgar. La primera de ellas es la expedición del artículo 57 de la Ley 446 de 1998 que derogó como causal del recurso extraordinario de súplica el que las sentencias de los Tribunales Administrativos y de las Secciones del Consejo de Estado infringieran la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y la sustituyó por la violación directa de las normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. La otra es la sentencia C-252 del presente año, a través de la cual se declaró inexecutable, entre otros, el artículo 214 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 600 de 2000) que establecía la facultad de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para responder, es decir, para despachar de manera inmediata el recurso de Casación cuando el tema jurídico sobre el cual versara el cargo o los cargos propuestos en la demanda ya hubieren sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación en forma unánime y de igual manera esa corporación no considerarse necesario reexaminar el punto.

Es de anotar que el citado artículo 214 disfrazaba la figura del precedente obligatorio con el nombre de “antecedente”.

2º. La Competencia Constitucional. La interpretación de sus propias facultades: Efectivamente, aduciendo tener autoridad de intérprete auténtico de la Constitución, la Corte Constitucional infiere que tiene facultad de establecer cuáles son sus competencias. Así:

¹³ Gaceta No. 122 de la Asamblea Nacional Constituyente. 5 de septiembre de 1991.

En sentencia C-113 de 1993 expresó que únicamente a la Corte compete declarar los efectos y contenido de sus fallos, los cuales serán señalados en éstos. “En síntesis, -dice- entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta a aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”.¹⁴

En sentencia C-131 de 1993 al preguntarse así misma la Corte si sus sentencias son fuente obligatoria o auxiliar de derecho para los jueces manifestó: “Para esta corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria ...”.¹⁵

En la misma sentencia C-131, al preguntarse la Corte qué parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada y de obligatoriedad dijo: “La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícitas y otros en forma implícita:

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar -no obligatorio-, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida que tengan un nexo causal con la parte resoluti-

¹⁴ Gaceta de la Corte Constitucional. Marzo de 1993. Tomo 3. Páginas 87 a 99.

¹⁵ Gaceta de la Corte Constitucional. Abril de 1993. Tomo 4. Páginas 23 a 38.

va, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia”.¹⁶

Es de advertir que la Corte funda el carácter de obligatorio del precedente en la denominada cosa Juzgada Constitucional.

Para hacer derivar efectos precedenciales de la *ratio decidendi* de sus fallos, la Corte considera que la cosa juzgada no solo está en la parte resolutive sino también en la motiva inescindible con la primera, las cuales tienen a su juicio carácter obligatorio, general y futuro.

No entiende la cosa juzgada simplemente como instituto de cierre de un debate judicial que culminó con la declaratoria de exequibilidad o de inexequibilidad, sino que le asigna un carácter obligatorio, general y futuro aún para dirimir asuntos particulares y concretos.

En los términos de la Corte, la cosa juzgada constitucional exige que se reproduzcan los criterios precedenciales, cuando en realidad el artículo 243 de la Constitución contempla es la prohibición de reproducir una norma declarada inexecutable. No prescribe, en cambio, la reproducción de los criterios planteados en los considerandos, independiente de cuál sea la decisión (executable o inexecutable). En síntesis, lo que en realidad establece el mandato constitucional es el precedente negativo obligatorio y no el precedente positivo obligatorio.

Consideró la Corte en la sentencia C-113 de 1993 que el legislador no tiene competencia asignada por la Constitución para señalarle a ella los efectos que deben tener sus sentencias, pues al hacerlo viola el artículo 121 de la Carta y el principio contenido en el artículo 113 de la misma de que los “diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas”.

Al no poderlo hacer el legislador y no haberlo hecho el Constituyente, consideró que solo a la Corte correspondía establecerlo. En este caso, sin atender los principios de competencias previamente reguladas y de separación de funciones de los diferentes órganos del Estado. Así, des-

¹⁶ Gaceta de la Corte Constitucional. Abril de 1993. Tomo 4. Páginas 23 a 38.

de temprano, es decir, a escaso un año de su funcionamiento, la Corte, con el argumento de ser la intérprete auténtica de la Constitución sustituyó al constituyente y no solo fijó el alcance de sus propias sentencias sino que convirtió los criterios en ella contenidos en fuente obligatoria y general del derecho.

La interpretación extensiva de la norma constitucional que trata de su competencia la hizo la Corte, no obstante que ella misma había sostenido, en un pronunciamiento anterior, -que en el razonamiento de la Corte podríamos llamar de precedente obligatorio-, que las competencias de las autoridades públicas deben ser taxativas y de ninguna manera pueden ser implícitas. En este sentido sigue, formalmente, el preciso lineamiento del Estado de Derecho contemplado en los artículos 1 (sobre Estado Social de Derecho), 6 (sobre responsabilidad de los funcionarios por infracción de las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones), y 121 (el cual ordena que ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley).

Sobre este aspecto, la propia Corte en sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, dijo:

“Téngase presente que en el Estado de Derecho no son admisibles las atribuciones implícitas ni las facultades de alcance indeterminado, lo cual equivale al rechazo del acto proferido por quien carece de autoridad previa y claramente definida por norma positiva para actuar en la materia correspondiente (artículos 6º. 122 y 123 de la Constitución).

De este postulado se concluye con facilidad que en el campo de la administración de justicia quien cumpla tan delicada función pública únicamente puede hacerlo revestido de jurisdicción y competencia. Ya que la segunda tiene a la primera por presupuesto, si falta la jurisdicción tampoco se tiene la competencia para fallar en el caso concreto. Más cuando el artículo 243 de la Carta solo le confiere competencia taxativa en sus “estrictos y precisos términos.”¹⁷

¹⁷ Gaceta de la Corte Constitucional. Octubre de 1992. Tomo 6. Páginas 207 a 302.

En el evento de que las atribuciones conferidas por la Constitución a los órganos constituidos no fueren tan taxativas, que en el caso de la Corte sí lo son, como la Carta lo precisa inequívocamente y esa corporación así lo admite en la sentencia transcrita, al tenor del citado artículo 121, la facultad interpretativa para asignarse competencias que no son taxativas, precisas ni claras, resultaría extralimitada, especialmente si dimanara de un órgano judicial, como lo es la Corte, a quien corresponde dar ejemplo de respeto a la Constitución y ser consecuente con lo que ha planteado en materia de competencias.

Podríamos concluir de lo anterior que la Corte no ha atendido las limitaciones impuestas por el multicitado artículo 121 de la Carta, en concordancia con los artículos 1, 2 y 6 del mismo estatuto superior, y ni siquiera su propia doctrina sobre las competencias.

En materia de competencia asignada por la Constitución a un órgano, su regulación y definición debe ser tan clara y precisa que cualquier ciudadano con una mediana educación y entendimiento esté en capacidad de advertir inequívocamente cuáles son las funciones, facultades o atribuciones otorgadas. Más, cuando la Corte pretende ser un órgano límite u “órgano de cierre”; sin poder alguno que controle sus decisiones y el ejercicio de sus atribuciones¹⁸.

En el sistema constitucional colombiano la interpretación restrictiva de las competencias es una regla general impuesta por la Constitución a todos los órganos y funcionarios del Estado, y en el caso de la Corte Constitucional esa interpretación se hace más exigente por la circunstancia especial de que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional existe una institución que direcciona con mayor énfasis ese enfoque. Se trata de la acción pública ciudadana de inconstitucionalidad, que tiene un carácter popular, cuyo origen arranca tenuemente desde el inicio mismo de la fundación de la República Nacional con la Constitución de la Gran Colombia expedida en Cúcuta en 1821 (artículo 157) en la cual se sentaron las bases para el ejercicio de acciones contra las autoridades para reclamar derechos, pasando por la Constitución de los Estados

¹⁸ Jurisprudencia y Doctrina. Revista 352 de abril de 2001. Ediciones Legis. Páginas 742. Bogotá D.C.

Unidos de Colombia de 1863, expedida en Rionegro en la cual se estableció (artículo 72) la acción de cualquier ciudadano ante la Corte Suprema Federal para suspender la ejecución de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados federados, cuando fueren contrarios a la Constitución, hasta que en la reforma constitucional de 1910, se instituyó de manera clara y precisa, por primera vez en el mundo, el control de la Constitución por los ciudadanos, incluso, en número de uno.

Este sistema de control democrático de la Constitución no existe en el Constitucionalismo europeo, donde los únicos sujetos legitimados para impugnar una ley o proyecto de ley contrario a la Constitución son órganos o funcionarios estatales. El sistema de control constitucional ciudadano se convierte en un instrumento legítimo para entender sin ambigüedades la competencia del órgano que habrá de decidir la constitucionalidad de las leyes.¹⁹

Siguiendo este orden lógico, la Corte no debería abrogarse la facultad de interpretar la Constitución en materia de sus propias competencias. Aunque ella tiene la facultad de interpretar la Constitución, esa atribución es respecto de los derechos, garantías y libertades, al igual que sobre las atribuciones de los demás órganos estatales; pero de ninguna manera en relación con sus propias competencias, más cuando ellas son taxativas y precisas en el texto constitucional.

No parece correcto que la Corte invoque su facultad de intérprete de la Constitución para deducir, inferir o extraer atribuciones que no sean claras, precisas y evidentes. Se repite, la claridad en relación con su competencia debe ser de tal grado que cualquier ciudadano pueda establecerla sin mayor esfuerzo y sin que quede duda alguna de su existencia; característica que se desprende del mentado control popular, público o ciudadano, que en este caso no es solo sobre las leyes sino sobre el órgano que pretende ser límite.

¹⁹ Sobre este tema ver Constitución de la República de Colombia de 1821; Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863; el Acto Legislativo No. 3 de 31 de octubre de 1910 reformativo de la Constitución Nacional. Diego Uribe Vargas. Las Constituciones de Colombia. Tomo II. Ediciones Cultura Hispánica. Páginas 733, 951 y 1080. Madrid 1977.

La competencia del máximo tribunal constitucional no puede ser ambigua, oculta o hallarse en la sombra o penumbra de la norma superior, pues ello convertiría, de una parte, a la Constitución en una expresión metafísica y agnóstica a cuyo conocimiento solo puede acceder el entendimiento y razón de una élite privilegiada de juristas, y, de otra, convertiría a la Corte en el único *medium* a través del cual se puede tener contacto auténtico con la norma fundamental en materia de sus funciones.

Para que un órgano tan importante del Estado, como lo es la Corte Constitucional, sea una verdadera garantía de seguridad jurídica, y no se convierta en usurpadora del poder y de la verdad jurídica, su competencia debe ser nítida, transparente y tan inequívoca que todo ciudadano pueda determinarla y tener certeza de ella; de lo que son sus atribuciones.

Pese a que la Constitución actual no debería suscitar los **desbordamientos** que la Corte tiene en esta materia, el hecho es que ellos se presentan, y esa circunstancia es un signo de alarma que amerita precisión del constituyente.

3º. Fundamento normativo del precedente vinculante. El único fundamento normativo del precedente judicial vinculante en Colombia es lo que quedó del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, cuya redacción no es la del legislador. La Corte al revisar dicha norma encontró que el legislador no era el competente para establecerla, y en vez de declarar la inexequibilidad de toda la disposición, lo cual habría correspondido con lo que dijo en la parte motiva de la Sentencia C-037 de 1996, lo hizo sólo de apartes de la misma, con lo cual sesgó el sentido final de la disposición. En estas condiciones quedó una preceptiva cuya redacción no fue la elaborada por el legislador sino por la manipulación del precepto por cuenta de la referida sentencia.

No satisfecha la Corte con imponer por vía de sus pronunciamientos la obligatoriedad de sus precedentes jurisprudenciales, y consciente de que en el sistema constitucional colombiano sólo la Constitución y la ley constituye el derecho imperativo para los jueces, según lo dispone el artículo 230 de la Carta, modificó a tal grado la Ley Estatutaria de la Administración de

Justicia, que a través de un artificio procesal, consiguió que esa norma dijera lo que la Corte quería que dijese, y no lo que el legislador realmente dijo.

En efecto, en ejercicio del control constitucional previo e integral de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, concretamente en la parte final del numeral 1 del artículo 48 que decía: “...**Sólo** la interpretación que por vía de autoridad hace **el Congreso de la República** tiene carácter obligatorio”, la Corte a través de la Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 consideró que “... resultaba abiertamente inconstitucional al pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad”, y que, por lo demás, la expresión “Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio”, es contraria al artículo 158 de la Constitución, “... pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente Ley Estatutaria, es decir, con la Administración de Justicia”.

Sin embargo, en dicha sentencia no fue consecuente con sus consideraciones. De haberlo hecho, habría declarado la inexequibilidad de toda esa expresión, pero únicamente lo hizo de las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, con lo cual la norma quedó así:

“ARTICULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general**”.²⁰

²⁰ Sobre este tema es ineludible consultar la Conferencia “Los Períodos de los Alcaldes” del Consejero de Estado doctor Mario Alario Méndez, dictada en el VII Encuentro Nacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa celebrado en la ciudad de Medellín del 13 al 15 de mayo de 1999.

Como se puede observar, la manipulación que hizo la sentencia de la norma dio como resultado una nueva preceptiva. Ello no sería tan aberrante –dado que las sentencias manipulativas²¹ son de común ocurrencia en el control de constitucionalidad– si no fuera porque con tal proceder se crea una atribución por y para la propia Corte Constitucional.

Si la Corte, o cualquier otro órgano judicial, pretende otorgarle al precedente el carácter de obligatorio, esta característica debe haberse consignado previamente en la Constitución. Primero, porque en esa circunstancia el precedente se equipararía a la ley, y en determinados casos estaría por encima, en el entendido para algunos de que tendría un plus sobre ella. Siendo así, su valor debe estar reconocido en una norma de jerarquía superior. Segundo, porque la Constitución como expresión legítima de la organización de un Estado y conjunto de reglas de juego y convivencia de la sociedad civil, y de ésta con aquél, es la básica o última garantía de objetividad y de criterio de reconocimiento y validación.

4º. Epistemología del precedente vinculante u obligatorio. Imponer que el precedente sea obligatorio para la solución o resolución de futuros conflictos, supone que se le otorgue el carácter de criterio válido para la generalidad de los casos.

Tal consecuencia refleja la utilización del método analítico-inductivo, consistente en que por el examen que se hace de una situación, con características específicas, se concluye la existencia de parámetros aplicables a una realidad similar y general. De ahí que, correlativo a la especificidad del precedente, se produzca la generalidad para efecto de su aplicación. En este último caso, vale decir, en la aplicación del prece-

²¹ Sobre las sentencias manipulativas consultar entre otros, Conferencia : “Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de las leyes”, dictada por el entonces presidente de la Corte Constitucional Colombiana doctor Alejandro Martínez Caballero, la cual está publicada en la Revista No. 316 de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de Junio de 2000. Santa Fe de Bogotá D.C. Igualmente, consultar la monografía: “El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional” de Germán Lozano Villegas, publicada por la Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, Colección Tesis de Grado No. 4. Páginas 58 y 66. Bogotá D.C. 2000.

dente, se obliga a los jueces para que adopten un sistema equivalente al de la ley, esto es, los atributos de general, impersonal y abstracto, que son los que precisamente critican de la ley los apologistas del precedente vinculante. En otras palabras, el precedente en su aplicación, que no en su producción y formación, termina siendo una ley material.

En el salvamento de voto a la sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz preocupado por ese aspecto dijo:

“(…) las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica prefieren centrar la importancia del precedente en su relación con el principio de universalidad, en el que toda forma de argumentación (moral o jurídica) encuentra uno de sus basamentos principales.

Este principio, fundado entre otras cosas en el primer imperativo categórico Kantiano (Haz sólo aquello que al mismo tiempo puedas querer se convierta en ley universal”), se traduce, a nivel de la argumentación jurídica, en la necesidad de que el juez sólo adopte aquellas decisiones que, en el futuro, esté dispuesto a aplicar a casos similares. En efecto, cuando, en el proceso interpretativo, el juez debe adoptar una de las múltiples elecciones que se derivan de la combinación de los hechos del caso que debe resolver con la normatividad y la jurisprudencia vigentes, la racionalidad de su elección sólo puede ser “controlada” a partir de los dictados del principio de universalidad de la decisión judicial.”²²

Con anterioridad, en sentencia C-447 del 18 de septiembre de 1997 la Corte, utilizó el mismo argumento para justificar el precedente vinculante de los jueces o tribunales respecto de sus propias decisiones previas, en los siguientes términos:

“Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que

²² Jurisprudencia y Doctrina Revista Legis No. 328 de abril de 1999. Editorial Legis. Página 729. Bogotá D.C.

dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace”.²³

Este camino metodológico, consistente en dotar al precedente de generalidad, luego de su elaboración casuística, comporta serios riesgos epistemológicos para hallar el derecho válido, pues generaliza lo particular y concreto, perdiendo de vista que por mucho de que en ese asunto específico la decisión justa sea una determinada –asumiendo que lo fuera–, construida sobre la base de la experiencia y especificidad, otras decisiones que aspiren a serlo también en casos similares, no necesariamente lo serán, si se intenta aplicar a éstas, de una manera forzosa, los criterios que obedecieron a una realidad concreta y particularísima.

Apoyarse en el primer imperativo categórico de Kant para universalizar la experiencia judicial y hacerla obligatoria para los administradores de justicia, es cometer el error metodológico de tomar por cierto y válido para la generalidad de los casos la verificación de la hipótesis particular y concreta. Además, significa renunciar a la posibilidad de aproximar con razón el derecho a un sistema científico en que la validez de su generalidad se mida, entre otros aspectos, por la repetición y constancia del fenómeno, que no es lo mismo a la reiteración de decisiones judiciales impuestas como verdad jurídica *erga omnes*, por la fuerza de la autoridad jerárquica.

Es importante destacar, solo a guisa de ejemplo, que en las ciencias fácticas, donde se inscriben, entre otras, la biología y la medicina, las que son consideradas ciencias aplicadas, y en las cuales los hechos considerados como de “validez científica” los determina la posibilidad de repetición del fenómeno –lo que conduce a que sean considerados ciertos y generalizables–, desde hace algún tiempo está abandonando el dogma de diagnosticar enfermedades y aplicar terapias ante la presentación de un conjunto de signos y síntomas determinados, pues, se dice que “no existen enfermedades sino enfermos”. De modo que son sus particularidades, no necesariamente generalizables, las que determinan el

²³ Gaceta de la Corte Constitucional. Septiembre de 1997. Tomo 9. Páginas...

estado patológico (con sus signos y síntomas), así como el tratamiento a seguir. Gracias a ello, los conocimientos sobre las enfermedades se renuevan constantemente y conducen a un mejoramiento progresivo de la ciencia, y de la calidad de vida. Así se descubren nuevas enfermedades y se analizan las relaciones causa y efecto. Al considerarse falible todo conocimiento, el científico abandona la insólita pretensión de haber alcanzado verdades absolutas y finales. Y, por el contrario, sólo se plantea que sus conclusiones son “provisionalmente definitivas”, válidas solamente mientras no puedan ser negadas o desmentidas.

Ahora bien, volviendo con quienes fundamentan en el primer imperativo categórico de Kant la necesidad de darle un carácter vinculante u obligatorio al precedente, tenemos que, frente a su sistema filosófico, el precedente tiene, realmente, el carácter de imperativo hipotético. En efecto, en la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Kant puntualiza: “El imperativo hipotético dice solamente que la acción es buena para algún propósito posible o real. En el primer caso es un principio problemático-práctico, en el segundo asertórico-práctico. El imperativo categórico, que declara la acción objetivamente necesaria por sí, sin referencia a cualquier propósito, esto es, incluso sin cualquier otro fin, vale como un principio apodéctico (práctico).”²⁴

Para rematar sobre el carácter que se desprende de una realidad particular, Kant precisa en la obra citada lo siguiente:

“Los principios empíricos no son en modo alguno aptos para fundar sobre ellos leyes morales. Pues la universalidad con que han de valer para todos los seres racionales sin distinción, la necesidad práctica incondicionada que de este modo les es impuesta, desaparece cuando el fundamento de la misma es tomado de la especial configuración de la naturaleza humana, o de las circunstancias contingentes en que está puesta.”²⁵

²⁴ Kant, Immanuel. Fundamentación de la Metafísica de las costumbres. Editorial Ariel. Barcelona (Edición Bilingüe) 1ª edición. 1ª Reimpresión octubre 1999. Página 159.

²⁵ Kant, Immanuel. Obra citada. Página 215

Corolario de lo anterior es que la metodología analítico-inductiva empleada por quienes pretenden derivar de las experiencias particulares de un caso, preceptos o reglas de conducta vinculantes, bajo la figura del precedente obligatorio, incurre en un error al desconocer que la realidad, pese a parecer como única, contiene variedad y multiplicidad de situaciones. Como decía Marx en la Introducción a la Crítica de la Economía Política, la realidad es la unidad de lo diverso. Además, como se ha visto, quienes se apoyan en Kant para imprimirle al precedente esa característica terminan tergiversando el sentido y la utilidad del primer imperativo categórico Kantiano, pues si bien éste sirve para fijar una primera premisa en el análisis de un caso concreto, de ahí no se infiere necesariamente que la conclusión resultante para ese asunto pueda generalizarse y universalizarse.

5º.- Coherencia argumentativa del planteamiento sobre el precedente como fuente obligatoria de derecho.

Uno de los fundamentos de la nueva teoría sobre el precedente es la ostentación de que es coherente; sin embargo lo que se aprecia es una gran incoherencia e incongruencia argumentativa de la misma. Veamos por qué:

La Corte Constitucional, en la citada sentencia T-1625 (curiosamente fallo de tutela y por tanto de efecto interpartes y cuya motivación solo constituye criterio auxiliar obligatorio, de conformidad con lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, norma que fue declarada exequible por la propia Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996),²⁶ ha concluido, después de sentar algunas premisas a lo largo del tiempo de su funcionamiento, que el precedente de la Corte Constitucional y de las altas cortes es obligatorio para los demás jueces.

Conciente la máxima corporación de la jurisdicción constitucional de que esa afirmación choca con el artículo 230 de la Carta que ordena a

²⁶ Jurisprudencia y Doctrina. Revista No. 292 de abril de 1996. Editorial Legis: Páginas 411 a 414. Bogotá D.C.

los jueces someterse únicamente al imperio de la Constitución y la ley, en sentencia C-486 de 1993, luego de algunas consideraciones, expresó:

“...las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada –la “ley” captada en su acepción puramente formal– sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” (Preámbulo) y “orden jurídico” (art.16)”.²⁷

En el nuevo concepto de lo que es “ley”, la Corte Constitucional olvida que es la propia Constitución la que separa claramente en su artículo 230 las figuras jurídicas, por un lado, de ley, y por el otro, de jurisprudencia y doctrina, dándole a aquélla y a éstas distinto valor para el derecho y para los jueces.

Igual claridad hace el artículo 150 de la Carta al asignar como competencia del Congreso, respecto de las leyes, hacerlas, interpretarlas, reformarlas y derogarlas. Si en este contexto entendiéramos que “ley” es todo “derecho”, incluida la doctrina y la jurisprudencia, llegaríamos a la conclusión de que el Congreso de la República puede modificar, interpretar y derogar precedentes, lo cual, además de que constituiría una intromisión del órgano legislativo en la rama judicial, y específicamente en su independencia, sería imposible de lograr, pues, **el precedente sencillamente es, *per se*, y no podría dejar de ser lo que es por pronunciamientos legislativos que tendieran a desconocerlo.** En esa misma línea de pensamiento, y conforme con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, llegaríamos a aceptar que los precedentes vinculantes entendidos como “leyes”, en este caso materiales, tam-

²⁷ Gaceta de la Corte Constitucional. Octubre de 1993. Tomo 10. Primera Parte. Páginas 173 a 203.

bién serían demandables por inconstitucionalidad. A propósito, aceptando que los precedentes de la Corte Constitucional y de las demás altas Cortes fueran vinculantes, y con ello leyes materiales –evasoras del proceso de formación de la ley “formal”–, no sería admisible entonces que también obviarán –impunemente– el control de constitucionalidad. De ser así ostentarían el título de ley material sin responsabilidad ni control alguno.

Por otra parte, de la pluricitada sentencia T-1625 se desprende que la Corte Constitucional impone a los jueces la obligación de atender al precedente por encima de la ley.

En efecto, expresa esa corporación que, para que los jueces puedan apartarse de sus precedentes y del precedente de sus superiores deben justificar que ellos no son aplicables al caso concreto, o que son inconstitucionales.

Esa posición modifica, en la práctica, el artículo 230 de la Constitución, pues, según ella, el juez no debe someterse al imperio de la ley sino al del precedente. Además, modifica y desconoce el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, en cuanto sólo estaría liberado de aplicar el precedente, con prevalencia a la ley, cuando él no exista.

De ahí se desprenden otras consecuencias, a saber:

- Que por ese procedimiento hay un cuestionamiento a las decisiones judiciales que son cosa juzgada, puesto que al someterse al juez a la obligación de justificar el por qué no aplica el precedente, por inconstitucional, por ejemplo, cuestiona su validez en un proceso distinto de aquel en que se produjo la decisión-precedente, sin importar que ésta no sea precisamente la que es objeto del proceso ordinario, especial o de tutela, que ahora se dirime.

Un ejemplo de este gran riesgo de controvertir con unas providencias pronunciamientos anteriores y de poner en duda la cosa juzgada, lo encontramos en la sentencia C-252 de 2001 respecto de la sentencia T-1625 del 23 de noviembre de 2000. En efecto, mientras en esta última se dijo que los criterios de la Corte eran obligatorios para todos los jueces, incluidos los señalados en esa misma providencia, en la citada

sentencia C-252 de 2001 la Corte revisó lo anterior en los siguientes términos:

“Por otra parte, es pertinente anotar que si bien la Corte en el fallo de tutela 1625 del 23 de noviembre de 2000, afirmó que el proceso penal termina con la segunda instancia, dicho pronunciamiento tiene un alcance limitado puesto que se dictó dentro de un proceso de tutela, en el que se definió un caso particular y concreto, respecto de la presunta violación de un derecho fundamental por la no aplicación del principio de favorabilidad. En consecuencia, la Corte bien puede enmendar esa línea doctrinaria, en una sentencia de constitucionalidad, en la que se ha ocupado de analizar, como tema de fondo, la esencia de la casación penal, cual es el presente caso. Fallo que, como es sabido, produce efectos *erga omnes*”.

- Que ese procedimiento desconoce la sentencia C-083 de 1995, en la cual la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, norma que sólo le otorga a la doctrina el carácter de fuente subsidiaria de derecho y no de fuente principal, después de la Constitución.

En esa sentencia (C-083/95) la propia Corte dijo lo siguiente, refiriéndose a la doctrina constitucional:

“El primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la **ley** la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella...”.

Más adelante expresa:

“...las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido en el artículo 230 Superior....”.

(...)

“La disposición destaca, nítidamente, la función que está llamada a cumplir la doctrina constitucional en el campo interpretativo. Es un instrumento orientador, más no obligatorio...”.

Ahora, en la misma sentencia, la Corte hace una diferenciación entre lo que es la doctrina constitucional, entendida como los criterios senta-

dos por ella en sus providencias, ya sea en un carácter interpretativo o en un carácter integrador, y la jurisprudencia de las demás cortes. Sobre esta última señala:

“Al referir a la jurisprudencia, en tanto que “criterio auxiliar de la actividad judicial”, debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la Ley 169 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya que, las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla”.²⁸

Así, pues, lo que ayer para la Corte no era un precedente obligatorio, hoy sí lo es; con lo cual no solo resulta contradictorio, sino que en la lógica impuesta por ella de que el precedente es obligatorio o vinculante, se estaría desconociendo la cualidad que se le otorga a él.

Aquí habría que preguntarse: ¿Cuál es el precedente obligatorio válido cuando hay varios sobre el mismo asunto? ¿El que primero se profirió? ¿El que lo sustituyó? ¿El penúltimo o, el último? ¿Cuál será entonces el criterio a emplear para efecto de determinar la validez de un precedente entre varios? Evidentemente, hasta ahora no hay reglas preestablecidas. De modo que en esas circunstancias queda al arbitrio de la Corte asignarle el valor correspondiente, sin aducir ella argumento distinto que el de ser intérprete auténtico de la Constitución, sin que ésta lo haya contemplado, ni siquiera tácitamente; con el agravante de que en esa vía lo que básicamente se instituye es la adición de una nueva competencia para ella misma.

En el salvamento de voto citado, el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, muestra su preocupación por la ausencia, en la Corte Constitu-

²⁸ Gaceta de la Corte Constitucional. Marzo de 1995. Tomo 3. Páginas 55 a 78.

cional Colombiana, de unos criterios a los que deba someterse todo cambio de jurisprudencia y con ella el de los precedentes. Al efecto propone algunos, en los siguientes términos:

“Para que un cambio radical de jurisprudencia no amenace la legitimidad de la corporación, es necesario, entre otras cosas: (1) que resulte evidentemente claro que la Corte y sus miembros no actúan de manera coyuntural, sometidos a fuertes presiones sociales o políticas; (2) que las razones jurídicas que sirvieron para afirmar una determinada doctrina hayan demostrado su incompatibilidad con la comprensión actual del orden constitucional, porque, por ejemplo, el paso del tiempo las ha convertido en obsoletas o anacrónicas; (3) que exista un nuevo argumento que no hubiera sido discutido al momento de sentar la doctrina constitucional convertida en precedente y que éste resulte suficientemente convincente como para saldar las dudas sobre los verdaderos intereses de la corporación; (4) que el efecto benéfico del cambio de doctrina constitucional sea nítidamente superior al daño —en términos de legitimidad de la corporación y de seguridad jurídica— que produce el mencionado cambio. Se trata entonces, de un test fuerte que exige la demostración de razones imperiosas que, lejos de resolver una cuestión coyuntural, se proyectan en el horizonte constitucional como la mejor interpretación sostenible, para todos los casos posibles, de la Constitución Política”.²⁹

Como puede verse, trátase de precedentes que constituyan doctrina probable o criterio auxiliar, o aún de precedentes vinculantes u obligatorios, lo evidente es que se requieren reglas claras y precisas sobre lo que debe considerarse como tales, así como la necesidad urgente e inaplazable de que se fijen reglas sobre su existencia, contenido, presentación, vigencia, pertinencia, aplicabilidad y condiciones para cambiar o sustituir uno por otro.

En mi opinión, solo la Constitución es la norma de validación del precedente. De modo que sólo ella puede darle jerarquía y valor al precedente obligatorio, incluido el constitucional.

²⁹ Jurisprudencia y Doctrina. Revista No. 328 de abril de 1999. Editorial Legis. Página 731.

6°. Dilema de la tensión entre la autonomía judicial y el principio de igualdad.

Finalmente, la Corte sustenta la necesidad de aplicación obligatoria de su precedente y de las altas cortes respecto de los demás jueces, con el argumento de que si un juez se apartara de él, so pretexto de su autonomía, se vulneraría el principio de igualdad, pues ante casos semejantes es necesario aplicar la misma solución.

Tal planteamiento asume que la providencia contentiva del precedente, la cual ha resuelto el caso “tipo” u originario, aplicó correctamente el derecho, especialmente el principio de igualdad. Ello ata al juez posterior a una decisión que por razones de cosa juzgada, de la autonomía del juez superior y por tratarse de un proceso distinto no puede cuestionar. Ahora, para desatender el precedente la Corte Constitucional exige al juez que pretenda hacerlo así, que ese funcionario judicial establezca previamente la impertinencia de aplicar al caso en estudio, que genera el disenso frente al precedente, la jurisprudencia contentiva de la doctrina obligatoria, o que demuestre que esta última es contraria a la Constitución, lo cual implica, como ya se dijo, no solo asignar al juez la carga de demostrar que el precedente no es válido para el caso, lo cual debería ser lo contrario, es decir, que debería probarse al juez que su posición no era la válida, sino también a que cuestione decisiones que gozan del atributo de la cosa juzgada, pero que son válidas para el caso concreto que se dilucidó y dio lugar al precedente.

El planteamiento de la Corte asume también que la providencia contentiva del precedente tiene efectos generales, desconociendo los términos prohibitivos y expresos de los artículos: 17 del Código Civil y 5° (inciso segundo), de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que dicen en su orden lo siguiente:

“Artículo 17. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

“Artículo 5°...Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcio-

nario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.³⁰

El planteamiento en cuestión desconoce también que cada providencia ha resuelto un caso, el cual tiene sus propias particularidades; de manera que exigir que, en principio, se aplique el precedente, es hacer abstracción de sus especificidades. Las que se deben presumir como particulares, y no presumir, por el contrario, que son idénticos. No hay que olvidar que no obstante que pueda existir la semejanza entre un caso y otro, cada uno de ellos conserva sus propias singularidades. Ni siquiera los gemelos, tan parecidos y semejantes, son idénticos. Una visión diferente es desconocer la ley dialéctica de la no identidad. Esto, lejos de dejar a salvo el principio de igualdad, puede precipitar su vulneración.

Por último, aceptando que el precedente vinculante tuviera fundamento constitucional. ¿Cuáles son las reglas para su creación? ¿Quién establece esas reglas? ¿La Corte Constitucional, que está limitada en su competencia por la propia Constitución? ¿Cuándo debe entenderse que es obligatorio? ¿Cuántos casos fallados en la misma forma o en el mismo sentido constituirían un precedente obligatorio? ¿Será suficiente uno solo? ¿Serían tres (3), como lo estableció el artículo 4º de la Ley 69 de 1896 para la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación?

En este orden de ideas ¿Cómo, cuándo y por quién se debe cambiar el precedente obligatorio?.

¿Estaría la Corte, dentro de esas reglas que se echan de menos, obligada a seguir, bajo determinadas condiciones sus propios precedentes?.

¿Es el último precedente o la última interpretación de la Corte o de una alta corte más obligatorio que el anterior? ¿Tiene el último precedente el poder de “derogar” o sustituir al anterior? Si es así, se repite ¿quién lo determinaría y bajo qué título de legitimidad?

³⁰ Ley 270 de 1996: Estatutaria de la Administración de Justicia. Imprenta Nacional de Colombia. Colección textos Ministerio de Justicia y del Derecho textos oficiales No. 8.

Si el constituyente decidiera replantear el sistema de fuentes del Derecho y otorgarle al precedente un mayor valor y jerarquía, sería aconsejable estudiar la posibilidad de que esa institución se configure bajo las siguientes condiciones:

- Que la *ratio decidendi* del fallo, esto es la argumentación que señala el principio o "...formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica",³¹ esté determinada y precisada por el propio juez que la emite.
- Que la *ratio decidendi* esté destacada y resaltada para que la comunidad jurídica y ciudadana tenga certeza de cuál es el razonamiento que tiene la pretensión de convertirse en precedente.
- Que la *ratio decidendi* esté publicada con amplia difusión en órganos oficiales y de manera oportuna.
- Que la *ratio decidendi* originaria o fundante haya tenido la oportunidad de ser empleada sin carácter obligatorio por los jueces inferiores en diversos casos y durante un tiempo prudencialmente razonable, de manera que esa *ratio* haya recibido el **reconocimiento** de los jueces, a partir de la identidad fáctica de los casos. Con ello se conseguiría un método de validación previa y democrática del proyecto de precedente por parte de la Judicatura.
- Que después de todo lo anterior se produjera un mínimo de pronunciamientos reiterados por parte de la alta Corte y luego una declaratoria de configuración del precedente vinculante.

De esta manera se lograría certeza sobre la existencia del precedente, lo cual permitiría que se aplicara con plena seguridad jurídica.

Como se ha visto, las consideraciones anotadas no tienen el propósito de descalificar al precedente como fuente de derecho, sino de poner de manifiesto la precariedad del título de legitimidad en que se intenta fundamentar en nuestro país a ese instituto cuando se le da el atributo de vinculante u obligatorio.

³¹ Gaceta de la Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999.

Tampoco se trata de desechar o descartar al precedente como instrumento de derecho. De lo que se trata es de que, sin esnobismo alguno, establezcamos hasta dónde el precedente obligatorio es legítimo, esto es, válido, a partir de una multiplicidad de elementos integrales, como instrumento para nuestra administración de justicia en el aquí y en el ahora.

En síntesis, se trata de que las instituciones jurídicas que adoptemos no sean asimiladas sin beneficio de inventario, como si fueran un dogma infalible, por muy novedosas, innovadoras y benéficas que parezcan, sino que se sometan a la crítica y a la reflexión científica, que es lo único que las hace tener una vocación de permanencia.

V. La acción popular

Aspectos sustanciales y procesales

Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado
Consejero de Estado

1. LA ACCION POPULAR PROCEDE FRENTE A DERECHOS COLECTIVOS

El inciso segundo, artículo 2º de la Ley 472 de 1998, al reglamentar el artículo 88 de la C.P., estableció 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.**” Varias características surgen del precepto en mención, y básicamente encierran una finalidad “pre-ventiva” frente a “eventuales daños o agravios que afecten los intereses colectivos” cuya protección resulta impostergable.

LA NOCION DE DAÑO CONTINGENTE

Siendo el daño contingente la base sobre la cual reside la procedencia de la acción popular, es pertinente mencionar que la contingencia del daño se entiende como aquello que puede ser de un modo o de otro, sin que por ello se incurra en contradicción ontológica. Lo “contingente” a voces del artículo 2359 del C.C. se opone a lo necesario, es decir, a lo que irreversiblemente tiene que presentarse, so pena de existir una contradicción flagrante con la naturaleza de las cosas.

La Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-225/93 de 15 de junio de 1992, C.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa al respecto, señaló¹:

“Ahora bien, de la situación que le corresponde a esta Sala revisar, se puede concluir que, jurídicamente, en este asunto existe otro mecanismo

¹ Expediente No. T-7984, Peticionario: Edgar Rodríguez Valencia. Procedencia: Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot.

de defensa judicial como lo es la acción popular, esto es, un instrumento jurídico encaminado a prevenir la sucesión de un daño en cabeza de un número indeterminado de personas. Y en particular, resulta aplicable el artículo 2359 del Código Civil, el cual se refiere a un daño “contingente”, es decir, un daño eventual que no puede saberse a ciencia cierta si sucederá o no.” (subrayado no original).

CARACTER PREVENTIVO DE LA ACCION POPULAR

Esencialmente las acciones populares, comportan una naturaleza “preventiva”, lo cual significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos e intereses que se busca amparar, sino que basta que se presente la amenaza o riesgo de que se produzcan. Lo anterior, en razón de los fines públicos que las inspiran.

Precisamente, en la sentencia T-067 de fecha 24 de febrero de 1993 la Corte Constitucional en asunto asignado a los magistrados Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón destacó las siguientes características de la acción popular:

“...Característica fundamental de las acciones populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional, es la de que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran, no dejan duda al respecto. En consecuencia, no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas.

Desde sus más remotos y clásicos orígenes en el derecho latino fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. En verdad, su poco uso y otras razones de política legislativa y de conformación de las estructuras sociales de nuestro país, desdibujaron en la teoría y en la práctica de la función judicial esta nota de principio. Los términos del enunciado normativo a que se hace referencia, no permiten abrigar duda a la Corte sobre el señalado carácter preventivo...” (subrayado fuera del texto).

EL INTERES COLECTIVO EN LA ACCION POPULAR

Es importante subrayar que la Carta de 1991, al elevar a canon constitucional la acción popular, protegió los mecanismos que existían de tiempo atrás en el sistema jurídico colombiano como medios de defensa de derechos e intereses colectivos, vale decir derechos e intereses de los miembros de una comunidad.

Precisamente, surge necesario anotar, que el interés afectado en la acción popular, no es el particular sino que es el compartido por una pluralidad más o menos extensa de individuos, o como lo señala la **Corte Constitucional** en la sentencia de exequibilidad de la Ley 472 de 1998 de 14 de abril de 1999 con ponencia de la Magistrada **Martha Victoria Sáchica de Moncaleano**: “Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad”. (Sentencia C-215 de 1999).³

EL INTERES DE GRUPO

El Consejo de Estado en sentencia de 2 de febrero de 2001, radicación AG-017 (actor: Accionistas de la Corporación de Ahorro y Vivienda, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez)² señaló que el interés de grupo se refiere a una condición común respecto de la causa que origina el daño; a un conjunto determinado o determinable de personas que se han puesto en situación común de la cual posteriormente se deriva para ellos un perjuicio. El interés de grupo, es aquel que mantiene condiciones uniformes respecto de la causa del daño.

El siguiente texto lo explica acertadamente:

“En relación con este tema, resultan pertinentes los criterios expuestos por Durkheim para definir los tipos sociales, pues si bien ellos se utilizan

² Sentencia de Constitucionalidad de la Ley 472 de 1998, Actores: Andrés de Subiría Samper, Luis Enrique Cuervo Pontón y Armando Palau Aldana.

³ Sección Tercera. Demandado: Superintendencia Bancaria de Colombia, Nación.

en relación con las sociedades, el mismo autor señala que ellas “se componen de partes añadidas unas a otras”. Luego, en tanto las partes participan de la esencia del todo, tales criterios pueden servir para definir, también, grupos o sectores de la sociedad. Así, siguiendo al mencionado profesor, dichas condiciones consisten en modos de actuar exteriores al individuo -es decir, que no le son ínsitos-, y que la sociología ha calificado como de orden morfológico, por ser la base para determinar los tipos sociales. Se trata de condiciones que permiten que una pluralidad de personas se convierta en un grupo determinado con antelación a la ocurrencia del daño. No es el daño, entonces, lo que origina el grupo, sino que este se ha formado alrededor de una situación común en la que se han colocado sus miembros, y con ocasión de la cual, posteriormente, todos (o algunos de ellos) sufren un daño.

En ese sentido, la Corte Constitucional precisó, en su sentencia C-215 de 1999, refiriéndose al objeto de este tipo de acciones, que “se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de class action” (negritas fuera del texto).

Así las cosas, no se trata de una acción que pueda ser intentada por un grupo de veinte personas que coincidan por su interés particular de contenido patrimonial consistente en ser indemnizada por un daño sufrido por ellas en virtud de un mismo hecho. No. Si bien esta acción tiene por objeto, por lo general, la protección de derechos individuales, mediante la obtención de “una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción”, es de su esencia que se pretenda proteger a un conjunto de personas que se identifican por ciertas condiciones específicas preexistentes a la ocurrencia del daño.

Todo lo dicho permite comprender que la fuerza semántica del vocablo “grupo” debe traer consigo especiales implicaciones jurídicas, las cuales fueron insinuadas por la Corte Constitucional, al afirmar que la pluralidad de personas a la que afecta el daño que se pretende reparar es de una entidad tal, que debe ser atendida de manera pronta y efectiva, es decir, que debe tratarse de un grupo relevante dentro de la actividad social, económica, política, académica -entre otras- del país; igualmente,

cuando la Corte aclara que con la acción de grupo se pretende proteger intereses de sectores de la población, está indicando que no toda pluralidad de personas configura un grupo de aquellos cuyos integrantes están legitimados para interponer estas acciones". (subrayas fuera del texto).

En conclusión, puede afirmarse con apoyo en las ideas expuestas por el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su texto Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil⁴ que son intereses colectivos los que involucran no a una persona en particular sino a una comunidad entera; son daños individuales los que afectan los bienes patrimoniales y extrapatrimoniales de personas determinadas. Cuando los daños individuales afectan a un número más o menos grande de personas identificadas e identificables estaremos frente a un daño grupal o masivo. Ahora, una misma actuación dañina puede producir daños colectivos y daños individuales sean grupales o no, en el primer caso, el mecanismo de acción será la acción popular, en el segundo será la acción de grupo o clase.

Acorde con lo anterior, se tiene que mientras el daño colectivo afecta intangiblemente la calidad de vida de todo un conglomerado y la acción preventiva o reparadora debe ser ejercida a nombre de la comunidad mediante la acción popular, el daño de grupo afecta a un número plural de víctimas perfectamente identificadas, pudiendo cada una ejercer acciones preventivas o reclamar indemnización de su personal daño bien sea mediante una demanda individual (acción de reparación directa) bien sea mediante una acción de grupo también regulada por la ley.

2. AMBITO DE ACCION DE LA ACCION POPULAR Y ANALISIS DE ALGUNOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

El artículo 4º de la Ley 472 de 1998 consagra como derechos o intereses colectivos algunos que de contera afectan intereses individuales. Así por ejemplo, la violación al ambiente sano, a la seguridad y salubri-

⁴ Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil, Autor: Javier Tamayo Jaramillo, Editor: Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda (Baker & McKenzie) Impreso Por: Editorial Dike, (Medellín), 1ª Edición, 2001.

dad públicas, a los derechos de los consumidores y usuarios, etc, generalmente terminan causando daños individuales que al ser sufridos por una pluralidad de personas dan lugar a una acción de grupo.

En estos eventos, es indispensable tener en cuenta que el motivo de la acción popular es la pretensión tendiente a que se indemnice, se evite o se suprima un daño colectivo causado a la sociedad en general.

La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de algunas de las normas de la Ley 472 de 1998, adujo en la sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, que el “interés colectivo” se configura en este caso, como un interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección.

La clasificación que la Ley 472 de 1998 hace de los derechos e intereses colectivos susceptibles de ser reclamados mediante acciones populares, tampoco se agota en la medida en que la misma norma dispone que además de los que se enumeran en ese estatuto, son derechos e intereses colectivos, los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. De igual manera, señala que los derechos e intereses de ese rango enunciados en el artículo 4º. de la ley en mención, estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley (6 de agosto de 1999).

Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés.

a) Derecho colectivo al goce del ambiente sano

Constituye sin lugar a dudas uno de los derechos de mayor difusión de la acción popular el goce de un ambiente sano, protección de índole colectiva que se erige en el artículo 79 de la C.P. y que tiene como ámbi-

to de extensión evitar y solucionar toda actividad de degradación ambiental que pueda amenazar la salud y la vida y deteriorar gravemente los recursos naturales y que tienda a introducir modificaciones considerables o notorias al entorno por causa de obras o actividades. Tal derecho guarda una conexión directa con los derechos fundamentales de los asociados por lo cual es más común ejercitar la acción de tutela para estos eventos que la acción popular. Sin embargo, cuando el daño es contingente, vale decir eventual, (que puede ocurrir o no), al asunto se impartirá el trámite propio de la acción popular.

b) Derecho colectivo a la moralidad administrativa

Su carácter de derecho colectivo deviene de los principios rectores de la función administrativa que se contemplan en el artículo 209 de la Carta. En torno al tema, a manera de recapitulación, se destaca la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 16 de febrero de 2001 (Exp. AP-170, actor: Epaminonda Moreno Parrado y otros, C.p: Alier Eduardo Hernández)⁵ que al señalar las bases de la moralidad administrativa, expone en síntesis que la moral exige una adhesión íntima a la concepción del deber mientras el derecho requiere una adhesión exterior a lo prescrito.

Señala que como la antítesis de la moralidad administrativa es la corrupción, las normas que la atacan, suponen una intervención jurídica en los campos de la moral, lo cual es *per se* complejo, dado que la corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de la función pública, sino que se trata de una fenomenología de contracultura que se filtra en el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de una degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario con la pretensión de obtener algo a cambio.

En consecuencia, del proveído en mención, se destaca que el derecho colectivo a la moralidad administrativa se contiene en realidad en una norma en blanco (artículo 4º de la Ley 472 de 1998), pues contiene

⁵ Sección Tercera. Contra Fondo de Educación y Seguridad Vial Fondatt de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá.

elementos cuya definición se encuentra o debería encontrar en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez deberá estarse a lo que prescribe el precepto remitido respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, el mismo artículo 4º estatuye que los derechos enunciados *“estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”* y el artículo 7º refuerza esa idea, disponiendo que los derechos *“protegidos por las acciones populares y de grupo... se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia”*.

En el caso de la moralidad administrativa, es posible que se pretenda su protección por medio de la aplicación del principio de legalidad. Ello no quiere decir que, necesariamente todo lo legal contenga una protección a la moral, ni que todo lo ilegal sea inmoral. Por ello, siempre que se encuentre comprometida la moralidad o cuando su protección sea el móvil de la demanda sin importar que se comprometan principios distintos, el juez de la acción popular debe estudiar el caso colocando la idea básica del principio de moralidad administrativa ante la regla que rige el caso específico, para saber si esta lo ha concretado. Si es así, deberá evaluar además, cuál es la reacción que según el alcance que obtenga el principio en la regla específica, amerita el caso concreto, a fin de establecer el sentido de la decisión por adoptar y su contenido mismo.

Así mismo, el Consejo de Estado en sentencia radicada con el N° AP-054 de febrero de 2001 (actor: Olga Virginia Yepes Fonseca, C.p: Delio Gomez Leyva)⁶ anota que la moralidad administrativa como derecho colectivo no se encuentra definida en la Ley 472 de 1998, dado que al desarrollar las acciones populares y de grupo, sencillamente se limita a reconocer su carácter de derecho colectivo. Sin embargo, partiendo del fallo de la Corte Constitucional N° T-503 de 1994, y acogiendo la definición de moral que en el mismo se hace, se puede definir la moralidad administrativa como el conjunto de principios, valores y vir-

⁶ Sección Cuarta. Departamento Nacional de Economía Solidaria, Dansocial.

tudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social. Se anota que en el campo de la moralidad administrativa, existen conductas no sólo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas, tales como el cohecho por dar u ofrecer, el tráfico de influencias y la celebración indebida de contratos.

- **Excepcion en caso de daños patrimoniales derivados de atentados contra la moral administrativa.**

Cabe anotar que la Ley 472 de 1998 en su artículo 40, establece la posibilidad que existan acciones populares que pretendan lograr la indemnización por los daños que sufra el Estado como consecuencia de un atentado contra la moral administrativa. Se pretende de esta forma, que los particulares y el Estado mismo, eviten o recuperen las pérdidas económicas derivadas de la corrupción administrativa, en cuyo caso la acción será procedente contra el funcionario corrupto y contra el particular que lo corrompió, hasta el monto del perjuicio sufrido por el patrimonio público.

Para la configuración de la inmoralidad administrativa según lo observa el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su texto *Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil*, se requiere la existencia de dolo en la actuación del funcionario, es decir, un comportamiento intencional. De esta postura, se apartan algunos argumentando que la Ley 200 de 1995 contentiva del régimen disciplinario para la mayoría de los funcionarios públicos, estableció que las faltas son sancionables no sólo a título de dolo sino de culpa y que es falta gravísima obrar con manifiesta negligencia, luego no se requiere necesariamente el elemento doloso sino también el culposo.

La Corte Constitucional en sentencia de 2 de febrero de 2000, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz, declaró exequible el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 que hace solidariamente responsables al

particular y a los funcionarios que participen en la celebración de contratos que originen un daño colectivo.

Así dilucidó la mencionada Corporación:

“Desde la óptica de la responsabilidad, el precepto censurado, lejos de contrariar la Carta Política, constituye cabal concreción de sus artículos 6° y 90, los cuales consagran la responsabilidad de los servidores públicos, así como el deber para el Estado de repetir en contra de los sujetos por cuya culpa grave o dolo, se haya causado un daño antijurídico por el que haya tenido que responder.

Esta también en consonancia con lo preceptuado por el artículo 123 C.P. cuyos términos categóricos reitera el artículo 209 ib., al disponer que ‘los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad’ y que ‘ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el Reglamento;’ es igualmente compatible con el artículo 124 del C.P., cuyo tenor ‘la Ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva’ concuerda con el artículo 6° C.P. que los hace responsables por ‘infringir la Constitución y las Leyes’ y ‘por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones’ por lo que el Estado deberá repetir en su contra de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 90 C.P. de ser condenado a la reparación de un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo.

Concluye la Corte, en cuanto al segmento acusado, que se trata en realidad de establecer una solidaridad legal, de carácter sustancial, entre el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista con quienes concurran al hecho que quebranta la moralidad administrativa y genera perjuicios al patrimonio público por la ejecución de irregularidades o mayores costos, injustificados e ilegales solidaridad que puede establecer el legislador, y para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, conforme al artículo 150 del C.P.

Con todo, para deducir esa responsabilidad patrimonial del representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista con quienes concurran al hecho, llámense interventores, asesores, consultores o ejecutores del contrato, etc., deberán observarse las reglas del debi-

do proceso, incluidos naturalmente, la citación a todos ellos y la garantía del derecho de defensa...”⁷

c) *Derecho al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público*

En la sentencia proferida por el Consejo de Estado radicada con el N° AP-047 de junio primero de 2000 (actor: Red de Veeduría Ciudadana se Cartagena de Indias, C.p: Carlos Arturo Orjuela Góngora)⁸ se recuerda que el espacio público comprende aquellas partes del territorio que pueden ser objeto de disfrute, uso y goce de todas las personas con finalidades de distinta índole y naturaleza que se enderezan a permitir la satisfacción de las libertades públicas y los intereses legítimos que pueden radicarse en cabeza de todas las personas de conformidad con el orden jurídico. Los elementos jurídicos que integran la noción de espacio público y su destinación, fueron establecidos por la Ley 9ª de 1989 a través de sus artículos 5° y 6°, destacándose en lo pertinente al *sub lite* los parques y plazas, al igual que la prohibición inserta en el inciso final del artículo 6° que reza: **“los parques y zonas verdes que tengan el carácter de uso público, así como las vías públicas no podrán ser encerrados en forma tal que priven a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito”**. El mantenimiento, administración y dotación de los parques y zonas verdes será encargado a las organizaciones particulares sin ánimo de lucro siempre y cuando se garantice el acceso a los mismos de la población, acorde con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 1504 de 1998.

Se destaca que en punto referente al espacio público, el Consejo de Estado ha analizado la coyuntura que se presenta cuando existen contratos comerciales de arrendamiento entre vendedores que ocupan espacios públicos y la administración, señalando que para darlos por terminado se debe llegar a un acuerdo entre las partes y de no ser posible iniciar las acciones legales con el fin de lograr la restitución del inmue-

⁷ Expediente N° D 2469, Actoras: Ruby P. Rasmussen Pabón y otras.

⁸ Sección Segunda, Contra: Red de Veeduría Ciudadana de Cartagena de Indias y Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

ble, ello en atención al principio de confianza legítima. Así, en la sentencia AC-AP 051 de fecha 30 de junio de 2000 actor (Roberto Ramírez Rojas, C.p: Julio E. Correa Restrepo)⁹ se invoca la sentencia unificadora SU-360 de 1999 de la Corte Constitucional que estableció el principio de confianza legítima en la recuperación del espacio público.

Allí se anotó:

“ ...De ahí que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado. Es así como los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de confianza legítima, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, por lo que esas personas tenían certeza de que ‘a administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga’ (Sentencia T-617 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

... Dentro de este contexto constituyen pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes: las licencias, permisos concedidos por la administración promesas incumplidas... tolerancia y permisión del uso del espacio público por parte de la propia administración. Como corolario de lo anterior se tiene que los actos y hechos que autorizan el ejercicio del comercio informal no pueden ser revocados unilateralmente por la administración sin que se cumplan con los procedimientos dispuestos en la ley..” (se subraya).

Igualmente, de trascendental importancia es la sentencia radicada con el N° AP -155 de 31 de mayo de 2001 (**actor: Personería de Santafé de Bogotá**) C.p: Tarsicio Cáceres Toro)¹⁰ en la cual se solicitó la restitución de la vía pública de la carrera 20A entre calles 13 y 14 de la ciudad de Bogotá, ocupada actualmente por la Cooperativa de Almacenes Uni-

⁹ Sección Cuarta. Contra Alcalde Local de Tunjuelito.

¹⁰ Sección Segunda. Contra: Alcaldía Mayor de Bogotá.

dos “San Andresito”, y que se ordenará a las entidades precitadas, a realizar las obras necesarias para colocar dicha vía a disposición de la ciudadanía.

En el proveído en mención, además de esbozarse con claridad el ámbito de la acción popular, la protección de los bienes de uso público, de dominio público, los bienes afectados al uso público y los requisitos para la afectación y desafectación de los bienes de uso público, se estima que los predios de la carrera 20A entre las calles 13 y 14 de Bogotá sí cumplieron su cometido de constituir un bien de uso público y no existe acreditación de antaño que acredite que hubieran sido construidos en bien particular. Se afirma que la circunstancia de que no se encuentren escrituras públicas de adquisición de los bienes con destino a dicha carrera, no significa que antiguamente no hubieran ingresado al patrimonio de Bogotá.

Ahora bien, se adujo que si en la actualidad, por actividad particular u omisión administrativa, dichos bienes no se encuentran al servicio de la comunidad como lo ordena la ley, tal acontecer no implica la pérdida de su naturaleza, pues la conserva, y por ende, requieren del procedimiento de desafectación. En estas condiciones, se concluyó que la mencionada carrera 20A sigue siendo una vía pública. En conclusión, se determinó que correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en desarrollo de las atribuciones relacionadas con la acción popular, otorgar la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, la utilización de los bienes de uso público y la protección del patrimonio público.

d) La defensa del patrimonio público:

De acuerdo al texto del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, podría pensarse que cualquier litigio por prevención o indemnización de daños al patrimonio público es reclamable por cualquier ciudadano mediante el ejercicio de acciones populares. Sin embargo, si bien es cierto cualquier ciudadano está legitimado para ejercer una acción popular para proteger los bienes de uso público como los bosques y los ríos, la situación es más compleja cuando se piensa en que cualquier ciudadano pueda ejercer acciones populares indemnizatorias relacionadas con la tota-

lidad de los bienes o actividades estatales. Así, por ejemplo no es claro que cualquier ciudadano pueda reclamar indemnización a favor de una entidad del Estado proveniente de un hecho lícito que no signifique corrupción o inmoralidad administrativa (en este caso hay norma especial) o del posible incumplimiento de un contrato administrativo.

Las ideas precedentes, las consigna el Dr. Javier Tamayo Jaramillo en su texto *Las Acciones Populares y de Grupo en la Responsabilidad Civil*, quien además considera que debe distinguirse entre los bienes de uso público y bienes fiscales, afirmando que las acciones populares estarían relacionadas con los primeros mas no así para los segundos. La legitimación en relación con los bienes fiscales, salvo tratándose de corrupción administrativa, para efectos indemnizatorios por daños a los mismos, continuará exclusivamente en cabeza del Estado.

e) *Derechos de los consumidores y derechos a la salubridad pública: (A veces son derechos colectivos y a veces son derechos individuales).*

Los derechos de los consumidores son colectivos cuando sin estar en cabeza de un consumidor en particular afectan a toda la sociedad conformada por consumidores. En ese sentido, la puesta en circulación de productos defectuosos atenta contra los derechos colectivos de los consumidores y en consecuencia, se puede ejercer una acción popular para lograr que dicho producto se retire del mercado. Igual cosa puede suceder si una entidad prestadora de servicios omite determinadas conductas, omisiones que pueden afectar a los usuarios en cuyo caso procede la acción popular para que la omisión se corrija.

3º. ACCIONES POPULARES POR DAÑO CONTINGENTE A LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES

Mientras las acciones populares fueron establecidas para evitar el daño contingente a un derecho colectivo, las acciones de grupo se establecieron para reclamar indemnizaciones de daños individuales sufridos por un número plural de personas.

Sobre el tema escribe el mencionado autor:

“Así las cosas, las acciones populares de la Ley 472 de 1998 se aplicarán cuando se amenace un derecho colectivo, así no se amenacen derechos individuales. Pero también se aplicará cuando la amenaza sea contra los

derechos de los particulares, así sea un solo perjudicado, aunque no se trate de derechos fundamentales, como cuando la contaminación de las aguas de un río amenace la salud del ganado que bebe dichas aguas o los cultivos de peces de un particular.

Finalmente...cuando la amenaza de daño afecte bienes individuales de un grupo de por lo menos 20 personas, estas podrán elegir entre las acciones populares y las acciones de grupo, pero únicamente para que se tomen los correctivos tendientes a suprimir la amenaza de daño. Si se trata de daños ya causados, el colectivo solo podrá cobrarse mediante acción popular, y el individual de quienes conforman el grupo de al menos 20 víctimas, solo se podrá cobrar mediante la acción de grupo”. (págs. 66 y 67).

4º. LAS ACCIONES POPULARES PROCEDEN PARA EVITAR UN DAÑO CONTINGENTE A UN DERECHO COLECTIVO, PARA RESTABLECER UN DERECHO COLECTIVO VIOLADO, O PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACION POR DAÑOS A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS.

De los artículos 2º, 9º y 34, se deduce que las acciones populares no solamente proceden para evitar un daño contingente, sino también cuando se pretende únicamente cobrar la indemnización de los daños ya causados a un derecho o interés colectivo. En este caso, la indemnización será a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. También son viables para restituir las cosas a su estado anterior, así no se trate de pedir una indemnización o de evitar la amenaza de un daño contingente. Se trata de un daño constante que no permite indemnización, sino simplemente la supresión de una situación de hecho o de derecho que está generando la violación del derecho colectivo.

Respecto del tema de la indemnización de perjuicios en las acciones populares, es pertinente acotar que estos se refieren a daños colectivos ya causados acorde con lo previsto en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998. La **Corte Constitucional** en la sentencia aludida en párrafos anteriores, al pronunciarse sobre la exequibilidad de esta norma mediante la sentencia C- 215 de 14 de abril de 1999, adujo que la **condena “in gene-**

re” al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, no vulnera el debido proceso.

En algunos apartes del fallo en mención, se dijo:

“...Ahora bien, el carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario”.

En cuanto hace relación a la condena “in genere” prevista por la misma disposición, que a juicio del actor desconoce también el debido proceso, al requerir de un trámite incidental adicional, conforme a lo regulado en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, se reitera lo señalado por esta Corporación, con ocasión del examen del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que establece la posibilidad de que el juez que falla sobre una acción de tutela, pueda ordenar una indemnización similar con el fin de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado. Afirmó en esa oportunidad la Corte:

“Ningún motivo de inconstitucionalidad encuentra la Corte en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, también acusado en este proceso, puesto que ese precepto se limita a indicar la natural consecuencia atribuida por el Derecho, en aplicación de criterios de justicia, a la comprobación del daño que se deriva de acción u omisión antijurídica, la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como dispone el artículo 90 de la Constitución. Considera la Corte que no es el artículo acusado el que puede tildarse de contrario a la preceptiva superior, toda vez que en él no se dispone ni autoriza que la actuación judicial se lleve a cabo de espaldas a las reglas constitucionales aludidas. Su texto en modo alguno excluye el debido proceso y más bien lo supone”.

5º. PROCEDENCIA DE LA ACCION POPULAR CUANDO EL DERECHO COLECTIVO QUE SE QUIERE PROTEGER ESTE EN CONFLICTO CON OTROS DERECHOS COLECTIVOS O FUNDAMENTALES.

La protección absoluta de los derechos e intereses colectivos por vía de las acciones populares, conduciría no sólo a la anarquía motivada por conflictos de derechos, sino a la dictadura de los jueces que conozcan dichas acciones. **La protección al derecho colectivo al ambiente sano a favor de unos puede atentar contra el derecho a la salubridad de otros o la protección de los derechos del espacio público puede atentar contra el derecho al trabajo de los vendedores ambulantes.** En consecuencia, como lo enseña el Dr. Javier Tamayo Jaramillo en idea que se resume, los jueces que conocen de las acciones populares tienen que calcular si su decisión de proteger un derecho o interés colectivo, no va a generar daño a otros derechos e intereses de la misma naturaleza. En este punto, se requiere esperar el derrotero jurisprudencial.

Es pertinente comentar que el Consejo de Estado en sentencia de 4 de agosto de 2000 (AP-035, C.P. Roberto Medina López)¹¹ definió un conflicto de intereses suscitado entre el derecho al trabajo de unos vendedores ambulantes de Ibagué y el derecho colectivo de los habitantes tendiente a proteger el derecho a gozar del espacio público. En el proveído en mención, se decide que el Municipio de Ibagué debe adoptar medidas adecuadas, necesarias y suficientes para reubicar a los vendedores ambulantes que se vean afectados por la medida, de modo que con ocasión del ejercicio de la actuación administrativa se arbitre una fórmula que permita la coexistencia de los derechos al espacio público y al trabajo.

En uno de sus apartes se expone:

“Es de la coexistencia de estos dos derechos, el de la sociedad a gozar del espacio público y el del individuo a tener un trabajo y contra con ubicación laboral, de donde se desprende la necesidad de conciliar los intereses, los de carácter general que priman sobre los particulares y que deben

¹¹ Sección Quinta. Actor: Procurador Provincial de Ibagué Contra: Municipio de Ibagué.

ser protegidos en su integridad, y los de carácter individual que son fundamentales y que deben ser protegidos con la reubicación del trabajador en otros lugares que señale la autoridad local”.

El Profesor Tamayo Jaramillo, con ocasión del fallo anterior, advierte sobre la dificultad de cumplir una sentencia de las condiciones anotadas, poniendo en peligro los demás derechos colectivos e incluso fundamentales que entran en conflicto. Analiza que las decisiones judiciales dictadas en un proceso de acción popular, interfieren con la actuación de otras ramas del poder público y corren el riesgo de involucrarse en asuntos que son propios de la política gubernamental, empezando a existir por desgracia, un arrume de decisiones judiciales imposibles de cumplir en la práctica por razones de diversa índole, entre ellas las limitaciones de los recursos.

6º. LAS ACCIONES POPULARES PROCEDEN PARA PROTEGER DERECHOS EN CONCRETO

A juicio del actor citado –posición que compartimos– las acciones populares no proceden para proteger los derechos e intereses colectivos en abstracto, sino únicamente para proteger situaciones concretas en las que de hecho esos derechos colectivos existen en cabeza de la colectividad y están en peligro de ser dañados. Así, no cabría una acción popular para obligar al Estado a construir hospitales pero sí para obligarlo a efectuar medidas necesarias para evitar que se caiga un hospital. Según el autor citado: **“El único caso en que cabría la acción popular para proteger un derecho colectivo en abstracto sería para evitar o prevenir un desastre”**. Lo anterior, dada la inminencia del daño, circunstancia que hace lógico y equitativo que el juez pueda imponer su decisión al Estado.

7º. LA PRESUNCION DE LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS Y DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LAS ACCIONES POPULARES

Una de las dificultades con las que se enfrenta el juez de la acción popular es la de determinar qué decisión le corresponde adoptar cuando el daño colectivo emerge de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato estatal, y si su ámbito de competencia le permite enervar los

efectos de la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos y los acuerdos bilaterales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en este punto no es uniforme, pues en algunas oportunidades se acepta la teoría de la presunción de legalidad de los actos administrativos unilaterales y bilaterales y en otras, se acepta que mediante las acciones populares se pueda enervar el acto mismo.

En nuestra opinión, cuando el acto administrativo es la causa directa de la amenaza de un derecho o interés de naturaleza colectiva, resulta apenas natural y obvio que se inapliquen sus efectos, pues sólo de esta manera se evitan las consecuencias nocivas que se ocasionarían con la consumación total de la decisión. Piénsese en actos administrativos que concedan licencias ambientales que causen notorios daños al entorno, en ese evento, las acciones contenciosas serían tardías frente a la latente causación de perjuicios a la colectividad. Sin embargo, creemos que la suspensión de dicho acto, no podrá prolongarse indefinidamente y en defecto o vacío del término máximo, asumimos que deberá ser hasta tanto se cumplan en su totalidad las medidas adoptadas por el juez en la sentencia tendientes a restablecer la situación a las condiciones iniciales. Así mismo, en el evento en que el juez contencioso observe que el acto administrativo incurre en vicios de ilegalidad, deberá señalarle al demandante el camino de las acciones contenciosas.

En el caso de los contratos, la acción popular es procedente, sólo para conjurar el daño contingente, siempre y cuando la medida preventiva no conlleve adoptar decisiones que sean del resorte del juez del contrato en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del C.C.A., sino únicamente las que tengan relación directa con la amenaza de daño colectivo. A manera de ejemplo, es factible una acción popular para obligar a un contratista a restituir el tránsito de una carretera deteriorada por la ejecución de una obra cuando quiera que esta circunstancia origine una amenaza a un derecho colectivo. Al igual, creemos que el juez de la acción popular si observa vicios de ilegalidad en la celebración del contrato, deberá señalarle al demandante que existe el camino de las acciones contenciosas.

La posibilidad de suspensión de la ejecución de un acto administrativo o de un contrato mediante la herramienta de la acción popular, a nuestro juicio deviene porque el juez no está facultado para negar esta acción aduciendo que existe otro medio de defensa judicial, basta únicamente que advierta la violación del derecho colectivo para que proceda a decidir de fondo el asunto.

En torno al tema, precisamente el Consejo de Estado en el expediente N° AP-0089 sentencia de 3 de abril de 2001 (actor: Personería Municipal de La Calera, C.p.: Dr. Alberto Arango Mantilla)¹² se abstuvo de abordar el análisis de las obligaciones derivadas del contrato suscrito entre Municipio de La Calera y la Empresa de Acueducto de Bogotá toda vez que existiendo de por medio un contrato celebrado entre entidades del Estado, la vía procesal –Acción Constitucional Popular– escogida por el Personero Municipal de La Calera, no es la adecuada para los fines perseguidos sino la consagrada en el artículo 87, es decir la acción contractual.

En este evento, se arguyó que correspondía al juez natural de conocimiento resolver el asunto, bajo las normas propias, legales y reglamentarias que rijan ese tipo de contratos con el fin de que por esa senda procesal, se establezca el contenido y alcance de las cláusulas convencionales pactadas. Se adujo que de accederse a las pretensiones de la demanda, podría el juez de la Acción Popular anticiparse a imponer unas obligaciones que no están claramente definidas en el proceso, por las condiciones o circunstancias en que se encuentran concebidas y porque se estaría atribuyendo una competencia que no le pertenece.

Igual criterio fue expuesto por la Sala en asunto radicado con el N° AP-054 de febrero de 2001 (actor: Olga Virginia Yepes Fonseca, C.p: Dr. Delio Gómez Leyva)¹³ respecto de unos acuerdos de pago celebrados por Copexbanca en liquidación con algunas personas naturales y

¹² Sección Segunda. Acción Popular contra: Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

¹³ Sección Cuarta, Acción Popular contra: Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, Dansocial.

jurídicas en desmedro de otros acreedores. En esta oportunidad además de exponerse que no se trata de intereses colectivos o generales sino de la suma de algunos o muchos intereses individuales: **“los de los acreedores de la cooperativa en liquidación”** los mentados acuerdos son actos del liquidador sujetos al derecho común, y por ende, las controversias suscitadas en hechos o actos de gestión del liquidador o en los contratos que celebre serán resueltas por la jurisdicción civil quien es la encargada de declarar la nulidad de los acuerdos de pago cuestionados.

Similar parecer se adoptó en el asunto radicado con el N° **AP- 013** de fecha 27 de febrero de 2000 (actor: José Gregorio Granados Hernández, C.p: Carlos Arturo Orjuela Góngora)¹⁴ respecto de un acto de contenido electoral al cual se le atribuía ser la causa de la inmoralidad administrativa. Allí se dijo que en razón a la naturaleza del asunto no quedaba otra alternativa más viable que la de esperar a que en sede judicial se decida sobre la legalidad del acto discutido.

En contraposición, esta Corporación en fallo de 7 de abril de 2000 radicado con el N° AP-026 (actor: Edison Alberto Pedreros Buitrago, C.p: Julio E. Correa Restrepo)¹⁵ señaló que las decisiones en las acciones populares son de índole declarativa y por ello son procedentes contra actos administrativos aún mediando contra ellos las acciones contencioso administrativas.

Resulta importante hacer referencia a la sentencia AP-059 de fecha 8 de junio de 2001(actor: Jorge E. Piedrahíta Adúen, C.p: Tarsicio Cáceres Toro)¹⁶ la cual es ilustrativa en cuanto por la vía de la acción popular se logró enervar los efectos de algunos acuerdos conciliatorios contra legem efectuado por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena con varios docentes, quienes por su condición de empleados públicos estaban imposibilitados para celebrar audiencias de conciliación toda vez que la

¹⁴ Sección Segunda. Acción Popular contra: Gobernador del Departamento de Norte de Santander.

¹⁵ Sección Cuarta. Acción Popular contra: Banco de la Republica.

¹⁶ Sección Segunda. Acción Popular contra: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

declaratoria de inexequibilidad del artículo 82 de la Ley 446 de 1998, automáticamente implicó la imposibilidad de que los empleados públicos **celebraran audiencias de conciliación ante los inspectores de trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.**

8º. DEL TRAMITE PROCESAL

ASPECTOS GENERALES

1. ADMISION DE LA DEMANDA

ADECUACION DEL TRAMITE. CAUSALES DE INADMISION. CAUSALES DE RECHAZO

El trámite de las acciones populares se desarrollará con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Se aplicarán también los principios del derecho civil, siempre que estos no se contrapongan a la naturaleza de dichas acciones. Promovida la acción es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda.

En este punto, es importante tener en cuenta los deberes de instrucción e interpretación de la demanda que incumben al juez y su labor de orientar y enderezar el proceso. Es muy frecuente que se confundan pretensiones que encajan en la Acción de Tutela, con las de la Popular e incluso con las de Cumplimiento. En este evento, deberá el juez adecuar la acción a la que corresponda de conformidad con su naturaleza y objeto, y de ser necesario otorgará la oportunidad de subsanar la demanda con el fin de que la parte actora adecue las pretensiones en los términos del artículo 20 de la Ley 472 de 1998, conjugando así el mandato del artículo 5º *ibidem*.

Se refuerza lo anterior, porque al examinar la Ley 472 de 1998, se advierte en el Capítulo III sobre principios, que el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda. De conformidad con lo anterior, se

precisa que sí existe expresa facultad legal para que el juez previo el estudio e interpretación de la demanda, adecue la acción a la que corresponda de conformidad con su naturaleza y objeto.

De otra parte, observamos que el juez otorgará al demandante la facultad de subsanar la demanda cuando esta no cumple con los requisitos y formalidades, para lo cual se concederá un término de tres (3) días. Tales requisitos formales son además, los del artículo 137 del C.C.A. acudiendo a la remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998.

La falta de jurisdicción y competencia, que en el fondo se asimilan al rechazo, se deciden mediante decisión motivada, caso en el cual se ordena la remisión del expediente al juez competente a la mayor brevedad posible. (incisos 3º y 4º del artículo 143 del C.C.A).

La primera de las causales indicadas, falta de requisitos y formalidades, tiene que ver desde dos puntos de vista: el primero la falta de requisitos sustanciales y el segundo la falta de formas. La falta de requisitos sustanciales está íntimamente ligada con el objeto de la acción. En razón de lo anterior, se ha aceptado que la demanda puede inadmitirse cuando la acción es indebida, es decir cuando el objeto perseguido no puede lograrse por una vía que resulte equivocada.

En ese orden de ideas, consideramos que el artículo 20 de la Ley 472 de 1998 al referirse a la inadmisión de la demanda comprende no solamente la facultad de permitir la subsanación de los defectos formales sino también la de brindar la oportunidad de corregir aspectos sustanciales como son adecuar la acción interpuesta cuando el objeto de la misma la haga improcedente; de ser posible procederá el juez a la adecuación oficiosa en los términos del inciso tercero del artículo 5º de la Ley 472 de 1998.

En consecuencia, cuando el juez advierta *prima facie* que los fundamentos fácticos no responden a los presupuestos de la Acción Popular sino por ejemplo a la de Cumplimiento y además, sí aprecia que las pretensiones no permiten oficiosamente imprimir el trámite de esta última, deberá otorgar el lapso para subsanar la demanda popular con el fin

de que se adecue a las pretensiones de la acción de cumplimiento previa acreditación de la constitución de renuencia. Si no se subsana, procederá su rechazo.

Cuando no pueda advertirse *prima facie* en la admisión de la demanda la naturaleza de la acción que corresponda al proceso, el juez estará autorizado para impulsar la acción popular instaurada y nada obsta para que pueda denegarla (en la sentencia) por improcedente. A esta alternativa podrá llegar, única y exclusivamente cuando el libelo incoatorio sea de tal dificultad que no permita establecer la acción por la cual corresponde rituar el asunto.

Es importante hacer referencia al contenido de la providencia de fecha 15 de diciembre de 2000, N° AP-147 (actor: Hermann Gustavo Garrido Prada, C.p: Alejandro Ordóñez Maldonado)¹⁷ a través de la cual se pretendió que se ordenara a la empresa Cara Limpia S.A. E.S.P., que conformará de manera inmediata el Comité de Reclamos tal y como lo estatuye el artículo 61 del Estatuto Nacional del Usuario. Del libelo demandatorio, se infería que el derecho colectivo cuya protección se deprecaba era el contemplado en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998 referido en el literal n) a: “Los derechos de los consumidores y usuarios”.

En dicha oportunidad, se anotó que la abstención de la empresa demandada en acatar la disposición que de manera clara ordena la conformación de los **Comités de Reclamos** de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituía presupuesto suficiente para acceder a la prosperidad de una acción de cumplimiento en el evento de que este hubiese sido el mecanismo de protección escogido por el actor, lo cual así no aconteció. De otra parte, se advirtió que la omisión en dar cumplimiento a una norma con fuerza de ley o acto administrativo puede originar la vulneración de derechos colectivos, pudiéndose en esta situación, instaurarse tanto la Acción de Cumplimiento como la Popular a elección del actor.

¹⁷ Sección Segunda Acción Popular contra: Empresa Cara Limpia S.A.

En el sub júdice, no se acreditó la amenaza al derecho colectivo que prevé la Ley 472 de 1998, artículo 4° literal n), y por estas circunstancias estimó la Sala que debió el Tribunal denegar las pretensiones incoadas toda vez que el actor eligió instaurar la mentada Acción Popular. Así las cosas, concluyó que no habiéndose acreditado la amenaza del derecho colectivo derivado del incumplimiento de una norma, resulta comprensible que la Acción Popular instaurada estaba llamada a fracasar.

Igualmente, es pertinente referir que el juez está facultado para adecuar el trámite de una acción de tutela a una acción popular cuando establezca que con la violación del derecho colectivo se afecta o se está afectando un derecho fundamental del demandante. La facultad oficiosa del juez, se reitera, surge en virtud de las previsiones del artículo 5° de la Ley 472 de 1998, a nuestro modo de ver, igual facultad se puede ejercer para efectuar la modificación de Acción Popular a Acción de Tutela, para los eventos en que se depreque la supresión de una amenaza de daño. Nuevamente se acota, que si las pretensiones de la Acción de Tutela o viceversa Popular no responden respectivamente a la naturaleza de la popular o viceversa tutela lo aconsejable es darle la oportunidad a la parte actora de enderezar el *petitum*.

De otra parte, como la Ley 472 de 1998 no consagra causales de improcedencia de la Acción Popular, sino únicamente la facultad de subsanarla por falta de requisitos formales los cuales corresponde armonizar con los del artículo 137 del C.C.A. (adicionalmente el sustancial de adecuación del trámite) y de rechazo en los eventos de falta de subsanación, falta de jurisdicción y competencia, no podrá impedirse el curso de una demanda aduciendo que **“existen otros medios de defensa judicial”**. Tal decisión, solamente puede adoptarse al momento de decidir de fondo la demanda. El criterio anotado, se consignó en el auto de fecha 8 de febrero de 2001 radicación AP- 174 (actor: Fundación Parque Humedal de Santa María del Lago, C.p: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá)¹⁸.

¹⁸ Sección Quinta. Acción Popular, contra: Ministerio del Medio Ambiente.

2. ANALISIS DE LA CADUCIDAD DE LA ACCION PREVISTA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 472 DE 1998 EN CONCORDANCIA CON LA SENTENCIA C-215 DE 1999 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La acción popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo. Cuando dicha acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración. (artículo 11 de la Ley 472 de 1998).

La norma en mención en el aparte: **“...Cuando la acción esté dirigida a volver las cosas a su estado anterior, el término para interponerla será de cinco (5) años, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración”** fue acusada ante la **Corte Constitucional** y dicha Corporación a través de la referida sentencia C-215 de 1999 la declaró inexecutable al considerar que si bien es cierto los plazos que puede fijar el legislador para ejercer acciones judiciales mediante instrumentos como la caducidad y la prescripción de la acción pueden justificarse en la mayoría de los casos por razones de seguridad jurídica, de eficiencia en la administración de justicia y del cumplimiento del deber ciudadano de colaborar con esta, el plazo de cinco (5) años para instaurar la acción cuando se trata de volver las cosas a su estado anterior, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos.

Sobre el punto en mención, razonó así la Corte:

“... Es evidente que no se trata de la protección de meros derechos subjetivos o intereses particulares, sino que la acción popular versa sobre cuestiones de tal entidad, que su vulneración pone en peligro o ataca bienes tan valiosas para la sociedad, como la vida, la salud, el ambiente sano, el equilibrio ecológico, la seguridad, patrimonio y moralidad pública no de una persona, sino de toda una colectividad. A diferencia de las acciones individuales, cuyo ejercicio radica en cabeza de un sujeto que bien puede decidir instaurarlas o no, la posibilidad de acceder a la justicia para hacer cesar la amenaza o violación de un derecho colectivo, existe para una pluralidad de personas que por pertenecer a la comunidad afectada, tie-

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

Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible.”

3. TITULARES DE LA ACCION POPULAR

Son titulares de la acción popular las personas naturales o jurídicas; las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar; 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 haya originado en su acción u omisión; el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y Municipales; los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

A través de la sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, la **Corte Constitucional** desestimó los cargos promovidos contra los artículos 12 y 13 de la Ley 472 de 1998, y consideró que las normas en mención no quebrantan los preceptos constitucionales invocados (artículos 277 numerales 2 y 3 y 283 numeral 5), y por el contrario están acordes con las funciones que ha conferido el estatuto superior al Ministerio Público.

De otra parte, se descarta que la acción pueda ser ejercitada a través de agente oficioso, toda vez que cualquier persona natural o jurídica que

advierta la violación de un derecho colectivo que lo afecte directamente –por hacer parte del ámbito espacial– o indirectamente, puede promover la protección de un derecho que de por sí pertenece a la colectividad intangiblemente considerada.

En el trámite de la acción es factible predicar el fuero de atracción o fuero atrayente, figura de linaje estrictamente procesal, a través de la cual por razones de economía, se permite que sea el juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el competente para conocer de manera especial del trámite procesal, cuando quiera que la amenaza a los derechos colectivos sea causada por actos, acciones u omisiones de las **entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas** (artículo 15 de la Ley 472 de 1998) como de los particulares. Piénsese a manera de ejemplo, en la afectación del derecho colectivo a la salubridad pública, ocasionado por la omisión de los dueños de las panaderías en verificar medidas higiénicas tales como la envoltura en bolsas plásticas, sumado a la inobservancia de las entidades de control y vigilancia en realizar el seguimiento respectivo. En el evento anterior, no obstante que los particulares ponen en riesgo y amenaza el derecho colectivo, el juez competente no es el de la jurisdicción ordinaria sino de manera prevalente, especial y excepcional el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A voces del artículo 14 de la Ley 472 de 1998, y acorde con los postulados que consagra el artículo 228 de la C.P., se establece para el juez el deber de determinar a los responsables de la vulneración o amenaza de los derechos colectivos. De manera que en la sentencia que se emita en la acción popular, está proscrita la inhibición por falta de legitimación en la causa por pasiva, lo cual resulta plausible en una acción cuya normas de interpretación procesal deben despojarse de excesivas ritualidades. Lo aconsejable entonces, en guarda de evitar la dilatación de trámites, es para el magistrado sustanciador disponer la vinculación de las personas y entidades respecto de las cuales pueda observar el compromiso en la afectación del derecho colectivo. Tal vinculación puede acontecer a nuestro juicio en cualquier estado del proceso hasta antes de que se profiera sentencia, permitiéndose a los recién vinculados la oportunidad de ejercer el derecho de defensa traducido en contestar la de-

manda e intervenir en la audiencia de pacto de cumplimiento entre otras actuaciones.

4. MEDIDAS CAUTELARES

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 tal sentido podrá disponer:

1. Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar un daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionado;
2. Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la condena potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
3. Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquier de las anteriores medidas previas;
4. 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.

En este orden, para la procedencia de las medidas cautelares, se requiere acreditar la inminencia del daño que se pretende evitar o el daño que se está causando y cuya consumación agrava el perjuicio al derecho colectivo. El instrumento que contempla el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, se ofrece expedito y ágil, en la búsqueda y realización de los objetivos de la mentada acción en predicado de su relevante origen constitucional. Para la determinación de la “inminencia y urgencia” de proteger el derecho colectivo a través de una medida cautelar, el caudal probatorio deberá estar compuesto por pruebas sumarias; la apreciación por parte del juez está sometida a las reglas de la sana crítica con fundamento en las cuales le corresponde establecer la amenaza a los derechos colectivos que se anuncia. Si de su análisis valorativo, concluye la conculcación del interés colectivo, dispondrá las medidas pertinentes en aras de cumplir el cometido máximo de la acción popular enderezado a evitar la amenaza de daño contingente o la consumación total de sus efectos.

A voces del parágrafo 2º del artículo 25 de la Ley 472 de 1998, 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.

En este aspecto, es evidente que la acción popular no puede convertirse en un simple enunciado teórico y retórico de los derechos constitucionales de los asociados y por ello, en aras de satisfacer plenamente sus objetivos, es comprensible que al magistrado sustanciador, le asiste la facultad de ordenar la realización de todos los actos que sean necesarios para evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger y de conjurar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. Lo contrario, haría nugatorios los objetivos de la acción popular y demagógicos los principios que la rigen.

El artículo 26 de la Ley 472 de 1998, señala que el auto que decrete las medidas previas será notificado al demandado simultáneamente con la admisión de la demanda y podrá ser objeto de los recursos de reposición y apelación. Basta un sencillo análisis de la norma para concluir que la negativa a decretar las medidas previas carece de medios de impugnación.

Este temperamento se consigna en el fallo de 22 de octubre de 1999 del Consejo de Estado radicación N° AP-005 (actor: Francia Banda y Otros C.p.: Daniel Manrique Guzmán)¹⁹ que sobre el particular expuso:

“... En relación con las medidas cautelares dentro del trámite de las acciones populares, el artículo 26 de la Ley 472 establece claramente que son procedentes los recursos de reposición y apelación, únicamente respecto del ‘auto que decrete las medidas previas’.

... Respecto del auto que niegue el decreto de las medidas cautelares, la ley guarda silencio, lo que significa que sólo es objeto del recurso de reposición en los términos del citado artículo 36.

¹⁹ Sección Cuarta. Acción Popular.

En consecuencia, se observa que en materia de medidas cautelares el único auto apelable es el que las decreta, más no el que las niega. La solución legal es razonable toda vez que el decreto de una medida cautelar puede irrogar ingentes daños al demandado, en tanto el que la niega sólo mantiene el *statu quo*.

Con fundamento en las razones expuestas se concluye que contra el auto que niega las medidas cautelares no es procedente el recurso de apelación y en consecuencia, la Sala lo rechazará por improcedente”.

No compartimos el criterio anterior y desde luego nos apartamos del mismo, puesto que para el interés de la colectividad reviste la misma importancia el auto que decreta una medida cautelar como el que la niega, y por ello, abogamos por la inaplicación del precepto en el aparte en mención, permitiendo de esta manera la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.

Adicionalmente, en defecto de la tesis de la inaplicación, creemos que en virtud de la remisión a las normas del C.P.C. que autoriza el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, puede acudir al numeral 3 del artículo 690 del mentado estatuto procesal, del cual se infiere que es tan apelable el auto que decreta una medida cautelar como el que decide negarla.

5. LA AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

El artículo 27 de la Ley 472 de 1998 establece una modalidad de terminación anticipada del proceso, por acuerdo entre las partes o pacto de cumplimiento. La convocatoria a esta audiencia especial es de carácter obligatorio y la intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo tiene el mismo carácter, sancionándose drásticamente con destitución del cargo la inasistencia de los funcionarios competentes. La finalidad de la audiencia de pacto de cumplimiento es lograr que por la vía conciliatoria o del acuerdo de voluntades, se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. El compromiso que adquieren las partes tendiente a materializar las fórmulas de arreglo propuestas, es revisable por el juez en un

plazo de cinco (5) días contados a partir de su celebración a quien competirá analizar los posibles vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, obrando en el juez la facultad oficiosa de corregirlos con el consentimiento de las partes interesadas.

Ha previsto la ley causales por las que se considera fallida la audiencia de pacto de cumplimiento, las que en la medida en que fuere posible, corresponde al juez evitar pues en él radica el deber de impulsar el proceso y por ende, le concierne invitar a las partes a solucionar el conflicto por las vías conciliatorias más aún en presencia de intereses colectivos, respecto de los cuales está de por medio el compromiso institucional. La aprobación del pacto de cumplimiento se surtirá mediante sentencia cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas.

De acuerdo con la sentencia C-215 de 14 de abril de 1999 dictada por la **Corte Constitucional** que estudió el mencionado artículo 27 de la Ley 472 de 1998, si se tiene en cuenta que en las acciones públicas rige por lo general el principio de gratuidad, así como que quien actúa con un propósito altruista en defensa de derechos e intereses de la comunidad a que pertenece merece algún tipo de reconocimiento por su actuación, debe entenderse que la expresión “**partes involucradas**” consignada en la mencionada norma, se refiere exclusivamente al infractor que con su actuación vulneró los derechos e intereses objeto de dicho pacto, a quien corresponderá entonces asumir las erogaciones que cause la publicación.

La demanda de inexecutableidad contra el artículo 27 de la Ley 472 de 1998 se sustentó además en que el pacto de cumplimiento propicia la negociación de la sanción jurídica reduciendo la eficacia de la acción popular y resulta contrario a las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 1º, 6º, 29 y 230 de la C.P. por cuanto el cumplimiento de los deberes en los que está en juego el interés público no puede supeditarse a negociación alguna. La decisión de la **Corte Constitucional** fue de executableidad condicionada del precepto en mención, pues no se trata como erróneamente lo interpreta el demandante de negociar la sanción jurídica, sino que por el contrario, ese acuerdo contri-

buye a obtener la pronta reparación de los perjuicios ocasionados por la vía de la concertación, reduciendo los términos del proceso y aminorando el desgaste del aparato judicial.

Así dilucidó la Corte:

“Otro argumento que desvirtúa la interpretación del mencionado pacto como un medio para negociar la sanción jurídica, se refiere al hecho de que la conciliación versa sobre algo que se encuentra pendiente de determinación, pues al momento de intentarse el pacto de cumplimiento, aún no se ha impuesto sanción alguna al infractor. A lo anterior se agrega, que el intento de acuerdo parte de la base de que quien ha ocasionado la afectación de los derechos e intereses colectivos reconozca su infracción y acepte cuando fuere del caso, la reparación de los daños ocasionados, en beneficio de los directamente perjudicados y de la sociedad en general. Más aún, se reitera que la intervención del Ministerio Público garantiza que en la celebración del pacto no se desconozcan ni desmejoren los derechos e intereses de los accionantes, dada su función de velar por la vigencia de tales derechos”.

A nuestro juicio, la fórmula de arreglo que se exponga en el pacto de cumplimiento con miras a finalizar la controversia por esta vía, no implica la aceptación de la responsabilidad del demandado ni es elemento condicionante que este la manifieste, de ser así, se desnaturalizaría la finalidad de la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual lejos de constituirse en un juicio de responsabilidades tiene como propósito solucionar por la vía del mutuo acuerdo el conflicto suscitado.

Puntualiza la Corporación afirmando que la exequibilidad condicionada del artículo 27 de la Ley 472 de 1998, surge por la necesidad de no imprimirle a la sentencia de aprobación del pacto de cumplimiento el carácter de cosa juzgada absoluta, dado que no puede ignorarse la probabilidad de que a pesar de la fórmula de solución acordada, se generen para la comunidad nuevas situaciones que vulneren sus derechos e intereses, por obedecer a causas distintas a las alegadas entonces y por la aparición de informaciones de carácter técnico de las cuales no dispusieron ni el juez ni las partes al momento de conciliar la controversia.

La situación precedente la plasmó así la Corte:

“ ..Sin embargo, la Corte considera que se configura una situación diferente cuando ocurren hechos nuevos o causas distintas a las alegadas en el proceso que ya culminó, o surgen informaciones especializadas desconocidas por el juez y las partes al momento de celebrar el acuerdo. Por consiguiente, en este evento, y en aras de garantizar el debido proceso, el acceso a la justicia y la efectividad de los derechos colectivos, habrá de condicionarse la exequibilidad del artículo 27 acusado, en cuanto debe entenderse que la sentencia que aprueba el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada, salvo que se presenten hechos nuevos y causas distintas a las alegadas en el respectivo proceso, así como informaciones técnicas que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto, caso en el cual, el fallo que lo aprueba tendrá apenas el alcance de cosa juzgada relativa”.

En realidad al referir la mencionada Corporación que el pacto de cumplimiento no hace tránsito a cosa juzgada cuando surjan “informaciones técnicas que no fueron apreciadas por el juez y las partes al momento de celebrarse dicho pacto”, se establece una manera de contravenir los efectos de dicho acuerdo de voluntades, en atención a factores técnicos que son de recibo entratándose de la violación de derechos colectivos que atañan al medio ambiente o la salubridad, respecto de los cuales la prueba pericial es necesaria en orden a establecer el quebranto o vulneración de los mismos.

6. LA SENTENCIA DE LA ACCION POPULAR

La sentencia que se dicte en el proceso de acción popular y que acoja las pretensiones, **podrá contener la orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de los perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo cuando fuere físicamente posible.**

En torno a la indemnización de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública “no

culpable” que los tenga a su cargo, la **Corte Constitucional** al despa-
char desfavorablemente el cargo formulado contra dicho aparte del artí-
culo 34 de la Ley 472 de 1998 expuso:

“...Encuentra la Corte que no es de recibo el reparo del actor respecto de la indemnización en favor de la entidad no culpable, en cuanto en su criterio, vulnera el debido proceso, pues si bien se observa, del contenido de la norma en mención no puede deducirse que esté excluyendo la responsabilidad de los agentes de esa institución, toda vez que la disposición se refiere precisamente a la entidad “no culpable”, que además tiene a su cargo la defensa de los derechos e intereses colectivos cuya vulneración se busca reparar. De igual manera, el legislador pretende con esta medida, garantizar los recursos necesarios para que dicho organismo adelante las gestiones pertinentes destinadas a reparar los perjuicios causados a los intereses y derechos afectados, como quiera que esas entidades son las encargadas de proponer por la defensa y protección de éstos.” (se subraya).

En la sentencia que decida la acción popular, el juez dispondrá las medidas que sean pertinentes en orden a garantizar plena y efectivamente los derechos colectivos conculcados o amenazados y señalará un plazo prudencial de acuerdo con el alcance de sus determinaciones dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. Llama la atención, la amplia potestad radicada en el juez de la acción popular para ordenar y hacer cumplir todas las medidas tendientes a lograr la satisfacción de los objetivos y finalidades de la acción popular y en este sentido, deberá preferir la solución que se ajuste más a la lógica y las necesidades colectivas, teniendo presente que si bien es cierto es dable disponer la realización de actuaciones públicas, para la ejecución de estas deberán señalarse plazos prudenciales acordes con las realidades presupuestales.

En este punto, es donde se observan los mayores obstáculos para la efectividad de la sentencia de la acción popular, pues el juez debe adentrarse en aspectos que no son precisamente de la órbita de sus competencias y respecto de los cuales siempre encontrará dificultades para concretar las soluciones más expeditas para la comunidad.

Se reitera que nuestra posición en el evento en que el acto administrativo sea la causa directa de la amenaza de un derecho o interés de naturaleza colectiva, es disponer la inaplicación de sus efectos, pues sólo de esta manera se conjuran las consecuencias nocivas que se ocasionarían con la consumación total de la decisión. En el caso de los contratos, la acción popular es procedente sólo para evitar los daños colectivos que ocasione la ejecución de un acuerdo bilateral.

Es comprensible que la acción popular es un mecanismo hábil **para evitar la consumación del daño contingente, del que se encuentre en vía de consumación y del que habiendo acontecido en su totalidad “puede ser restablecido”** siempre que estén en juego derechos colectivos; en ese orden, cuando alguno de los derechos previstos en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998 y otros de la misma naturaleza no previstos en aquélla se adviertan amenazados, el juez podrá disponer la inaplicación de un acto administrativo o la suspensión de la ejecución de un contrato.

Recalcamos este tópico dada la dificultad que para el juez de la acción popular comporta adoptar decisiones de este carácter. Con el propósito de ser ilustrativos en el tema, pensemos por ejemplo en un contrato de obra cuya realización del objeto en consonancia con el precio pactado, advierta un flagrante sobrecosto. En estas circunstancias, la acción popular se torna eficaz para evitar la conculcación del derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, luego la inejecución del contrato o la suspensión del mismo en el evento de encontrarse en estado de ejecución, se ofrece como la única alternativa viable y coherente para salvaguardar los intereses colectivos afectados.

En este aspecto, es pertinente recordar que el artículo 40 inciso segundo de la Ley 472 de 1998, establece que cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o la entidad contratante y contratista, **en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso, sin perjuicio de las acciones disciplinarias y penales que para el caso procedan. Tales determinaciones deberán adoptarse en la sentencia.**

Así mismo, en los términos del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular puede **“condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible”**.

De estas potestades, se infiere que la indemnización de perjuicios a favor de los entes públicos, es viable cuando la entidad pública prestataria de un derecho colectivo se vea imposibilitada para continuar prestandolo por acción u omisión de otra entidad pública o de un particular. A manera de ejemplo, podría adoptarse la condena indemnizatoria en favor del **Ministerio del Medio Ambiente** y en contra del **Ministerio de Hacienda** cuando por omisión estatal no se dispongan los recursos para atender la contaminación de una reserva forestal cuyo cuidado y protección estaba a cargo del Ministerio del Medio Ambiente.

Así mismo, la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o interés colectivo, implica el establecimiento del *statu quo*. A manera de ejemplo, es perfectamente factible ordenarle a una entidad que continúe prestando medidas higiénicas y de salubridad para evitar una amenaza de contagio de una enfermedad infecciosa. Igualmente, puede disponerse el restablecimiento de un vía pública deteriorada con el paso del tiempo cuyo restablecimiento a sus condiciones iniciales sea necesario para que no continúe la amenaza de un derecho colectivo.

Ocurre que cuando las obras públicas se deterioren por la utilización de pésimos materiales, está de por medio el derecho a la moralidad administrativa y en este evento, además de estar facultado el juez para **“ordenar el restablecimiento de las cosas a su estado anterior cuando fuere físicamente posible”**, –por tratarse evidentemente de un derecho colectivo– deberá disponerse la condena solidaria en contra del representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria siempre que este deterioro se cause irregularmente.

7. ESTIMULO ECONOMICO

El juez fijará el monto del incentivo para el promotor de la acción popular en un monto equivalente entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Cuando el actor sea una entidad pública el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos. En el evento de violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince (15) por ciento del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

El Consejo de Estado con ponencia en decisión de fecha 1º de marzo de 2001 radicación AP-3764 (actor: William Persi González Sánchez, C.p: Ricardo Hoyos Duque)²⁰ hizo importantes pronunciamientos respecto del tema, y señaló que el estímulo económico previsto en la ley para el actor en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, y cuyos antecedentes se encuentran en el artículo 1005 del C.C., no está concebido como un castigo para la entidad o persona renuente a cesar en la vulneración de los derechos e intereses colectivos, sino como una compensación por la labor altruista del actor así dicha suma deba pagarse a costa de la entidad o persona responsable de la vulneración.

Por ello, consideró la Sala que el incentivo procede a pesar de que la entidad demandada se allane a cumplir el deber demandado por el actor y además, que la celebración del pacto de cumplimiento no implica que la labor del demandante haya sido menos diligente, pues su actuación en esa audiencia fue necesaria para esa conciliación. Se precisa que el incentivo económico es un **“asunto negociable”**; en otros términos, si bien el derecho que tiene el actor a obtener un incentivo económico no surge de la liberalidad de la parte demandada sino de la ley y por tanto, si su procedencia y cuantía no fueron objeto de acuerdo en la diligencia de pacto de compromiso en la cual podrán convenir que no se pagará incentivo económico al actor o que ese incentivo será inferir al fijado en la ley, el juez que apruebe dicho pacto debe determinar el valor de la compensación.

²⁰ Sección Tercera. Acción Popular contra: Caja de Compensación Familiar del Huila y el Municipio de Palermo.

La mencionada tesis se reiteró en el auto de 1° de marzo de 2001 expediente N° AP-2571 de fecha 1° de marzo de 2001 (actor: William Alfonso Navarro Grisales, C.p: Alíer Eduardo Hernández Enríquez) ²¹ en la cual se argumentó además, que en todo caso el juez debe consultar la equidad y la discrecionalidad con miras a establecer, sí el demandado fue agente generador del daño, hipótesis que soportaría el peso de asumir el incentivo económico. Al respecto, se indicó:

“... debe anotarse que el incentivo pretende, por una parte, aliviar los gastos propios en que puede incurrir un demandante en cualquier proceso, por otra, premiar a quien emprende una acción eficiente para que los derechos colectivos cobren vigor, y finalmente, animar al actor a hacer frente a una contraparte que en muchas oportunidades será económicamente poderosa y dispondrá de todos los recursos necesarios para enfrentar la relación procesal.

Por otra parte, es cierto que la obligación de pagar el mencionado incentivo no constituye por sí misma una condena, pero en todo caso, no consultaría la equidad obligar a alguien a la realización de esa erogación por el sólo hecho de constituir la parte demandada en un proceso de acción popular. Por ello, el juez de la acción popular debe hacer un análisis de las pruebas que obran en el expediente, de lo expresado en la demanda y en su contestación, y de los términos del pacto de cumplimiento, para determinar si el demandado fue agente generador del daño, pues si no es así debe salir libre de cualquier tipo de carga derivada del proceso, diferente de las que el mismo acepte en virtud del pacto de cumplimiento; de lo contrario, todo demandado en acción popular soportaría, por el hecho de serlo y sin importar si participó o no en la causa del daño, el peso de pagar el incentivo en caso de que la acción logre la protección del interés colectivo”.

En esta recopilación, destaca la Sala la decisión de 8 de junio de 2001 radicación N° AP-059 (actor: Jorge A. Piedrahíta Adúen, Cp: Tarsicio Cáceres Toro)²² en la cual se reconoció al actor de la acción

²¹ Sección Tercera. Acción Popular contra: Empresas Públicas de Puerto Boyacá.

²² Sección Segunda. Contra: Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

popular quien se presentó en condición de veedor ciudadano un incentivo equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales y se precisó que dicho reconocimiento se efectuaba en su calidad de ciudadano y no de veedor por cuanto la Ley 563 de 2000 por la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas fue declarada inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1338 de 4 de octubre de 2000.

Así mismo, en sentencia de 7 de junio de 2001 radicación AP-166 actor: Manuel Jesús Bravo y otros, C.p. Alier E. Hernández Enríquez)²³ se concluyó que los coadyuvantes, no son titulares del estímulo económico contemplado en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, puesto que no obedece al sentido de la institución efectuar tal reconocimiento dado que ellos no tienen el carácter de demandantes y no tuvieron la iniciativa para promover un proceso en defensa de un interés colectivo.

De otra parte, a nuestro juicio, nada impide que a través del mecanismo de la sucesión procesal, las personas autorizadas en el artículo 60 del C.P.C. reciban el incentivo económico a que se ha hecho referencia, en caso de muerte del promotor de la demanda procesal, debiéndose acudir a las previsiones del artículo 169 ibídem, decisión que incluso redundaría en beneficio de los intereses colectivos que encierra el proceso correspondiente a la acción estudiada, el cual no podría paralizarse por esta causa, más aún cuando este podría continuar con la intervención y vigilancia del Ministerio Público y con quienes concurren en condición de coadyuvantes como la Defensoría del Pueblo. (artículos 21 y 24 de la Ley 472 de 1998).

8. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA ACCION POPULAR

El artículo 30 de la Ley 472 de 1998 estatuye que la **“carga de la prueba corresponderá al demandante”**. En este aparte, la norma se ajusta a los postulados que enseña el artículo 177 del C.P.C. No obstante, en cabeza del juez radica la obligación de impartir las órdenes nece-

²³ Sección Tercera. Acción Popular contra: Municipio de Pasto.

sarias para suplir las deficiencias probatorias y para obtener los elementos indispensables para proferir el fallo de mérito.

La norma en mención, fue demandada ante la **Corte Constitucional** y dicha Corporación en la comentada sentencia C-215 de 1999 la declaró exequible bajo el siguiente temperamento:

“... De otro lado, en cuanto se refiere al cargo formulado en concreto contra el artículo 30, y teniendo en cuenta la naturaleza de la acción popular, para la Corte resulta admisible, lógico y necesario que la demostración de los perjuicios sufridos por una persona en uno de sus derechos e intereses colectivos, le corresponda al afectado. En todo caso, el debido proceso queda a salvo, pues el mismo precepto establece que si por razones económicas o técnicas el demandante no puede acreditar las pruebas, el juez deba impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia probatoria, para lo cual puede solicitar a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate, dichos experticios probatorios y así obtener los elementos indispensables para adoptar un fallo de mérito.

Además, el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 superior es aplicable a todos los poderes públicos y a las personas en general, razón por la cual trasladar la carga de la prueba al demandado como lo pretende el actor, equivaldría a presumir desde un comienzo, con la sola presentación de la demanda, su responsabilidad”.

Es necesario advertir que la carga de la prueba en orden a establecer la responsabilidad patrimonial que se contempla en el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 para quienes con su conducta hayan incurrido en irregularidades en la contratación, requiere a su vez la demostración de la conducta dolosa o culposa de los funcionarios y particulares que participen en la celebración de tales contratos que atenten contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

9. LOS MEDIOS DE IMPUGNACION EN LA ACCION POPULAR

El artículo 36 de la Ley 472 de 1998 estatuye que “**contra los autos dictados durante el trámite de la acción popular procede el recurso**

de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil”. A su turno, el artículo 37 *ibídem*, prevé que “el recurso de apelación procederá contra la sentencia que se dicte en primera instancia, en la forma y oportunidad señalada en el Código de Procedimiento Civil”. No se determinan en la normatividad en mención, los medios de impugnación procedentes contra los autos interlocutorios, razón por la cual creemos que esta falencia, se suple con las normas del C.P.C. y del C.C.A., garantizando de esta forma el debido proceso traducido en la posibilidad de controvertir toda decisión judicial.

Merece comentario especial, el auto que rechace la demanda, cuya posibilidad de ser apelado, ha sido tema de análisis en varias decisiones. A manera de ejemplo en la providencia radicada con el Nro. AP-171 de 25 de enero de 2001 (actor: **Alcalde Municipal de Yaguara, C.p: Ricardo Hoyos Duque**)²⁴ se dijo que los artículos 36 y 37 de la Ley 472 de 1998, establecen los recursos que proceden contra las providencias dictadas en el trámite de la acción popular, y señalan que el de reposición procede contra los autos y el de apelación contra la sentencia que se dicte en primera instancia.

En el proveído se anotó, que una interpretación literal de estas disposiciones, parecería indicar que el auto que rechace la demanda en las acciones populares, no es susceptible del recurso de apelación. Sin embargo, el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, establece que en los aspectos no regulados en la ley, mientras no se opongan a la naturaleza y finalidad de las acciones populares se aplicarán las disposiciones del C.P.C. y el C.C.A. dependiendo de la jurisdicción que le corresponda. Con fundamento en esta última norma, se ha venido considerando que como el auto recurrido de rechazo de demanda en los términos del C.C.A. es apelable existe competencia funcional del Consejo de Estado para conocer de dicha impugnación.

²⁴ Sección Tercera. Acción Popular contra: La Nación, Ministerio de Hacienda y Oficina Nacional de Planeación.

10. REMISION AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y AL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Los enormes vacíos que presenta la ley y la constante dificultad para hacer realidad los objetivos de la acción popular debido a una normatividad definitivamente difusa e inconclusa, exigen del juez hacer uso de su facultad interpretativa para adoptar las disposiciones del C.C.A. y C.P.C. y ajustarlas al trámite de la acción popular sin desatender su naturaleza y finalidad. Esta labor, que sin lugar a dudas, no se compadece con la ortodoxia procesal, en el fondo trae como enseñanza que en la medida de lo posible, ante todo el juzgador debe desprenderse del catálogo de la ritualidad procesal y abrir el del derecho sustancial, más aún respecto de acciones que como la popular, son expresión de la inconformidad de la colectividad frente a la desidia estatal.

SANTA MARTA, AGOSTO DE 2001

VI. Anotaciones panorámicas sobre: las acciones de grupo

Dra. María Elena Giraldo Gómez
Consejera de Estado

I. INTRODUCCION

Desde la existencia del hombre y con él las cosas que lo rodean y hasta el advenimiento de los nuevos tiempos han hecho presencia todo tipo de daños: los generados por el propio hombre a la naturaleza, los de la naturaleza a él; los multiplicados en las comunidades como consecuencia del preagrupamiento humano; los provenientes del ámbito particular y no particular (nacionales o extranjeros).

Y mirando el daño desde el punto de vista jurídico, se convierte en el motivo o razón de acudir a los estrados judiciales; la mayoría va al juez a imputar, por su intermedio, responsabilidad a una(s) persona(s) respecto de la cual cree que le causó un(s) daño(s); para ello indica la causa(s) que originó la conducta(s) que lo produjo y la relación causal entre el daño y esa conducta.

Las acciones judiciales como instrumentos para promover la vigencia del ordenamiento jurídico objetivo, retirarle lo que lo daña o lesiona, y el respeto de los derechos subjetivos – retirando las actuaciones que lo dañan, deteniendo las que los amenazan y vulneran, indemnizando las agresiones pasadas al derecho subjetivo y al objetivo y/o materializándolos nos muestra la tendencia al mantenimiento del equilibrio del estado de las cosas y de la reparación o indemnización de otras.

2. CARTA POLITICA DE COLOMBIA DE 1991

En su Título I “*De los principios fundamentales*”, capítulo 4, “*De la protección y de la aplicación de los derechos*” se instituyeron, entre otros, las acciones de grupo; señaló respecto a la ley que:

“También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares” (inc. 2º art. 88).

Igualmente dispuso que “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan **propugnar por la integridad del orden jurídico**, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas” -Artículo 89 en concordancia con arts. 83 a 88; y las Leyes 74 de 1968 – art 28 – y 16 de 1972 – art. 33 –¹.

3. REGLAMENTACION DE LA CONSTITUCION

A. Objeto

Debe examinarse el contenido de la norma, para deducirlos. La 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 popula-*

¹ LEY 74 DE 1968: Por la cual se aprueban los “Pactos Internacionales de derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966” El texto del pacto en su artículo 16 indica: 1. Parte V: Artículo 28: Las disposiciones del presente pacto serán aplicables a todas las partes competentes de los estados Federales, sin limitación ni excepción alguna. 2. Parte IV: Artículo 28. Se establecerá un comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité). Se compondrá de dieciocho miembros, y desempeñará las funciones que se señalan más adelante: El Comité estará compuesto de nacionales de los Estados Partes en el presente Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal. LEY 16 DE 1972: Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Del texto del pacto se encuentra Artículo 16. Libertad de Asociación. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional.

*res y de grupo y se dictan otras disposiciones” dispuso que las acciones de grupo son las 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. Las condiciones uniformes deben tener lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad; que la acción de grupo se ejercerá, por regla general y exclusivamente para obtener el *reconocimiento y el *pago de indemnización de perjuicios (art. 3º). Es idéntico el contenido del artículo 46, el cual agrega que “*El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas*” (Exequible C-215 99).*

Se dice por regla general y exclusivamente porque el artículo 69 dispuso sobre otras acciones de grupo que se tramitaran por la presente ley; como las contempladas:

“(…) en el artículo 76 de la Ley 45 de 1990, en el artículo 1.2.3.2. del Decreto 653 de 1993 (Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores) y en el Decreto 3466 de 1982 artículos 36 y 37, se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título”.

Esas normas sobre otras acciones de grupo expresan lo siguiente:

- El artículo 76 de la Ley 45 de 1990 sobre el derecho a indemnización por la ejecución de las siguientes prácticas:
 - ❑ Dentro del sistema financiero asegurador acuerdos o convenios entre empresarios, decisiones de las asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero asegurador;
 - ❑ Establecer competencia desleal;
 - ❑ Ninguna persona podrá, directamente o través de interpuesta persona, realizar una o varias operaciones en el mercado de valores utilizando información privilegiada.

El texto es el siguiente:

ARTICULO 76 LEY 45 DE 1990

Acciones de clase. *Las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refieren los artículos 73, 74 y 75² de la presente ley podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3 a 7 y 9 a 15 del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia Bancaria en el caso de los citados artículos 73 y 74, tratándose de conductas imputables a entidades sometidas a su vigilancia, y por la Comisión Nacional de Valores en los demás casos. La publicación de la sentencia se hará por la Superintendencia Bancaria o por la Comisión Nacional de Valores, según corresponda, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13, del mencionado artículo 36, se efectuará por estado.*

Parágrafo. La acción a que se hace referencia en el presente artículo podrá ejercerse también cuando quiera que celebren operaciones no representativas de mercado y por el no suministro de información al mercado de valores en las oportunidades que la ley lo exige, casos en los cuales las personas que no comparezcan serán representadas por la Comisión Nacional de Valores.

- El artículo 1.2.3.2 del Decreto 653 de 1993:

ACCIONES DE CLASE. *Las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refiere el artículo anterior podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedi-*

² Esos artículos tienen que ver con lo siguiente: *) 73: prohibición sobre acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de las asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero asegurador. *) 74: prácticas que tiendan a establecer competencia desleal. *) 75: ninguna persona podrá, directamente o través de interpuesta persona, realizar una o varias operaciones en el mercado de valores utilizando información privilegiada.

miento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3 a 77 y 9 a 15 del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia de Valores. La publicación de la sentencia se hará por la Superintendencia de Valores, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13 del mencionado artículo 36, se efectuará por estado.

- Los artículos 36 y 37 del Decreto 3466 de 1982:

“Artículo 36: Indemnización de daños y perjuicios. Salvo el caso previsto en el artículo 40³, en todos los eventos en que según este decreto sea procedente la indemnización de perjuicios, los consumidores podrán ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes por los trámites del proceso verbal prescrito en el Título XXIII del C.P.C., con observancia de las siguientes reglas adicionales:

El demandante puede hacerse representar judicialmente por la Liga o Asociación de Consumidores que corresponda al ligar del proceso, con observancia de las normas sobre ejercicio de la abogacía salvo en los procesos de mínima cuantía y en la primera instancia de los de menor cuantía cuando esta sea hasta de cincuenta mil pesos (\$50.000).

En la demanda podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan del demandado total o parcialmente prestaciones similares, siempre que provengan de reclamaciones sobre artículos o servicios de la misma naturaleza o clase.

³ “Artículo 40. Responsabilidad e indemnización de perjuicios en contratos de prestación de servicios que exigen la entrega de un bien. En todo caso en que una persona haya sufrido daños y perjuicios por la celebración o ejecución de un contrato de prestación de servicios con entrega del bien respecto del cual recae la actividad objeto de la prestación, podrá acudir en demanda para establecer la responsabilidad y la indemnización correspondiente ante las autoridades jurisdiccionales competentes conforme al proceso verbal previsto en el título 23 del Código de Procedimiento Civil, con observancia de las normas sobre ejercicio de la abogacía, salvo en los procesos de mínima cuantía y en la primera instancia de los de menor cuantía cuando esta sea hasta de \$50.000”.

A la demanda se acompañará prueba al menos sumaria de los hechos invocados como fundamento de las pretensiones.

En el auto que admita la demanda se ordenará emplazar a las personas que se crean con derechos derivados de hechos similares a los previstos en la demanda, para que se presenten a hacerlos valer dentro de los quince (15) días siguientes a la última publicación del edicto.

El edicto se publicará en la forma y por las veces que dispone el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil.

De las demandas presentadas por las personas que concurren, se dará traslado conjunto al demandado por el término de cinco (5) días, mediante auto que se notificará por estado.

Vencido el término de emplazamiento, se citará a la liga de consumidores que corresponda al lugar del proceso para que represente a las personas que no se presentaron, salvo que ella haya iniciado el proceso en representación del demandante, en cuyo caso asumirá también la representación de los ausentes. En caso de que no exista liga de consumidores, se citará a una asociación de consumidores.

Luego se señalará fecha y hora para la audiencia, observando lo dispuesto en el artículo 110 del Código antes mencionado.

La sentencia favorable aprovechará no sólo a quienes intervinieron en el proceso, sino a todas las personas emplazadas que no concurrieron, salvo a quienes expresamente manifiesten por escrito auténtico, presentado antes de la sentencia de segunda instancia, no acogerse a sus disposiciones, caso en el cual se extinguen sus derechos.

La sentencia absolutoria no afectará los derechos de los que no concurrieron al proceso.

La sentencia favorable se publicará por una vez por la liga o asociación de consumidores que haya intervenido en el proceso, dentro del mes siguiente a su ejecutoria, en un periódico de amplia circulación en el lugar que el juez designe, con la prevención a toda persona que no concurrió al proceso de que puede presentar al juzgado, en el término indicado en el numeral 12, directamente o representado por dicha liga o asociación, una liquidación motivada y especificada de

las pretensiones a que tengan derecho, acompañada de la prueba señalada en el numeral 3.

El término para presentar la liquidación será de dos meses, contados desde la fecha de la publicación ordenada en el numeral precedente.

Todas las liquidaciones presentadas se tramitarán conjuntamente como incidente. El auto de traslado, se notificará al demandado en la forma prevista en el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil.

En la contestación del incidente podrán formularse objeciones sobre la existencia y monto de las prestaciones reclamadas, las cuales se resolverán en auto que lo decida.

Quienes no presenten su liquidación oportunamente, perderán el derecho a las prestaciones respectivas.

Para la liquidación de condenas in genere contenidas en la sentencia, se aplicarán los artículos 307 y 308 del mismo código.

Parágrafo. *Para decidir las demandas a que se refiere este artículo, se aplicarán, según el caso, las mismas reglas de responsabilidad previstas en el presente decreto.*

Artículo 37. Indemnización de perjuicios en caso de posibles delitos. *Aún cuando los actos de los productores o proveedores constituyan delito, la indemnización de perjuicios deberá solicitarse ante el juez civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.().*

B. Conducta

La ley indica qué tipos de conductas son las demandables en esta jurisdicción. **En primer término señala como conductas las ->**

- “originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”. Tal indicación se corrobora con la lectura de los siguientes artículos:

Artículo 50. Jurisdicción. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos **que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.**

La jurisdicción civil ordinaria conocerá de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo (Exequible C-215 99).

Artículo 55. “(...) por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones”.

*La amplitud de ese contenido normativo sugiere, en principio, que cualquier conducta proveniente de la actividad administrativa, que produzca daños individuales a número plural de personas (mínimo 20) podría ser objeto de las acciones de grupo. Recuérdese para tal efecto que la Constitución Política dispuso que la ley “(...) regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, **sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares**” (inc. 2º art. 88). Además cuando el artículo 55 alude a que el daño se deduce de la vulneración de derechos, coloca el pensamiento en la investigación de si una determinada conducta vulnera derechos. Recuérdese que la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de ese artículo señaló que habrá que entender que no sólo se refiere a la vulneración de derechos e intereses colectivos.*

En segundo término la Ley 472 señala que son demandables el “hecho u omisión”; en el artículo 52 señala lo siguiente:

Parágrafo. *La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva (...)*”.

¿Cabrá respecto de actos administrativos – se pregunta la doctrina⁴ y/o por causa de la declaratoria previa de nulidad de actos administrativos?. La Sección cuarta emitió pronunciamiento respecto a que la declaración de nulidad de un acto administrativo general puede mirarse como causa de un daño. En auto proferido el día 8 de septiembre de 2000 se revocó el auto apelado, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Se dijo:

En el presente caso la demanda de grupo se dirige contra el Banco de la República y tiene como causa común que originó los perjuicios reclamados por miembros del grupo, la aplicación de la resolución 18 de 1995, expedida por la Junta Directiva del Banco de la Repú-

⁴ Véase Javier Tamayo Jaramillo, “Las acciones populares y la de grupo en la responsabilidad civil”; Editorial DiKe, Medellín; págs. 218 y ss.

blica, en cuya virtud se fijó la forma de calcular el UPAC con base en las tasas de interés, acto administrativo general que a la postre fue anulado por la Sala en sentencia del 21 de mayo de 1999, expediente 9280, con ponencia del Doctor Daniel Manrique Guzmán.

() pues el perjuicio ocasionado a los miembros del grupo se deriva, según se indica en la demanda, de la liquidación legal del UPAC contenida en la Resolución 18 de 1995.

() lo que se advierte del texto de la demanda es la justificación de la existencia de una misma causa que dio origen a los perjuicios invocados por los miembros del grupo y de condiciones uniformes respecto de los demás elementos de responsabilidad⁵.

El Doctor Luis Felipe Botero A., citado por Javier Tamayo Jaramillo, afirma: “(...) *la acción de grupo es procedente a pesar de que el acto se presuma válido, si en la acción no se discute la legalidad del acto administrativo, como cuando éste causa un daño antijurídico por rompimiento del principio de igualdad de las cartas públicas (responsabilidad por actos administrativos lícitos)*”⁶.

Respecto a la solicitud de nulidad habría que partir de la tesis de los motivos y finalidades porque si la ley ha dispuesto que el término de caducidad es, por general, de 4 meses no puede asistir por vía de grupo para privilegiarse del plazo más amplio de caducidad de la acción.

Por otra parte, el contenido del artículo 65 de la Ley 472 de 1998 permite observar que el objeto de la acción de grupo no es sólo disponer el pago de una indemnización, porque, entre otros, dice:

Artículo 65. Contenido de la sentencia. La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá:

⁵ Expediente AG 002. Actor: María Eugenia Jaramillo contra el Banco de la República. Ponente: Dr. Delio Gómez Leiva.

⁶ Ibídem cita anterior, pág. 220 párrafo 1º.

1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales(...).

Las expresiones relativas a que cuando el juez “acoja las pretensiones incoadas” dispondrá una indemnización, permite entender que la declaración judicial de disponer una indemnización requiere pronunciamiento previo sobre las conductas de acción u omisión de las que provino el daño.

C. Causa antecedente de la conducta de “acción o de omisión”(s):

La promoción de la acción judicial, en la lógica, tiene que estar precedida de una causa –previa a la conducta demandada–. Esa causa puede ser simple o compuesta (o deberse a una situación simple o una situación compleja).

Ejemplo:

- Medicamento defectuoso de un fabricante (causa simple).
- Medicamento defectuoso –para inyectar– de un fabricante y jeringas no esterilizadas de otro fabricante (causa compuesta).

Luego uno de esos materiales o ambos (causa simple o compuesta) es o son utilizados por una entidad oficial en un procedimiento quirúrgico y los pacientes tratados fallecen. El ejemplo muestra los conceptos de *causa y de conducta* en forma fácilmente diferenciables.

La causa que se invoque en una demanda de acción de grupo, dice la ley que debe ser uniforme, por lo tanto no se comparte el planteamiento de algunos autores nacionales que afirman que lo importante en dicha acción es el daño que se pide indemnizar y que no interesa la causa del mismo; se aduce el ejemplo de daños masivos producidos *por distintos medicamentos de diferentes laboratorios farmacéuticos*⁷. Este ejemplo conduce a desdibujar la expresión clara de la norma sobre causa y elementos de responsabilidad uniformes, y facilitaría, con burla de la ley, la integración de grupos distintos de los a que refiere el legislador.

Ahora, la causa y con ésta la conducta (s) que produce el daño puede

⁷ Javier Tamayo Jaramillo. *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. Pág. 243. Párrafo 3°.

provenir de distintos agentes; tales circunstancias harán visible a qué personas puede imputárseles el daño.

D. Grupo. Condiciones uniformes

El entendimiento de la Constitución y de la ley permiten comprender que la expresión “*acciones de grupo*” no se identifica con el concepto meramente procesal de *litis consorio* facultativo, en el cual el agrupamiento se *da con posterioridad a la ocurrencia de la conducta dañina*, para presentar una demanda con acumulación de pretensiones subjetivas, en la cual cada uno de los *litis consortes* se entienden para todos sus efectos como litigantes separados, y en el cual los actos de cada uno de ellos no redundará en provecho ni perjuicio de los otros (art. 50 C.P.C). El concepto de “acciones de grupo” tiene otro significado.

1. Preexistencia del grupo al daño:

En las acciones de grupo éste no aparece como consecuencia del daño; no por el contrario *le es preexistente*. La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha manifestado sobre el punto en dos oportunidades así:

a. En sentencia dictada el día 2 de febrero de 2001, en lo pertinente, señaló:

“Dos aspectos de la norma parecen fundamentales para la comprensión del contenido de la acción. En ella se exige, en primer lugar, que quienes la formulan reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó para ellos perjuicios individuales. En segundo lugar, que tales condiciones uniformes existan, igualmente, respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.

Por el principio del efecto útil, según se ha visto, el texto de una norma debe ser interpretado de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas. En consecuencia, no puede el intérprete dar idéntico significado a dos expresiones contenidas en una misma norma, pues una de ellas resultaría superflua e innecesaria.

Ahora bien, si los elementos de la responsabilidad son: a) el hecho generador del daño, culpable o no, de acuerdo con el régimen que resulte aplica-

ble, b) el daño, y c) el nexo causal entre éste y aquél, **debe entenderse que cuando el legislador prescribe que las personas deben reunir “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios...”**, se está refiriendo a un concepto diferente del hecho generador del daño, puesto que tal exigencia está comprendida en la disposición contenida en la misma norma, según la cual **“las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad”**.

Para efectos de desentrañar el significado de la frase analizada, resulta necesario, en opinión de esta Sala, precisar el contenido de la expresión “condiciones uniformes”. Teniendo en cuenta que estas acciones se han diseñado para reparar daños que afecten a grupos de especial entidad⁸, tales condiciones uniformes son aquellas conforme a las cuales es posible que un conjunto de personas se relacionen entre sí para conformar un grupo⁹, y adquieren relevancia al estar presentes respecto de la causa del perjuicio que dichas personas sufren.

Conforme a lo anterior, es claro que las condiciones comunes respecto de la causa que origina el daño, aluden a las condiciones o caracteres, predicables de un grupo determinado o determinable de personas **que se han puesto en una situación común**, de la cual, posteriormente, se deriva para ellos un perjuicio, de manera que cuando la norma se refiere a las condiciones uniformes respecto de la causa del daño, está significando que debe existir una situación común en la que se colocaron determinadas personas **con antelación a la ocurrencia del daño**.

En efecto, un consumidor, por ejemplo, sólo lo es dentro del ámbito propio del mercado y respecto de la actividad y las personas vinculadas, de una u otra forma, a la relación jurídica en virtud de la cual adquiere determinados bienes o accede a determinados servicios. Es,

⁸ Corte Constitucional Sentencia C - 215 de 1999.

⁹ Según el diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, grupo es un conjunto de elementos que se relacionan entre sí conforme a determinadas características.

en ese caso, el ámbito del mercado, en el que es posible que se generen situaciones en torno de las cuales unas personas ostenten características comunes que las hacen parte de un determinado grupo social, identificado como consumidores de X producto, y en esa condición, pueden resultar perjudicados. Así, si el daño se produce por la adquisición de un producto defectuoso, resulta claro que los consumidores del mismo reúnen condiciones uniformes respecto de la causa que lo originó.

Entonces, lo que dispone la norma analizada es que el conjunto de personas que puede acceder a este mecanismo procesal debe ser uno de aquellos cuyos miembros compartan determinadas características; pero además, tales características deben ser predicables de esas personas sólo en cuanto todas ellas se han colocado –con antelación a la ocurrencia del daño– en una situación común, y sólo frente a aquellos aspectos relacionados con tal situación. Así las cosas, es claro que la condición de damnificado no podría constituir, en ningún caso, la condición uniforme que identifique a unas personas como miembros de un grupo.

(...) la Corte Constitucional precisó, en su sentencia C-215 de 1999, refiriéndose al objeto de este tipo de acciones, que “se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de class action” (negritas fuera del texto).

Así las cosas, no se trata de una acción que pueda ser intentada por un grupo de veinte personas que coincidan por su interés particular de contenido patrimonial consistente en ser indemnizada por un daño sufrido por ellas en virtud de un mismo hecho”¹⁰.

- b. Reiteración de preexistencia del grupo, al daño; causa y elementos de responsabilidad uniformes.** Auto proferido el día 10 de mayo de 2001. Actor: Sintragobernaciones, Subdirectiva Seccional Boyacá. Exp. AG-2.670.

¹⁰ Proceso AG 017. Actor: Accionistas de la Corporación de Ahorro y Vivienda.

En la providencia se indicó que el preagrupamiento puede ser de hecho o de derecho. En este momento, para estas anotaciones panorámicas para la acción de grupo, podrían darse como ejemplos los siguientes:

- **Preagrupamiento de hecho:** *beneficiarios de vivienda militar en un conjunto cerrado; mujeres en estado de gravidez en una Institución Pública médica a las cuales se suministró suero fisiológico antes del parto; compradores a la Industria Militar de arma de un mismo lote de producción; vecinos de un barrio en la cual existe una actividad contaminante por parte del Estado; contaminación de aguas por fumigación oficial en determinado sector – muerte de ganado y enfermedad de personas; accidente aéreo, o terrestre o marítimo -; indebido suministro de flúor en una escuela pública; compradores de bienes muebles que resultan con idéntico daño o defecto.*
- **Preagrupamiento de derecho:** *personas – naturales o jurídicas - que se han asociado o pertenecen a ligas de consumidores o de usuarios, para defensa de sus derechos individuales; personas que ante la ley tienen un derecho especial de protección de seguridad personal y/o médica, etc.*

La misma providencia precisó en lo que concierne con los requisitos para la procedencia de la acción de grupo que el artículo 46 ibídem, establece los siguientes:

- . *Que sea interpuesta por un número plural de personas, el cual debe estar integrado al menos por 20 personas.*
- . *Que esas personas reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les generó perjuicios individuales.*
- . *Que esas condiciones uniformes tengan lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.*
- . *Que la acción se ejerza exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios.*

Destacó el citado auto que la misma ley en el artículo 46 intitulado “**Procedencia de las acciones de grupo**” reiteró casi en absoluto el contenido del artículo 3º pues señala:

Artículo 46. 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. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.*

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización por perjuicios.

*“El grupo estará integrado **al menos por veinte (20) personas**”* (la parte subrayada es la única que difiere del texto del artículo 3º antecitado).

Partiendo de esa norma y teniendo en cuenta el artículo 47 pueden obtenerse varias conclusiones.

Artículo 47. Caducidad. *Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo.*

Dichos artículos exigen concurrentemente los siguientes supuestos de procedibilidad:

- Que se interponga por un número plural o un conjunto de personas: mínimo de 20;
- Que esas personas reúnan condiciones uniformes: **a) respecto de una misma causa que originó perjuicios y b) respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad y**
- Que se pretenda para obtener: el **a) reconocimiento y el b) pago** de la indemnización de perjuicios.

Además el artículo 47 *in fine* al referirse al término de caducidad contiene expresiones (*sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios*) que se tendrán en cuenta para analizar, con el propósito de diferenciar, **la causalidad** y la **situación particular** de los actores en las acciones de grupo con otro tipo de acción que tenga por finalidad indemnizar perjuicios, dentro de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La acción, ante el aparato jurisdiccional del Estado, como derecho fundamental constitucional para pretender la definición objetiva o subjetiva de una

controversia o de un conflicto o para materializar un derecho es, por regla general, de carácter ordinario, entendido este calificativo como el instrumento preciso o idóneo; excepcionalmente la acción es residual (*para cuando no exista otro mecanismo de defensa*), o no siéndolo puede darse el caso en el cual la ley permite la utilización de *una acción residual como alternativa* pero con efectos limitados y para eventos también limitados; ejemplo: la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, como mecanismo judicial protector con efectos meramente temporales.

Con el advenimiento de las acciones de grupo, en lo que atañe con las que son de conocimiento de esta jurisdicción, se entendió por la mayoría de las personas que han promovido esas acciones que el legislador pretendió beneficiar, por el trámite, a los *litis consortes* facultativos de veinte personas como mínimo, que pretendan obtener la indemnización por los perjuicios individualmente sufridos. Sin embargo esa comprensión sobre la Ley 472 de 5 de agosto 1998¹¹, no reflexiva, no es auténtica en su contenido: la ley no sugiere ese entendimiento, pues manifiestamente expresa otro. En efecto:

En primer término: Cuando el legislador exige que las personas deben reunir “condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas” coloca el pensamiento, figurativamente, representando:

De una parte, a un grupo determinado, coexistente a la causa misma; es decir, no es la causa del daño la que agrupa, sino que con relación a esta misma causa el grupo debe serle preexistente –conformación de hecho o de derecho–, y

De otra parte, a un grupo de personas que padecen perjuicios individualmente y en condiciones uniformes a los demás miembros del grupo (efecto de la causa dañina). Por esto mismo es que las personas no reclaman para el grupo sino para todas o algunas de las personas, individualmente, que lo conforman.

Nótese que la citada ley no deja duda sobre qué debe entenderse por grupo; de ello dan cuenta expresiones contenidas en el parágrafo del artículo 48 y los artículos 49 y 52. Dicen, respectivamente:

¹¹ Diario Oficial. Año CXXXIV. No.43.357. 6 de agosto de 1998, pág. 9.

- “En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, **representa a las demás personas que hayan sido afectadas por hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder**” (art. 48).
- “(...) Cuando los **miembros del grupo** otorguen poder a varios abogados, deberá integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado **legal del grupo**, a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto al que nombre el comité” (art. 49).
- “**Requisitos de la demanda.** () 4. Si no fuere posible proporcionar el nombre **de todos los individuos de un grupo**, expresar los criterios para identificarlos y **DEFINIR el grupo**” (art. 52).

Recuérdese que el objetivo de la Constitución Política en la creación de las acciones de grupo fue la de institucionalizar el derecho de defensa de las personas que integran grupos – conformados de hecho o de derecho – para proteger hacia el futuro los intereses de condiciones uniformes para todos los miembros del grupo, individualmente.

Por ello cuando **la causa dañina sobre un grupo** fue la misma causa dañina frente a un persona no agrupada – natural o jurídica – la ley indica que lo procedente es el **ejercicio de la acción individual** correspondiente. Por eso, las personas **no agrupadas previamente a la ocurrencia del hecho dañino** “dañadas o lesionadas” no pueden utilizar alternativamente a **la acción individual**, las acciones de **grupo**. Las personas no agrupadas con anterioridad al daño pueden sí entrar al proceso promovido por un grupo – preexistente al daño – antes de la apertura a prueba; así lo enseña el artículo 55 *ibidem*.

La ley permite en relación con el proceso y la sentencia de las acciones de grupo varias situaciones particularísimas (arts. 56 y 55):

- Que uno de los miembros del grupo demandante pida la exclusión del mismo y en consecuencia, si no ha fenecido el término de caducidad, intente la acción individual por indemnización de perjuicios (art. 56, *en especial el inciso final*);

- Que otros de los miembros del grupo - preexistente al daño – que no demandaron pidan su vinculación al proceso antes de la apertura a pruebas (*art. 55; inciso 1º parte final*);
- Que el miembro del grupo constituido antes de la ocurrencia del daño que no concurra al proceso, se podrá acoger a la sentencia siempre y cuando la acción de grupo no hubiese caducado (*art. 55, inciso 2º*);
- A quien goce de acción individual relativa a los mismos hechos, las pretensiones formuladas en otro proceso “*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*” (*art. 55 último inciso*).

La ley no obliga a que todo un grupo demande; exige que el grupo estará integrado **al menos** por 20 personas (*art. 46 Exequible C- 215 de 1999*).

En segundo lugar: También cuando la ley exige, en los artículos 3º y 46, condiciones uniformes “**respecto de los elementos que configuran la responsabilidad**” conduce al Juez a verificar en el momento de estudiar la demanda para definir si debe admitirla, si esos elementos de responsabilidad (**hecho, daño y relación causal entre éste y aquel**) son uniformes para a nombre de quienes se promovió la acción de grupo.

En tercer lugar: Cuando la ley señala que el objetivo exclusivo de la acción de grupo es para “**obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios**” crea también un elemento diferenciador con la acción particular ordinaria, en la cual no se puede **pedir ni decretar el pago**; entre otros, sólo se puede reconocer la indemnización de los perjuicios (*art. 65*).

Como conclusiones tenemos:

- El grupo debe ser preexistente al daño, de hecho o de derecho.
- La acción de grupo debe ser iniciada por alguien del grupo o los demás legitimados en la ley;
- Un demandante puede pedir ser excluido del grupo y ejercitar la acción individual si no ha caducado la acción;

- Un particular no preagrupado puede solicitar hacer parte del grupo en la oportunidad procesal legal.
- Una persona preagrupada podrá ejercer su acción individual; no está su-peditada al ejercicio de la acción de grupo ni a su exclusión del proceso, porque la propia Constitución en el artículo 88 indicó la procedibilidad de la acción de grupo *“sin perjuicio de las acciones particulares”*.

2. Delimitación

El artículo 46 dice que el **“grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas (Exequible C-215 /99);** lo que supone que un grupo integra-do por menos de 20 personas no conforma el grupo al que refiere la Ley 472 de 1998, y por lo tanto la acción que procederá es la particular respectiva.

Sobre la delimitación del grupo debe recordarse el contenido de las si-guientes normas:

- **El artículo 52** exige al juez que en el auto admisorio de la demanda debe-rá valorar la procedencia de la acción de grupo en los términos de los artículos 3º y 47 de la ley, los cuales refieren a las condiciones uniformes de los demandantes y a la caducidad. Su numeral 4º enseña que *“Si no fuere posible proporcionar el nombre de todos los individuos de un mismo grupo, expresar los criterios para identificarlos y definir el grupo.*
- El grupo debe delimitarse inicialmente: *) en la demanda o *) en el auto admisorio de la demanda y por el juez, con los poderes de ordenación que la ley le otorga (art. 37 – nums. 1 y 4º C. P. C); en consecuencia podrá decretar pruebas antes de decidir si admite o no la demanda, con el objeto de delimitar el grupo y las condiciones uniformes **de causa y de elementos de responsabilidad.**
- Posteriormente el grupo podrá crecer por la agregación de otras perso-nas; el artículo 55 de la ley instituyó lo siguiente: *“quienes hubieren sufri-do un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que*

interpuso la demanda como un mismo grupo. ***Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas (...) (art. 55).***

¿Qué pasa si los integrantes sobrevivientes al grupo delimitado en el auto admisorio de la demanda proponen hechos nuevos? Será punto en el cual la jurisprudencia deberá tener en cuenta las exigencias de la ley sobre la causa uniforme y los elementos uniformes de responsabilidad.

E. Daño

El daño aducido por el grupo debe ser individual, para cada uno de ellos, no importa qué tipos de derechos afecta. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia posterior a la C-215/99, proferida el 16 de agosto de 2000 decidió la exequibilidad condicionada del artículo 55 de la Ley 472 de 1998 para concluir que no sólo los daños individuales que tengan su origen en un daño colectivo, pueden reclamarse mediante la acción de grupo¹². Para decidir de esa manera se refirió a otros antecedentes jurisprudenciales; así:

- ***Que en la sentencia SU 067 de 1993*** la Corte insistió sobre lo siguiente: *“Las acciones de clase o grupo no hacen referencia exclusiva a los derechos fundamentales, ni sólo a los derechos colectivos, también comprenden los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos dilatorios”.*

¹² Ponente: Alvaro Tafur. Expediente D- 2.770. Actor: Néstor Raúl Correa Henao.

- ***Que en la sentencia T- 244 de 1998*** la Corte confirmó, una vez más, lo establecido previamente sobre este tópico en la sentencia T-067 de 1993. ***Y por último en la sentencia 215 – 99***, citadas en varias oportunidades en esta providencia, se retomaron los criterios planteados en las providencias referidas, expresándose que: “*En cuando se refiere a las acciones de clase o de grupo, hay que señalar que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre –a diferencia de las acciones populares - la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante el juez*”.

En consecuencia partiendo de la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 55 *ibidem* el daño alegado, en las acciones de grupo, puede recaer sobre derechos fundamentales o no, o derivar del quebranto a derechos o intereses colectivos.

Desde otro punto de vista ***el daño*** puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

Deben diferenciarse los conceptos de daño referido a los derechos de los consumidores, usuarios y salubridad ***desde los puntos de vista*** objetivo y subjetivo para no caer en la confusión de improcedibilidad de la acción de grupo.

F. Relación de causalidad

Una es la causa de la conducta de acción o de omisión y otra muy distinta es el nexo de causalidad entre el daño y determinada (s) conducta (s); pues no puede confundirse una conducta con el nexo de causalidad; el nexo causal proviene de la relación eficiente y determinante entre el daño y determinada (s) conducta (s).

A continuación se advertirá fácilmente que una es la ***causa de la conducta*** y que otro. Por ejemplo: Se demanda, por la muerte de un grupo de soldados conscriptos, al productor de un alimento enlatado y a la Nación (Ejército Nacional); ese alimento enlatado fue suministrado por el Ejército a los

soldados; el alimento fue **elaborado con producto defectuoso** (una causa) que tenía etiqueta de fecha máxima para suministro y que se sirvió después de esa fecha, por falta de diligencia en la revisión de los alimentos que se suministran (otra causa). Aquí, como puede verse, el daño le es jurídicamente imputable totalmente a Ejército que lo suministró porque aunque el producto era defectuoso y podría causar la muerte, lo cierto es que se suministró por el Ejército cuando el producto ya había vencido; se reitera que el producto tenía etiqueta que informaba su fecha de vencimiento (**nexo de causalidad del daño sufrido**).

G. Conocimiento en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y competencia

Artículo 50. Jurisdicción. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo originadas en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

La jurisdicción civil ordinaria conocerá de los demás procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones de grupo (**artículo declarado Exequible C- 215/99**).

Artículo 51. Competencia. De las acciones de grupo conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial al que pertenezca el juez de primera instancia.

Será competente el juez del lugar **de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado o demandante**, a elección de éste. Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.

Parágrafo. Hasta tanto entren en funcionamiento, los Juzgados Administrativos, de las acciones de grupo interpuestas ante la jurisdicción contencioso administrativa conocerán en primera instancia los Tribunales Contencioso Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado.

H. Demandantes

1. Titulares de la acción:

- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47 (es decir, que hayan demandado dentro del plazo legal de dos años);
- El Defensor del Pueblo;
- Los Personeros Municipales y Distritales podrán sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. *En este caso será parte* en el proceso judicial junto con los agraviados

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

Artículo 48. Titulares de las acciones. Podrán presentar acciones¹³ de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual conforme lo establece el artículo 47.

El Defensor del Pueblo, los Personeros Municipales y Distritales podrán, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso será parte en el proceso judicial junto con los agraviados. **(este inciso Exequible C- 215/99).**

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

¹³ No es obligatorio.

- ➔ No se comparte la tesis del doctor Javier Jaramillo Tamayo relativa que el actor **no tiene que ser perjudicado** (pág. 221); y esto no puede ser así porque la ley dice, en el parágrafo del artículo 48 – antecitado– que:
- ➔ *“En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder”.*
- ➔ Por lo tanto, si la ley dice que quien actúe como demandante representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, es porque quien así actúa también fue afectado individualmente por esos **hechos vulnerantes**.

2. Ejercicio de la acción

Artículo 49. Ejercicio de la acción. Las acciones de grupo deben ejercerse por conducto de abogado.

Cuando los miembros del grupo otorguen poder a varios abogados, deberá integrarse un comité y el juez reconocerá como coordinador y apoderado legal del grupo, a quien represente el mayor número de víctimas, o en su defecto al que nombre el comité.

I. Demandados

En la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa podrá demandarse a las:

- entidades públicas y a las personas privadas que desempeñen funciones administrativas (art. 50) y
- o éstas y otras que no ejerzan función administrativa, por fuero de atracción (art. 22 del C.P.C).

Debe recalcar que, según la Ley 472 de 1998, *“Cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros **posibles responsables** el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación”* (art. 52, parágrafo).

Creo que esa citación servirá con alguna finalidad: pienso que si la ley autoriza al juez a citar otro posible responsable podrá determinar en su contra, —si hay derecho—, qué parte debe reembolsar al demandado por su participación en la producción del daño, etc. La indicación del legislador al juez para que ordene la citación de posibles responsables no puede ser una indicación meramente decorativa o enunciativa sin finalidad alguna, debe tener entonces, basado en el principio de la eficacia jurídica, otra consecuencia correspondiente a esa citación.

Sobre la citación de otro posible responsable y su condena, se pronunció el Tribunal de Cundinamarca en sentencia proferida el 24 de agosto de 2000. Actor: Marcos Yesid García y otros contra la Alcaldía de Santafé de Bogotá y otros. Citado TRANSEQUIPOS.

La citación que hará el juez contendrá la explicación, pormenorizada, del por qué de la misma; le indicará al citado que puede pedir pruebas y contradecir las existentes (derecho pleno a la contradicción).

J. Terceros

¿Llamamiento en garantía y acción directa contra el asegurador responsable? ¿El demandado podrá llamar en garantía no solo a su asegurador en responsabilidad sino también a otros coautores?; la ley permite el llamamiento (art. 57 C. P. C. llamamiento con fuente legal y/o contractual).

K. Ministerio Público

Artículo 82. Ministerio Público. De acuerdo con la presente ley, las actuaciones que correspondan al Procurador General de la Nación o el Defensor del Pueblo, podrán ser delegadas en sus representantes.

L. Demanda

1. Correspondencia de la acción promovida. Antes que todo debe examinarse si la acción ejercitada sí corresponde a los hechos y a las pretensiones; en el evento de que no sea así se ordenará imprimirle el trámite correspondiente.

La Sección 3ª del Consejo de Estado en auto proferido el 11 de mayo de 2000, interpretó el contenido del artículo 5º de la Ley 472 de 1998, en el cual es obligación del juez impulsar la(s) acción(es) oficiosamente; al respecto dijo:

*Al examinarse la Ley 472 de 1998 se advierte que si bien no contiene un capítulo especial sobre las posibilidades que tiene el juez respecto a la admisibilidad y rechazo de la demanda, se observa que en el capítulo III sobre “Principios” se dice expresamente que el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para **adecuar la petición a la acción que corresponda**.*

En efecto el inciso final del artículo 5º dispone:

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

Por consiguiente, del contenido analítico de esa disposición se deduce que:

- *si el Juzgador encuentra que la acción promovida a nombre de “popular” no corresponde verdaderamente al objeto de la acción popular **deberá adecuar “la petición a la acción que corresponda”**; que*
- *si desde un punto de vista positivo la ley expresa que la petición se deberá adecuar a la acción pertinente, desde el punto negativo esto implica que se rechazará la popular y se ordenará dar el trámite al asunto en la acción correcta.*

De conformidad con lo anterior la Sala precisa que **sí** existe expresa **facultad legal** para que el juez, previo el estudio e interpretación de la demanda, adecue la acción a la que corresponda de conformidad con su naturaleza y objeto.

La decisión de rechazo tiene **su causa ontológica** en que si para efecto del fallo la ley exige que la decisión sea de mérito, como ya se transcribió, tal obligación legal se incumpliría por el fallador, si el juez admite como popular, el asunto que no tiene el **objeto** de esta acción.

La decisión de rechazo **tiene su fuente legal** en la remisión prevista en la Ley 472 de 1998, artículo 44 el cual preceptúa:

“Aspectos no regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y finalidad de tales acciones”.

La regulación del Código Contencioso Administrativo sobre inadmisión y rechazo de la demanda sólo tiene como causas las relativas a:

- *carecer la demanda de los “requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores” (se refiere al 143);*
- *caducidad de la acción;*
- *falta de jurisdicción y de competencia.*

La comprensión de la primera de las causas indicadas, falta de requisitos y formalidades, tiene que ver desde dos puntos de vista: El primero la falta de requisitos sustanciales, y el segundo la falta de formas. La falta de requisitos sustanciales está íntimamente ligada con el objeto de la acción. Ejemplo: quien demanda en ejercicio de la acción de reparación directa la responsabilidad del Estado por la destitución en el ejercicio del cargo de un empleado de carrera. Nótese que si la fuente del perjuicio del demandante es la destitución, el cual es un acto administrativo, tenía que impugnar éste y en consecuencia solicitar el restablecimiento del derecho, la indemnización del perjuicio, etc.

*Por lo tanto, si la jurisprudencia del Consejo de Estado, basada en la prevalencia del derecho sustancial y en que los procedimientos tienen como finalidad la **efectividad de los derechos** previstos en la ley, el juez debe adoptar la decisión que materialice esos deberes y obligaciones.*

En razón de lo anterior ha aceptado que la demanda puede inadmitirse (ahora con la nueva terminología de rechazo) cuando la acción es indebida, es decir, cuando el objeto perseguido no puede lograrse en una vía que resulta equivocada.

*Recuérdese que el juez tiene el deber de “Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y **procurar la mayor economía procesal**, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran” (num. 1 art. 31 C. P. C.)*

Esa posición jurisprudencial será aplicable también para cuando se demande en invocación del ejercicio de la acción de grupo y resulte que las pretensiones y los hechos indican que otras es(son) la(s) acción(es).

2. Requisitos de la demanda

Deberá contener a más de los previstos en el Código Contencioso Administrativo, según el caso, unos especiales previstos en el artículo 52. En efecto:

Artículo 52. Requisitos de la demanda. La demanda mediante la cual se ejerza una acción de grupo deberá reunir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil *o en el Código Contencioso Administrativo*, según el caso, y *además expresar* en ella:

1. El nombre del apoderado o apoderados, anexando el poder legalmente conferido.
2. La identificación de los poderdantes, identificando sus nombres, documentos de identidad y domicilio.
3. El estimativo del valor de los 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 3º y 49 de la presente ley.
7. Los hechos de la demanda y las pruebas que se pretendan hacer valer dentro del proceso.

Parágrafo. La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación.

3. Identificación del grupo

Por el demandante o por el juez cuando se le dan las indicaciones (definir y delimitar el grupo que se verá afectado por la sentencia). Identificar como mínimo un grupo de 20 personas. Por eso la preexistencia del grupo es determinante para la iniciación de la acción y la definición de la sentencia respecto de los notificados.

Principio de prueba sobre pertenencia al grupo. Cosa distinta es que finalmente se demuestre que no todos los del grupo sufrieron daño (intoxicación por consumo de productos).

4. ¿Demanda solo por víctimas directas o por víctimas indirectas?

Actualmente sobre ese tema sólo se ha pronunciado una de las Secciones del Consejo de Estado; la Sección Primera es del criterio que sólo las víctimas directas pueden utilizar la acción de grupo; *“Sin embargo, fueron sólo cuatro las personas que por virtud de la misma causa recibieron directamente el perjuicio reclamado, razón por la cual no se cumple con el presupuesto sine qua non que exigen las disposiciones transcritas para la conformación del grupo. Y no puede aceptarse la tesis del recurrente en cuanto a que los indirectamente damnificados sí sobrepasan el número mínimo de 20 personas que requiere la ley, pues su derecho deriva necesariamente de los directamente afectados, quienes por lo mismo, son los llamados a satisfacer los supuestos de procedibilidad de la acción”*.

LI. Presentación de la demanda:

Artículo 47. Caducidad. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá

¹⁴ Auto de 10 de febrero de 2000. Actores: Omar de Jesús Cardona Londoño y otros. Exp. 004. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza.

promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo (**Exequible C- 215 99**).

Conducta cierta y definida –de acción u omisión– a partir de su ocurrencia. Conducta dañina cierta, pero no descubierta, a partir de su manifestación o exteriorización (daño al descubierto) –aplicación del principio *pro damato*– a favor del damnificado; el punto se verificará en la sentencia.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado en el mismo caso de los UPAC mencionado antes, dijo:

“Por otra parte, la excepción de caducidad propuesta por el Banco de la República se fundamenta en el hecho de que cuando se afirma en la demanda que el daño ocasionado a los miembros del grupo cesó cuando se anuló la Resolución No. 18 de 1995, se pretenden revivir los términos de caducidad de la acción de reparación directa, que de todos modos no es la procedente, de pagos que se hicieron dos años antes de la presentación de la demanda, y que como lo que se quiere demandar es el perjuicio ocasionado por el pago de lo no debido, la acción individual debió interponerse dentro de los dos años siguientes a la fecha del pago.

(...)

Sobre el particular la Sala reitera que de acuerdo con la demanda, se persigue la declaratoria de responsabilidad del Estado, a través de su Banco Emisor, por los perjuicios que causó al haber dictado una resolución que resultó nula, pues en dicho escrito al igual que en la oposición de las excepciones previas, y en general en las intervenciones del abogado coordinador del grupo, se insiste en que el hecho dañoso provino exclusivamente de dicha entidad, y que los bancos simplemente acataron sus preceptos.

Ahora bien, al tenor de lo prescrito en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998, según el cual “la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo”, la acción de grupo del sub júdice fue oportunamente instaurada, por cuanto se promovió dentro de

los dos años siguientes a la fecha en que cesó la acción vulnerante causante del mismo...”¹⁵.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia proferida el día 24 de agosto de 2000. Demandante Marco Yesid García contra la Alcaldía Mayor de Bogotá, y en reiteración jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁶ contó la caducidad no a partir de que se otorgó una licencia de construcción, sino a partir de que se produjeron sus efectos dañinos.

3. TRAMITE DEL PROCESO

A. Admisión: Dentro de los diez días siguientes (art. 53)

B. Auto admisorio. Artículo 52 y otros que se indican:

Se decretarán las medidas cautelares y SE NOTIFICARAN antes de ejecutarse la notificación del auto admisorio; y se EJECUTARAN ANTES DE NOTIFICARSE LA DEMANDA (arts. 59 y 60 Ley 472 de 1998; arts. 327 y 690 del C.P.C.).

Artículo 83. Colaboración de la policía. Las autoridades de policía deberán prestar toda la colaboración que el Juez o Magistrado solicite para la práctica y permanencia de las medidas previas y cautelares, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionable hasta con la pérdida del empleo.

Se ordenará la notificación personal **a los demandados** y al **Defensor del Pueblo** si no hubiere demandado, con el fin de que intervenga en aquellos procesos en que lo considere conveniente.

Artículo 54. Notificación del auto admisorio de la demanda a entidades públicas y sociedades. Cuando se trate de entidades públicas, el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal o a quien éste haya delegado la facultad de recibir noti-

¹⁵ Expediente AG 002. Actor: María Eugenia Jaramillo contra el Banco de la República. Ponente: Dr. Delio Gómez Leiva.

¹⁶ Sentencia de 15 de febrero de 1996. Expediente 11.329. Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

ficaciones. **Sin embargo**, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación, esta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio al notificado.

Cuando se trate de sociedades, el auto admisorio de la demanda deberá notificarse personalmente a su representante legal, en la dirección que indique el demandante. De no conocerla deberá hacer dicha afirmación bajo la gravedad de juramento, caso en el cual se notificará en la dirección que aparezca registrada en la Cámara de Comercio respectiva. Sin embargo, si la persona a quien deba hacerse la notificación, no se encontrare o no pudiere, por cualquier motivo, recibir la notificación esta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que lo reciba de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio al notificado.

- Se ordenará informar **a los miembros del grupo** a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, habida cuenta de los eventuales beneficiarios. Para este efecto el juez podrá utilizar simultáneamente diversos medios de comunicación.
- **Se dispondrá el traslado al demandado** por el término de diez (10) días.
- Se deberá enviar una copia de la demanda del auto admisorio al **registro público (80)**. En la orden de publicación; indicación de las condiciones uniformes; el derecho a solicitar la exclusión cuando el grupo ya se conformó claramente; cuando se tiene noticia sobre la conformación exacta del grupo las personas podrán comparecer o sino serán representados por el Defensor del Pueblo; debe existir plena identificación a ese momento para que con posterioridad no se aleguen indebidas citaciones y notificaciones.

C. Dentro del término de traslado de la demanda el demandado podrá:

Artículo 57. Contestación, excepciones previas. La parte demandada podrá interponer excepciones de mérito con la contestación de la demanda, así como las excepciones previas señaladas en el Código de Pro-

cedimiento Civil. Las excepciones de acuerdo con su naturaleza, se resolverán de conformidad con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil.

NOTA: Esta norma no trae posibilidad de la intervención de terceros; sin embargo, el contenido de la ley permitiría deducir que sí podrían citarse. Recuérdese que en el párrafo del artículo 53 dice:

“Parágrafo. La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, el cual debe ser determinado. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia, de oficio ordenará su citación”.

Si la ley permite al juez la vinculación de terceros presuntos responsables por qué las partes no pueden pedirla. Además la Ley 472 de 1998 dispone lo siguiente, que por no ser contrario, puede acudirse al C.P.C. en todo lo que no contrarie lo dispuesto en la citada ley. Así:

Artículo 68. Aspectos no regulados. En lo que no contrarie lo dispuesto en las normas del presente título, se aplicarán a las Acciones de Grupo las normas del Código de Procedimiento Civil.

D. Intervención de terceros:

De acuerdo con lo explicado antes será posible. Además, la intervención propugna por economía procesal; evita congestión judicial posterior con nuevos procesos; define, cuando haya lugar, la repetición y subrogación estatal respecto de agentes suyos, aseguradores, terceros que coparticiparon en la producción del daño.

E. Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda

Artículo 56. Exclusión del grupo. (...) cualquier miembro de un mismo grupo podrá manifestar su deseo de ser excluido del grupo y, en consecuencia, no ser vinculado por el acuerdo de conciliación o la sentencia.

F. Audiencia de conciliación:

- **Al vencimiento de los 5 días siguientes al vencimiento del término que tienen los miembros del grupo para solicitar su exclusión**

Artículo 61. Diligencia de conciliación.

Se “(...) deberá convocar a una diligencia de conciliación con el propósito de lograr un acuerdo entre las partes, que constará por escrito.

La diligencia deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de convocatoria. No obstante, en cualquier estado del proceso las partes podrán solicitar al juez la celebración de una nueva diligencia a efectos de conciliar sus intereses y poner fin al proceso.

En la diligencia podrá participar el Defensor del Pueblo o su delegado, para servir de mediador y facilitar el acuerdo; si el Defensor hubiere presentado la demanda, dicha función corresponderá al Procurador General de la Nación o su delegado, quien obrará con plena autonomía. En la audiencia también podrán intervenir los apoderados de las partes.

El acuerdo entre las partes se asimilará a una sentencia y tendrá los efectos que para ella se establecen en esta ley. El acta de conciliación que contenga el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

El juez ordenará la publicación del acuerdo de conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional”.

Poder para conciliar.

Los que están en el proceso sin apoderado los representará el Defensor del Pueblo (por seguridad jurídica debe estar autorizado para conciliar, porque los derechos de disposición particular deben disponerse con autorización del titular).

Las críticas que la doctrina hace respecto a la etapa conciliatoria se desvanecen cuando el proceso se ha seguido con un grupo plenamente determinado.

Oportunidad doble para conciliar. Permiso legal.

G. Antes de la apertura a pruebas podrán darse los siguientes eventos:

- Integración de otros sujetos al grupo.

Artículo 55. Integración al grupo. (...) quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo.

(...)

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.

- Reformarse la demanda (art. 89 C.P.C).

H. Acumulación de acciones

Artículo 55

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán acumularse a la acción de grupo, a solicitud el 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.

I. Acumulación de procesos:

- ¿Es posible? acumulación de distintas demandas de acción de grupo e inclusive acumulación de acción popular y de grupo?
- *Acumulación de acción individual a la de grupo (art. 55); “a solicitud del interesado”.*
- Acumulación de procesos oficiosa, el C.C.A si se están tramitando en un mismo tribunal podrían acumularse en primera instancia; pero si se tramitan en distintos tribunales la acumulación debería hacerse en segunda instancia, para garantizar mejor el derecho de defensa del justiciable en el territorio en el que se encuentra.

J. Período probatorio.

Artículo 62. Pruebas. Realizada la audiencia de conciliación, el Juez decretará las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes, y señalará un término de veinte (20) días para que se practiquen, dentro del cual fijará las fechas de las diligencias necesarias. **Si la complejidad del proceso lo requiere, dicho término podrá ser prorrogado de oficio o a solicitud de parte, hasta por otro término igual.**

K. Pruebas antes de dictar sentencia

Artículo 75. Colaboración en la práctica de pruebas. En los procesos de que trata esta ley, las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera instancia, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el Juez ordenará agregarlos al expediente, y se prescindirá total o parcialmente de dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo. Estos informes deberán allegarse con reconocimiento notarial o judicial o presentación personal.

2. Si se trata de documento que deba ser reconocido, pueden presentar documento auténtico proveniente de quien deba reconocerlo, en el cual conste su reconocimiento en los términos del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. La declaración se entenderá allegada bajo juramento con el reconocimiento notarial o judicial o presentación personal.

Este escrito suplirá la diligencia de reconocimiento.

3. Presentar la versión que, de hechos que interesen al proceso, haya efectuado ante ellas un testigo. Este documento deberá ser allegado bajo juramento con el reconocimiento notarial o judicial o presentación personal y se incorporará al expediente y suplirá la recepción de dicho testimonio.

4. Presentar documento en el cual consten los puntos y hechos objeto de una inspección judicial; en este caso se incorporará al expediente y suplirá esta prueba. El escrito deberá aportarse con el reconocimiento notarial o judicial o presentación personal.

5. Solicitar, salvo que alguna de las partes esté representada por curador *ad litem*, que la inspección judicial se practique por la persona que ellas determinen.

6. Presentar documentos objeto de exhibición.

Si se trata de documentos que estén en poder de un tercero o provenientes de éste, estos deberán allegarse con el reconocimiento notarial o judicial o presentación personal y acompañados de un escrito, en el cual conste expresamente la aquiescencia del tercero para su aportación.

En estos casos, el Juez ordenará agregar los documentos al expediente y se prescindirá de la exhibición, total o parcialmente, en la forma como lo soliciten las partes.

7. Presentar la declaración de parte que ante ellas haya expuesto el absolvente. Este documento deberá ser firmado por los apoderados y el interrogado, se incorporará al expediente y suplirá el interrogatorio respectivo. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la firma del mismo.

Las pruebas aportadas en la forma mencionada en este artículo, serán apreciadas por el Juez en la respectiva decisión tal como lo dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil y en todo caso el Juez podrá dar aplicación al artículo 179 del mismo Código.

Artículo 76. Colaboración para la evaluación de la prueba. Para la práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios producidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios experticios, el Juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

2. Los documentos declarativos emanados de terceros se estimarán por el Juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra

la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa.

3. Las partes y los testigos que rindan declaración podrán presentar documentos relacionados con los hechos, los cuales se agregarán al expediente.

4. Las personas naturales o jurídicas, sometidas a vigilancia estatal podrán presentar informes o certificaciones en la forma establecida en el artículo 278 del Código de Procedimiento Civil.

5. Las constancias debidamente autenticadas, emanadas de personas naturales o jurídicas distintas de las indicadas en el numeral anterior, y aportadas a un proceso mediante orden judicial proferida de oficio o a petición de parte, se tendrán como prueba sumaria. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros.

Artículo 77. Referencia a un tercero en declaración. Citación. Cuando en interrogatorio de parte el absolvente, o en declaración de tercero el declarante, manifieste que el conocimiento de los hechos lo tiene otra persona, deberá indicar el nombre de ésta y explicar la razón de su conocimiento. En este caso el Juez si lo considera conveniente, citará de oficio a esa persona aun cuando se haya vencido el término probatorio.

Artículo 78. Aspectos complementarios del testimonio. La parte o el testigo, al rendir su declaración, podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio, estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del testimonio y no como documentos. Así mismo, el testigo podrá reconocer documentos durante la declaración.

Artículo 79. Eficacia de la prueba. El Juez apreciará la eficacia de la prueba cuando haga su valoración o apreciación, ya sea en la sentencia o en la providencia interlocutoria según el caso, y en ninguna circunstancia lo hará en el momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la Prueba.

L. Alegatos:

Artículo 63. Alegatos. Vencido el término para practicar pruebas, el Juez dará traslado a las partes para alegar de conclusión por el término común de cinco (5) días.

LL. Sentencia:

Artículo 64. Sentencia. Expirado el término para alegar de conclusión, el Secretario pasará inmediatamente el expediente al despacho con el fin de que se **dicte sentencia en el perentorio e improrrogable término de veinte (20) días.**

Una vez que el expediente haya pasado al despacho para proferir sentencia, no podrá surtirse actuación alguna hasta tanto no se haya proferido ésta, **excepción hecha de la declaratoria de impedimento o recusación.**

Artículo 65. Contenido de la sentencia. La sentencia que ponga fin al proceso se sujetará a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil y además, cuando acoja las pretensiones incoadas, dispondrá:

1. El pago de una indemnización colectiva, que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales.
2. El señalamiento de los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la presente ley.
3. El monto de dicha indemnización se entregará al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria, el cual será administrado por el Defensor del Pueblo y a cargo del cual se pagarán:
 - a) Las indemnizaciones individuales de quienes formaron parte del proceso como integrantes del grupo, según la porcentualización que se hubiere precisado en el curso del proceso. El Juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de establecer y distribuir la indemnización, cuando lo considere conveniente por razones de equidad **y según las circunstancias propias de cada caso (?);**
 - b) Las indemnizaciones correspondientes a las solicitudes que llegaren a presentar oportunamente los interesados que no hubieren intervenido en el proceso y que reúnan los requisitos exigidos por el Juez en la sentencia.

Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante Acto Administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.

Cuando el estimativo de integrantes del grupo o el monto de las indemnizaciones fuere inferior a las solicitudes presentadas, el Juez o el Magistrado podrá revisar, por una sola vez, la distribución del monto de la condena, dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir del fenecimiento del término consagrado para la integración al grupo de que trata el artículo 61 (SIC es el artículo **55**) de la presente ley. Los dineros restantes después de haber pagado todas las indemnizaciones serán devueltos al demandado (**este numeral 3º con sus literales fueron declarados EXEQUIBLES C- 215/99**).

Notas:

- En el evento de que la sentencia sea condenatoria es de suponer que el(los) demandado (s) deben ser declarado(s) previamente responsable(s), por su conducta de acción o de omisión que ocasionó el daño indemnizable.
- Determinación de a quienes beneficia la sentencia (si no se probaron los extremos se debe denegar).
- ¿Pueden los afectados alegar mala representación para poder ejercer la acción individual (art. 56) y qué pasa con la caducidad de la acción para el inicio de su acción individual? ¿Cómo se alega esa indebida representación?
- Consecuencia de la disminución del grupo después de la admisión de la demanda.
- No conociendo el daño realmente sufrido por cada víctima, no es posible fallar a favor. El daño es elemento indispensable para declarar responsable —como mínimo—, cosa distinta es que no se haya demostrado el cuántum del perjuicio.
- El juez no debe permitir la propagación del daño. ¿Cuándo se traen circunstancias nuevas para la delimitación del grupo la sentencia se deberá referir a ellas?

M. Publicación de la sentencia: Dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer a lo dispuesto por el superior:

4. La publicación, por una sola vez, de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, **dentro del mes siguiente a su ejecutoria o a la notificación del auto que hubiere ordenado obedecer lo dispuesto por el superior**, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al Juzgado, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación, para reclamar la indemnización.

N. Costas y honorarios de abogado coordinador

5. La liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia.

6. La liquidación de los honorarios del abogado coordinador, que corresponderá al diez por ciento (10%) de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente.

- **Se deberá ordenar enviar una copia de la sentencia al registro público que llevará la Defensoría (art. 80).**

- A cargo de quién y el pago.

- Problemas en la designación del coordinador; justicia en el trabajo de los demás abogados.

Ñ. Después de la sentencia

Artículo 55. Integración al grupo. (...)

Quien no concurra al proceso, y siempre y cuando su acción no haya prescrito y/o caducado de conformidad con las disposiciones vigentes, podrá acogerse posteriormente, dentro de los veinte (20) días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la información anterior, **pero no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales** para obte-

ner una indemnización mayor y tampoco se beneficiará de la condena en costas.

-> Las expresiones “*daños extraordinarios o excepcionales*” habrá de comprenderse como lesiones distintas a las que se plantearon en la demanda o su reforma.

O. Efectos de la sentencia:

Artículo 66. Efectos de la sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada en relación con quienes fueron parte del proceso y de las personas que, perteneciendo al grupo interesado no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso.

1. Cosa juzgada. Art. 47. La sentencia producirá efectos de cosa juzgada en relación con el grupo definido en el auto admisorio o el sobreviviente que se agregó dentro del término legal después de la publicación ordenada en el auto admisorio, por regla general; esta regla variará cuando se haya solicitado, en oportunidad legal, la exclusión del grupo.

Cuando el artículo 66 alude a la exclusión del grupo, y el cubrimiento de los demás de ese grupo habrá que entenderse que es del grupo definido en el auto admisorio, o el sobreviviente agregado con posterioridad a la admisión de la demanda, dentro de la oportunidad legal.

2. Huida de la cosa juzgada. Critica el 55 el cual señala que las personas que no hicieron parte del grupo, podrán acogerse a la sentencia condenatoria, siempre que sus acciones no hayan prescrito. ¿No será que el demandado resulta vulnerado –cómo se pudo defender de hechos de los cuales no fue noticiado en el proceso? ¿Se podrá extender una sentencia a quienes no fueron parte?

La doctrina dice¹⁷ Si la exclusión del grupo dentro del proceso se hace dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la demanda, porque la exclusión respecto de la cosa juzgada deberá invocarse dentro de los 5

¹⁷ Véase Javier Tamayo Jaramillo, “Las acciones populares y la de grupo en la responsabilidad civil”; Editorial DiKe, Medellín; pág 356.

días después de la notificación de la demanda. ¿Qué pasará si todos piden esa exclusión?, ¿por qué no alegaron esa situación en juicio? ¿qué pasa si la acción ya prescribió?, ¿podrá imputarse al juez la indebida representación o al defensor del pueblo tal situación para solicitar responsabilidad patrimonial del Estado? Respuesta negativa.

Para esas mismas personas la ley dice, art. 65, que no podrán pedir *indemnización* excepcional o extraordinaria. Explicar estos dos conceptos desde el sentido natural de las palabras, ya que jurídicamente no hay definición legal.

3. Desconocimiento de la sentencia. Art. 56. El interesado tiene 5 días, contados a partir de la sentencia o de la conciliación, para demostrar que fue mal representado dentro del proceso. Esta disposición legal merece, como en todo, análisis cauteloso.

P. No quedan vinculados con la sentencia:

Artículo 56. (...)

Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones:

a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término previsto en el inciso anterior (*5 días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda; éste artículo lo dice en su parte inicial*);

b) Cuando la persona vinculada por una sentencia *pero que no participó en el proceso, demuestre en el mismo término que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación*.

Transcurrido el término sin que el miembro así lo exprese, los resultados del acuerdo o de la sentencia lo vincularán. Si decide excluirse del grupo, podrá intentar acción individual por indemnización de perjuicios”.

Q. Liquidación del daño con posterioridad a la sentencia. Plazo.

Son 20 días.

R. Indemnización efectiva. Término máximo para reclamar.

Plazo para reclamar indemnización liquidada; será de diez años (art. 2.536 C.C.); lo anterior como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de la Corte de algunas expresiones del artículo 70 de la Ley 472 de 1998¹⁸.

S. Críticas al contenido del artículo 65 sobre poderes del Defensor del Pueblo para concluir existencia del daño y demás.

T. Condena al demandado – que es obligado solidario con otro pero que no fue demandado.

Derecho de subrogación del demandado si ha indemnizado a las víctimas.

U. Recursos ordinarios y extraordinarios contra la sentencia

ORDINARIO

Artículo 67. Recursos contra la sentencia. La sentencia es apelable en el efecto suspensivo. **En este evento el Juez ordenará se preste caución para garantizar las medidas cautelares de embargo y secuestro.**

El recurso de apelación deberá resolverse por la autoridad judicial competente en un término máximo de veinte (20) días, contados a partir de la fecha de radicación del expediente en la Secretaría General; **sin embargo, cuando sea necesario practicar nuevas pruebas, el término para decidir el recurso podrá ampliarse en diez (10) días.**

- No hay problema con el recurso de apelación porque en el fondo el objeto de la acción de grupo es de finalidad individual.

EXTRAORDINARIOS:

Contra las sentencias proferidas en los procesos adelantados en ejercicio de las Acciones de Grupo proceden el recurso de revisión y el de casa-

¹⁸ Sentencia C – 215 de 1999, del 16 de abril. Ponente: Dra. Martha SÁCHICA de Moncaleano.

ción, según el caso, de conformidad con las disposiciones legales vigentes; **pero en ningún caso el término para decidir estos recursos podrá exceder de noventa (90) días contados a partir de la fecha en que se radicó el asunto en la Secretaría General de la Corporación.**

V. FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

Artículo 70. Creación y fuente de recursos. Créase el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, el cual contará con los siguientes recursos:

- a) Las apropiaciones correspondientes del Presupuesto Nacional;
- b) Las donaciones de organizaciones privadas nacionales o extranjeras que no manejen recursos públicos;
- c) El monto de las indemnizaciones de las Acciones Populares y de Grupo a las cuales hubiere renunciado expresamente el beneficiario *o cuando éste no concurriere a reclamarlo dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la sentencia (inexequible negrilla, ver a continuación).*

NOTA: *Declarar EXEQUIBLE el literal c) del artículo 70 de la Ley 472 de 1998, salvo las expresiones "...o cuando éste no concurriere a reclamarlo dentro del plazo de un (1) año contado a partir de la sentencia;" que se declaran INEXEQUIBLES.*

- d) El diez por ciento (10%) del monto total de las indemnizaciones decretadas en los procesos que hubiere financiado el Fondo;
- e) El rendimiento de sus bienes;
- f) Los incentivos en caso de Acciones Populares interpuestas por entidades públicas;
- g) El diez por ciento (10%) de la recompensa en las Acciones Populares en que el Juez otorgue amparo de pobreza y se financie la prueba pericial a través del Fondo;
- h) El valor de las multas que imponga el Juez en los procesos de Acciones Populares y de Grupo

Artículo 71. Funciones del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes funciones:

- a) Promover la difusión y conocimiento de los derechos e intereses colectivos y sus mecanismos de protección;
- b) Evaluar las solicitudes de financiación que le sean presentadas y escoger aquellas que a su juicio sería conveniente respaldar económicamente, atendiendo a criterios como la magnitud y las características del daño, el interés social, la relevancia del bien jurídico amenazado o vulnerado y la situación económica de los miembros de la comunidad o del grupo;
- c) Financiar la presentación de las Acciones Populares o de Grupo, la consecución de pruebas y los demás gastos en que se pueda incurrir al adelantar el proceso;
- d) Efectuar los pagos correspondientes de acuerdo con las costas adjudicadas en contra de un demandante que haya recibido ayuda financiera del Fondo;
- e) Administrar y pagar las indemnizaciones de que trata el artículo 68 numeral 3 (SIC ES EL ART. 65) de la presente ley (EXEQUIBLE C-215/99).

Artículo 72. Manejo del Fondo. El manejo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, estará a cargo de la Defensoría del Pueblo.

Artículo 73. Monto de la financiación. El monto de la financiación por parte del Fondo a los demandantes en Acciones Populares o de Grupo será determinado por la Defensoría del Pueblo de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta, entre otros criterios, la situación socioeconómica de los peticionarios y los fundamentos de la posible demanda (EXEQUIBLE C- 215/99).

VI. REGISTRO PUBLICO DE ACCIONES DE GRUPO Y POPULARES

Artículo 80. Registro público de acciones populares y de grupo. La Defensoría del Pueblo organizará un Registro Público centralizado de las Acciones Populares y de las Acciones de Grupo que se interpongan en el

país. Todo Juez que conozca de estos procesos deberá enviar una copia de la demanda del auto admisorio de la demanda y del fallo definitivo. La información contenida en este registro será de carácter público.

Artículo 81. Creación de organizaciones cívicas, populares y similares para la defensa de los derechos e intereses colectivos. Las autoridades estarán obligadas a colaborar y facilitar la creación y funcionamiento de las organizaciones cívicas, populares y similares que se establezcan por iniciativa de la comunidad para la defensa de los derechos e intereses colectivos.

De igual modo se colaborará con las demás organizaciones que se funden con la misma finalidad, por los ciudadanos.

7. ASPECTOS NO REGULADOS

Artículo 68. Aspectos no regulados. En lo que no contraríe lo dispuesto en las normas del presente título, se aplicarán a las Acciones de Grupo las normas del Código de Procedimiento Civil.

8. VIGENCIA

Artículo 86. Vigencia. La presente ley rige un año después de su promulgación¹⁹ y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y expresamente los trámites y procedimientos existentes en otras normas sobre la materia (**EXEQUIBLE C- 215 99**). DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIV. N.43357. de 6, AGOSTO, 1998. Pág. 9.

Las anteriores notas, sujetas a nueva reflexión, fueron hechas rápidamente para el Congreso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el año –2001– con el propósito de tocar los principales temas de la Ley 472 de 1998 en cuanto a la acción de grupo; indican los puntos álgidos de muchos temas y conducen a que los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa seamos buscadores claros de una interpretación armónica de una ley que en su aplicación práctica tiene muchos terrenos de dificultad.

¹⁹ El 6 de agosto de 1998 en la página 9 del DIARIO OFICIAL. AÑO CXXXIV. N.43357.

VII. La conciliación en materia contencioso-administrativa

Dr. Juan Angel Palacio Hincapié²⁰

Quiero compartir en este encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ciertos conceptos que ya he tenido oportunidad de conversar con algunos de ustedes, en relación con el mecanismo de la conciliación, tal como viene estructurada en la regulación cuya vigencia se avecina y que tiene gran incidencia frente a la existente.

La nueva Ley 640 de 2001 introduce la obligatoriedad de la conciliación en los asuntos sometidos a la jurisdicción contenciosa, aunque de manera limitada, pues deja por fuera la oportunidad de su procedencia en otros conflictos que bien pudiera admitirse, como lo es en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho.

En esta Jurisdicción era necesario implementar la conciliación como mecanismo, no sólo para obtener una solución rápida de los conflictos, sino para descongestionar los despachos judiciales que, debido al sinnúmero de demandas y a la acumulación, cada vez mayor, de asuntos para su competencia, hacen que sea una justicia retardada, con el consecuente perjuicio para quienes acuden a ella. El carácter eficaz de la justicia solo se obtiene con la existencia de mecanismos y procedimientos ágiles en cada momento en que haya de solucionarse un conflicto, atendiendo a las circunstancias en que vive la comunidad.

La conciliación hace varios años era inconcebible en los asuntos en los que el Estado fuera parte, primero, por la estructura de la Constitución Política que impedía hacer reconocimientos que previamente no obedecieran a una sentencia y, en segundo lugar, por la mentalidad de nuestros fun-

²⁰ El texto de esta conferencia corresponde a apartes del libro del autor denominado “La conciliación administrativa, visión frente a la Ley 640 de 2001”.

cionarios, siempre temerosos de encontrarse frente a una investigación por el mal manejo de los recursos del Estado. Hoy no, a partir de la Ley 23 de 1991 empieza a introducirse este mecanismo en los asuntos asignados al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero sólo para determinados conflictos de intereses jurídicos, los cuales, no obstante, representan el mayor volumen de procesos, en que se ventilan asuntos de carácter subjetivo y contenido patrimonial, sin tocar en ello los aspectos de legalidad de los actos.

La Ley 446 de 1998 sobre descongestión, eficacia y acceso a la justicia, y luego el Decreto 1818²¹ del mismo año, le da un nuevo impulso a la conciliación, modificando la Ley 23 de 1991 en aspectos que amplían su ámbito de aplicación y agilizan su tramitación, especialmente en las controversias relacionadas con los asuntos contencioso administrativos, normas que ahora complementa la Ley 640 de 2001, para extender a todas las jurisdicciones que manejan conflictos particulares, la obligatoriedad de la conciliación.

JUSTIFICACION

La conciliación es un mecanismo adecuado para permitir a los usuarios de la justicia resolver sus conflictos, allegando fórmulas que benefician a cada uno de los confrontados, para lo cual se cuenta con un Conciliador, tercero respecto a quien se encuentra en la situación litigiosa, quien propugna por el acercamiento entre las partes, propiciando el mismo y proponiendo fórmulas, generalmente intermedias, que satisfagan las posiciones extremas que se hayan asumido.

Por eso, el conciliador de hoy debe ser una persona con atributos especiales, de formación integral, con capacidad para manejar elementos no solamente jurídicos, sino sociológicos, políticos, culturales, religiosos, etc., que permiten entender la posición de las partes y acercarlos en la solución de su enfrentamiento.

²¹ Con fundamento en la facultad que otorga el artículo 166 de la Ley 446, se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

DEFINICION

Podemos decir que la conciliación es un mecanismo por medio del cual dos o más personas en conflicto, en presencia de un tercero neutral y calificado, buscan la solución de la controversia por sí mismas.

La Ley 446 de 1998 al definirla, expresa en su artículo 64:

“La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

CLASES DE CONCILIACION

De acuerdo con la nueva ley, la clasificación es simple: hay conciliación judicial y extrajudicial y esta última puede ser: en derecho o en equidad (artículo 3° Ley 640 de 2001).

Tanto la Ley 446 de 1998, como con la actual Ley 640 de 2001, siguieron el mismo derrotero de la Ley 23 de 1991, dividiendo la conciliación en judicial o extrajudicial.

La extrajudicial, como su nombre lo indica, es la que se realiza por fuera de un proceso judicial y concretamente antes de iniciar la acción.

Y, en tratándose de la actuación en la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, encontramos en la Conciliación Extrajudicial, dos posibilidades para que las partes puedan solucionar sus conflictos antes de acudir a presentar demanda, ya que dispone de dos opciones alternas con igual valor procedimental para su celebración:

- a) Puede llevarse a cabo en el Despacho del Procurador Delegado ante el respectivo Juez o Tribunal Administrativo.
- b) O, acudirse ante un Centro Institucional de Conciliación autorizado para tramitar las conciliaciones en materia administrativa (artículo 23, Ley 640 de 2001).

A su vez la extrajudicial puede ser de dos clases:

a) En derecho:

De acuerdo con la Ley 640 de 2001, la conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias;

b) En equidad:

Y la conciliación se denomina en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad. Sobre este tema volveremos al hablar de la clasificación de la conciliación extrajudicial más adelante.

La Conciliación Judicial, por su parte, se da dentro del trámite del proceso contencioso y es un instrumento procesal que permite a las partes solucionar su controversia en presencia de un conciliador calificado para este efecto y que es el Juez de conocimiento del asunto.

Por razón de la conciliación judicial las partes pueden terminar anormalmente, o sin necesidad de sentencia, el proceso, mediante la concreción de una fórmula de solución del conflicto a la cual ellas mismas llegan con la colaboración del Juez, que oficia para el efecto como conciliador y el cual deberá aprobar la conciliación si la misma llena los requisitos sustanciales para ello.

Tanto la conciliación judicial como la prejudicial en derecho requieren la aprobación del juez para que adquiera los efectos de cosa juzgada entre las partes.

Cuándo procede la conciliación:

- a) En la prejudicial, antes de presentar demanda en ejercicio de las acciones de reparación directa y de controversias contractuales, a petición de cualquiera de las partes dirigida al procurador delegado ante la jurisdicción contenciosa o a un centro de conciliación autorizado.
- b) La conciliación judicial procede en cualquier estado del proceso, antes de que se profiera sentencia definitiva, a solicitud de ambas partes por mutuo acuerdo, o por citación de oficio que haga el juez.

La nueva ley no autoriza expresamente la procedencia de la conciliación judicial a petición de una sola de las partes.

Al respecto es importante hacer el siguiente análisis:

1. Procedencia a solicitud de ambas partes

Antes, la Conciliación Judicial se practicaba una vez vencido el período probatorio, a *petición de una de las partes* o de oficio, lo que garantizaba que por lo menos una vez, dentro del proceso, se llevara a cabo dicha diligencia, para propiciar el arreglo entre las partes. Sin embargo, utilizando un criterio racional, se interpretaba que nada impedía que, si las partes estaban de acuerdo en ponerle fin al conflicto mediante este mecanismo, a petición de ambas, aun antes de vencerse el período probatorio, se decretara por el Juez.

La Ley 446 de 1998, en su artículo 104, recogió la anterior interpretación y expresamente autorizó la procedencia de la conciliación en los procesos contencioso administrativos, no sólo por solicitud de cualquiera de las partes a partir del vencimiento del término probatorio, sino por la voluntad conjuntamente manifestada de las partes, dirigida al juez para solicitar su celebración, evento en el cual pueden hacerlo en cualquier estado del proceso.

Es más, se consideraba que si las partes lo deseaban, podían de común acuerdo, solicitar las audiencias de conciliación que estimen necesarias²² para procurar el arreglo, y el juez admitirla siempre que del escrito pudiera derivarse ese ánimo de conciliación.

En segunda instancia, existía otra limitante, antes de la Ley 446 de 1998, pues la audiencia de conciliación sólo podía ser solicitada por el particular, y siempre y cuando la sentencia hubiera sido favorable a sus pretensiones, limitación que tampoco tenía razón de ser, pues si un proceso no se encuentra decidido definitivamente, lo cual ocurre con la sentencia de segunda instancia, lo lógico es que pueda darse la conciliación para poner fin a la controversia, por lo cual la iniciativa bien puede provenir de cualquiera de las dos partes.

Tal impedimento también fue eliminado por la 446 de 1998, en el artículo citado, norma que sin lugar a dudas trajo mejoras en los mecanismos de descongestión judicial; allí se faculta para que en segunda instancia se pueda

²² Ver Consejo de Estado; Sección Tercera, providencia del 7 de diciembre de 2000, magistrada ponente: Doctora MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, EXP. 19052.

solicitar la audiencia de conciliación por cualquiera de las partes, antes de que se profiera fallo.

2. LA CITACION DE OFICIO A LA CONCILIACION

Antes de la nueva Ley 640 de 2001, nos preguntábamos ¿podría el Juez decretar audiencias de conciliación de oficio? A pesar de que el artículo 104 de la Ley 446, al regular la conciliación en materia contencioso administrativa, sólo habla de la solicitud de ambas partes para su práctica, afirmábamos que, haciendo una interpretación integral de las normas de la Ley 446 de 1998, hay que entender que el Juez también puede decretarla de oficio, pues es un mecanismo de solución rápida de conflictos, viable en todos los procesos susceptibles de conciliación. Tal conclusión se refuerza con la disposición del artículo 101 de la ley, en donde al referirse a las normas generales, es decir, reglas aplicables a todos los asuntos de conciliación, dispone: “Oportunidad. En los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, y que versen total o parcialmente sobre materias susceptibles de conciliación, habrá por lo menos una oportunidad de conciliación, aun cuando se encuentre concluida la etapa probatoria. Para tal fin, de oficio o a solicitud de parte se citará a una audiencia en la cual el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias...”.

Hoy, expresamente la Ley 640 de 2001, suple la deficiencia legal, autorizando al juez para decretar de oficio la audiencia de conciliación al disponer en el artículo 43 que las partes de común acuerdo pueden solicitar en cualquier estado del proceso, que se realice la audiencia de conciliación y además, que “con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia”, el cual lo hará en aquellos eventos en que pudiera concretarse, en su criterio un arreglo entre las partes, sin que por ello se pueda calificar su conducta de prejuzgamiento.

3. PROCEDENCIA A SOLICITUD DE CUALQUIERA DE LAS PARTES

Por el contrario, ahora la Ley 640 de 2001, en el artículo 43, dejó por fuera la posibilidad de que cualquiera de las partes pudiera solicitar la audiencia de conciliación judicial, pues la norma dispuso:

“De la conciliación judicial. Artículo 43. Oportunidad para la audiencia de conciliación judicial. Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice la audiencia de conciliación en cualquiera de las etapas del proceso. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia”.

Esta limitante parece partir de la exigencia en el proceso de que exista, para que pueda solicitarse la audiencia de conciliación, un principio de acuerdo entre los contendientes para resolver sus diferencias y tal vez evitar la práctica meramente dilatoria de la misma. Sin embargo, creemos que si bien no se consagró tal posibilidad para cualquiera de las partes en la nueva norma, la misma subsiste por disposición del artículo 104 de la Ley 446 que no ha sido derogado y aunque el artículo 50 de la Ley 640 deroga las disposiciones que le sean contrarias, consideramos que no se opone a la nueva regulación, pues la solicitud de una de las partes y la presencia del juez, pueden llevar a la otra a discutir y aceptar la fórmula que provenga de uno de ellos o que la parte no solicitante se anime a formular.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

La nueva Ley 640 de 2001, para darle impulso a la conciliación como mecanismo, no sólo para solucionar los conflictos entre las partes en forma ágil, sino como mecanismo de descongestión judicial, ha hecho obligatoria la conciliación extrajudicial, tanto en materia civil, laboral y de familia, como en la contencioso-administrativa.

Por tanto, quienes afronten un conflicto de intereses que esté relacionado, para el caso de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, con las acciones de reparación directa y de controversias contractuales, deben procurar su solución previamente con la ayuda de un conciliador autorizado. Lo que significa que a partir de la vigencia de la Ley 640 de 2001, ninguna demanda podrá ser presentada ante el juez, si antes no se ha dado trámite a la audiencia de conciliación para aquellos asuntos que sean conciliables.

Sin embargo, la misma norma, para evitar caos en las distintas jurisdicciones ha dispuesto en el artículo 42, que las normas relativas al requisito de procedibilidad entrarán en vigencia gradualmente, atendiendo al número de conciliadores existentes en cada distrito judicial para cada área de jurisdicción.

Para tal efecto, el Ministerio de Justicia y del Derecho determinará la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad para cada Distrito Judicial y para cada área de la jurisdicción una vez aquél cuente con un número de conciliadores equivalente a por lo menos el dos por ciento (2%) del número total de procesos anuales que por área entren a cada Distrito.

Es decir, El Ministerio de Justicia será el encargado de decir cuándo empieza la vigencia del requisito de procedibilidad en cada área, sin lo cual no puede exigirse por el juez para admitir una determinada demanda.

¿Cuándo se puede presentar demanda en materia contenciosa?

Se pueden presentar varios eventos, de conformidad con los artículos 35 y 37 del C.C.A., a saber:

- a) Cuando se ha cumplido el requisito de procedibilidad, el cual se entenderá ocurrido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo.
- b) Cuando vencido el término de tres meses señalado por la ley para su realización la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa.

En este evento el actor puede presentar la demanda, sin la constancia de haberse realizado la audiencia con la sola presentación de la solicitud de conciliación, en la que conste la fecha de recibido.

- c) No es necesario realizar la audiencia de conciliación para demandar y se puede, por tanto, acudir directamente a la jurisdicción, cuando bajo la gravedad del juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que éste se encuentra ausente y no se conoce su paradero.
- d) Cuando en el proceso se deba o se quiera solicitar el decreto y la práctica de medidas cautelares.

Este evento no requiere ninguna explicación, pues las medidas cautelares gozan de prelación, ya que ellas, en principio, se deben tomar antes de que llegue el conocimiento al demandado de la existencia de una acción en su contra. Es una excepción, de poca utilización en materia administrativa.

- e) Cuando se trate de demandar en acción de repetición.

Es importante precisar que la Administración también está obligada a cumplir con el requisito de procedibilidad¹ cuando intente demandar en ejercicio de las acciones a que se refieren los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, salvo que se trate de la acción de repetición. Esto por cuanto, la Administración también puede entablar las mismas acciones de reparación directa contra otra entidad y demandar en acción contractual a un contratista, conflictos de contenido económico que eventualmente podría solucionar con la oportunidad de la conciliación prejudicial.

Clasificación de la conciliación extrajudicial

La Ley 640 de 2001 clasifica la conciliación en judicial y extrajudicial.

A su vez, la extrajudicial puede ser de dos clases: 1) en derecho, y 2) en equidad.

En derecho. Si la conciliación extrajudicial se realiza a través de conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias, se denomina conciliación en derecho. Sin embargo, tal concepción es meramente descriptiva, ya que se debe entender por conciliación en derecho aquella en la cual las partes, con la colaboración de un tercero, el conciliador, resuelven sus diferencias de contenido patrimonial, sujetándose a la normatividad jurídica, cuyo cumplimiento debe vigilar éste, pues debe velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, los derechos mínimos e intransigibles, lo que impide que el juez pueda aprobar aquellos acuerdos que vulneren las prohibiciones legales o constitu-

¹ En asuntos sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, el artículo 37 ordena: “*Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.*”

“Parágrafo 1°. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

“Parágrafo 2°. Cuando se exija cumplir el requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, si el acuerdo conciliatorio es improbadado por el Juez o Magistrado, el término de caducidad suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día siguiente hábil al de la ejecutoria de la providencia correspondiente”.

cionales, como cuando se concilia sobre materias no conciliables.

En equidad. Cuando la conciliación extrajudicial se realiza ante conciliadores en equidad, concepto que es meramente descriptivo y nada avanza sobre el alcance de la institución.

La conciliación en equidad es aquella en la cual, quien cumple la función de conciliador, lo hace sin tener en cuenta aspectos técnicos ni de derecho, simplemente se limita a obtener una fórmula que consulte el derecho de cada una de las personas en conflicto, sin que se desconozca el derecho del otro. Es donde la intuición del Conciliador, su sentido común, tiene mayor despliegue y le permite encontrar un justo medio que satisfaga a cada una de las personas enfrentadas en un asunto. La conciliación en equidad solo procede en los casos autorizados por la ley.

Clasificación en el sistema anterior

La Ley 446 traía una clasificación semejante y, aunque el artículo 67 fue derogado por la nueva norma, desde el punto de vista didáctico puede mantenerse la referencia. Allí distinguíamos la siguiente clasificación:

La Conciliación Extrajudicial, es decir, la que se celebra por fuera de un proceso judicial, puede ser de tres clases, atendiendo al lugar donde se realice o ante quien cumpla el papel de conciliador: institucional, administrativa o en equidad.

La Conciliación Extrajudicial es institucional cuando se realiza en los Centros de Conciliación, especialmente autorizados para ello, teniendo en cuenta que las conciliaciones en asuntos cuya controversia corresponda a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sólo pueden ser llevadas a cabo en Centros de Conciliación de primera categoría. La Ley 640 de 2001 habla de centros de conciliación autorizados, conservándose, entonces, hoy la misma restricción.

La conciliación es administrativa, cuando las personas en conflicto acuden a realizarla ante las autoridades administrativas facultadas legalmente para el cumplimiento de funciones conciliatorias, como es el caso de las autoridades del Ministerio del Trabajo, cuyas oficinas regionales tienen esta función (ver artículos 27, 28 y 31 de la Ley 640 de 2001).

Finalmente, la norma anterior también hablaba de la conciliación en equidad, entendida en la forma que mencionamos atrás.

Como puede verse, la clasificación hecha por la nueva ley mantiene los mismos rasgos descriptivos que trajo la Ley 446 de 1998.

Igualmente, se generaliza el término conciliador para referirse a todos los funcionarios que realizan esa función dentro de sus tareas. Así expresa que las remisiones legales a la conciliación prejudicial o administrativa en materia de familia se entenderán hechas a la conciliación extrajudicial; y el vocablo genérico de “conciliador” reemplazará las expresiones de “funcionario” o “inspector de Trabajo” contenidas en normas relativas a la conciliación en asuntos laborales (artículo 3°).

1. Conciliador:

Este papel en materia contenciosa corresponde a un sujeto calificado, cuyo titular variará, atendiendo a si se trata de la Conciliación Prejudicial o de la Judicial; en la primera interviene como conciliador el Procurador Judicial ante el juez o Tribunal administrativo, o el Conciliador del Centro de Conciliación; y en la segunda, el conciliador es el Juez Administrativo, según la competencia atribuida para el asunto de que se trate.

El conciliador debe tener una aptitud, que le da su formación, para procurar la autocomposición de la litis entre las partes, facilitando el acercamiento entre ellas, para lo cual se requiere una mentalidad nueva en quienes desempeñan dicho papel, porque les corresponde hacer uso de sus conocimientos y experiencias, pues después de haber estudiado las posiciones de las partes, debe hallar una fórmula en la cual la Administración y los particulares encuentren una solución al conflicto de intereses, sin que se atente contra los intereses de aquélla, pero que a la vez implique un reconocimiento de los derechos que la Administración, de alguna manera, le haya vulnerado al particular pero sin detrimento de la entidad. Lo que está a tono con la Ley 640 de 2001 que le impone una obligación al conciliador en el ejercicio de su función, cual es velar porque “no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles” (artículo 8°).

Obligaciones del conciliador

La Ley 640 de 2001 quiso hacer una regulación de las obligaciones del conciliador para que no operaran como ruedas sueltas y tuvieran funciones determinadas al desempeñar su labor. La más importante, en nuestro criterio, es la relacionada con su deber de velar porque no se infrinjan los derechos de las partes, lo que evita el abuso de la parte más débil en la relación.

Esas obligaciones de todos los conciliadores, son las siguientes, según lo establece el artículo 8 de la nueva ley:

1. Citar a las partes a que concurran a la audiencia de conciliación, utilizando para ello los medios más expeditos o acudiendo ante las autoridades policivas a obtener su concurso para que la misma se lleve a cabo.
2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia. De ahí la importancia de la exigencia de la norma de que el conciliador sea abogado y en el caso concreto de la jurisdicción contenciosa, sería lo ideal, que sea conocedor del derecho administrativo, con la finalidad de que haga comparecer a las personas que por ley deban afrontar las consecuencias de los hechos, acciones u omisiones que generan la conciliación.
3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación. El conciliador debe exhortar a las partes a que resuelvan sus diferencias en esa audiencia, por tal razón allí debe darles a conocer en torno a qué girará la discusión, la posibilidad que tienen de llegar a un acuerdo, la legalidad del mismo, qué ocurre si sólo concilian parcialmente, así como las consecuencias del incumplimiento de la conciliación y el efecto de cosa juzgada de la misma. Este es el momento psicológico que permitirá abrir las mentes de las partes para ponerle fin al conflicto.
4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia. Esta se complementa con la información, ilustración y motivación que el conciliador da a las partes. Es su deber incitarlas a que presenten fórmulas de acuerdo. Esta obligación está íntimamente relacionada con la que se expresa a continuación.
5. Formular propuestas de arreglo. Si las partes no llegan a un acuerdo, el conciliador, siempre en derecho, debe presentar a consideración de las partes una solución que respete los derechos mínimos de cada parte, que

sea equitativa y que conduzca a satisfacer la necesidad de justicia en los enfrentados en el conflicto de intereses. De la habilidad del conciliador para presentar esta fórmula dependerá el éxito de la audiencia.

6. Debe velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles. Esta obligación que viene consagrada en el parágrafo del artículo en comento es esencial, pues la conciliación que se lleve a cabo, debe partir del respeto a esos derechos, la cual ante todo debe versar sobre derechos que sean transigibles, conciliables y renunciabiles por las partes.
7. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.
8. Registrar el acta de la audiencia de conciliación en los eventos exigidos por la ley, lo cual ocurre con las conciliaciones que se celebren en los centros de conciliación, no así con las practicadas ante los procuradores delegados del Ministerio Público, ni con la conciliación judicial.

Selección del conciliador

La ley confiere al interesado la facultad de escoger el conciliador (artículo 16). En materia contenciosa, fuera del Procurador Delegado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los interesados podrán seleccionar la persona que actuará como conciliador en los centros de conciliación autorizados para ello, así:

- a) Por mutuo acuerdo entre ellas.
- b) A prevención, cuando se acuda directamente a un abogado conciliador inscrito ante los centros de conciliación que sea autorizado para atender los asuntos previstos en los artículos 86 y 87 del C.C.A.
- c) Por designación que haga el centro de conciliación autorizado ante el cual se acuda.

Función del conciliador en las etapas de conciliación

En la etapa prejudicial, es decir, antes de acudir en demanda, el conciliador está despojado de la calidad de juez, es un tercero neutral que busca el acercamiento de las partes. Puede ejercerse tal función por el Procurador Delegado ante la Jurisdicción Contenciosa, en sus distintos niveles, o puede ejercerse por un conciliador vinculado a uno de los centros de conciliación

que hayan sido autorizados por el gobierno para cumplir esa función.

Bajo el régimen anterior la Conciliación Extrajudicial, en los asuntos sometidos a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, podía realizarse, igualmente, ante los Centros de Conciliación de primera categoría que estableciera el Gobierno, de acuerdo con el parágrafo del artículo 67 de la Ley 446 de 1998, artículo que fue derogado por la nueva ley. Mientras dichos centros no hubieran sido autorizados, tal función se cumpliría por los Centros de Conciliación Institucional y Arbitramento, establecidos por las asociaciones profesionales, gremiales y de las Cámaras de Comercio. Tal reglamentación se cumplió con el Decreto 1908 y la Resolución 800, ambos del mes de septiembre de 2000.

En la Ley 640 también se delega en el Gobierno la reglamentación de los centros de conciliación autorizados para la conciliación en materia contencioso-administrativa (artículo 12), facultad que permite establecer una nueva regulación de esos centros. Sin embargo, creemos que mientras se cumpla dicha reglamentación, a partir del 6 de enero de 2002, sólo podrá celebrarse la conciliación prejudicial ante el Ministerio Público que cumpla sus funciones ante la jurisdicción contenciosa, con exclusión de los centros de conciliación existentes, salvo que cada centro obtenga la autorización del Ministerio de Justicia para ello.

Esta Conciliación Extrajudicial, en el fondo, es una Conciliación Prejudicial en el sentido de evitar la comparecencia de las partes a un proceso.

En los anteriores casos, es decir, en la conciliación prejudicial, el conciliador, sujeto calificado y neutral a las partes, está desvinculado de la función jurisdiccional. Sin embargo, el Juez, en la Conciliación Judicial, pasa de ser el sujeto que está investido de la facultad de administrar justicia, a ser conciliador, donde su papel, como el del conciliador extrajudicial, es ser un facilitador de la fórmula de acercamiento, buscando que se ajuste al ordenamiento jurídico, por lo cual debe rechazar las que se alejen de él, con la obligación adicional de velar porque “no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles” (artículo 8°).

Allí el Juez debe simplemente utilizar los mecanismos a su alcance por su formación intelectual, jurídica y experiencia en la solución de conflictos para hallar una fórmula que propicie el arreglo. Para ello, es necesario una labor

de preparación como conciliador, debiendo examinar cuidadosamente las pretensiones de cada una de las partes y su proporción con los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, o con las excepciones que formula el demandado, pues para aprobar una conciliación, sólo puede hacerlo cuando aparezcan debidamente acreditados los hechos en que se fundamenta el arreglo y siempre que no se vulnere el orden jurídico ni se afecte el patrimonio del Estado, velando por que la conciliación ocurra con respecto de los derechos a que se refiere el artículo 8° de la ley.

Naturaleza de la participación del juez

Su sola presencia en la audiencia de conciliación le pone el sello de aprobación al acuerdo a que lleguen las partes?

Al analizar la función asignada por las normas anteriores la Ley 640 de 2001, afirmábamos lo siguiente:

“Con respecto a la participación del Juez en la Conciliación Judicial, se ha dicho que con el concurso de las voluntades del demandante, demandado y el Juez, y dada la participación de éste en la conclusión de la autocomposición, no se requiere la aprobación judicial, pues bastaría con la suscripción del acta que la contiene. Tal apreciación, si bien tiene una presentación lógica, no se comparte, pues lo cierto es que el Juez actúa en ese momento como mediador y no tomando una decisión, la cual únicamente se produciría en la aprobación judicial, requisito indispensable para que tenga el soporte jurisdiccional que las partes persiguen. El legislador bien pudo admitir la sola acta firmada por los intervinientes y el Juez para que se concretara la conciliación; sin embargo, es bueno precisar que la aprobación posterior, que implica sometimiento del acuerdo a la confrontación con las normas, con las pruebas y a la protección del patrimonio estatal, garantiza certeza y estabilidad a la decisión adoptada”.

Lo cierto es que las normas anteriores tenían bien definida la función del juez dentro de la conciliación. Veamos:

En vigencia del Decreto 2651 de 1991, la Conciliación Judicial se realizaba ante el Juez de conocimiento, en audiencia señalada de oficio o a petición de parte, una vez vencido el período probatorio, quien “instará a las partes para que concilien sus diferencias, si fueren susceptibles de transacción, y si

no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento”. Tal previsión en la Ley 446 de 1998 recobra su validez, pues el papel del conciliador es el de acercar a las partes y en ningún momento implica adoptar una decisión sobre el conflicto.

Al respecto dice el segundo párrafo del artículo 101:

“...Para tal fin, de oficio o a solicitud de parte se citará a una audiencia en la cual el juez instará a las partes para que concilien sus diferencias; si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento...”. Fórmula igual trae la redacción del párrafo segundo del artículo 43 de la nueva ley, previniendo al juez de la sanción disciplinaria en que puede quedar incurso por el incumplimiento del deber de poner en consideración de las partes una fórmula de conciliación.

La firma del Juez

Si bien lo anterior era cierto, también lo es que la nueva Ley 640 de 2001 le dio fuerza a la participación del juez en la conciliación quien ahora con su sola firma en el acta y por autoridad de la ley, queda aprobada la conciliación.

Expresa el artículo 43 de la ley:

“... si las partes llegan a un acuerdo ***el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación***”.

Esto significa que la mera firma del juez en el acta de conciliación que contiene el acuerdo de las partes, confiere la aprobación a la conciliación, sin necesidad de que se expida una nueva providencia judicial. Pero, sobra decirlo, el juez no puede firmar el acta dando su aprobación si lo acordado va contra el orden jurídico, se afecta el patrimonio estatal, o se violan los derechos ciertos e indiscutibles de las partes, como los derechos mínimos e intransigibles.

La conclusión sobre la fuerza aprobatoria de la firma del juez pareciera contradecirse con la prescripción del artículo 26 de la Ley 640 de 2001, cuando señala que dentro de los 30 días siguientes a la audiencia de conciliación judicial, el juez debe practicar las pruebas que decretó, de oficio o a

petición del Ministerio Público, para probar los supuestos de hecho del acuerdo conciliatorio, lo cual nos permite ver que con posterioridad a la audiencia, de la cual se debe levantar acta y firmar, es cuando se va a producir la aprobación del juez, quien primero debe llegar a un convencimiento de la existencia de los supuestos que dan lugar al acuerdo.

Haciendo una interpretación sistemática de las normas, debemos afirmar que la suscripción del acta de conciliación por parte del juez aprueba la conciliación judicial, cuando de la fórmula avenida por las partes y de los elementos probatorios existentes, no le queda ninguna duda al juez sobre su procedencia; pero, en aquellos casos en que exista alguna duda, ya sea de oficio o petición del Ministerio Público, podrá decretar las pruebas pertinentes, caso en el cual la aprobación de la conciliación se hará mediante un auto interlocutorio posterior a la audiencia, salvando la aparente contradicción.

Y debe ser mediante providencia posterior a la audiencia porque aquélla se terminó en la misma fecha en que se llevó a cabo y en la que fue firmada por los asistentes, dentro de ellos el juez y fue allí mismo donde se determinó por éste la necesidad de practicar las pruebas requeridas para su convencimiento.

No puede predicarse lo mismo en la conciliación extrajudicial (antes denominábamos Prejudicial), la cual se practica en presencia del Procurador Delegado ante el Tribunal o Agente del Ministerio Público que deba actuar ante el Juez Administrativo competente para conocer de la eventual controversia, a quien los interesados deberán elevar la solicitud de conciliación; si éste la encuentra -como decía el artículo 60 de la Ley 23 de 1991, derogado por la nueva ley, "seria y razonable"-, cita a las partes para la realización de la audiencia, en la cual, se busca un acuerdo entre ellas, que evite un proceso; pero la fórmula de conciliación debe someterse a la aprobación del Juez o Tribunal que por competencia le hubiera correspondido el conocimiento de la litis, cuya función es impartirle la aprobación o improbación a la conciliación y quien no aprobará el acuerdo, cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias que acrediten el supuesto que sirve de base al arreglo, cuando sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público, exigencia esta última contenida en el tercer párrafo del artículo 73 Ley 446 de 1998, que agregó el artículo 65A a la Ley 23 de 1991 y que en dicha parte continúa vigente.

2. Las partes

Son quienes se encuentran enfrentando el conflicto de intereses que ha de resolverse en la conciliación. Siempre ha existido alguna dificultad en cuanto a la obligatoriedad de la presentación de las partes y sus apoderados a las audiencias de conciliación. La Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario 2511 del mismo año trató de precisar dicha concurrencia.

Concurrencia de las partes a la audiencia

Al respecto se disponía en el régimen anterior a la Ley 640 de 2001 que en la Conciliación Extrajudicial, en materia de conocimiento asignado a la jurisdicción contenciosa, ya sea ante el Ministerio Público o ante un Conciliador, interviene la entidad de derecho público a través de su representante o de su apoderado y el particular, directamente o por conducto de su apoderado. Si lo hacen por conducto de apoderado, el poder debía tener la autorización expresa para conciliar (artículo 5 del Decreto 2511 de 1998). No era, entonces, necesaria la asistencia de la parte simultáneamente con el apoderado.

Pero esa elasticidad en el campo contencioso, mas no en el civil, conducía al fracaso en algunas audiencias por no poderse consultar al interesado en el momento mismo de la formulación de la propuesta. Por eso la Ley 640, tratando de hacer más efectiva la conciliación, reguló nuevamente la asistencia de las partes y sus apoderados así:

El parágrafo 2° del artículo 1°, señala:

“...Parágrafo 2o. Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Con todo, en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el Circuito Judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aun sin la asistencia de su representado.

“ ... ”.

De la norma anterior podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. Obligatoriamente las partes de la controversia, es decir, quienes afrontan el conflicto de intereses, deben concurrir a la audiencia de conciliación. Con ellos se deben adelantar las discusiones de las fórmulas propuestas, al ser los directamente interesados o afectados, son ellos quienes deben tomar las decisiones que permitan concluir el arreglo, o, del mismo modo, no aceptar ninguna fórmula de conciliación, si razonablemente tienen argumentos para no hacerlo. Esto no impide que las partes tengan asesores que contribuyan a fortalecer su concepto.
2. Los apoderados de las partes, si los tuvieran, no están obligados a concurrir a las audiencias, salvo en materia contenciosa administrativa. En los apoderados se ha establecido la facultad de asistir, si lo desean, salvo que se trate de una conciliación en materia contenciosa, donde tal asistencia es obligatoria.

En las audiencias que se adelanten en los asuntos contencioso administrativos, es obligatoria la participación de los apoderados desde la iniciación misma del trámite, es decir, deben actuar desde la formulación de su solicitud, desarrollo y culminación de la conciliación; por tanto, los apoderados están obligados a concurrir a la audiencia de conciliación y por conducto de ellos se proponen las fórmulas que permitan poner fin al conflicto.

Precisamente, la modificación importante que la Ley 446 de 1998, artículo 70, le introduce al artículo 59 de la Ley 23 de 1991, es facultar a las entidades para que la conciliación se haga no sólo por conducto del representante sino del apoderado, al disponer que: "Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado,...". Ahora, se pasa al otro extremo al permitir la actuación en la audiencia únicamente por conducto del apoderado.

Al respecto, prescribe el párrafo 2° de la Ley 640 de 2001:

"Párrafo 3o. En materia de lo contencioso administrativo el trámite conciliatorio, desde la misma presentación de la solicitud deberá hacerse por medio de abogado titulado quien deberá concurrir, en todo caso, a las audiencias en que se lleve a cabo la conciliación".

Contrariu sensu, en las conciliaciones contencioso-administrativas, que serán aquéllas relacionadas con las controversias contractuales y las accio-

nes de reparación directa, la parte, pública o privada, no está obligada por la Ley 640 de 2001 a concurrir a la audiencia, pero si asiste nada se opone a su participación. Es la excepción a la regla general traída por la nueva legislación en materia de conciliación, pues las partes son las que deben afrontar el acuerdo, previa discusión y aceptación de las fórmulas.

Es obvia la razón de esta disposición, la cual radica en la dificultad que existe, en la mayoría de los casos, para que el representante de la entidad pública pueda estar presente en la audiencia de conciliación. De ahí la importancia de la existencia del Comité de Conciliación, creado por la Ley 446 de 1998, donde sale la decisión que el apoderado ahora debe plasmar en la fórmula que proponga, discute o acepte. No se ve, por el contrario, ninguna explicación para que el particular que sea parte en el proceso no asista obligatoriamente a la audiencia de conciliación, pues su concurrencia, como ocurre en las demás materias, facilitaría la solución del conflicto dando oportunamente su consentimiento para la concreción del acuerdo en aspectos que dependen de su voluntad.

PLURALIDAD DE INTERESADOS

Cuando exista pluralidad de demandantes o demandados, deben participar todos, sin perjuicio de que se obtengan acuerdos parciales, evento en el cual el proceso habría de continuar entre quienes no solucionen sus diferencias.

No obstante, se debe tener en cuenta que en ocasiones aquellos eventos en los cuales se hacen presentes a las diligencias únicamente los que sostienen pretensiones principales y que con un acuerdo entre ellos puede ponerse fin al proceso, como cuando asiste la parte demandada y no lo hace la compañía llamada en garantía, o viceversa. Nada impide que se llegue a una conciliación donde quien interviene asume la responsabilidad de la obligación, quedando pendiente la repetición entre ellos.

En la Conciliación Judicial deben intervenir todas las partes del proceso contencioso administrativo, es decir, el demandante, el demandado, por conducto de su apoderado, y hacerse presente ellas, si lo desean. El Ministerio Público (recuérdese que éste es parte en el proceso), interviene directamente. Por lo demás, no sobra recordar que el Ministerio Público puede actuar

en el proceso manejando una pretensión propia, como verdadera parte procesal en el sentido estricto de la palabra, o simplemente en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales (art. 127 del C.C.A.). En el último evento, no está facultado para conciliar pero sí para intervenir procurando el arreglo entre las partes, en cumplimiento de las atribuciones que allí le ha señalado la ley. Pero al derogarse el artículo 65 de la Ley 23 de 1991, modificado por la Ley 446 de 1998 que hacía obligatoria la presencia del Ministerio Público en la conciliación, con la nueva ley él puede acudir facultativamente a las que le interese.

El particular, ya sea que actúe como demandante o como demandado (en las acciones de lesividad, o en las acciones de repetición), debe tener capacidad para disponer libremente de sus intereses, la cual se traduce en la denominada capacidad de ejercicio, pero debe hacerlo ante la jurisdicción contenciosa, para efectos de llevar a cabo la audiencia de conciliación, por conducto de su apoderado, lo que no impide que pueda asistir a la misma para apoyar las decisiones que haya de adoptar para concretar la fórmula o su aceptación. Lo que sí es cierto es que si el apoderado no asiste, aunque la parte lo haga personalmente, el juez no puede celebrar la audiencia de conciliación.

En cuanto a la entidad pública, si bien no está obligada a acudir a la conciliación directamente, por conducto de su representante legal, debe hacerlo por intermedio de su apoderado, expresamente facultado para conciliar, lo que implica que pueda proponer fórmulas, discutir las que se presenten y aceptar, si fuera el caso, sin que tenga que esperar la aquiescencia de dicho representante.

El artículo 149 del C.C.A, tal como fue modificado por la Ley 446 de 1998, señala que la representación para efectos judiciales recae en los representantes legales de las entidades públicas, indicando que la Nación estará representada por el Ministro, el Director de Departamento Administrativo, el Superintendente, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Fiscal General (en este evento hay que tener en cuenta la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Justicia), Procurador o Contralor, según el caso; pero trae una regla benéfica para evitar interpretaciones innecesarias al señalar: "o por la persona de mayor jerarquía en la Entidad que expidió el acto o produjo el hecho".

Señala, igualmente, que el Presidente del Senado representa a la Nación en asuntos relacionados con el Congreso; el Director Ejecutivo de Administración Judicial, la representa en asuntos relacionados con la Rama Judicial, en materia impositiva, recae sobre el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, en lo de su competencia o en el funcionario que expidió el acto.

Esta facultad de representación judicial de la entidad, permite que también pueda representar a la entidad dentro del trámite de conciliación judicial y no se opone a la regla de representación que había fijado la Ley 23 de 1991.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público es parte en todos los procesos que se adelanten en la Jurisdicción Contenciosa, tal como lo prescribe el artículo 127 del C.C.A., reformado por la Ley 446 de 1998, la cual le dio una mayor actividad procesal y lo hace partícipe de todas las actuaciones, a diferencia de las normas anteriores. Así dice la norma:

“Artículo 35. Atribuciones del Ministerio Público. El artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

“Artículo 127. Atribuciones del Ministerio Público. El Ministerio Público es parte y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y en las conciliaciones extrajudiciales ante los centros de conciliación e intervendrá en éstos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales...”

OBLIGACION DE ASISTIR A LAS AUDIENCIAS

Es importante precisar que en la Conciliación Judicial que se practica en el Proceso Contencioso Administrativo, la intervención del Agente del Ministerio Público se había hecho de carácter obligatorio, tal como lo disponía el artículo 72 de la Ley 446 de 1998 que modificó el 65 de la Ley 23 de 1991, en su párrafo al prescribir: “será obligatoria la asistencia e intervención del Agente del Ministerio Público a las audiencias de conciliación judicial”. Esta

norma fue derogada, como se dijo, por la Ley 640 de 2001, por tanto la presencia del Ministerio Público en las audiencias de conciliación pasó a ser facultativa, permitiéndole asistir a aquellas que deseen hacerlo, principio general de su actuación en el proceso.

Pero, ¿qué ocurre si el Ministerio Público es citado a la audiencia y no concurre?, en nuestra opinión, no habría ningún problema, pues su asistencia es facultativa, a diferencia del régimen anterior que le generaba un desobedecimiento de sus obligaciones, pues si las partes se encuentran presentes y llegan a un acuerdo de conciliación y el mismo se ajusta a la ley, está soportado en las pruebas que obran en el expediente y no va contra el patrimonio público, el Juez debe aprobarlo. Cosa distinta habría que concluir cuando el Ministerio Público sea directamente el actor en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 127 citado, pues en este caso, él es el que maneja directamente el interés en controversia.

ELEMENTOS OBJETIVOS - MATERIA CONCILIABLE

Hacen referencia a la materia objeto de conciliación y que, en materia Contenciosa-Administrativa, recae, hasta el 6 de enero de 2002, sobre todos aquellos asuntos de carácter particular y contenido patrimonial que se ventilen mediante las Acciones de Nulidad y Restablecimiento, Reparación Directa y Controversias Contractuales, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. A partir de aquella fecha se excluye la conciliación sobre las acciones de nulidad y restablecimiento, de conformidad con el nuevo artículo 37 de la Ley 640 de 2001, el cual además exige que la materia sea *conciliable*.

Es importante, entonces, distinguir las materias conciliables y las no conciliables.

De conformidad con la Ley 446 de 1998, son conciliables las siguientes materias:

1. Como regla general, todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y los que, no encuadrando en la anterior descripción, así lo determine la ley y que en materia Contencioso Administrativo, se concreta a los conflictos de carácter particular y contenido económico ventilados a través de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del C.C.A.. Sobre la

inclusión del artículo 85 hay alguna discusión, de la cual hablaremos más adelante.

2. También procede en los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, siempre que se hayan propuesto excepciones de mérito.
3. Igualmente, procede sobre los efectos económicos del acto administrativo de carácter particular, si se da alguna de las causales del artículo 69 del C.C.A. y una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.

Fue una gran innovación de la Ley 446 de 1998, permitir la conciliación en los eventos de las acciones de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, pues en este tipo de acciones se ventila, evidentemente, una situación particular de contenido patrimonial, donde el afectado busca el restablecimiento de su situación particular susceptible de evaluación patrimonial. Tal punto ha sido sostenido por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre todo, para defender la procedencia del desistimiento en este tipo de acción, donde el actor tiene un interés particular y que es renunciable a su criterio.

Y no es para menos, en este tipo de acción el interés del actor, el objetivo primordial, el motivo que lo induce a formular la pretensión es un fin patrimonial, individual y subjetivo, que se concreta en la reparación del daño o el restablecimiento de su situación particular, materia que puede ser conciliada por la Administración sin que se afecte el interés general, ni se negocie la legalidad del acto, lo cual no será admisible.

CONCILIACION EN LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Sería lo ideal que pudiera admitirse la conciliación en este tipo de acciones, tal como lo afirmamos en el párrafo precedente, pero, a pesar de haberse avanzado en la Ley 446 de 1998, la nueva ley generó una dificultad en su procedencia.

En efecto, la nueva Ley 640 de 2001, tal como fue enviada al Presidente de la República para su sanción, traía la misma regulación de la Ley 446 de 1998 al disponer en el primer párrafo del artículo 37:

“Artículo 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previs-

*tas en los **artículos 85, 86 y 87** del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”.*

Si se observa el texto de la norma, habla de la procedibilidad de la conciliación, “si el asunto de que se trate es conciliable”, exigencia que para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho estaba acorde con la ley anterior que admitía la conciliación en ellas, siempre que el acto se encontrara en los eventos permitidos por la ley para que pudiera darse la revocatoria directa, lo cual significaba que si bien era posible la conciliación sobre asuntos del artículo 85 del C.C.A., ello era excepcional.

El Gobierno publicó la ley que le había sido remitida del Congreso en cuyo texto se incluía el artículo 85 del C.C.A. y varios días después expidió el Decreto 131 de 2001 en el cual se corregía un supuesto error en la publicación, con base en el cual se suprimía la facultad de conciliar sobre las materias relacionadas con el artículo 85 del C.C.A., es decir, con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Inconstitucionalidad del artículo 37 de la Ley 640 de 2001

El texto original dirigido al Presidente para la sanción, expresaba:

“Artículo 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.

“...”.

Sin embargo, la inclusión de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, del artículo 85 del C.C.A. como materia conciliable por

parte de la nueva ley, no corresponde al texto definitivamente aprobado por el Congreso. Esto se deduce de las diferentes actas en las que consta el trámite que se le dio a dicha norma y de las cuales extractamos lo pertinente para llegar a esta conclusión.

El Gobierno Nacional, a través del Ministro de Justicia y del Derecho, presentó ante el Senado de la República el articulado del proyecto de ley *“por la cual se modifican normas relativas a la conciliación, al servicio legal popular y se dictan otras disposiciones”* con su exposición de motivos, el cual fue radicado bajo el número 148 de 1999-Senado y publicado en la Gaceta del Congreso Año VIII No. 400 del viernes 29 de octubre de 1999, págs. 1-7.

En el artículo 11 del proyecto se traía dicha norma y que se titulaba **“Solicitud”**, se expresaba: “Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, **formularán** solicitud de conciliación extrajudicial...”.

La Ponencia² para primer debate y el pliego de modificaciones, mantenía la disposición.

Tal contenido del proyecto también pasó en la ponencia para segundo debate ante la Plenaria del Senado de la República, publicada en la Gaceta del Congreso Año IX No. 218 del viernes 16 de junio de 2000, págs. 13. y así fue aprobada.

El proyecto de ley fue radicado en la Cámara de Representantes, con el número 304 de 2000-Cámara. Para el primer debate, se mantuvo el texto del artículo 11 que titulaba “solicitud”, que correspondía al proyecto 148 Senado, y se explicó que “Se reafirma, con una modificación en la redacción la obligatoriedad de acudir a la conciliación extrajudicial en las acciones de los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A., siempre que el asunto sea conciliable”. Dicho artículo pasó a ser el 35 del Proyecto y se le agregó el título : **“Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo...”**.

² Presentada por el senador José Renán Trujillo García, publicada en la Gaceta del Congreso Año VIII No. 562 del viernes 17 de diciembre de 1999 pág. 13.

Pero en la ponencia para segundo debate en la Cámara, fue eliminada la referencia al artículo 85, tal y como aparece en la Gaceta No. 490 del 6 de diciembre de 2000, pág. 12, que al referirse al artículo 35, precisa que la conciliación debe intentarse sólo en caso de querer incoar las acciones de reparación directa y en las controversias contractuales y **“no así en las de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que en ellas se discute la validez de actos administrativos”**.

La Cámara de Representantes presentó el texto definitivo³ al Proyecto de Ley 304 de 2000 Cámara, 148 de 1999 Senado, *“aprobado en segundo debate en la sesión plenaria de la honorable Cámara de Representantes el día martes 12 de diciembre de 2000”*. Allí se dice que:

“Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial...”, texto final consecuente con la ponencia.

En el Senado de la República en sesión ordinaria Número 26, del 12 de diciembre de 2000, según consta en Acta de la Plenaria, publicada en la Gaceta del Congreso Año X No. 02 del viernes 19 de enero de 2001 págs. 4-8 (fls. 143 reverso a 145 reverso del Anexo 1 del Expediente), una vez surtidos los cuatro debates a los *“Proyectos de Ley 148 de 1999 Senado y 304 de 2000 Cámara”*, como quiera que los textos aprobados en cada Cámara no coincidían en su integridad, las Mesas Directivas de ambos cuerpos legislativos conformaron una Comisión Accidental de Conciliación, quienes revisaron el articulado y concluyeron que *“las modificaciones introducidas durante el trámite legislativo han enriquecido sustancialmente la propuesta”*.

En la Gaceta 063 del 14 de marzo de 2001, se publicó el acta de conciliación y objeciones aprobada el 12 de diciembre de 2000 y ahí (pág. 60) no aparece el art. 85.

Pero en el texto enviado a la Presidencia de la República, para la respectiva sanción y a pesar de no haber sido aprobado con la inclusión de la referencia al artículo 85 del C.C.A., el artículo 37 del Proyecto dice:

³ Publicado en la Gaceta del Congreso Año X No. 08 del viernes 26 de enero de 2001 págs. 15-20.

“Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial...”.

El día 5 de enero de 2001, el Presidente de la República, doctor Andrés Pastrana Arango, sancionó la ley bajo el número 640 de 2001, y ésta fue publicada ese mismo día en el Diario Oficial No. 44.282.

LEGALIDAD DEL DECRETO 131 DE 2001

Posteriormente fue expedido el Decreto Ejecutivo 131 del 23 de enero del 2001 *“por el cual se corrigen yerros de la Ley 640 de 2001 ‘por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones’”*.

En sus considerandos se expresa la comisión de un error al incluir la referencia al artículo 85 en el 37 de la ley. En el artículo 2 se efectuó la corrección consistente en la exclusión de la cita del artículo 85 del C.C.A., y con la norma corregida se ordenó una nueva publicación del texto de la Ley 640 de 2001 sin esos yerros, en el Diario Oficial No. 44.303, del miércoles 24 de enero de 2001.

Como sustento de tal procedimiento fue citado el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, que lo autoriza así: “Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”.

Y sobre el tema de los errores en la publicación de las leyes, la Corte Constitucional había expresado la facultad del ejecutivo para corregir los errores caligráficos. En este sentido, en la Sentencia C-520 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, dijo:

“...

“Es evidente que a esta Corporación no le corresponde subsanar los errores caligráficos o tipográficos que presenten las leyes que son sometidas a su análisis. (...) En el caso en estudio, es claro que la Corte

puede estudiar el inciso acusado, toda vez que conoce la racionalidad del legislador al redactarlo. Lo anterior no obsta para que se haga uso del mecanismo idóneo para enmendar los textos legales cuando ellos presentan errores caligráficos o tipográficos que puedan alterar su sentido real, tal como sucede en el caso en estudio, cual es la publicación de la ley con la corrección del error o la expedición de un decreto que ponga de presente el error y su correspondiente corrección -los cuales no afectan la vigencia y validez de la inicialmente publicada-, actuaciones que le corresponde ejecutar al Presidente de la República, porque a él le está atribuida la función de promulgación de las leyes.

Tal procedimiento, no cabe duda, debe seguirse en el evento en que se hubiera presentado un error en la publicación del texto de la ley, pero no para corregir el texto que el Congreso le envía al Presidente para la sanción. El error no se presentó en la fase de promulgación (C.P., art. 165, en concordancia con el art. 189-10), sino en la fase de Sanción, puesto que se presentó en el momento de la transcripción de la versión final del texto por parte de los Servicios Técnicos del Congreso.

Tal texto firmado por las mesas directivas se envía para la correspondiente sanción presidencial, con los respectivos anexos y antecedentes legislativos, para que el Ejecutivo pueda verificar la regularidad del trámite y proceder a la sanción.

La anomalía señalada dio como resultado que el Presidente sancionara una ley con el texto en un artículo que no correspondía al aprobado por el Congreso, vicio que afecta la constitucionalidad de la norma, como ya lo ha expresado la Corte Constitucional.

Al respecto expresó la Corporación:

“La Corte destaca que durante el trámite de esa norma hasta la aprobación por las plenarias del informe de la comisión de conciliación no hubo vicios de procedimiento, y que el defecto en la sanción derivó de una inadvertencia en las fases posteriores del procedimiento legislativo. En efecto, como se sabe, una vez que las plenarias aprueban un proyecto, corresponde a los servicios técnicos y profesionales de las cámaras preparar una versión final del mismo, que incorpore en un solo texto las

distintas modificaciones adoptadas durante el complejo trámite legislativo.

(...) Esto significa que el vicio en la sanción presidencial fue en cierta forma inducido por una irregularidad previa debido a una inadvertencia de los servicios legislativos de las cámaras y de las mesas directivas, que al incorporar en un solo texto el proyecto aprobado, omitieron el encabezado del artículo 3°.

“Ahora bien, el Presidente juega un papel en la formación de las leyes, ya que puede objetar los proyectos aprobados por las cámaras, ya sea por motivos de inconstitucionalidad, ya sea por razones de inconveniencia (C.P. arts. 166 y 167). Sin embargo, el Presidente no puede, al sancionar un proyecto, modificar el texto que fue aprobado por las cámaras, por cuanto estaría alterando el procedimiento de formación de las leyes, tal y como se encuentra establecido en la Carta (C.P. arts. 157 y ss.). En efecto, si se admite tal hipótesis, sería el Ejecutivo, y no el Congreso como lo ordena la Constitución, quien fijaría el texto final de la ley, con lo cual el Presidente podría desfigurar la voluntad legislativa y terminaría por alterar el reparto de competencias establecido en la Carta.

“ ...

“Es claro que existió un vicio de procedimiento en la expedición del presente artículo, por cuanto el Presidente sancionó un texto distinto a aquél que fue aprobado por el Congreso. La modificación del texto en la sanción presidencial representa un vicio material de competencia, por cuanto el Ejecutivo realiza un acto –la reforma del texto aprobado por las cámaras– para el cual no tiene facultades. Este vicio puede entonces acarrear la inexequibilidad de la norma acusada... La Corte concluye que la modificación por parte de los servicios técnicos del Congreso del texto aprobado por las cámaras, la firma de ese texto por las mesas directivas y la sanción del mismo texto modificado por el Presidente son vicios materiales de competencia, por cuanto el ordenamiento no confiere esa posibilidad a los servicios técnicos del Congreso, ni a las mesas directivas de las Cámaras, ni al Presidente de la República. Ahora bien, es propio de los vicios de competencia que no son subsanables por cuan-

to implican que la autoridad carece de facultades para expedir el acto respectivo, por lo cual mal podría corregirlo...”.

MATERIAS NO CONCILIABLES

Es de suma importancia distinguir los asuntos que no admiten la conciliación, pues quien actúa como conciliador tiene la obligación de velar porque no se ocupen de ellos durante la audiencia. Al respecto, se recuerda que en materia contenciosa el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 permite la conciliación “si el asunto de que se trata es conciliable”.

Haciendo una relación, quedan por fuera de la conciliación en cualquiera de sus formas:

1. Los conflictos que se originan en las Acciones Públicas de Nulidad, Electoral, Revisión de Cartas de Naturaleza y, desde luego, no cabría la conciliación en las Acciones de Tutela o en las de Cumplimiento.
2. En las acciones de Nulidad y Restablecimiento, salvo que se inaplique el Decreto 131 de 2001 por inconstitucionalidad.
3. En la Definición de Competencias Administrativas.
4. En los asuntos tributarios por expresa prohibición del párrafo 2° del artículo 70 de la Ley 446 de 1998. Esta es una prohibición general. Sin embargo, la reforma tributaria permitió temporalmente la conciliación en los asuntos tributarios.
5. No procede en los procesos ejecutivos contractuales previstos en el artículo 75 de la Ley 80, cuando no se han formulado excepciones.
6. Tampoco procede la conciliación cuando la acción haya caducado.
7. No es viable la Conciliación Administrativa Prejudicial, cuando proceda la Vía Gubernativa y ésta no se haya agotado, pues el artículo 81 de la Ley 446 de 1998 que subrogó el artículo 61 de la Ley 23 de 1991, estableció: “...La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada”.

Antes de la modificación a la Ley 23 de 1991, era procedente el trámite de la Conciliación Prejudicial durante el término de la Vía Gubernativa o cuando no estuviera agotada, con una prerrogativa especial, la suspensión

del trámite de la Vía Gubernativa mientras se practicaba la conciliación y hasta por el término de 60 días. Ahora, la prohibición es genérica, si procede o procedía la vía gubernativa y no se agotó, no se puede conciliar, aspecto que es importantísimo, pues en el evento de que se presentara demanda, el juez no podría condenar a la entidad, pues estaría avocado a proferir una sentencia inhibitoria.

8. No se puede conciliar sobre derechos mínimos e intransigibles y se debe impedir que se afecten los derechos ciertos e indiscutibles.

Se parte de la base en las conciliaciones que el objeto sea conciliable y que desde luego exista discusión sobre su existencia o sobre las consecuencias que se han originado en él. Pero se aclara que los derechos aunque sean ciertos e indiscutibles, pueden renunciarse, cuando ellos sólo miren al interés del renunciante, razón por la cual existen derechos ciertos a los que la ley expresamente prohíbe renunciar y por tanto conciliar o transigir.

El artículo 8º Ley 640 de 2001 prescribe: “Parágrafo. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles”.

El conciliador debe saber si el objeto que le presentan las partes para conciliar se encuentra dentro de estos conceptos, cuya definición, en principio no es precisa pero existen algunos elementos que nos permiten ver su alcance.

Segunda Parte:

Conclusiones

Conclusiones

Dr. Luis Enrique Berrocal Guerrero
Relator

INTRODUCCION

El siguiente es el fruto de la reflexión colectiva de los participantes del VIII Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual, como todo el evento, constituyó una manifestación de la inteligencia y el buen juicio en que descansa, esta jurisdicción, así como la amplitud mental para darle la eficacia debida a las nuevas acciones instituidas en la Constitución de 1991, y a las que vienen de atrás, a fin de hacer efectivas todas las generaciones de derechos fundamentales hasta hoy conocidas y consagradas en ella. Como podrá apreciarse en las conclusiones que, con la valiosa colaboración de quienes oficiaron de relatores de grupo, pude elaborar, y pese a lo sintético de las mismas, como toda conclusión, cabe decir que la Jurisdicción Contencioso Administrativo tiene en todos sus niveles las condiciones humanas suficientes para afrontar los elevados cometidos que en función de la justicia social le asignó el Constituyente de 1991.

Dicha reflexión se canalizó a través de un taller sobre cada una de las acciones que ocuparon la atención del encuentro, y estuvo orientada por los ex consejeros de Estado doctores Juan Alberto Polo Figueroa y Carlos Betancur Jaramillo, y del Consejero de Estado, doctor Camilo Arciniegas Andrade. Para el desarrollo de los mismos se utilizaron diversas metodologías, tales como la de panel, cuyos miembros intervinieron y atendieron preguntas

y observaciones de los asistentes, sobre temas señalados por el Coordinador del taller; así como la de trabajo en grupos de los participantes, para analizar, a través del sistema Phillis 66, los aspectos tanto sustanciales como adjetivos que señaló el Coordinador del taller correspondiente, en un cuestionario previamente elaborado. En este caso, cada grupo designó un relator, el cual hizo un resumen de las ideas planteadas en el grupo, y luego lo expuso ante los asistentes al encuentro. Las conclusiones, en síntesis, son las que siguen.

I. TALLER DE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO

1. Aspectos sustanciales

1.1 De la efectividad de la acción de cumplimiento

En cuanto al cometido de la acción de cumplimiento, las intervenciones de los participantes en el taller, estuvieron motivadas por una vehemente invitación de uno de los panelistas a tener la audacia necesaria para hacer efectiva esta acción, por una parte, atendiendo la alta consideración del Constituyente para con la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la medida en que no solo le respetó las competencias que traía, sino que le asignó otras, como la relativa a la acción de cumplimiento. Para tal efecto, trayendo la cita alusiva a “El Quijote” que hizo el Dr. Mario Alario Méndez en su conferencia, convoca a los miembros de la jurisdicción a “*encajar*” dicha acción dentro de nuestra mente y así hacerla que fructifique, ya que de nosotros depende darle cuerpo y hacerla operativa. De otra parte, porque es hora de superar el viejo adagio heredado de la colonia, de que se obedece pero no se cumple; de no tener miedo al nuevo derecho y por tanto de superar el formalismo, de suerte que se haga de la acción de cumplimiento, la acción de tutela para las comunidades. Invitación que recibió el respaldo de los intervinientes, quienes la destacaron como la manera de darle a la citada acción su verdadero contenido de soberanía popular, y de superar la imagen que algún sector del mundo del litigio pregona de la jurisdicción contencioso-administrativa, como una jurisdicción bloqueada, que no se moviliza y que no deja avanzar el derecho.

1.2 El objeto

En relación con su objeto, dentro de la perspectiva planteada, se puso de presente que se debe considerar como susceptible de la acción de cumpli-

miento toda norma legal y todo acto administrativo, incluyendo los actos de los particulares cuando ejercen función pública y sean constitutivos de derechos, de modo que no se excluya ningún acto administrativo o ley. Las únicas normas que se excluyen son las de la Constitución Política. Respecto de las normas comunitarias para cuya aplicación en el derecho interno no se requieren actos de incorporación, se aclaró que igualmente son pasibles de la acción de cumplimiento, en la medida en que los respectivos tratados prevén que tales normas se asumen como leyes y a ese nivel se deben hacer cumplir.

Sin embargo, se advirtió la necesidad de precisar el alcance de la decisión del juez con relación a los actos que impliquen gastos, puesto que la actuación de la administración siempre implica un gasto; amén de que entre las secciones del Consejo de Estado no hay unidad de criterio sobre el punto, sobre lo cual, justamente, se hizo un llamado para que se busquen mecanismos a fin de unificar la posición de la Corporación. Entre los varios casos que se trajeron a colación sobre el particular, se hizo mención del sueldo de los maestros, cuyo pago se dijo que ha sido ordenado por el Tribunal Administrativo de Boyacá en virtud de la acción de cumplimiento, cuando se ha dejado de sufragar por la administración. Asimismo, el de obras públicas para las cuales no se ha incluido presupuesto.

1.3 La excepción de inconstitucionalidad

Ante la inquietud de la procedibilidad de la excepción de inconstitucionalidad respecto de normas correspondientes a tratados internacionales, se dejó en claro que cabe aplicar la regla según la cual no se puede alegar dicha excepción cuando la Corte Constitucional se ha pronunciado en examen de constitucionalidad sobre la norma que se pide cumplir, como ocurre oficiosamente con aquéllas, una vez sancionada la respectiva ley.

2. Aspectos procesales

2.1 Recursos

No obstante lo previsto en el artículo 16 de la Ley 393 de 1997, en el sentido de que ninguna providencia dentro del trámite de la acción es susceptible de recurso, salvo la sentencia y el auto que niega pruebas, se consideró mayoritariamente que el auto que rechaza la demanda y otras providencias

trascendentales sean pasibles de recurrir, aplicando para el efecto los principios del C. de P. C. En el punto se aclaró que la jurisprudencia del Consejo de Estado así lo ha establecido, bajo el criterio, entre otros, de que tratándose del auto que rechaza la demanda, se considera que está fuera del trámite debido a que por tal rechazo no hay trámite aún del proceso.

2.2 Aplicación de las causales de improcedibilidad

Se expuso que en el caso del artículo 10 de la Ley 393 de 1997, en cuanto hace al objeto de la acción, si se presentan al inicio, la demanda debe rechazarse mediante auto y no en la sentencia. Por ejemplo si se demanda el cumplimiento de una providencia judicial. Igual cuando existe otro mecanismo de defensa judicial (artículo 9º *ibídem*); de modo que el juez debe hacer el análisis suficiente para el efecto. A manera de ilustración se dice que en el Tribunal de Cundinamarca la demanda se rechaza al inicio, de suerte que no se tramita la instancia.

En el caso del artículo 9º, inciso primero (cuando se pide la protección de derechos fundamentales), se le debe dar el trámite de tutela y si hay duda, darle el trámite de acción de cumplimiento.

2.3 Legitimación en causa

2.3.1 Legitimación por activa

Se consideró que está legitimada para incoar la acción de cumplimiento toda persona, sin límite alguno, incluyendo los servidores públicos en general, sin necesidad de que tengan la investidura de los nombrados en la Ley 393 de 1997, quienes la tienen más que todo como obligación general. Por ejemplo, el Procurador General de la Nación.

Sin embargo, si es asunto de interés netamente particular o de un derecho subjetivo, solo está legitimado el titular del derecho. Sobre el particular se dejó el interrogante de la legitimación por activa de los terceros que tienen interés en el derecho de otro que su titular no lo quiere ejercer.

2.3.2 Legitimación por pasiva

Frente a particulares, se precisó que pueden ser sujetos pasivos de esta acción todos los que ejercen función pública y, en general, despliegan el mis-

mo tipo de conducta o actividad que se le imputa a la administración. No obstante, se advierte que el punto es determinar qué es función pública a la que se refiere el artículo 6º de la Ley 393 de 1997, y si las empresas de servicios públicos pueden tratarse como particulares que ejercen función pública. Al respecto, se anotó que los servicios públicos son actos materiales de ejecución, razón por la cual se rechaza la demanda cuando está referido a tales actos, que obviamente no son los actos administrativos que también pueden dictar tales empresas. De igual forma se hizo la distinción entre servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios, para explicar que el servicio de telefonía celular no está considerado como servicio público domiciliario y la correspondiente improcedencia de la acción de cumplimiento contra actos de las empresas que lo prestan.

2.4 La renuencia

En este punto se consideró que se ha tendido al formalismo, planteando exigencias y requisitos no previstos en la ley, con lo cual se le ha cerrado a la comunidad el acceso a la acción. Por lo tanto se sugiere que no se le dé importancia a que no se diga en la reclamación a la autoridad pública que es para impetrar la acción de cumplimiento.

II. TALLER DE ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA

2.1 Aspectos sustanciales

2.1.1 Causales

Por unanimidad se consideró que la causal descrita en el artículo 110 de la Constitución Política (prohibición de hacer contribución, o inducir a otro a hacerla, a partidos, movimientos o candidatos, salvo las excepciones de ley) es aplicable también a los diputados y concejales, porque no se trata de una causal exclusiva para determinados funcionarios. En este sentido es diferente a las relacionadas con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como el disciplinario aplicable a dichos servidores públicos. Se advierte que el punto fue aclarado por la Corte Constitucional en las sentencias C-280 de 1996 y C-037 de 1996.

En cuanto a los miembros del Congreso de la República, se planteó la conveniencia de hacerles extensiva la excepción de estar afectado en condi-

ciones iguales a las de las demás personas, cuando exista interés en el asunto por parte de los mismos, atinente a la violación del régimen de intereses.

1.2 Excepciones

Se abordaron las relativas al principio *non bis idem* y a la prejudicialidad del asunto penal, sobre lo cual se concluyó que no se viola el principio enunciado porque la naturaleza misma de la acción de pérdida de la investidura no conlleva una contradicción con la acción penal que pueda originarse en la conducta investigada. Por la misma razón, no procede la prejudicialidad del proceso penal respecto del trámite de la acción de pérdida de la investidura, toda vez que dada la específica naturaleza de ésta, ella no depende, ni puede depender, de aquél. De todo ello se dedujo que no puede existir violación del debido proceso en ninguno de los dos trámites por el hecho de que se diligencien de manera separada e independiente.

1.3 De la sanción

Se expuso la conveniencia de estudiar la posibilidad de establecer graduación temporal de la sanción, puesto que si bien en algunos casos se amerita decretar la pérdida de la investidura de por vida, en otros no. Lo que repugna es que a faltas leves se aplique idéntica sanción.

2. Aspectos procesales

2.1 La legitimación por activa

Conforme con la ley, la acción pública de pérdida de investidura puede ser ejercida por cualquier persona. No obstante, se planteó la necesidad de establecer que el interés con el cual se demanda la pérdida de la investidura no obedezca a intereses distintos (privados, propios, etc.) del que reclama la legislación pertinente, y que en caso contrario debe aplicarse la teoría de los fines y motivos. Empero se estimó que la legitimidad la da el hecho de ser ciudadano, y que probada la causal no es menester indagar qué interés tiene el accionante.

2.2 El procedimiento a seguir en la aplicación del artículo 48 de la Ley 617 de 2000

Como quiera que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, no señala ningún procedimiento a seguir para la acción de pérdida de la investidura de diputa-

dos, concejales y miembros de Juntas Administradoras Locales, consagrado en dicho artículo, hubo quienes sugirieron acudir al procedimiento ordinario, dada su condición de procedimiento residual, conforme al C.C.A. (artículo 206). Otros proponen hacer uso del procedimiento previsto en la Ley 144 de 1994. Pero hubo unanimidad en que lo importante es el respeto al debido proceso. La Relatoría del encuentro aclara que la Sección Primera del Consejo de Estado, a la cual está asignada la segunda instancia de tales procesos, ha sentado el criterio de que el procedimiento a seguir por parte de los tribunales administrativos es el señalado en la Ley 144 de 1994, precitada.

III. TALLER SOBRE EL PRECEDENTE JURIDICO

La discusión se centró en las implicaciones de la decisión de la Corte Constitucional en el sentido de hacer obligatorios o vinculantes para todos los jueces determinados pronunciamientos suyos, a manera de precedente jurídico.

Sobre el particular se discutió sobre el carácter del poder de la Corte Constitucional en virtud de tales pronunciamientos, planteándose que en parte es un poder político, teniendo en cuenta que está desbordando su función de control jurisdiccional al manipular los efectos de las sentencias, inexecutable o executable, de modo que se ha pasado del derecho de los jueces al gobierno de cierto sector de los jueces; que el precedente jurídico, tal como ella lo ha establecido, desplaza al Congreso de la República, lo cual comporta entonces un problema de legitimidad para el efecto, que estaría en alguna de las formas de democracia representativa. A que toda decisión jurisdiccional es jurídica y al mismo tiempo tiene una naturaleza política, en la medida en que toda norma es posible de interpretar de manera diversa, pudiendo el juez escoger una de ellas, lo cual constituye una expresión de poder. Pero en todo caso, el precedente es manifestación del poder jurídico.

De igual forma, se comentó su incidencia en la seguridad jurídica. Al respecto se advirtió que este precedente jurídico no implica problema alguno en el campo de la seguridad jurídica cuando se trata de casos o sentencias con efecto *erga omnes*, sino en los casos subjetivos, cuyos efectos son interpartes, y en los que los jueces actúan como jueces de

constitucionalidad (por ejemplo, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad). Por consiguiente genera una dificultad de tipo operativo en sistemas de control difuso como el nuestro –heredado del sistema de control de constitucionalidad norteamericano–, que no se da en el sistema de control concentrado, como el Español, y en general, en el Europeo, en el cual existe la cuestión previa de constitucionalidad, mecanismo éste que en España es demorado y dificultoso. La dificultad se presenta además porque hay que considerar las particularidades de cada caso. Se debe analizar si es de pleno derecho o es un problema fáctico, esto es, probatorio.

Sin embargo, se reconoce que la actividad de la Corte Constitucional ha atemperado el sistema neoliberal que se ha intentado implantar en Colombia, y que el precedente jurídico puede crear estabilidad jurídica en la actual crisis del país.

En lo que corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se señaló que el precedente jurídico existe y actúa como factor dinamizador de la jurisprudencia y del derecho administrativo, el cual se impone por la fuerza del razonamiento, ofreciendo así seguridad jurídica. Su fuerza orientadora es tal que el juez que trate de desconocerla deberá hacer un profundo razonamiento a fin de justificar su decisión. Además, tiene sustento en el argumento constitucional del principio de igualdad, en el sentido de que hay que justificar por qué a un hecho idéntico no se aplica una decisión anterior. A manera de ejemplo se aludió al desarrollo jurisprudencial en materia de responsabilidad extracontractual del Estado. Sin embargo, se anotó que la jurisprudencia no es precedente propiamente dicho, por cuanto éste solo lo es cuando es fuente formal del derecho, que es lo que dispone la Corte Constitucional, en contravía de la Constitución Política.

Como tema complementario se abordó el de la justicia rogada, sobre lo cual se precisó que no opera en las acciones contractuales y de reparación directa, sino en las acciones de nulidad, esto es, cuando se impugna un acto administrativo. El problema radica entonces en la decisión a tomar cuando se encuentra violada una norma que no ha sido invocada en la demanda como violada, ya que no se concibe que se declare la legalidad que viola una norma no citada.

IV. CONCLUSIONES DEL TALLER SOBRE ACCIONES DE POPULARES

1. Aspecto sustancial. Definiciones de su objeto

1.1 Derechos colectivos

Se definieron como derechos de tercera generación, consistentes en aquellos bienes generales previstos en la Constitución, la ley, el reglamento o los convenios internacionales, que benefician al hombre, al Estado, a la naturaleza y al medio ambiente. Pertenecen a todos, de modo que su titularidad no corresponde a ningún sujeto individualmente considerado.

1.2 Monumento artístico e histórico.

Son construcciones o bienes, privados o públicos, que hacen parte del patrimonio histórico, artístico y cultural de una región, de un Estado o de la humanidad y reflejan una identidad nacional, regional o universal, por lo cual deben ser conservados en su integridad. Pueden estar calificados como tales por ley o acto administrativo, e incluso por el juez a falta de ello, para el caso concreto. Se apartaron de este criterio algunos miembros del grupo, en cuyo sentir solo el legislador o la administración autorizada por éste puede imponer limitaciones a la propiedad privada. Dicha calificación implica límites al dominio privado en función del interés de la comunidad. Por su naturaleza, son imprescriptibles e inembargables.

1.3 Libre competencia

Se consideró como un principio informador del régimen económico y de hacienda pública, consistente en la facultad de concurrir en una comunidad al proceso productivo en ejercicio de una actividad lícita, en igualdad de condiciones. Busca evitar situaciones de monopolio y oligopolio, preservar el desarrollo de la libertad de empresa y el libre acceso al mercado en las diferentes etapas del desarrollo económico.

1.4 Moralidad administrativa

Se definió como el comportamiento ético de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas, es decir, acorde con los principios y valores que deben observar en el manejo del patrimonio público y en el cumplimiento de sus funciones y los cometidos del Estado. Por tanto es un

concepto en blanco que debe ser completado con la remisión a otras normas legales.

1.5 Equilibrio ecológico

Se estimó como el uso de los recursos naturales no renovables en provecho de la sociedad, sin destruirlos, como el equilibrio entre la acción del hombre y la acción de las fuerzas de la naturaleza, buscando un desarrollo sostenible que permita preservar de manera adecuada los recursos naturales y el medio ambiente.

2. Aspectos procesales

2.1. Facilidades para promover la acción.

Se destacaron como tales las siguientes:

- El hecho de que no sea necesario agotar la vía gubernativa, sino que ésta es opcional, según el artículo 10 de la Ley 472 de 1998;
- La inexistencia de caducidad de la acción;
- La posibilidad de acudir ante el personero o el Defensor del Pueblo para que le colabore al interesado en la elaboración de la demanda, especialmente en los eventos de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir;
- La de presentar la demanda ante cualquier juez civil municipal o promiscuo, donde no exista juez de lo contencioso administrativo, para que aquél lo envíe en el término de 2 días, o de manera inmediata y por el medio más eficaz en caso de amenaza o vulneración grave del derecho colectivo, al juez competente;
- La facultad del juez competente de decretar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables, o suspender los hechos generadores de la amenaza o del daño, en desarrollo del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal; y

El amparo de pobreza que el juez puede concederle al actor cuando fuere pertinente, conforme al C. de P. C., y cuando lo solicite el defensor del Pueblo.

2.2 Capacidad procesal

Se adujo el artículo 13 de la Ley 472 de 1998, con base en el cual se estableció que la capacidad procesal la tienen las personas naturales que actúan en su propio nombre o de terceros sin tener poder, de donde pueden actuar por sí mismos o por quienes actúan en su nombre, y en caso de que lo hagan sin apoderado judicial, esto es, sin abogado, la Defensoría del Pueblo podrá intervenir, caso en el cual el juez debe notificarle a ésta el auto admisorio de la demanda

2.3 Citación a otros posibles responsables

Se invocó la regla del artículo 18 ibídem, a cuyo tenor la demanda se dirige contra el presunto responsable, si fuere conocido, y que no obstante, si en el curso del proceso se establecen otros responsables, el juez de primera instancia ordenará de oficio y en cualquier momento su citación, en los términos previstos para el demandado.

3. Admisión, inadmisión y rechazo de la demanda

El pronunciamiento del juez sobre la admisión de la demanda se debe dar dentro de los 3 días siguientes a su presentación, y en caso de no reunir los requisitos del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, conceder 3 días de plazo para que se corrijan los defectos, los cuales se deben precisar mediante auto. El único motivo de rechazo es la falta de corrección de los defectos señalados.

Se comentó que de los requisitos aludidos, el que más dificultad presenta es el de la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan la petición, por la forma deficiente y descuidada en que en muchas ocasiones son relatados por el actor.

El auto admisorio de la demanda se debe:

Notificar personalmente al demandado, en la forma señalada en el C. de P. C., y si la persona a notificar no se encuentra, la notificación se practicará por el notificador entregando al empleado que allí se encuentre, sendas copias de la demanda, del auto admisorio de la demanda y el texto de un aviso al respecto dirigido a quien ha de ser notificado.

Comunicar al Ministerio Público, por si acaso considera conveniente intervenir en el proceso, y a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado. Sobre el particular, se hizo mención de las dificultades para atender los gastos de las publicaciones ordenadas por la ley, en especial en su artículo 21, debido a que el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos no ha dado respuesta a las solicitudes que para el efecto se le hacen.

4. El pacto de cumplimiento

4.1 Quiénes son parte interesada

Se consideró que no solo lo son los demandantes y los demandados, pues en atención a lo prescrito en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, inciso primero, pueden intervenir también las personas naturales y jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto (de pacto).

4.2 Intervención del ponente y del tribunal

El ponente tiene la iniciativa sobre la propuesta del pacto y determina la forma de protección de los derechos e intereses colectivos, toda vez que de acuerdo al artículo 27, inciso cuarto, en la audiencia podrá establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.

Al Tribunal, y al juez, por su parte, le corresponde revisar y aprobar el pacto de cumplimiento, según el inciso quinto del artículo 27 en cita.

4.3 Cómo se interviene en el pacto de cumplimiento

Corresponde al juez velar por la ejecución de la sentencia aprobatoria del pacto de cumplimiento, y para la vigilancia de este cumplimiento, los interesados pueden participar en el comité que con este fin integre el juez, con base en el artículo 34, inciso cuarto *ibídem*.

4.4 Efectos que pueden generar la falta de publicación de la sentencia

Se consideró que en el caso de no ser publicada como lo dispone el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, la sentencia solo tendría efectos entre las

partes, en caso de ser notificada por edicto, pero no frente al público en general.

V. CONCLUSIONES DEL TALLER SOBRE ACCIONES DE GRUPO

1. Procedencia de la acción

La acción de grupo procede para el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios a un grupo de personas que reúnan condiciones uniformes, sobre una misma causa que originó perjuicios indemnizables a favor de dichas personas.

1.1 Conductas demandables

Se consideró que es cualquier acción u omisión de autoridad pública o de particular que ejerza funciones administrativas, que genere el daño. Al respecto, se señaló que los elementos de la responsabilidad (causa, conducta, daño y relación de causalidad) que resulten de la acción o de la omisión de que se trate, deben ser uniformes para todas las personas, y así debe verificarlo el juez, y que es indemnizable todo daño individual antijurídico.

2. Del grupo

2.1 Concepto de grupo

Se expuso como tal el número plural o conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa de los perjuicios individuales y directos que han sufrido dichas personas, cuyo número debe ser al menos de 20. Por tanto, no es la simple sumatoria de personas damnificadas, sino que debe haber identidad en la causa que originó la acción, e identidad entre ellas por la actividad que desarrollan o por ser, por ejemplo, consumidores; usuarios de servicios públicos.

2.2 Preexistencia del grupo

Hubo coincidencia en que el grupo debe ser anterior al daño, es decir, que no puede surgir como consecuencia del daño, v.g., un bus que se accidenta con 40 pasajeros. Nace es en virtud de condiciones que deben existir antes de que ocurra el daño. En consecuencia, la acción resulta improcedente para perseguir la indemnización del daño al grupo que nace con ocasión del daño.

2.3. Determinación del grupo

El grupo puede ser determinado, cuando se da la identificación de sus miembros, o determinable, si no se puede suministrar el nombre de todos los que lo integran, caso en el cual se deben indicar criterios para identificarlos. Con la admisión de la demanda se está reconociendo la existencia del grupo. Quien no concurrió al proceso podrá acogerse a la sentencia después de su publicación, dentro de los 20 días siguientes, sino le ha caducado la acción, aunque no podrá invocar daños extraordinarios o excepcionales. La incorporación de nuevos miembros al grupo con posterioridad a la sentencia no incrementará el monto de la indemnización. Las personas que consideren que no estuvieron bien representadas en el proceso podrán pedir la exclusión del grupo.

3. Legitimación, agregación de personas al grupo y exclusión del grupo

Se reconocieron como legitimados para ejercer la acción, los perjudicados, sean personas naturales o jurídicas, que deberán hacerlo mediante apoderado; el defensor del Pueblo y el Personero Municipal, en representación de personas perjudicadas que se encuentren en estado de desamparo o indefensión y lo soliciten. El demandante o los demandantes representan a los demás integrantes del grupo que no se hagan presente en el proceso, hasta cuando éstos lo hagan, quienes lo pueden hacer hasta antes de que el proceso se abra a prueba y dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia. Asimismo, pueden solicitar la exclusión del grupo, dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del traslado de la demanda y dentro de los 5 después de publicada la sentencia si consideran que no fueron adecuadamente representados o hubo errores en la notificación.

4. Medidas cautelares

Se identificaron como posibles, las previstas en el C. de P.C. para procesos ordinarios (artículo 690), como son el registro o inscripción de la demanda, y el embargo y secuestro de bienes muebles, las cuales deben ser solicitadas en la demanda y decretadas en el auto admisorio de la misma. Su cumplimiento debe darse antes de la notificación del auto admisorio. Para

decretarlas no se exige caución. Respecto de ellas cabe ejercer la oposición y el incidente de desembargo, así como prestar caución para su levantamiento.

5. La conciliación

Para el efecto se debe citar a audiencia de manera oficiosa, dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del traslado de la demanda, y ésta se deberá realizar dentro de los 10 días siguientes a su convocatoria. Sin embargo, puede ser solicitada en cualquier momento del proceso. El acta de conciliación, en caso de que se llegue a un acuerdo, tiene efecto de sentencia, es decir, de cosa juzgada, de donde deberá ser firmada por el juez, que en el caso del Tribunal será la sala, aunque la ley no habla de aprobación por el juez. Se comenta que la diligencia respectiva es problemática por el alto número de personas que intervienen. El acta presta mérito ejecutivo y debe ser publicada en un diario de amplia circulación. Se dejó planteado el interrogante sobre la procedibilidad de recursos sobre la misma.

6. La sentencia

Se señaló que debe ser dictada en el término improrrogable de 20 días, el cual se consideró insuficiente; que debe reunir los requisitos contemplados en el Código de Procedimiento Civil. Su alcance es de tener efectos de cosa juzgada para quienes intervinieron en el proceso y para quienes no pidieron la exclusión del grupo.

En caso de ser favorable, se debe ordenar la indemnización colectiva, dividiendo el grupo en subgrupos, sobre lo cual se comentó que se presenta dificultad para establecer la suma ponderada de la indemnización individual y para saber cuántos son los beneficiarios ausentes. Debido a tales dificultades se considera que en muchos casos se necesita un liquidador.

También se debe señalar en ella los honorarios al abogado coordinador, que es el 10% de la indemnización, por concepto de los que no se hicieron presentes en el proceso.

Para su ejecución se entrega el monto de la indemnización al Fondo que administra el defensor del Pueblo, el cual está regulado por la resolución Núm. 808 de 1999. Dicho fondo debe entregar el valor de la indemnización

a quienes acrediten el derecho a obtenerla, de acuerdo con los requisitos que para el efecto señale el juez. Previamente.

La sentencia debe ser publicada en un diario de amplia circulación en la jurisdicción del juez que conoció del proceso, y es susceptible de los recursos de apelación y extraordinario de revisión.

VI. TALLER DE CONCILIACION Y LA LEY 640 DE 2000

Se enfatizaron las diferencias entre la regulación prevista en la Ley 446 de 1998 y su Decreto reglamentario Núm. 2511 de 1998, vigente hasta antes de la Ley 640 de 2000, y la adoptada mediante ésta, sobre ese mecanismo de solución de los conflictos jurídicos, destacándose al respecto la claridad que se hace en la nueva regulación sobre la facultad oficiosa del juez para citar a audiencia de conciliación; la condición de que si ella es solicitada por las partes, la solicitud debe provenir de todas ellas de común acuerdo; la previsión de centros de conciliación especialmente autorizados por el Gobierno para los conflictos contencioso administrativos susceptible de conciliación, y con sujeción a la reglamentación que respecto de ellos expida el mismo Gobierno, así la obligatoriedad de la asistencia de las partes a la audiencia de conciliación, pudiéndolo hacer con o a través del apoderado. También se advirtió que la clasificación de las formas de conciliación se mantiene en la nueva regulación.

Se consideró la constitucionalidad de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad, llegándose a la conclusión mayoritaria que este presupuesto procesal establecido en la Ley 640 de 2000 no se opone a la Constitución Política, en cuanto concierne al derecho fundamental de acceder a la justicia, puesto que, además de no impedir tal acceso, favorece la solución civilizada y pacífica de los conflictos jurídicos, al tiempo que favorece la paz como propósito común de los ciudadanos.

Por último, se analizó la conveniencia del Comité de Conciliación que deben tener las entidades públicas, respecto de lo cual, la posición mayoritaria de los panelistas fue favorable a la existencia y funcionamiento de dicho Comité, en la medida que se consideró como un medio de contrarrestar la corrupción administrativa y procurar la defensa del interés público representado en tales instituciones, antes que un obstáculo para la eficaz aplicación

del comentado mecanismo alternativo de solución de conflictos jurídicos administrativos.

CONCLUSION GENERAL

Una idea que puede servir de guía y herramienta para el análisis de las acciones que fueron objeto del presente encuentro, y, por tanto, para facilitar la comprensión de las mismas en toda su dimensión, es la contenida en la conferencia que sirvió de marco epistemológico del evento, titulada **“Teoría de las acciones constitucionales”**, expuesta por el Dr. Augusto Trejos Jaramillo, en el sentido de que tales acciones son el reflejo del positivismo, signado por la obtención de resultados ciertos y por el logro de objetivos; que ello fue expresado por la Asamblea Constituyente, al afirmar en sus debates que “poco se avanzaría con la consagración de una serie de derechos, de no adoptarse efectivos mecanismos de garantía y protección”; y que este positivismo se encuentra presente en el pensamiento científico y social del siglo XX.

Hago esta consideración debido a que según la visión histórica de tales acciones, presentada tanto en la exposición en referencia como en las específicamente relacionadas con cada una de ellas, se tiene que las mismas hunden sus raíces en el derecho anglosajón, el cual precisamente tiene la marca del pragmatismo, que como es sabido guarda estrecha relación con el positivismo: El valor de las cosas se mide por sus efectos prácticos. No por otra razón, la costumbre es la fuente principal del derecho anglosajón y la efectividad de los derechos el derrotero de la actividad del juez. De allí la brevedad y flexibilidad de los procedimientos, la reducción a su mínima expresión del procesalismo; la prevalencia de la oralidad en los procesos, la libertad del juez para conducir el litigio y que a éste, en ese contexto, le baste que el derecho aducido en cada caso exista para proceder a su protección, sin sujeción a la previa formalización de una u otra acción específica para el efecto, pudiéndose decir que a cada derecho le es consustancial el derecho de acción, sin condicionamiento a elaboraciones formales específicas, de donde la tendencia a la plenitud del ordenamiento jurídico que le reconocen los teóricos del derecho, se realiza incluso por la actividad del juez y no solamente por la del legislador.

El *writ of injuiction* o el *writ of mandamus*, antecedentes de nuestra acción de cumplimiento, el *habeas corpus* británico, antecedente remoto de nuestra acción de tutela, las *class action* y las *equity courts* (jueces o cortes de equidad), antecedentes de nuestras acciones de grupo y populares, son instituciones procesales de estirpe pragmática, y por tanto libres de ataduras formalistas, de excesos procesalistas, que se dieron de manera aparejada con el surgimiento de los respectivos derechos y en el desarrollo de la práctica social, en lo jurídico, canalizada ante todo por los jueces. De allí que se tienda a ver en el derecho anglosajón una escuela del pensamiento jurídico conocida con el nombre de “realismo jurídico”.

Unas instituciones tales son las que el Constituyente de 1991 insertó formalmente en un contexto social y filosófico totalmente diferente, como que ha estado signado por el racionalismo y con él por el apego a las construcciones fórmales, asumidas a manera de única garantía de la razón y de la verdad, y por tanto de los derechos, cuando de ellos se trate, y mientras más alta es la formalización en la pirámide normativa, más respeto y confianza se deposita en ellas.

El legislador colombiano parece haber tomado nota de la estirpe pragmática de las referidas acciones, en la medida en que en su regulación pretende recoger la flexibilidad y brevedad de su aplicación, lo cual se ha traducido en la supresión de formalidades consideradas como paradigmáticas dentro de nuestro derecho procesal, en la abreviación de términos, en la simplificación del trámite así como en la perentoriedad y carácter preferente de la decisión.

Todo ello comporta ni más ni menos que un conflicto de concepciones y prácticas jurídicas, que se está dando tanto en el campo objetivo o formal del derecho como en el subjetivo, esto es, en el de la actividad de los sujetos involucrados en la aplicación del derecho, de suerte que en la normatividad como en la mente de tales sujetos se ha empezado a dar una lucha (una tensión dirían algunos) entre dos corrientes de pensamiento, situadas en el plano del derecho, en el cual se tiende a identificar estas escuelas como la del nuevo derecho (que en realidad solo es nuevo en nuestro contexto), y el viejo derecho.

Si las acciones en referencia se miran bajo esta perspectiva, y a partir del marco epistemológico e histórico planteado en la conferencia citada, estoy

seguro que es más fácil superar las dificultades, apenas obvias, que ha generado su aplicación en una sociedad tradicionalmente formalista y, por tanto, procesalista en cuanto a la actividad de sus jueces se refiere. Con ello estamos diciendo que hay que asumirlas con una mentalidad distinta a la que hemos estado inmerso por virtud de este formalismo.

No fue suficiente con que las acciones populares y la acción de cumplimiento se hubieran instituido en el Código Civil de 1873 y en el Código Contencioso Administrativo de 1984, respectivamente, para que se les diera la trascendencia que hoy tienen. Como tampoco fue suficiente la consagración de derechos fundamentales en nuestras constituciones republicanas, para que se les amparara de manera inmediata. Fue necesario elevarlas, junto con la acción de tutela, a canon constitucional, para entronizarlas en nuestro ordenamiento con el peso y la importancia de los derechos que con ellas se busca garantizar. Ello debe dar, entonces, la medida del compromiso de la jurisdicción contencioso administrativa, en lo que a ella le compete, para que se cumpla el propósito del Constituyente colombiano. A este efecto conviene entonces tener presente la idea en comento, a manera de premisa para el entendimiento de las referidas acciones: Ellas son el reflejo del positivismo, signado por la obtención de resultados ciertos y por el logro de objetivos, lo cual recogió la Asamblea Constituyente, al afirmar que “poco se avanzaría con la consagración de una serie de derechos, de no adoptarse efectivos mecanismos de garantía y protección.”

Tercera Parte:
Actos Protocolarios

I. Intervención del Alcalde Mayor del distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta

Doctor Hugo Gnecco Arregocés



onorables Magistrados de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Tiene hoy el Alcalde Mayor del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta el inmenso honor de Instalar el VII Congreso Nacional de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, circunstancia que me permite darles una bienvenida a esta ciudad que los acoge con cariño y se siente honrada por haber sido escogida por los distinguidos concurrentes como sede para deliberar sobre los complejos problemas que suscitan el responsable y digno ejercicio de la magistratura.

Ningún otro lugar hubiese sido más propicio para tan encomiable empresa que hacerlo bajo la sombra tutelar del hombre más grande de Latinoamérica, en donde exhaló el último suspiro llevándose consigo la adversidad y la ingratitud de los pueblos que contribuyó a liberar de la opresión dejando en un acto de grandeza su pensamiento libertario y de justicia, Simón Bolívar padre de la Patria.

Esa patria que heredamos se encuentra hoy herida, sus Instituciones violentadas de tal forma que la desinstitucionalización se ve venir con pasos apresurados amenazando socavar la estructura democrática del país.

Aquí cabe referirnos al extraordinario pensamiento de San Agustín cuando se refería al esfuerzo que hacía tendiente a ordenar su vida:

“Mañana encontraré la verdad: Ya se descubrirá lo cierto, y yo lo asiré fuertemente. Fausto está para venir, y él declarará todas las dificultades. ¡Oh que grandes hombres son los académicos, enseñando que ninguna cosa se puede tener por cierta para el régimen de esta vida!. Pero busquemos la verdad con mayor cuidado y diligencia, y no perdamos la esperanza...”

Honorables Magistrados, son ustedes esos académicos que nos deben enseñar el camino, son ustedes esos jueces que deben persistir en la búsqueda de la verdad para llenarnos y mantener la esperanza que todos los colombianos necesitamos para asirnos fuertemente a ella y lograr superar las grandes dificultades que agobian a esta patria sufrida.

Son ustedes Honorables Magistrados, con sus decisiones quienes deben imprimir el sello de lo justo en cada una de ellas para que cada uno de los ciudadanos colombianos puedan recuperar la fe que perdieron de tanto esperar en la justicia traducida en igualdad, trabajo, salud y educación.

Son ustedes Honorables Magistrados, los que deben cuidar que todas las actuaciones del poder público y, obviamente, de la administración, deben sujetarse a la ley para que pueda existir un clima de perfecta seguridad jurídica, ya que, de antemano, están predeterminada todas las formas de actuación del Estado frente a los gobernados, a la vez que estos pueden calcular y prever las consecuencias jurídicas de su comportamiento externo.

Sólo así y sin olvidar que la letra de la ley debe estar imbuida del espíritu de quien la hace y este no puede ser otro que la verdad y el bien.

El Artículo 230 de la Constitución Política manifiesta que: ***“Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”***

Especialmente, la equidad, Honorables Magistrados, es exactamente eso lo que debe ser la meta de la justicia en este país donde el sufrimiento a convertido a sus ciudadanos en hombres endurecidos sin esperanzas o como dijo Santo Tomás de Aquino, al definir la justicia como la voluntad permanente de darle a cada quien y a cada cual lo que le pertenece.

Hoy están reunidos los Magistrados que constituyen el poder de aplicar e interpretar las leyes que regulan las relaciones humanas con el Estado, y el ejercicio del poder público. Una interpretación y una aplicación con equidad bien le vendría a esta patria que tanto espera, que aun resiste, que aun sostienen las columnas del templo de la democracia.

No podemos Honorables Magistrados, y así los invito a no permitir que las columnas del templo se caigan. Debéis persistir en el entusiasmo con que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a oficiado el ejercicio de la justicia en tan importante tarea del derecho público, sobre todo para impedir la arbitrariedad y el exceso de poder público en contra del inerte ciudadano; como también para impedir la acción y la omisión de los funcionarios que con sus actos debilitan la acción del Estado, así mismo, con la sabiduría necesaria para seguir trabajando por Colombia y por la Paz que tanto necesitamos.

Bienvenidos, Honorables Magistrados, están en su casa, el espíritu del **libertador los ilumine.**

1 agosto de 2000

II. Intervención de la señora Presidente del Tribunal Administrativo del Magdalena, Dra. Martha Isabel Castañeda Curvelo

Preámbulo de mi breve intervención es esbozar nuestros agradecimientos al señor presidente del Consejo de Estado y señores miembros de esa alta Corporación, en especial al señor Vicepresidente doctor Jesús María Carrillo que en su calidad de coordinador de este VIII encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, antepuso a sus afecciones de salud el tesón y esfuerzo para que efectivamente pudiéramos congregarnos en esta bella y hospitalaria ciudad; a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a Suratep, Escuela Judicial y otros estamentos locales que nos han colaborado.

Si bien en actos como el presente se acostumbra por algunos a efectuar disquisiciones acerca de la estructura, principios y función de la administración de justicia, estimamos, para la ocasión, en lo que nos compete como tribunal anfitrión, que resulta imprescindible relevar dos aspectos.

El primero, este sacro sitio nos obliga a rememorar la visión jurídica del libertador Simón Bolívar atinente a la importancia y justificación de la existencia del Consejo de Estado —creado por él inicialmente como institución asesora del gobierno—. Sostenía el libertador desde 1817 que los complicados problemas que se suscitarían en las nacientes repúblicas debían resolverse previa asesoría de ese organismo especial.

Importancia y justificación de existencia que la historia de Colombia confirmó casi un siglo después, ya que en 1912 el Congreso de la República reconocía el vacío institucional producido en hora de desdicha para la patria con la supresión de esa corporación por segunda vez, realizada a través del acto legislativo del 27 de abril de 1905, fecha en que sopretexito de establecer economías en el camino de la reconstrucción nacional se manifestaba en forma equívoca por el general Rafael Reyes que el Consejo de Estado era un engranaje inútil en la administración pública.

Hoy esa importancia no admite ápice de discusión, bajo el ámbito de sus atribuciones como máximo tribunal de esta jurisdicción organizada desde hace varios lustros, y a la que el constituyente de la última década le asignó el conocimiento de las acciones publicas constitucionales de mayor envergadura para controlar los desafueros de un Estado que todavía no logra ajustarse a las complejidades de un real Estado Social de Derecho, al igual que la dotó de una herramienta idónea para desarraigar de nuestra sociedad comportamientos que constituyen brotes de la corrupción administrativa que tanto nos afecta, la acción de pérdida de investidura.

El segundo aspecto, relativo al hombre que luchó y lucha contra el escepticismo generalizado sobre la eficacia de los procedimientos que rigen los diferentes procesos, que aprendió que el derecho positivo se compendia en los respectivos ordenamientos pero lo que vida reclama no está escrito en ninguna parte; que se debe a la verdad antes que a nada; que la abogacía no es otra carrera u oficio mas sino un apostolado; que justicia no quiere decir insensibilidad; que siente al unísono con sus clientes las inquietudes y desasosiegos de éstos, o que por el contrario sintió o siente la angustia de emitir una sentencia.

Ese ser al que nos referimos, señores, está encarnado en nosotros los abogados, seamos litigantes, jueces o fiscales conscientes que para mantener la confianza del ciudadano en la administración de justicia y ésta continúe como soporte de la Colombia libre y respetada a la que aspiró Bolívar cuyo palpito espiritual nos acompaña en esta tarde, esa Colombia en la que aspiramos vivan nuestras futuras generaciones, requerimos la conjunción de todos los sectores que sólo se logra mediante la comunicación efectiva entre sí de los diversos organismos y de éstos con los ciudadanos, siempre tendiente a sanear los desequilibrios sociales.

En lo que a nosotros particularmente concierne, en calidad de miembros de la jurisdicción contencioso administrativa, sirva este sagrado recinto para reafirmar nuestro compromiso de procurar el bien común mediante el ejercicio adecuado de las atribuciones otorgadas, y sirva esta ciudad de Bastidas, emergida cual perla de las profundidades del mar Caribe, como testigo de reflexión fructífera de la temática jurídica a tratar en el congreso.

Honorables Consejeros de Estado, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, distinguidos magistrados de tribunales administrativos, abogados auxiliares, abogados asistentes y Secretaria General del alto tribunal de lo contencioso, nos enorgullece su estancia en esta prodigiosa tierra que se erigió como puerta de entrada de la cultura europea hacia el interior del país, tierra que albergó en su seno el corazón de uno de los hombres más grandes de la humanidad, tierra que hoy con suprema bondad abre sus brazos fraternales para robustecernos en la armonía que ha caracterizado a esta jurisdicción.

Bienvenidos.

III. Intervención del Presidente de la Sala Administrativa

Dr. Carlos Enrique Marín Vélez

1. EL DERECHO JUDICIAL

El jurista de hoy es muy distinto. Ya no acepta pasivamente las Leyes si no le convencen y sobre todo si no son útiles. El Juez de hoy ha dejado de creer que la Ley es una norma sagrada. No estando los operadores de la Justicia sino sometidos al imperio de la Ley y prevaleciendo en sus actuaciones el derecho sustantivo y haciendo parte de la Rama Judicial los Jueces de Paz y unas autoridades indígenas dotadas de jurisdicción, resulta válido admitir que unas nuevas y particulares novedades son las que dirigen las relaciones entre el Juez y las normas. Existe un derecho judicial, puesto que el derecho no es lo que digan las Leyes, sino lo que digan los Jueces, en un orden jurídico asediado por una incontrolable inflación legislativa, la que los sociólogos denominan **anomia jurídica**, que hace que los Jueces no puedan rastrear las constantes mutaciones legislativas, ni alcanzar la incontrolable demografía de las leyes.

2. EL JUEZ Y LAS ACCIONES POPULARES

La Justicia también se ha democratizado. El Juez atiende las acciones de tutela de manera preferente y sumaria, guiado por su propio criterio y sus propios valores. Para el Juez, los términos patrimonio, espacio, seguridad y salubridad públicos, moral administrativa, ambiente, competencia económica, ayer extraños y ocasionales a sus funciones, son hoy conceptos, con cuyo alcance y definición, debe estar familiarizado para atender las acciones populares en defensa de los denominados derechos e intereses colectivos.

La toma de conciencia de que muchos de los problemas de esta época, ya no pueden abordarse a través del derecho nacional; de que en materia de clima, de medio ambiente, de telecomunicaciones y de derechos humanos, prevalecen los vínculos que unen las organizaciones internacionales, revelan

un nuevo paradigma y un nuevo pensamiento, en el que lo global desplaza lo local y la globalización, a la soberanía Nacional.

Arnaud, presenta así la aparición de nuevos actores supranacionales en el marco de nuevo derecho:

Una tendencia generalizada en todo el mundo a la democratización, a la protección de los derechos del hombre, al renovado interés por el Estado de Derecho. El vínculo anterior reside en la preferencia de las economías liberales por estados no intervencionistas, que se preocupan por lo tanto, por desarrollar constituciones y cuerpos de derecho que aseguren el respeto a la democracia y a los derechos del hombre, reforzando el poder de los Jueces.

3. EL JUEZ, LA CIENCIA Y LAS NUEVAS FORMAS DE VIDA.

La genética sugiere unos peligrosos y audaces desafíos, que pueden tornar el concepto de familia, el valor cultural y jurídico de la vida y de la persona. No me cabe duda de que el hombre juega a ser Dios. El descubrimiento de la secuencia del genoma humano, le otorga al hombre la posibilidad de mutar su propia existencia, para esculpirse como una visión mejorada de sí mismo. En solo unos pocos años hemos pasado de no saber nada de nuestros genes a saberlo todo. Los términos: condones, exones, código genético, hacen parte de un glosario narrativo y de una jerga de espesura formidable, cuyo conocimiento y dominio hacen parte de los nuevos desafíos que una frenética sociedad, le impone a sus Jueces.

Hace pocos días un Juez suspendió un controvertido programa de fumigación, el mismo que adelanta el Gobierno para erradicar cultivos de coca y amapola en el sur del país. La aspersión con glifosato generó una reacción internacional y la protesta de varias ONG, e incluso de un sector de los demócratas en el Congreso de Estados Unidos, que repudiaron el hecho de que las fumigaciones hicieran parte del Plan Colombia.

4. EL JUEZ Y LA GLOBALIZACION

Es innegable la arrolladora fuerza de la globalización. Es indubitable que la soberanía se ha transformado en otra figura de organización política-global, con una inclinación a transferir su autoridad a actores no estatales y es irrefu-

table, no lo podemos evadir, la reducción del monopolio del Estado sobre la coerción legítima.

El vertiginoso desarrollo de los modos de negociación, de la mediación y de la conciliación, son una muestra palmaria de como el Estado esta concediendo a sus ciudadanos y a otras instancias, –las Cámaras de Comercio y los consultorios jurídicos a guisa de ejemplo–, la solución de los conflictos. En nuestra Constitución se le transfirió a los particulares la función de Administrar Justicia en la condición de Arbitros o Conciliadores, habilitados por las partes para proferir fallos, en derecho o en equidad (Art. 116); la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia recogió el principio del derecho estatal relevado, al acoger la alternatividad, como un mecanismo diferente al proceso judicial, para arreglar los problemas que se presenten entre los asociados y al repetir el privilegio de la función jurisdiccional por particulares (Art. 13). El rango constitucional concedido por el Estado a sus ciudadanos y a otras oficinas para Administrar Justicia, demuestran inequívocamente, que la posibilidad de suplirle, no es una mera probabilidad sino una realidad. En materia de responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, la ley estatutaria advierte que los preceptos que anteceden los términos “funcionarios o empleados judiciales”, comprende a los particulares investidos de funciones jurisdiccionales.

5. EL JUEZ Y LOS DERECHOS HUMANOS

El amplio catálogo de derechos humanos recogido en la Constitución, exhibe un nuevo concepto de la seguridad humana que comprende las amenazas crónicas a su dignidad, como el hambre, las enfermedades, la represión, el desplazamiento obligado, la xenofobia y la desaparición, que son juzgados, ya no por las autoridades nacionales, sino por organizaciones internacionales, como el Tribunal de Justicia de la Haya o el Centro de Resolución de Conflictos creado en 1965.

En un escenario, donde la exploración genética permite a los padres elegir los genes de sus hijos; donde un operador de la Justicia hace suyas las protestas de las comunidades indígenas para velar por la preservación de los recursos naturales (Art. 330 CN), agredidos por unas fumigaciones envenenantes; donde el Estado es un actor que tiende a quedar marginado y el derecho estatal aparece como una estructura cada vez más ausente cuan-

do se tratan relaciones jurídicas de hecho, surge un ineludible interrogante: ¿cuán preparados se encuentran nuestros Jueces y nuestros Tribunales para entender y atender esa sed de derechos colectivos e individuales?

6. EL JUEZ Y SU RECLUTAMIENTO

Parte de esa respuesta la tiene la formación, el sistema de reclutamiento y el status que los rodea, para valorar su nivel de independencia.

Una muestra de los avances y de los alcances de la ruta que nos señaló la Constitución de 1.991, se encuentra en este auditorio. Los Magistrados que concurren a estas jornadas de estudio e investigación, fueron elegidos en virtud de un proceso compartido entre la Sala Administrativa y el Consejo de Estado, en un proceso que desbordó las exigencias pedidas a los aspirantes, para tornarse en una exigente y delicada responsabilidad, tal vez una de las más elevadas, de las muchas que la Constitución y la Ley Estatutaria, le confiaron a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Los 127 Magistrados de los 26 Tribunales Administrativos que componen la Jurisdicción Contenciosa, accedieron a sus cargos después de haber superado unas severas pruebas y de haber acreditado méritos, que no es otra cosa que la idoneidad moral, el apego a la eficiencia, la amistad con la verdad y la prospección del nuevo ciudadano. No me cabe duda alguna, que la composición del Consejo de Estado y de sus Tribunales, reflejan el pluralismo, las ideas y los principios del nuevo estado social y democrático que diseñaron los constituyentes. Se reflejan, igualmente, las diferentes tendencias del pensamiento jurídico y de las varias regiones del País.

7. EL JUEZ EN LA LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA

En el talle del dilatado estatuto de la Administración de Justicia, al lado de normas que no se aplican, de artículos que no se ejecutan, como las Zonas Judiciales especiales de fronteras (Art. 52) o la Jurisdicción Agraria (Art. 202), o el Régimen de Carrera en la Fiscalía, para no citar sino unos pocos, surgen novedosas e interesantes disposiciones que apuntan a conformar un Estatuto del Juez, de un nuevo Juez.

En efecto a los operadores de la Justicia se les pide pulcritud en el lenguaje, claridad en la redacción de sus providencias y precisión en la narración de

los hechos materia del debate, como quiera que esos factores se atenderán en la calificación de sus servicios. A los Magistrados se les pide que participen activamente, en las discusiones de los asuntos que deban ser fallados por la corporación en pleno y en su caso por la sala o sección a que pertenezcan, a riesgo de incurrir en mala conducta (Art. 54).

El Juez contencioso tiene hoy un listado de atribuciones tan dilatadas y tan delicadas, que hacen de su inevitable protagonismo, el más discreto de sus procederes. La presión que ejercen los medios de comunicación, el incesante cabildeo de los Congresistas, el lobby que practican los aspirantes a los tantos cargos que discierne la Corporación y en general la figura y el ascendiente de un juez eminentemente público, como el administrativo, proyecta la imagen de un ciudadano-jurista, indiferente al halago, discretamente sociable y el más universal de los impartidores de justicia.

8. EL JUEZ CONTENCIOSO Y SUS NUEVAS RESPONSABILIDADES

Los procesos de pérdida de investidura de los Congresistas o la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, o la elección de tres de los miembros de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, o la selección de uno de los integrantes de la terna, de la cual el Senado elige al Procurador General de la República, o la participación de los Tribunales Contenciosos en la preparación de las ternas para Contralores Distritales, Departamentales y Municipales, comprenden parte de las complejas responsabilidades políticas que se le confiaron a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. El artículo 35 de la Ley Estatutaria acoge, al relatar las atribuciones de la Sala Plena, la versión del nuevo Juez, del Juez motor de la Constitución.

Por primera una vez un estatuto le precisa a los Jueces qué pueden hacer y qué no se les permite. Los Jueces, que ahora son nominadores, no pueden nombrar a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quién estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco, ordena el artículo 53, una vez elegidos o nombrados, pueden designar a personas vinculadas por los mismos lazos con los servidores públicos competentes que hayan intervenido en su postulación o designación.

Los Magistrados y los Jueces, observarán los términos procesales con diligencia, pues su incumplimiento será sancionado (art. 17 Ley 446).

El rol de la Justicia Contenciosa ya no se contrae, entonces, a mediar en las relaciones entre el Estado y sus servidores, ni a denunciar la poca efectividad de los mecanismos de resolución de situaciones laborales en el sector público, como tampoco a solucionar las diferencias de los gobernados con el Estado. Su papel en la sociedad modernista es el mismo, pero es otro.

Diez años cumple un pacto, un acuerdo diseñado y soñado para reconstruir unos valores y fortalecer una democracia, básicamente como una manera de convivir que como una forma de Gobierno. En esos dos lustros, más por el efecto de la modernidad y la globalización, que por la fuerza de la constitución, ha disminuido el papel del Estado y se ha discontinuado la ideología jurídica tradicional. Ahora se hace patente que los modos de regulación convencionales ya no atienden su cometido y que el derecho ya no tiene la misma capacidad de asegurar la función para la cual se instituyó como modo privilegiado de regulación social.

El estatuto del Juez iberoamericano es una muestra del proceso de globalización del orden mundial.

9. LA MISION POLITICA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

El Consejo de la Judicatura, una de cuyas mayores responsabilidades es construir el futuro de la Judicatura, interpretando las transformaciones de las prácticas jurídicas por el mero hecho de la globalización, es en general en todos los países un símbolo de la autonomía de la Rama Judicial, pues significa que ese poder dispone de una célula propia de administración y de selección de sus funcionarios. El Consejo de la Judicatura no es un calificador de la conducta de los jueces, ni es el tamiz de sus nominaciones y ascensos, ni es una entidad ajena a la Rama.

El Consejo de la Judicatura es en gran parte una prolongación del Consejo de Estado. Es una junta directiva que propugna por entender los nuevos modelos de producción del derecho y por preparar y capacitar al operador del derecho en formas jurídicas no tradicionales.

Muchas gracias y muchos logros en esta jornada de reflexión.

IV. Instalación del Congreso de la Jurisdicción

*Presidente del Consejo de Estado,
Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola*

Hoy continuamos la tradición de los Congresos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, bajo la hospitalidad de la noble ciudad de Santa Marta y de la acogida generosa de sus autoridades. Es una tradición que se había interrumpido el año pasado, por causa de las estrecheces presupuestales de la Rama, pero en esta oportunidad, con el concurso financiero del Consejo Superior de la Judicatura y de los Magistrados, personalmente, ha sido posible que este año el Congreso se haya podido realizar, para bien de la justicia administrativa.

Se trata de un evento académico en donde los integrantes de la jurisdicción nos reunimos anualmente para dialogar sobre el estado actual de la jurisprudencia y del derecho positivo en determinados aspectos, así como sobre las tendencias del derecho administrativo colombiano. Dentro de ese orden de ideas, se ha previsto un programa que tiene por temática, ahora cuando festejamos los diez años de la Constitución Política de 1991, las acciones constitucionales que dicho texto introdujo en el ordenamiento jurídico nacional.

La lectura atenta de las normas constitucionales permite observar una doble tendencia, aparentemente contradictoria, consistente en la acentuación del proceso de constitucionalización del derecho administrativo colombiano, de una parte, y, de otra, en el sometimiento al derecho privado de áreas tradicionalmente gobernadas por el derecho público, haciéndose así menos neta la diferencia entre esas dos ramas del derecho, en detrimento de la autonomía del derecho administrativo, entendido como el conjunto de normas propias que rigen las actuaciones de la Administración.

El movimiento hacia la privatización del derecho administrativo en Colombia, así como también ha acaecido en otras latitudes, se enmarca dentro del contexto ideológico de las políticas neoliberales, las cuales abogan por

una reducción del tamaño del estado, en donde se entrega a los particulares el cumplimiento de actividades y la prestación de servicios en áreas que, de acuerdo con las políticas intervencionistas, estaban reservadas a la atención del Estado.

Esa tendencia neoliberal, a pesar de que se proclama el estado social de derecho en el artículo 1°, se recoge en la Constitución Política de 1991. Un buen ejemplo de ella se da en el campo de los llamados servicios públicos domiciliarios, gobernados hoy, en gran parte, por un régimen jurídico de derecho privado, a pesar de que tradicionalmente dichos servicios se encontraban sometidos a un régimen de derecho público, en aplicación del principio clásico de que los servicios públicos se prestaban bajo un régimen jurídico de derecho administrativo, a menos de que se tratara de servicios públicos industriales y comerciales, los cuales constituían la excepción a la regla general.

Una ojeada a la naturaleza de los organismos surgidos de la reforma administrativa de 1968, bajo el amparo de la reforma constitucional de aquel año, comparada con los organismos nacidos de la Constitución Política de 1991, dentro de la política de reestructuración del Estado, muestra la extensión y profundidad de la evolución que ha tenido lugar en esta materia, la cual se traduce en la tendencia clara hacia la privatización del derecho administrativo, fenómeno que algunos tratadistas extranjeros han observado en sus respectivos países y denominado "*la huida del derecho administrativo*".

Paralelamente y en contraste con la tendencia privatizante anotada, se observa un mayor grado de acercamiento entre el derecho administrativo y el derecho constitucional, lo que ha producido su clara constitucionalización, pues además de sus fundamentos constitucionales, ha aumentado el número de instituciones de derecho administrativo que tienen un punto de referencia y en algunos casos una propia regulación en la Constitución Política. Así sucede, a manera de ejemplo, con el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, respecto del cual, antes de 1991, se habían hecho esfuerzos jurisprudenciales para encontrar una justificación *jus publicista*. En alguna oportunidad el profesor Georges Vedel llamó la atención sobre las bases constitucionales del derecho administrativo francés, refiriéndose a la teoría de la separación de poderes como una de las razones del nacimiento y desarrollo de la dualidad de jurisdicciones, así como también a la incidencia del

régimen político en la conformación de ese derecho. El caso colombiano permite hacer las mismas reflexiones sobre la influencia de la concepción del Estado y del gobierno en el régimen jurídico administrativo, pero, además, se ha producido el fenómeno adicional de la constitucionalización de ese derecho, por razones particulares al desarrollo histórico del régimen político colombiano.

No se trata en nuestro caso solamente de división de poderes y de régimen presidencial como bases constitucionales de nuestro derecho, ni de la consagración del concepto de ley marco en materia de estructura de las administraciones nacional, departamental y municipal en los niveles central y descentralizado, ni de los principios que deben guiar el desarrollo de la función pública, sino de un sinnúmero de institutos de derecho sustantivo y de derecho procesal administrativo que tienen fundamento en la Constitución Política.

La razón de ese fenómeno tiene que ver con el grado de desarrollo jurídico y cultural de la sociedad, caracterizado por la idea que se tiene de la seguridad jurídica, en cuanto que la ley ordinaria, a pesar de ser la expresión de la voluntad popular que traduce el Congreso de la República, no es considerada un instrumento con suficiente fuerza para regular con estabilidad el cuadro jurídico de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. De ahí la tendencia a constitucionalizar una serie de materias que normalmente deberían ser el objeto de regulaciones legales. Esa constitucionalización resulta así ser una consecuencia de la desconfianza hacia el Legislador y de una cierta mitificación de la norma constitucional.

Dentro de ese marco conceptual se ubican las acciones constitucionales, introducidas por la Constitución Política de 1991, cuyos desarrollos legislativos y aplicaciones prácticas, excluida la tutela, ustedes tendrán la oportunidad de analizar en el curso de este Congreso.

Esas nuevas acciones han colocado al derecho administrativo colombiano en un punto distinto y opuesto al de su nacimiento y desarrollo. Surgido históricamente como expresión de un tratamiento de excepción que debía tener la Administración por los jueces, en cuanto ésta era la representante del interés general frente al interés particular del ciudadano, con la aplicación de un derecho diferente al que gobernaba las relaciones entre particulares, hoy, el

control del juez, constitucional y administrativo, sobre las autoridades públicas, también participa excepcionalmente de ese control el juez ordinario a través de la acción de tutela, se hace más intenso y extenso, en grado tal que los márgenes de discrecionalidad de la autoridad administrativa han prácticamente desaparecido. Es de tal magnitud el fenómeno que algunos han llegado a ver en esos controles una especie de gobierno de los jueces.

Un escenario como el que brinda la realización de este Congreso resulta apropiado para que se adelante un debate amplio sobre las acciones constitucionales de pérdida de investidura, de cumplimiento, populares y de grupo, de acuerdo con el programa elaborado.

En cuanto a la primera de esas acciones, esto es, la acción de pérdida de investidura, aplicada desde el momento de su creación constitucional, en una primera etapa, respecto de Congresistas, hoy también en relación con diputados y concejales, se ha revelado un instrumento eficaz de protección de la moralidad y transparencia que debe guiar la actuación de los representantes del pueblo. Su aplicación se traduce en importantes resultados prácticos, que dicen bien de su eficacia. Sin embargo, su praxis muestra que algunos aspectos de esa institución deben ser revisados para su mejor aplicación, tales como consagrar constitucionalmente la graduación de la sanción imponible, que debe estar acorde con la gravedad de la falta, pues hoy no se distingue entre las diferentes conductas, lo que bien podría hacer el juez, teniendo en cuenta las circunstancias que han rodeado cada caso, si la norma constitucional lo permitiera; así como debe ser revisado el término para el desarrollo del proceso que, tal como está previsto en la Constitución, no es real y sí limitativo de un amplio debate en un proceso de esta naturaleza, que puede concluir, como sabemos, con una sanción muy grave, como es la inhabilidad de por vida para el sancionado de ser elegido a las corporaciones públicas, y, finalmente, también deben precisarse algunas causales de pérdida de investidura, que han debido ser desarrolladas por la jurisprudencia, con las dificultades que un asunto de esta naturaleza plantea.

Respecto de la acción de cumplimiento, de desarrollo legislativo posterior, su aplicación ha mostrado las limitaciones legales de la misma. Seguramente que de los debates que se adelanten en la materia, resultará un buen

diagnóstico sobre el estado de salud de esta acción, que busca hacer del derecho una realidad, evitando que las leyes y los actos administrativos se conviertan en declaraciones retóricas, que las autoridades no cumplen. La herencia del antiguo derecho colonial “*se obedece, pero no se cumple*” está llamada a convertirse en un recuerdo histórico en los antecedentes del derecho nacional.

Y, finalmente, encontramos las acciones populares y de grupo, reguladas recientemente por la ley, cuya corta vida no impide, sin embargo, un análisis objetivo de los problemas que plantean su aplicación en el campo de la defensa de los intereses colectivos y de grupo. Seguramente que la bondad de estas acciones podrá apreciarse en toda su envergadura en el futuro.

Las acciones a que hemos hecho referencia, incluida naturalmente la de tutela, con sus virtudes y defectos, constituyen un valioso patrimonio jurídico, susceptible de ser perfeccionado, que debe cuidarse con esmero, pues representan los caminos que seguramente el nuevo derecho administrativo colombiano habrá de recorrer en el futuro en la búsqueda de una relación más transparente y equitativa entre el Estado y el ciudadano, que, en últimas, es la justificación del derecho público y, en particular, del derecho administrativo.

Muchas gracias.

Santa Marta, 1° de agosto de 2001.

V. Discurso de Clausura del Encuentro

Dr. Jesús María Carrillo



Señor presidente del Consejo de Estado, señores expresidentes y señores Consejeros,

Señores presidentes de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, distinguidos miembros de esta alta Corporación,

Señor Procurador General de la Nación,

Señor Fiscal General de la Nación,

Señores magistrados. Señores funcionarios del Contencioso-Administrativo,

Autoridades civiles, militares y de policía del Departamento del Magdalena y del Distrito Turístico de Santa Marta,

Es tiempo de gratitud, de reflexión y tiempo para soñar.

Hemos alcanzado el pináculo de este fructífero evento que sirvió a la vez de peregrinaje patriótico en procura de la tutela luminosa del habitante eterno de la bahía más bella de América.

Rindamos homenaje de gratitud a Santa Marta: noble, leal y acogedora, desde cuyo ámbito cósmico se otea la integridad de la patria en los mares y en las cordilleras. Reconocimiento por su cálida hospitalidad propia de su estirpe procerca en cuyas calles tropezamos con el fantasma del mensajero de la libertad que por sobre todo quiso ser siempre el primer ciudadano de Colombia. Aquí él mismo evocó en inmortales y amorosas líneas a su prima Fany, arrobado por la belleza y alejado del combate, aquí el soñador de Patibilca multiplicó sus sueños hasta en la hora suprema, desde este rincón privilegiado el delirante alucinado del Chimborazo penetró en el pasado y el

- **¿Afianzamos** nuestra confianza en el Estado Social de Derecho como medio pacífico para la convivencia nacional?

Señores Magistrados y señores funcionarios del Consejo de Estado: La República silente con una elocuencia que sólo percibe el corazón de cada uno, le expresa su gratitud por enaltecerla con el riguroso cumplimiento del deber.

La logística, las finanzas, el trabajo académico, el apoyo de las autoridades civiles, militares y de policía, la decisión del señor Presidente del Consejo de Estado doctor Urueta, y del plenum del contencioso administrativo hicieron factible la experiencia que hoy culmina.

Gracias, señores magistrados del Tribunal del Magdalena, especialmente a la doctora Marta Castañeda por su devoción y generosidad sin límite, reconocimiento al señor Gobernador y al señor Alcalde, a la Universidad del Magdalena y a los jóvenes del Liceo Celedón que nos brindaron hospitalidad y solaz. Gracias doctor Augusto Trejos, solícito y noble amigo, por su apoyo permanente. Gratitud a los señores exconsejeros Juan Alberto Polo y Carlos Betancur, quienes nos enseñan que el vencimiento del período funcional no rompe el vínculo de pertenencia a esta gran familia.

Señores dignatarios del Estado: en el seno de nuestra colectividad celebramos su presencia que enaltece este acto y nos estimula. Compartimos responsabilidades, construimos la misma Nación, que no haya celo sino emulación por el mejor servicio. La justicia debe una respuesta en el orden penal, en el civil, en el laboral, en el administrativo, en el disciplinario, y por ello toda visión restringida es odiosa y perversa.

En hora buena uno de los nuestros es el señor Fiscal General de la Nación, para él buen viento y buena mar; señor Procurador, también de los nuestros, que su nave nos conduzca al seguro puerto de la paz.

Aquí, al pie de la sierra impoluta, sobrecogidos por el espíritu de nuestros ancestros aborígenes a quienes invoco, y llenos del espíritu de la patria al borde del lecho último del munífico Padre, os invito no a un minuto de silencio, sino a una vida de acción, juremos la defensa de la heredad, hagamos lo imposible para preservar la unidad y en cuanto nos compete procuremos crear la confianza en la organización judicial.

Anexos

Anexo I. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre Acción de Grupo

Compilación cronológica la
Dra. María Elena Giraldo Gómez
Consejera de Estado - Sección Tercera

1992:

- Sentencia proferida el día 28 de agosto de 1992. Sentencia No. T-508/92. Sala de Revisión No. 5. Expediente No. T-2416. Revisión de fallo de tutela de demanda presentada ante el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Bogotá contra la Alcaldía Menor de Engativá. Demandante: José Joaquín Orozco Nieto. Magistrados: FABIO MORON DIAZ, SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JAIME SANIN GREIFFENSTEIN.

Las Acciones de Clase o de Grupo no hacen referencia exclusiva a los Derechos Constitucionales Fundamentales, ni sólo a los Derechos Colectivos, pues también comprenden a los Derechos Subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero, exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios.

1993:

- Sentencia proferida el día 24 de febrero de 1993. Sentencia No. SU-067/93. Expediente No. T- 904. Acción de Tutela interpuesta contra el Consejo Nacional de Estupefacientes. Demandante: Gerardo Ardila (en nombre de la Alianza Democrática M-19). Magistrados Ponentes: Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Alcance

Las Acciones de Clase o de Grupo no hacen referencia exclusiva a los derechos constitucionales fundamentales, ni sólo a los derechos colecti-

vos, también comprenden a los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios.

1997:

- **Sentencia proferida el día 12 de diciembre de 1997. T-678/97. Expediente T-139.94. Demandantes: Luis Eduardo Rincon y Otros contra el Gerente de Construcción de la compañía TECHINT - COTECOL. Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.**

INDEFENSION-Agrietamiento de viviendas por paso de vehículos pesados

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Objeto

Las denominadas acciones de clase o grupo, que aunque parezcan similares a las populares, se diferencian de estas en que ellas persiguen la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a un número plural de personas. Es decir, se originan cuando ya el daño o se ha consumado y se está produciendo, generando graves perjuicios en la colectividad, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares a que pueda haber lugar.

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Reparación daños a inmuebles por paso de vehículos de maquinaria pesada

DERECHO A LA VIDA-Agrietamiento de viviendas por paso de vehículos pesados

“(...) d) Las denominadas acciones de clase o grupo (artículo 88 inciso segundo), que aunque parezcan similares a las populares, se diferencian de estas en que ellas persiguen la reparación de los daños y perjuicios ocasionados a un número plural de personas. Es decir, se originan cuando ya el daño o se ha consumado y se está produciendo, generando graves perjuicios en la colectividad, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares a que pueda haber lugar.

...

Por consiguiente, resulta claro que no puede el juez de tutela desplazar al juez ordinario de las competencias que a este corresponden. Como se ha expresado en forma reiterada, la acción de tutela tiene una naturaleza residual y subsidiaria, por lo que no procede cuando el amenazado o vulnerado en uno de sus derechos fundamentales disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se formule como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (artículo 86 de la CP. y 60. del Decreto 2591 de 1991). Por ello no es procedente decretar el pago de sumas de dinero en favor de los accionantes y por concepto de indemnización.

*“En cambio en el aspecto relativo a la seguridad de las personas que viven en las casas que se vienen afectando y que continúan en dicha situación a virtud de que las operaciones que realiza la Compañía se prolongan en el tiempo posibilitando su agravación, si bien procedería la misma acción civil, el tratamiento que merece adoptarse tiene **variación dado el grado de inminencia en cuanto a su peligrosidad imponiéndose la oportuna adopción de medidas.** En este caso la ley le permite al Juez tutelar el derecho prescindiendo de cualquier consideración formal; por tanto, resulta procedente la tutela pues se da la situación de indefensión como la urgencia de adoptar medidas capaces de evitar la vulneración de los derechos fundamentales mencionados”.*

1 9 9 9:

- **Sentencia proferida el día 29 de enero de 1999. T-046/99 Referencia: Expediente T-183.139. Peticionario: Ricardo Correal Morillo, Director (E) de la Dirección Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo. Demandada: C.I. PRODECO PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. -C.I. PRODECO S.A. Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.**

MEDIO AMBIENTE SANO-Conservación por el Estado y la comunidad

Uno de los principales aspectos innovadores de la Carta Política de 1991 hace referencia al tratamiento de las riquezas naturales de la Nación y el medio ambiente, a través de una nueva conciencia que se refleja en claros compromisos tanto para el Estado como para la comunidad en general, tendientes a su conservación y protección, en cuanto patrimonio común de la

humanidad, indispensable para la supervivencia de estas y de las futuras generaciones.

MEDIO AMBIENTE SANO-Deber de conservación por el Estado/**MEDIO AMBIENTE SANO**-Derecho deber

LIBERTAD DE EMPRESA Y DERECHO AL AMBIENTE SANO-Compatibilidad

Existe para los particulares una especial responsabilidad en la preservación y protección del medio ambiente, cuando quiera que con el ejercicio de la libertad de empresa se atente contra su equilibrio; más aún, cuando de su posible lesión pueden derivarse amenazas a derechos de importante envergadura para las personas. Sobre el particular, la Corte ha sido enfática en señalar que la realización de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas, con el fin de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico sostenible, y con el control de las autoridades ambientales.

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Alcance

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Criterios que deben observarse para la protección por tutela

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Protección excepcional por tutela

La regla general del artículo 88 de la Carta Política, según la cual la protección del derecho e interés colectivo al medio ambiente sano se obtiene mediante el ejercicio de las acciones populares o las de clase o grupo, se exceptúa cuando, de la apreciación fáctica en concreto de los hechos efectuada por el juez de tutela, se logra deducir que la perturbación al mismo presenta un nexo de causalidad con la acción u omisión de la autoridad pública o del particular, según el caso, ocasionando la vulneración o amenaza en forma directa e inminente de derechos fundamentales de las personas, respecto de los cuales se solicita el correspondiente amparo.

DEFENSOR DEL PUEBLO-Legitimación para interponer tutela

DEFENSOR DEL PUEBLO-Presunción indefensión de menores

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Demostrada la afectación individual y concreta de un derecho fundamental procede la tutela/**MEDIO AMBIENTE SANO**-Perturbación

Es evidente que la perturbación producida al medio ambiente, mediante conductas que atentan contra la conservación de los recursos

naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la preservación de la biodiversidad y la estabilidad de aquel, por lo general llevan envuelta una vulneración o amenaza directa a derechos fundamentales de las personas, tales como la vida, la integridad personal, la intimidad y en conexidad con estos a la salud, en la medida en que existe un interdependencia vital entre la estabilidad de ese medio exterior como hábitat natural y la especie humana. De manera que, en el evento de llegarse a demostrar que en forma individual y concreta se ha producido una vulneración o amenaza aun derecho de ese rango, puede obtenerse su protección por la vía de la acción de tutela.

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Fundamental

DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA-Alcance

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Omisión de autoridad en protección vulnera igualdad entre la población

Ante la realización de un actividad económica que pueda producir contaminación del medio ambiente, cuando resultan ineficaces o insuficientes los controles que por ella misma corresponde implantar, como aquellos radicados en manos de las autoridades competentes para mantener las condiciones básicas ambientales que permitan mejorar la calidad de vida y proporcionar un bienestar general, se vulnera el derecho fundamental a la igualdad de aquellas personas que resultan afectadas por las actuaciones contaminantes, en virtud de la salvedad que se les impone para disfrutar el derecho a gozar de un ambiente sano y de otros derechos conexos, consolidándose en un trato que aparece como discriminatorio dada la desproporcionada carga que asumen respecto de los demás miembros de la población en general.

DERECHO AL AMBIENTE SANO-Partículas de carbón en el aire que afectan la salud y vida de moradores de sociedad portuaria

DERECHO A LA INTIMIDAD-Partículas de carbón en el aire que afectan el ambiente sano

Complementan, entonces, las responsabilidades estatales aludidas, los actos de participación y las obligaciones a cargo de la comunidad para la consecución de los objetivos en materia ambiental; en virtud de

lo cual, los ciudadanos pueden tomar parte en las decisiones que afecten el medio ambiente debiendo a su vez proteger los recursos naturales y velar por la conservación del mismo, sin olvidar que la potestad de todos a gozar de un ambiente sano constituye un derecho de carácter colectivo en la forma de un “derecho-deber”¹ (C.P., arts. 70, 79 y 95).

...

No se pueden señalar límites a las acciones y a las inversiones que requiera el control efectivo de la contaminación ambiental, pero debe saber quien asuma una actividad contaminante, que su primera responsabilidad, por encima de cualquier otra, es establecer los mecanismos más adecuados y eficaces para suprimir, o cuando menos reducir al mínimo tolerable, los efectos nocivos que se puedan deducir de tal actividad, aparte de que debe pagar, según las tasas de retribución ambiental que se establezcan, por lo menos parte del precio que cuesta contaminar.”. (Sentencia C-254 de 1993, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Con las acciones populares se obtiene, en forma preventiva, la salvaguarda de los derechos e intereses colectivos, en cuanto se refieren a una finalidad pública, por lo que con ellas no se puede “perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos”², para ese fin existen las acciones de grupo o de clase y las demás acciones ordinarias y, en oportunidades, la acción de tutela (C.P., art. 86).

Las acciones de clase o grupo para la Corte “son, igualmente regulables por la ley y no hacen referencia exclusiva a los derechos constitucionales fundamentales, ni sólo a los derechos colectivos, pues también comprenden a los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez. Empero exigen siempre que el daño sea de aquellos que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios.”.³

¹ Sentencia C-059/94, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

² SU-067/93, M.P. Drs. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

Sin embargo, debe precisarse que cuando de la afectación de un derecho e interés colectivo como el medio ambiente resulta una amenaza o vulneración concreta de un derecho fundamental determinable en forma individual, una vez demostrada la respectiva conexidad, procede la acción de tutela, dentro de los siguientes criterios:

“... existen casos en los que por la vulneración o amenaza de derechos colectivos se produce la vulneración o amenaza de derechos fundamentales. En estas circunstancias, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al concluir que ante estos eventos resulta viable la acción de tutela⁴, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos y se acredite la real vulneración o amenaza del derecho fundamental, razón por la cual en reiteradas ocasiones esta Corporación ha señalado que:

“(...) si una persona individualmente considerada puede probar que la misma causa (perturbación del medio ambiente) esta afectando o amenazando de modo directo sus derechos fundamentales o los de su familia, al poner en peligro su vida, su integridad o su salubridad, cabe la acción de tutela en cuanto a la protección efectiva de esos derechos fundamentales en el caso concreto, sin que necesariamente el amparo deba condicionarse al ejercicio de las acciones populares.”⁵

En estas condiciones, se ha considerado efectivamente que dada la conexidad del ataque entre derechos colectivos y fundamentales deberá prevalecer la tutela sobre las acciones populares⁶, para garantizar la protección de los derechos fundamentales, la unidad de defensa y la economía procesal.

Sin embargo, para que prospere el mecanismo excepcional de la acción de tutela en estos casos, como se dijo con anterioridad,

“(...) es necesario que se pruebe - y de manera fehaciente - que en efecto están en peligro o sufren lesión los derechos fundamentales del accionante. Igualmente deberá acreditarse el nexo causal existente en-

³ Idem.

⁴ Ver Sentencias T-437 de 1992, T-62, T-254, T-320, T-366, T- 376 de 1993, T-126 de 1994, T-257 de 1996, SU -257 de 1997, entre otras.

⁵ SU 257 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ Sentencia T- 254 de 1993. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

tre el motivo alegado como causante del daño colectivo y el perjuicio o amenaza individual que el peticionario dice afrontar.”⁷

En ese orden de ideas, se requiere para el conocimiento de una acción orientada en ese sentido, que exista un daño o amenaza concreta de los derechos fundamentales del solicitante o su familia, una perturbación de derechos colectivos y un nexo causal o vínculo directo entre uno y otro, de manera tal que se pueda determinar directamente que la lesión o amenaza del derecho fundamental es producto de la perturbación de los derechos colectivos.”. (Sentencia T-453 de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Así pues, la regla general del artículo 88 de la Carta Política, según la cual la protección del derecho e interés colectivo al medio ambiente sano se obtiene mediante el ejercicio de las acciones populares o las de clase o grupo, se exceptúa cuando, de la apreciación fáctica en concreto de los hechos efectuada por el juez de tutela, se logra deducir que la perturbación al mismo presenta un nexo de causalidad con la acción u omisión de la autoridad pública o del particular, según el caso, ocasionando la vulneración o amenaza en forma directa e inminente de derechos fundamentales de las personas, respecto de los cuales se solicita el correspondiente amparo. En este evento procede la acción de tutela conforme a la jurisprudencia de la Corporación, sobre la materia, lo que determina el análisis de los hechos ya relatados.

- **Sentencia proferida el 14 de abril de 1999. C-215/99 Referencia: Expedientes D-2176, D- 2184 y D-2196 (acumulados). Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 (parcial) , 13, 27, 30, 33, 34 (parcial), 45, 46, 47, 48 (parcial), 50, 53 (parcial), 55, 65 (parcial), 70 (parcial), 71, 73, 85 y 86 de la 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 y se dictan otras disposiciones”. Demandantes: Andrés de Zubiría Samper, Luis Enrique Cuervo Pontón y Armando Palau Aldana. Magistrada Ponente (E): Dra. MARTHA VICTORIA SACHICA DEMONCALEANO.**

⁷ Sentencia T- 539 de 1992.

ACCION POPULAR-Finalidad

Dentro de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1991 elevó a cánón constitucional: las denominadas acciones populares (art. 88, inciso primero, C.P.). Estos instrumentos buscan proteger esa categoría de derechos e intereses en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador.

ACCION DE GRUPO-Finalidad

Las acciones de grupo o de clase (art. 88, inciso segundo, C.P.), las cuales se originan en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, se pueden individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue. En este caso, se trata de proteger intereses particulares de sectores específicos de la población (por ejemplo, consumidores), de ahí su denominación original de class action.

ACCION POPULAR-Carácter público

El carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés.

ACCION POPULAR-Naturaleza preventiva

Otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de

bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño.

ACCION POPULAR-Naturaleza

La carencia de contenido subjetivo de las acciones populares implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte. Ha afirmado la Corte "...su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales". Dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter restitutorio. Estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.

ACCION DE GRUPO-Naturaleza

En cuanto se refiere a las acciones de clase o de grupo, hay que señalar que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre - a diferencia de las acciones populares - la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante la juez. En este caso, lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unen para promover la acción. Sin

embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deben ser atendidas de manera pronta y efectiva.

OMISION LEGISLATIVA

La omisión legislativa se configura, cuando el legislador no cumple en forma completa un deber de acción expresamente señalado por el constituyente, o lo hace en forma imperfecta. Este ocurre cuando se configura, “una obligación de hacer”, que el constituyente consagró a cargo del legislador, “el cual sin que medie motivo razonable, se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa, en una violación a la Carta”.

ACCION POPULAR-Caducidad

La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno. No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a “volver las cosas a su estado anterior”, en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos. Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible.

ACCION DE GRUPO-Caducidad

En el caso de la caducidad para la instauración de la acción de grupo, se está frente a circunstancias diferentes a las que se protegen mediante la acción popular; toda vez que es evidente que se refiere a derechos de distinta entidad, pues se trata de derechos subjetivos que si bien pertenecen a un conjunto de personas, aquellos pueden ser también objeto de accio-

nes individuales para el resarcimiento que corresponda a cada una de ellas. La garantía constitucional se reduce entonces, a la alternativa de acudir a un mecanismo ágil de defensa en un lapso prudencial, sin que con ello se elimine la posibilidad para los miembros de ese grupo, de ejercer posteriormente y dentro de los términos ordinarios de caducidad, las acciones individuales que correspondan. Por consiguiente, la fijación de un término de caducidad para ejercer la acción de grupo encuentra pleno sustento en la defensa de la seguridad jurídica, el interés general y la eficacia de la administración justicia y en el deber consagrado en el artículo 95-7 de la Constitución de colaborar con el buen funcionamiento de la misma.

ACCION POPULAR-Titularidad

Estima la Corte en relación con el artículo 12 acusado, que la finalidad de este precepto es no sólo la de permitir a la persona afectada en un derecho colectivo ejercer las acciones populares para obtener la protección de su derecho, sino además, extender esa facultad a aquellos funcionarios públicos que, como el Procurador, el Defensor del Pueblo y los Personeros tienen a su cargo la defensa de los derechos e intereses públicos.

ACCION POPULAR-Ejercicio

La Sala debe precisar en relación con esta disposición, que la posibilidad que se concede para que una persona diferente al afectado, actúe en su nombre en el ejercicio de una acción popular, debe entenderse referida a la actuación de un apoderado judicial y no a la actuación de un agente oficioso. No puede ser otro el sentido de la norma, cuando en el inciso segundo, al disponer la notificación al Defensor del Pueblo, establece que ésta procederá “cuando se interponga una acción popular sin la intermediación de un apoderado judicial”; es decir, la ley prevé dos situaciones: i) La instauración de una acción popular directamente por la persona afectada por la violación de derechos o intereses colectivos; ii) La presentación de dicha acción por medio de apoderado judicial que lo represente, en virtud del poder que le sea conferido por el interesado.

ACCION DE GRUPO-Titularidad

Se establece la titularidad de la acción de grupo en cabeza de las personas naturales y jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual, y

agrega que el Defensor del Pueblo y los Personeros podrán, igualmente, interponer dichas acciones en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión; de otra, dispone que en el caso de que la demanda no haya sido promovida por el Defensor del Pueblo, se le notificará el auto admisorio de la demanda con el fin que intervenga en aquellos procesos en que lo estime conveniente.

PACTO DE CUMPLIMIENTO-Objetivo

El objetivo que persigue el pacto de cumplimiento es, previa la convocatoria del juez, que las partes puedan llegar a un acuerdo de voluntades para obtener el oportuno restablecimiento y reparación de los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses colectivos, dando con ello una terminación anticipada al proceso y solución de un conflicto y por ende, un menor desgaste para el aparato judicial. Además, cabe observar, que el acuerdo no sólo debe ser avalado por el juez, en el caso de encontrar que el proyecto de acuerdo no contiene vicios de ilegalidad, sino que ha de contar con la intervención del Ministerio Público, cuyo papel es el de proteger los derechos colectivos en juego, dada su función de “defensor de los intereses colectivos”. Ese acuerdo contribuye a obtener la pronta reparación de los perjuicios ocasionados por la vía de la concertación, reduciendo los términos del proceso y en consecuencia, de la decisión que debe adoptar el juez

CONCILIACION-Pone fin a controversias colectivas

La posibilidad de conciliación prevista en el artículo 27 acusado, como un mecanismo para poner fin a una controversia judicial en torno a la amenaza o violación de derechos e intereses colectivos, no contradice el ordenamiento constitucional, razón por la cual, el fallo que aprueba el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada.

CARGA DE LA PRUEBA-Alcance

El demandante funda la inconstitucionalidad de la carga la prueba, en conexión con los casos de responsabilidad objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos, eventos no regulados por la ley en mención. Si por razones económicas o técnicas el demandante no puede acreditar las pruebas, el juez deba impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia probatoria, para lo cual puede solicitar a la entidad pública cuyo

objeto esté referido al tema materia de debate, dichos experticios probatorios y así obtener los elementos indispensables para adoptar un fallo de mérito. Además, el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 superior es aplicable a todos los poderes públicos y a las personas en general, razón por la cual trasladar la carga de la prueba al demandado como lo pretende el actor, equivaldría a presumir desde un comienzo, con la sola presentación de la demanda, su responsabilidad.

ACCION POPULAR-Término para proferir sentencia

En cuanto se refiere al término de veinte (20) días previsto en la norma acusada para que se profiera sentencia en materia de acciones populares, no encuentra la Corte que se vulnere como lo afirma el demandante, el derecho a una pronta y adecuada justicia, por cuanto la libertad configurativa de que goza el legislador en este caso, conferida por el artículo 88 de la Constitución, lo faculta para establecer los plazos y términos a que deben someterse las partes y el juez en sus actuaciones dentro del proceso. Considera la Corte, que se trata de un plazo razonable que no vulnera ninguno de los derechos invocados por el actor, cuyo incumplimiento genera de todas maneras las sanciones previstas en la ley de conformidad con el artículo 228 del ordenamiento constitucional.

ACCION POPULAR-Carácter restitutorio

El carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario.

CONDENA IN GENERE-Alcance

En cuanto hace relación a la condena “in genere” prevista por la misma disposición, que a juicio del actor desconoce también el debido

proceso, al requerir de un trámite incidental adicional se reitera lo señalado por esta Corporación, con ocasión del examen del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. Es evidente que la brevedad de los términos establecidos por el legislador para dar trámite a las acciones populares, no permite la determinación concreta de los perjuicios causados por la violación de un derecho colectivo, por lo que resulta razonable remitir al trámite incidental, la fijación del monto de tal indemnización.

VIGENCIA DE OTRAS ACCIONES POPULARES

Otras acciones populares existentes en nuestro ordenamiento, como las reguladas por el Código Civil, la ley de reforma urbana y el estatuto financiero, no desaparecen en la medida en que su trámite y procedimiento se debe sujetar a las normas generales previstas en esta ley y por tanto, no se oponen al ordenamiento constitucional, sino que por el contrario, se multiplican para formar un amplio conjunto de instrumentos de protección de los derechos de las personas y en particular, de la comunidad. De igual forma, es preciso manifestar que las acciones populares previstas en distintas legislaciones para la protección de los derechos colectivos, en la medida en que no violan el artículo 88 de la Constitución, ni se oponen a la ley 472 de 1998, encuadran dentro del ordenamiento jurídico y se convierten en mecanismos específicos aplicables a situaciones especiales.

ACCION DE GRUPO Y ACCION POPULAR-Diferencias

La doctrina ha definido como las acciones de grupo, cuyo objeto no es otro que obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios por los daños producidos a un derecho o interés colectivo. La diferencia sustancial entre la acción popular y la de grupo es que la primera pretende la protección de los derechos e intereses colectivos, mientras que la segunda persigue la reparación de un perjuicio por un daño común ocasionado a un número plural de personas.

ACCION DE GRUPO Y ACCION POPULAR-Jurisdicción

Resulta fundado y razonable que el legislador haya determinado que las jurisdicciones contencioso administrativa y civil ordinaria sean las competentes para conocer y tramitar tanto las acciones populares como las de grupo. En tal virtud, cuando la norma acusada señala cuales procesos son

de competencia de una u otra jurisdicción, lo hace teniendo en cuenta la naturaleza de la función desarrollada por la persona o funcionario que produjo u ocasionó el daño al interés o derecho colectivo. Además, la distribución de competencias que el legislador hace entre las dos jurisdicciones tiene sustento en el factor subjetivo, ya que se violaría el debido proceso si se desconociera la naturaleza jurídica de los autores del perjuicio, pues en algunos casos éstos serán particulares, y en otros, personas públicas y privadas con funciones administrativas, las causantes de los hechos dañosos a los derechos e intereses colectivos.

ACCION DE GRUPO-Oportunidad para intervenir

Se establecen dos modalidades a través de las cuales, las personas afectadas en un derecho o interés colectivo que hubieren sufrido un perjuicio, pueden hacerse parte del proceso iniciado en virtud de una acción de grupo: el primero, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el que se indique el daño sufrido, su origen y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al grupo; el segundo, dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, suministrando la misma información y siempre que su acción no haya prescrito o caducado. Para la Corporación, dicha disposición no vulnera el debido proceso; por el contrario, asegura la efectividad del principio del Estado social de derecho y en particular, uno de los fines esenciales del Estado, como lo es el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, uno de ellos, el que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia. Y es que la finalidad perseguida por la norma demandada es de una parte, permitir a aquellas personas que sufrieron un mismo daño o perjuicio a un derecho o interés de la colectividad, y que por motivo de desinformación, desconocimiento u otro, no conocieron de la existencia del proceso puedan, previo el lleno de unos requisitos fijados en la norma, acogerse a los beneficios de la sentencia. Ello no sólo favorece al particular, sino también a la administración de justicia, pues evita que ésta se desgaste con un nuevo proceso por los mismos hechos y contra la misma persona.

FONDO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

En nada quebranta el ordenamiento constitucional, la disposición que asigna al citado Fondo, el recibo, administración y pago a los beneficia-

rios, de las indemnizaciones individuales decretadas por el juez en virtud de una acción de grupo. La Sala no comparte el criterio del actor, en cuanto considera que el beneficiario de la indemnización se perjudica al tener que acudir a la Defensoría del Pueblo a solicitar su pago. Por el contrario, resulta más efectivo, el que una sola entidad dedicada al apoyo de los ciudadanos en la protección de sus derechos, administre esos dineros para efecto de la cancelación de las mencionadas indemnizaciones a los favorecidos. Con seguridad, esta disposición permitirá agilizar esos pagos, pues la norma prevé un trámite muy sencillo para que cada uno de los miembros del grupo reciba la suma correspondiente, que en nada contraría el debido proceso de los afectados, pues con ello se busca esencialmente, facilitar dichos cobros.

PRESCRIPCION DEL DERECHO AL PAGO DE LA INDEMNIZACION

La pérdida del derecho a reclamar la indemnización reconocida en una sentencia como consecuencia de la violación de derechos e intereses colectivos, por el hecho de no haberla reclamado el beneficiario dentro del plazo de un (1) año posterior al fallo, configura a juicio de la Corte, una manifiesta violación de la protección constitucional de la propiedad y de los derechos adquiridos. En este caso, en virtud del fallo, el afectado se ha convertido en titular de un derecho de dominio sobre una indemnización que ingresa a su patrimonio, como una justa compensación y reparación del daño derivado de la vulneración de un derecho colectivo. Por lo tanto, el hecho de que transcurra un año sin reclamar su pago, no legitima desde el punto de vista constitucional, la pérdida de ese derecho. A lo anterior se agrega que, en el caso particular de la indemnización decretada en virtud de una acción popular, aquella no se refiere únicamente al resarcimiento por la violación de derechos individuales, sino que se trata de la reparación de los daños causados por la vulneración a derechos e intereses colectivos, es decir en beneficio de toda una comunidad afectada. Además de que constituye una justa sanción a las entidades o personas responsables de tal vulneración. No obstante, ello no significa que no haya prescripción alguna para reclamar dicha indemnización. Sin duda, subsiste respecto del reclamo del pago de la indemnización decretada por el juez, la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva correspondiente, que no

puede sujetarse a un plazo que resulta irrazonable por su brevedad. Todo ello, sin perjuicio que el legislador establezca en un futuro otro plazo que cumpla con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad acordes con el ordenamiento superior.

TRASLADO DE INDEMNIZACION AL FONDO PARA LA DEFENSA DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

No encuentra la Corte tacha alguna de inconstitucionalidad en relación con la posibilidad de traslado del monto de esa indemnización al Fondo, cuando el beneficiario renuncie a ella, pues en este caso se trata de una cesión voluntaria de derechos que en nada contraría el ordenamiento constitucional. Más aún, esos dineros están destinados a su vez a la financiación de las acciones colectivas de personas que no estén en capacidad de asumir los costos que implica un proceso judicial.

ACCION POPULAR-Financiación

Es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. El precepto acusado no hace cosa distinta que buscar esa efectividad, al subsidiar la presentación de esas acciones a personas de escasos recursos y así facilitar su acceso a la administración de justicia, pues debido a los gastos que puede demandar el ejercicio de las mencionadas acciones, quedarían sin la posibilidad de lograr la protección de sus derechos e intereses colectivos. En consecuencia, nada impide que como lo dispone el literal c) del artículo 71 acusado, dentro de su función de velar por la promoción y el ejercicio de los derechos humanos, pueda la Defensoría del Pueblo, sin contravenir el ordenamiento constitucional, no sólo invocar en nombre de las personas que no están en condiciones de hacerlo directamente o a través de apoderado judicial, tanto las acciones populares como las de grupo, como también determinar el monto de la financiación de las mismas.

DERECHOS COLECTIVOS-Divulgación

La ley en el precepto acusado no hace otra cosa que garantizar la efectividad de los mandatos constitucionales, en particular el de la difusión de los derechos humanos y la instrucción a los habitantes del territo-

rio nacional en el ejercicio de sus derechos colectivos, y de las acciones populares y de grupo. Cabe observar que el período que se fijó en cuanto a la pedagogía de la Ley 472 de 1998, coincide con el plazo establecido para la entrada en vigencia de la misma, por lo que puede inferirse que el término de un año para divulgar y realizar campañas masivas de educación sobre los derechos colectivos y su procedimiento para hacerlos efectivos, atiende una finalidad racional de capacitación, educación y orientación a la ciudadanía acerca de acciones novedosas o desconocidas, de manera que cuando comience a regir, exista un adecuado conocimiento de los mencionados derechos, y de la forma de garantizar su efectividad y velar por su protección. Así entonces, lo que persigue el precepto impugnado es coadyuvar eficazmente la tarea estatal de promover y divulgar los mecanismos constitucionales de que disponen las personas para la protección de sus derechos y la defensa de la integridad del orden jurídico.

VIGENCIA DE LA LEY-Señalamiento por el legislador

Es al legislador a quien compete decidir el momento en el cual la ley ha de empezar a regir, potestad que incluye la de disponer una fecha determinada en que aquélla comenzará a regir, atendiendo a los criterios que estime justifican de manera razonable esa entrada en vigencia. El legislador puede, sin quebrantar los preceptos superiores, determinar que ésta sólo producirá efectos un año después de su promulgación. En este caso, se tuvieron en cuenta circunstancias como la congestión de los despachos judiciales y la difícil situación de las finanzas públicas para poner en funcionamiento los juzgados administrativos que serán los competentes para resolver una gran parte de las acciones de grupo y populares que se instauren. Tratándose de acciones poco conocidas por la ciudadanía, es lógico que el legislador haya previsto un lapso prudencial y adecuado, que permita promocionar y difundir los derechos colectivos, así como las citadas acciones.

2000:

- **Sentencia de 16 de agosto de 2000. C – 1.062. Ponente: Alvaro Tafur. Expediente D- 2.770. Actor: Néstor Raúl Correa Henao.**

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL –Inexistencia/**COSA JUZGADA RELATIVA**- Decisión sobre cargos no objeto de pronunciamiento

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Mecanismos judiciales que lo hacen efectivo

ACCION POPULAR-Finalidad

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Objeto

Se reitera que las acciones de clase o grupo constituyen un mecanismo de defensa judicial frecuentemente utilizado por una categoría o clase de personas determinadas, que pretenden lograr una indemnización resarcitoria económicamente, del perjuicio ocasionado por un daño infringido en sus derechos e intereses.

ACCION DE GRUPO-Características

ACCION DE GRUPO-Finalidad/**ACCION DE GRUPO**-Naturaleza

Las acciones de grupo están orientadas a resarcir un perjuicio proveniente del daño ya consumado o que se está produciendo, respecto de un número plural de personas. El propósito es el de obtener la reparación por un daño subjetivo, individualmente considerado, causado por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares. Se insiste en este punto sobre la naturaleza indemnizatoria que evidencian las mismas, la cual configura una de sus características esenciales, así como en el contenido subjetivo o individual de carácter económico que las sustenta.

DERECHOS COLECTIVOS-Concepto

DERECHOS COLECTIVOS-Definición del Constituyente no es taxativa

El Constituyente se detuvo para categorizar como derechos colectivos al patrimonio público, al espacio público, a la seguridad y salubridad públicas, a la moral administrativa, al ambiente y a la libre competencia económica; sin embargo, como se ha dicho en varias oportunidades por esta Corte, tal definición no es taxativa, pues a la vez se le defirió al legislador la posibilidad de señalar otros derechos e intereses

colectivos cuya protección sea materia de las acciones populares, en el evento de que participen de similar naturaleza y siempre que no contraríen la finalidad pública o colectiva para la cual fueron concebidos.

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Requisitos para su ejercicio

Debe tenerse en cuenta que la acción de clase o de grupo se configura a partir de la preexistencia de un daño que se busca reparar pecuniariamente y en forma individualizada, por todos aquellos que se han visto afectados. Por lo tanto, su ejercicio está sometido a unos requisitos sustanciales específicos, en cuanto a la legitimación activa y pasiva de la acción, la determinación de la responsabilidad que se pretende determinar y el objeto que pretende proteger. Frente a lo primero, debe probarse un interés jurídico determinado por quien la instaure. En cuanto a la legitimación por pasiva, la acción puede dirigirse en contra de personas naturales y jurídicas, de naturaleza privada o pública, por el daño que ocasionen a ese número plural de personas. En lo relativo a la determinación de la responsabilidad en la causación del daño, para el ejercicio de esta acción es requisito indispensable que existan condiciones uniformes en el número plural de personas. Esto significa que las personas que se han visto afectadas en un interés jurídico deben compartir la misma situación respecto de la causa que originó los perjuicios individuales y frente a los demás elementos atribuibles a la responsabilidad; es decir, que el hecho generador del daño sea idéntico, que ese hecho haya sido cometido por el mismo agente, o sea referido a un mismo responsable, y que exista una relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el perjuicio por el cual el grupo puede dirigir la acción tendiente a la reparación de los perjuicios sufridos.

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Independencia frente a otras acciones

Es, igualmente, característica fundamental de las acciones de clase o de grupo su procedencia independiente de la existencia de otra acción, es decir que presenta un carácter principal y su ejercicio no impide instaurar las correspondientes acciones particulares. Lo que sucede es que por economía procesal y en aras de la eficacia de la

administración de justicia, la identidad en la pretensión y los hechos, así como la unidad en la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, las peticiones del número plural de personas o del grupo pueden estudiarse y resolverse bajo una misma unidad procesal.

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Debe garantizarse el derecho de defensa

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Regulación es de reserva legal legislativa

ACCION POPULAR Y ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Finalidades distintas

El Constituyente fue consciente de que debían existir acciones preventivas y reparatorias del uso y goce de los derechos colectivos, cuando no presenten un contenido subjetivo o individual ni económico y en forma preexistente al respectivo daño que en esos derechos se pudiere infligir, a las cuales identificó como acciones populares. Así mismo, determinó que también existirían acciones que permitieran perseguir la reparación subjetiva de los daños producidos en los derechos e intereses de un número plural de personas, generados en virtud del daño causado por la acción u omisión de la autoridad pública o de un particular, las que se han denominado acciones de clase o de grupo, ejercitables sin perjuicio de las demás acciones ordinarias y especializadas.

ACCION DE CLASE O DE GRUPO-Derechos amparables

El hecho de que las acciones de clase o de grupo se encuentren reguladas dentro de una norma constitucional que hace referencia en su mayor parte a la garantía procesal de los derechos e intereses colectivos, como ocurre en el artículo 88 de la Carta, no significa que aquellas sólo puedan intentarse para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización adeudada por los perjuicios causados en derechos e intereses colectivos, pues dichas acciones también podrán formularse con respecto de toda clase de derechos constitucionales fundamentales y subjetivos de origen constitucional o legal cuando han sido lesionados a un número plural de personas, con identidad de causa y responsable, con el fin de reclamar la respectiva reparación de perjuicios ante el juez, en forma pronta y efectiva.

PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO/INTERPRETACION CONSTITUCIONAL/SENTENCIA INTERPRETATIVA-Sentidos posibles de disposición

En este caso resultan plenamente aplicables los principios hermenéuticos de la conservación del derecho y de la interpretación de la ley conforme con la Constitución, ampliamente desarrollados por esta Corte, según los cuales, a partir del juicio de constitucionalidad de una disposición jurídica no es viable declarar su inexecutable y, en consecuencia, generar el correspondiente retiro del ordenamiento jurídico, cuando la misma admite por lo menos una interpretación ajustada a la Constitución, caso en el cual la Corte deberá emitir una sentencia interpretativa condicionando la ejecución de esa norma a la interpretación que desarrolla el texto constitucional. Con esto “se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera tal que se conserve, al máximo, la voluntad del legislador.”.

NOTA: *Exequibilidad condicionada del artículo 55 de la Ley 472 de 1998 para concluir que no sólo los daños individuales que tengan su origen en un daño colectivo, pueden reclamarse mediante la acción de grupo. Para decidir de esa manera se refirió a otros antecedentes de la misma Corte⁽⁸⁾.*

⁸ En la sentencia SU 067 de 1993 insistió: “Las acciones de clase o grupo no hacen referencia exclusiva a los derechos fundamentales, ni sólo a los derechos colectivos, también comprenden los derechos subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos dilatorios”.

En la sentencia T- 244 de 1998 se confirmó, una vez más, lo establecido previamente sobre este tópico en la sentencia t-067 DE 1993. **Y por último en la sentencia 215 – 99**, citadas en varias oportunidades en esta providencia, se retomaron los criterios planteados en las providencias referidas, expresándose que: “En cuando se refiere a las acciones de clase o de grupo, hay que señalar que éstas no hacen relación exclusivamente a derechos constitucionales fundamentales, ni únicamente a derechos colectivos, toda vez que comprenden también derechos subjetivos de origen constitucional o legal, los cuales suponen siempre –a diferencia de las acciones populares– la existencia y demostración de una lesión o perjuicio cuya reparación se reclama ante el juez”. (citadas en la sentencia de 16 de agosto de 2000. Corte Constitucional. Ponente: Dr. Tafur).

Anexo II. Lista de participantes del Consejo de Estado

OCTAVO ENCUENTRO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

MIEMBROS DE LA SALA DE GOBIERNO

Doctores

MANUEL URUETA AYOLA	Presidente
JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS	Vicepresidente
OLGA INES NAVARRETE BARRERO	Presidente Sección 1ª
ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO	Presidente Sección 2ª
ALIER EDUARDO HERNANDEZ	Presidente Sección 3ª
JUANA. PALACIO HINCAPIE	Presidente Sección 4ª
MARIO ALARIO MENDEZ	Presidente Sección 5ª
AUGUSTO TREJOS JARAMILLO	Presidente Sala Consulta

1. MAGISTRADOS DEL CONSEJO DE ESTADO

Doctores

1. MARIO RAFAEL ALARIO MENDEZ
2. ALBERTO ARANGO MANTILLA
3. CAMILO LUIS ARCINIEGAS ANDRADE
4. GERMAN AYALA MANTILLA
5. TARSICIO CACERES TORO
6. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS
7. REINALDO CHAVARRO BURITICA

8. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ
9. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ
10. RICARDO HOYOS DUQUE
11. CESAR HOYOS SALAZAR
12. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE
13. LIGIA LOPEZ DIAZ
14. ROBERTO MEDINA LOPEZ
15. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTERLO
16. OLGA INES NAVARRETE BARRERO
17. ANA MARGARITA OLAYA FORERO
18. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO
19. MARIA INES ORTIZ ABARBOSA.
20. RICARDO HERNANDO MONROY CHURCH
21. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA
22. JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE
23. DARIO QUIÑONES PINILLA
24. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE
25. GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR
26. AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
27. MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

2. ABOGADOS AUXILIARES Y ABOGADOS ASISTENTES DEL CONSEJO DE ESTADO 2001.

AIDA PATRICIA HERNANDEZ SILVA
ALCIBIADES ALVARADO BERNAL
ALFONSO MARIA VARGAS RINCON
ANAIS VERA COTE
BEATRIZ ARIZA DE ZAPATA
BEATRIZ GARZON DE QUIROZ
BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

CARLOS ALBERTO FLOREZ ROJAS
CARMEN AZUERO ZUÑIGA
CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
DENISE DUVIAU DE PUERTA
EDGAR IGNACIO CADENA CORREDOR
ELIZABETH WHITTINGHAM GARCIA
FREDY HERNANDO IBARRA MARTINEZ
GLORIA DUQUE HERNANDEZ
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
JORGE MURGUEITIO CABRERA
JOSE LUIS ORTIZ DEL VALLE
LIGIA E. PALOMINO VERA
LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ
LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO
LUIS FERNANDO TAFUR GALVIS
LUIS MANUEL LASSO LOZANO
LUZ ELENA SALDARRIAGA BLANCO
MAITE DEL PILAR RESTREPO SABOGAL
MARIA ADRIANA MARIN
MARIA CECILIA MCAUSLAND SANCHEZ
MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA
MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ
MARIA TERESA SALAMANCA ACOSTA
MARTHA CASTRO CARDOZO
MARTHA ELENA ACOSTA ORJUELA
MARTHA LEONOR PEREZ TORRES
MARTHA SOFIA SANZ TOBON
MERCEDES RODERO TRUJILLO
MILTON FERNANDO CHAVEZ GARCIA
NORA CECILIA GOMEZ MOLINA

NHORA EMILIA CARBONEL ROJAS

OLGA CECILIA GOMEZ PEÑA

PATRICIA ESPERANZA CARRILLO GUTIERREZ

RAFAEL FRANCISCO SUAREZ

RAFAEL FRANCISCO URIBE ESCOBAR

ROBERTO MOLINA PALACIOS

ROBERTO SALGADO ZAMUDIO

VICTOR MANUEL RUIZ FLOREZ

3. MAGISTRADOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS 2001

Doctores

1. ANTIOQUIA

EDDA DEL PILAR ESTRADA DE ALVAREZ

JUAN GUILLERMO ARBELAEZ ARBELAEZ

JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

MERCEDES JUDITH ZULUAGA LONDOÑO

RAFAEL DARIO RESTREPO QUIJANO

MARIA PATRICIA ARIZA VELASCO

BEATRIZ ELENA JARAMILLO MUÑOZ

JAIRO JIMENEZ ARISTIZABAL

2. ARAUCA

FERNANDO JOSE MARIA MEJIA MEJIA

BELISARIO BELTRAN BASTIDAS

WILSON ARCILA ARANGO

3. ATLANTICO

ENRIQUE ANTONIO LLINAS SALAZAR

HERNANDO DUARTE CHINCHILLA

LUIS EDUARDO CERRA JIMENEZ
CRISTOBAL RAFAEL CHRISTIANSEN M.
LUIS CARLOS MARTELO MALDONADO

4. BOLIVAR

ELVIRA PACHECO DE SIERRA
OLGA SALVADOR DE VERGEL
JAVIER ORTIZ DEL VALLE
NORAH LOURDES JIMENEZ MENDEZ

5. BOYACA

FERDINANDO CASADIEGOS CACERES
JUAN DONALDO GAMEZ CUBIDES
GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN
RAFAEL A. MEJIA QUINTERO

6. CALDAS

CARLOS ALBERTO ARANGO MEJIA
AUGUSTO MORALES VALENCIA
MARIA RUBBY MONTOYA DE URIBE
ASTRID ARBOLEDA FERNANDEZ

7. CAQUETA

JORGE AUGUSTO CORREDOR RODRIGUEZ
BAUDILIO MURCIA GUZMAN
JORGE ALIRIO CORTES SOTO

8. CASANARE

JORGE ENRIQUE GARCIA PEDRAZA
LUISA MARIANA SANDOVAL MESA
EDILMA BARRERA BOHORQUEZ

9. CAUCA

HERNAN ANDRADE RINCON

GLORIA ESNEDA HURTADO MUÑOZ

HILDA CALVACHE ROJAS

ISABEL CUELLAR BENSABIDEZ

10. CESAR

OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ

CARLOS ALFONSO GUECHA MEDINA

LILIANA OROZCO DAZA

11. CORDOBA

PABLO LACIDES GARCIA AVILA

VIRGILIO ANDRES MUÑOZ PINEDA

REGULO TORRALVO SUAREZ

12. CUNDINAMARCA

LIGIA OLAYA DE DIAZ

MARTHA INES ALVAREZ DE CASTILLO

BEATRIZ MARTINEZ QUINTERO

HERIBERTO REYES VARGAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ANTONIO JOSE ARCINIEGAS ARCINIEGAS

MARIA DEL CARMEN JARRIN CERON

MARTHA BETANCUR RUIZ

MARGARITA HERNANDEZ DE ALBARRACIN

FILEMON JIMENEZ OCHOA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NEVARDO REYES RODRIGUEZ

CARLOS ALFONSO PINZON BARRERO

ILVAR NELSON AREVALO PERICO

JOSE HERNEY VICTORIA LOZANO

AYDA VICES PABA

CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO

HECTOR ASDRUALDO ALVAREZ MELO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

FABIOLA OROZCO DUQUE

JUAN CARLOS GARZON MARTINEZ

LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERON

RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

ALVARO ENRIQUE VERA JAIMES

NELSON ZULUAGA RAMIREZ

MANUEL EDGAR BERNAL AREVALO

FABIO ORLANDO CASTIBLANCO CALIXTO

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MARIA TERESA ARIZA URICOECHEA

OCTAVIO GALINDO CARRILLO

13. CHOCO

MIRTA ABADIA SERNA

NORMA MORENO MOSQUERA

RAMIRO RAMIREZ ONOFRE

14. GUAJIRA

ALVARO ENRIQUE RODRIGUEZ BOLAÑOS

FERNANDO GONZALEZ CARRIZOSA

JOSE MARIA ARMENTA FUENTES

15. HUILA

JOSE MARCELINO TRIANA PERDOMO

RITA ESPERANZA BARRIOS DE TERNERA

ENRIQUE DUSSAN CABRERA

RAMIRO APONTE PINO

16. MAGDALENA

ADONAY FERRARI PADILLA

JOSE MARIA DIAZ-GRANADOS DIAZ-GRANADOS

MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO

17. META

TERESA DE JESUS HERRERA ANDRADE

ALFREDO VARGAS MORALES

ALVARO ANTONIO IREGUI MURCIA

EDUARDO SALINAS ESCOBAR

18. NARIÑO

JORGE EFRAIN ORDOÑEZ ORDOÑEZ

MILTON GONZALO MUÑOZ MUÑOZ

CLAUDIO PAZCUAZA BENAVIDES

HERNANDO BURBANO TAJUMBINA

19. NORTE DE SANTANDER

MARIA JOSEFINA IBARRA RODRIGUEZ

JORGE ELIECER RIVERA PRADA

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

IZIAR ELISA SARMIENTO TORRES

20. QUINDIO

RIGOBERTO REYES GOMEZ

HUMBERTO QUINTERO HERRERA

MARIA LUISA ECHEVERRY GOMEZ

21. RISARALDA

CARLOS ARTURO JARAMILLO RAMIREZ

LEONEL DE JESUS ZAPATA PARRA

MARINA LEON DE LA PAVA

22. SAN ANDRES, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

JOSE LEONAR VIVEROS LARA

FRANCISCO ANTONIO IREGUI IREGUI

MARIA MARCELA CADAVID BRINGE

23. SANTANDER

RAFAEL GUTIERREZ SOLANO

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

FRANCY DEL PILAR PINILLA PEÑALOZA

GLORIA ELISA DIAZ DE GOMEZ

24. SUCRE

JUDITH INMACULADA ROMERO IBARRA

RAMIRO DE JESUS VERGARA GARCIA

ARMANDO SUMOSA NARVAEZ

25. TOLIMA

ALVARO GONZALEZ MURCIA

JORGE ALFONSO GUTIERREZ MUÑOZ

JOSE MANUEL SANTANA MURILLO

FLORES MIRO HERNANDEZ LERZUNDY

26. VALLE DEL CAUCA

BERTHA LUCIA GONZALEZ ZUÑIGA

BERTHA LUCIA LUNA DE SANTA

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ALVARO LEON GOMEZ VALDERRAMA

ADOLFO LEON OLIVEROS TASCON

LUZ HELENA SIERRA VALENCIA

FERNANDO GUZMAN GARCIA

GLORIA SANCHEZ GUTIERREZ