

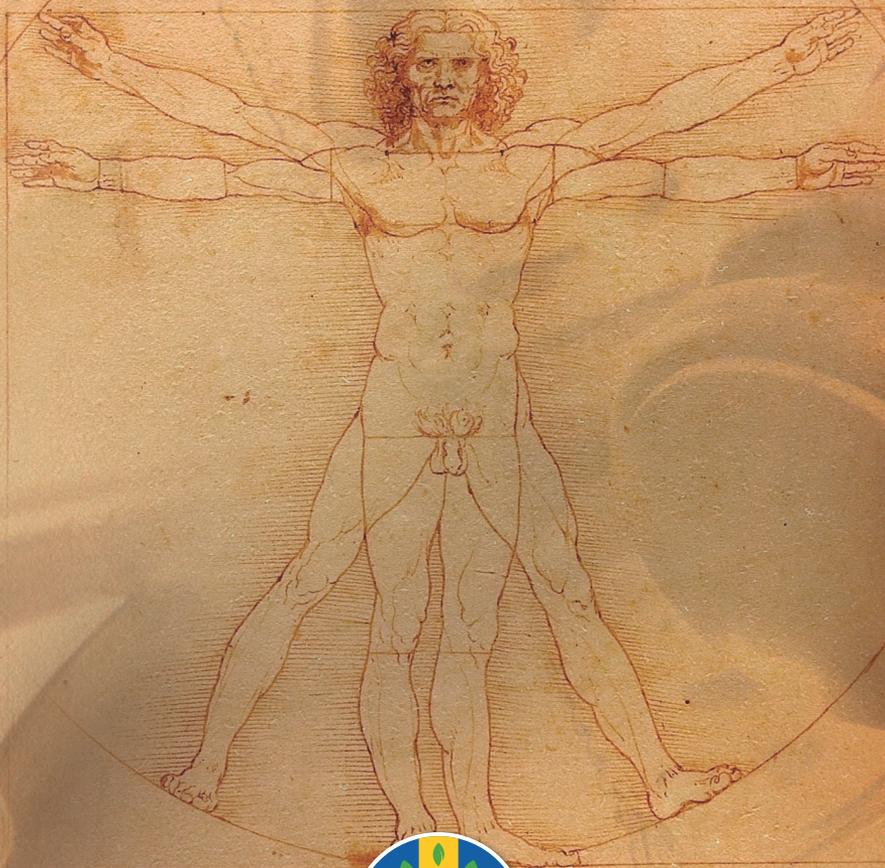
Derecho Procesal Constitucional

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD, ACCIÓN DE TUTELA
Y ACCIONES POPULARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

- Nociones Básicas -

ISBN: XXXX-XXXX

Edgar Andrés Quiroga Natale



Juan D. Castellanos
Fundación Universitaria

Quiroga Natale, Edgar Andrés
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Excepción de
inconstitucionalidad, acción de tutela y acciones populares en el
ordenamiento jurídico Colombiano / Quiroga Natale Edgar Andrés.
Tunja: Fundación Universitaria Juan de Castellanos, 2015.
213 p.; 25 x 21 cm.

ISBN

1. ORDENAMIENTO – LEGISLACION – COLOMBIA 2.
ORDENAMIENTO JURIDICO – COLOMBIA 3. TUTELA
– ORDENAMIENTO JURIDICO – COLOMBIA 4.
ACCION DE TUTELA – ORDENAMIENTO JURIDICO -
COLOMBIA

342.861

Q8

Colección: Textos Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales
Área: Derecho Procesal Constitucional- Colombia
Primera Edición: Tunja, Marzo 2015

ISBN XXXXXXXXX

© Quiroga Natale Edgar Andrés
e-mail: edgarandresq80@gmail.com

Carrera 11 Núm. 11-70 Tunja – Boyacá
PBX: (098) 742 2944 - 740 0543 - 740 3305
Coordinación Editorial: Facultad de Ciencias de Ciencias Jurídicas y
Políticas Internacionales – Fundación Universitaria Juan de Castellanos
Diseño de carátula y diagramación: Mario Andrés Jiménez Molina, JDC
Corrección de estilo: Oscar Oswaldo Ochoa. JDC.
Impresión: Búhos Editores Ltda.
Diagonal 57 Núm. 7-34 Tunja

Impreso y hecho en Colombia

**DIRECTIVOS
FUNDACIÓN UNIVERSITARIA
JUAN DE CASTELLANOS**

Luis Enrique Pérez Ojeda, Pbro.
Rector

P. Oswaldo Martínez Mendoza, Ph.D.
Vicerrector Académico

María del Carmen Rodríguez Mesa
Vicerrectora Administrativa

Fernando Cervantes Díaz
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Internacionales

Revisión de Estilo
Oscar Oswaldo Ochoa
Fundación Universitaria Juan de Castellanos

Diseño de Portada y Diagramación
Mario Andrés Jiménez Molina
Fundación Universitaria Juan de Castellanos

TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	15
I. EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	23
1. Antecedentes.	25
2. Aproximación conceptual y naturaleza jurídico – política.	29
3. Características.	35
3.1. Competencia in genere de aplicación.	35
3.2. Se aplica a solicitud de parte o de forma oficiosa.	38
3.3. Obedece a la existencia de unas condiciones objetivas de aplicación.	39
3.4. Tiene efectos inter - partes (regla general)	42
3.5. Se constituye en una institución distinta de la excepción de ilegalidad.	46
4. Límites y deberes de aplicación.	48
4.1. Límites.	48
4.2. Deberes de aplicación.	50
5. Conclusiones del acápite.	53

II.	ACCIÓN DE TUTELA	57
1.	Dimensión Sustancial	59
1.1.	Definición.	59
1.2.	Objeto.	61
1.3.	Protección integral.....	71
1.4.	Herramienta de soporte de un mandato de acción o abstención.....	73
2.	Dimensión Procesal	76
2.1.	Titularidad de la acción y legitimación por activa.....	76
2.2.	Legitimación por pasiva.	81
2.3.	Competencia y reglas de reparto.	85
2.4.	Caducidad e inmediatez.....	92
2.5.	Subsidiariedad.	94
2.6.	Informalidad.	98
2.7.	Procedimiento Especial.	99
2.8.	Cumplimiento inmediato e Impugnabilidad del fallo.....	102
2.9	Cumplimiento del fallo e incidente de desacato.....	105
3.	Conclusiones del acápite.	109
III.	ACCIONES POPULARES	115
1.	Aproximación Contextual.....	117
2.	Aspectos Sustanciales.....	122
2.1.	Naturaleza Jurídica.	122

2.2.	Características.....	123
2.2.1.	Son acciones principales y directas.	123
2.2.2.	Protegen derechos o intereses colectivos.....	125
2.2.3.	Tienen alcance preventivo o restitutivo.	129
3.	Régimen Procesal.	131
3.1.	Legitimación por activa.	131
3.2.	Legitimación por pasiva.	135
3.3.	Jurisdicción y competencia.....	137
3.4.	Caducidad.	140
3.5.	Trámite preferencial.....	141
3.6.	Requisitos de la petición o demanda.	143
3.7.	Admisión, notificación y traslado.....	144
3.8.	Medidas cautelares.	145
3.9.	Pacto de Cumplimiento.	150
3.10.	Período probatorio.	153
3.11.	Alegatos de Conclusión y Sentencia.	155
4.	Conclusiones del acápite.	158
IV.	SUPLEMENTO	159
1.	Acto Legislativo 03 de 1910 (Título XV).	161
2.	Decreto – Ley 2591 de 1991.....	163
3.	Ley 472 de 1998 (Título II).	179

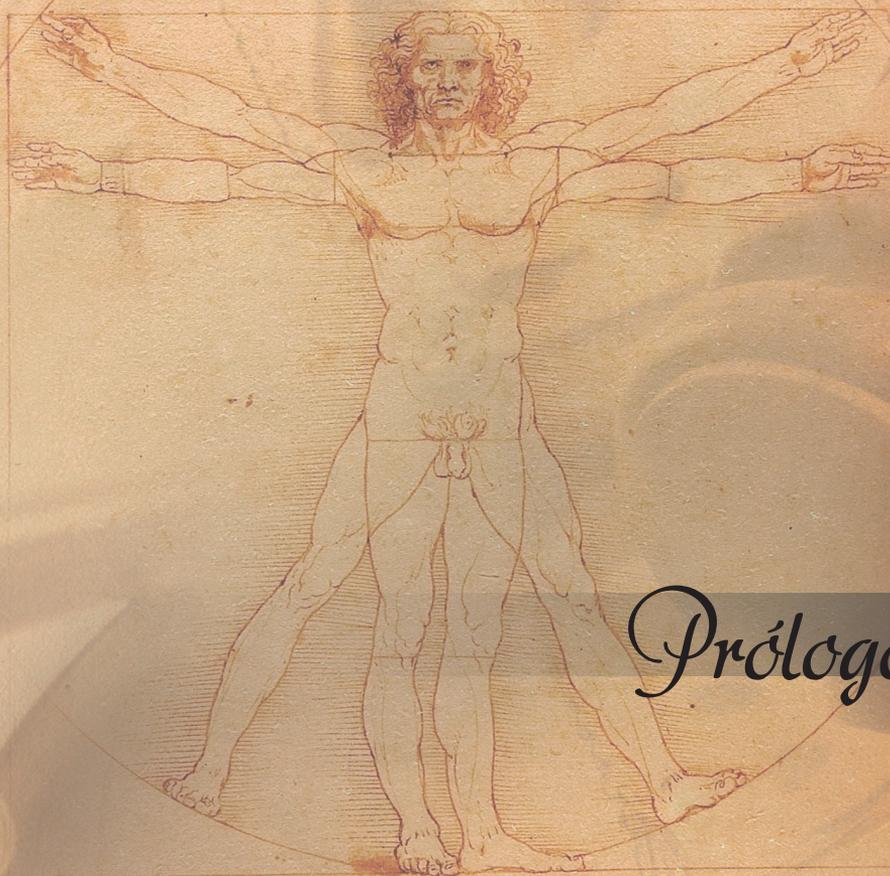
V.	FUENTES DE CONSULTA.	197
I.	Bibliográficas.....	199
II.	Doctrinales No Bibliograficas	203
III.	Jurisprudenciales.	204
IV.	Normativas.....	208

*A la memoria de Edgar Alberto Quiroga Castro... Mi padre.
Por su amor y consejos,
por su perseverancia y espíritu en llamas,
por su firmeza en el timonel a pesar de las tempestades,
por su compañía y amistad,
por transmitirme entre tantas cosas que:
“el segundo es el primero de los perdedores”.*

*Padre tu partida fue solo física pues tu espíritu y enseñanzas
siguen guiando nuestros pasos.*



Derecho Procesal Constitucional



Prólogo

La Fundación Universitaria Juan de Castellanos, coherente con su misión de calidad en la transmisión pedagógica y la generación del conocimiento y comprometida con la construcción de una nación más humana y justa, presenta a la comunidad epistémica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales, el Manual Universitario denominado *Derecho Procesal Constitucional: Excepción de Inconstitucionalidad, Acción de Tutela y Acciones Populares en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*. Este documento tiene como objetivo el análisis general y descriptivo de los mecanismos e instrumentos del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano.

El argumento presentado por el autor responde al rigor científico que caracteriza las publicaciones académicas de nuestra Institución. En el presente Manual, el lector encontrará en el primer apartado, la temática denominada *Excepción de Inconstitucionalidad* reconocida en el artículo 40, Acto Legislativo No. 03 de 1910, en respuesta a la Reforma de la Constitución Política de 1886. Igualmente, el devenir histórico desde la emanación, promulgación y ejecución de la actual Constitución Política de Colombia de 1991, de naturaleza jurídica y política. En el contexto histórico se analizan las principales características de la Carta Política que generó una nueva forma de control en el ejercicio del poder público.

El hábitat natural de la reflexión intelectual en la Fundación Universitaria Juan de Castellanos permite el debate formativo y científico en el estudio de los mecanismos e instrumentos del Derecho Procesal Constitucional. Estos mecanismos se convierten en garantes del cumplimiento de la carta magna en la construcción histórica de los Derechos Humanos. Asimismo, cimientan la legitimidad de la democracia y de la doctrina jurídica de la sociedad.

La construcción de ciudadanos integrales basados en los principios del evangelio implica la protección de los derechos a la vida, la salud, el trabajo y la educación. Este último, es el fin y propósito fundamental de nuestra Institución. Con base en lo anterior, el segundo apartado da a conocer la definición, objeto y estructura formativa de la *Acción de Tutela* consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991. El autor democratiza las definiciones y conceptos contemplados en el reconocimiento, consagración y teleología a favor del reconocimiento de los derechos fundamentales. En este

acápites, se evidencia la revisión bibliográfica del nacimiento del mecanismo jurídico y la reflexión acerca de sus distintivos: inmediatez, prevalencia, informalidad, subsidiariedad e integridad de amparo.

Los distintivos de la acción de tutela refuerzan la construcción de un Estado social de derecho; además, fortalecen modelos de convivencia estatal considerados como espacios de reflexión que orientan el camino hacia la paz. Colombia está creando para la época del posconflicto un horizonte más humano por medio de políticas sociales, que trasciendan a las problemáticas de los diferentes contextos y que aporten en la consolidación del tejido social en nuestra ciudad, región y país. Es allí, donde los diferentes mecanismos legítimos asumirán un papel protagónico en la defensa a los derechos vulnerados a los sobrevivientes de hechos históricos que se deben perdonar.

La garantía del perdón y del reconocimiento de los derechos es una de las grandes premisas de la Constitución de 1991. Evidencia de lo anterior está la representación de instrumentos judiciales para la defensa de las colectividades y de los individuos. Con base en lo anterior, el autor señala en su último capítulo las acciones populares resultado de un nuevo constitucionalismo público. Estas acciones obedecen a una forma de expresión de la participación ciudadana dentro del marco de una democracia y resultan ser la principal fuente de protección a los derechos comunes.

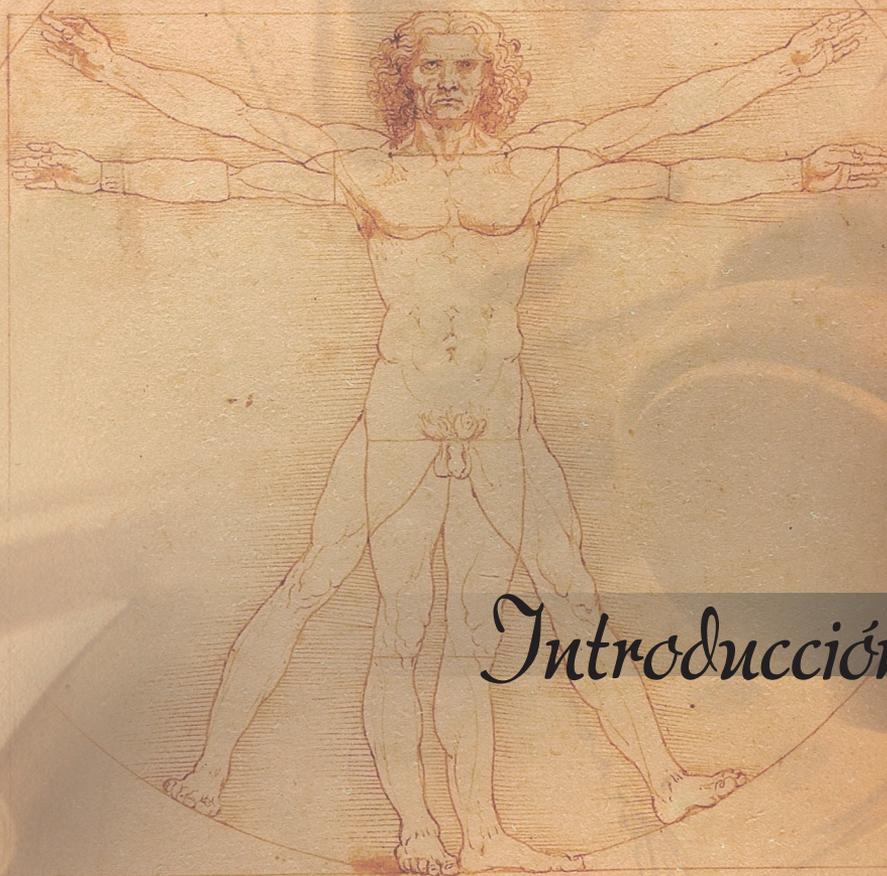
En la reflexión por el conocimiento y protección de los derechos fundamentales surge el presente libro que está dirigido a docentes, estudiantes, investigadores y profesionales y a todo aquel que sienta inquietud por profundizar en los diferentes mecanismos legítimos que ofrece nuestra democracia moderna. Desde la Vicerrectoría Académica y la Editorial de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, celebramos la publicación del presente Manual Universitario. Esperamos que sea gran aporte para el estudio del Derecho y el bienestar cultural de nuestras futuras generaciones.

P. OSWALDO MARTÍNEZ MENDOZA, Ph.D.

Vicerrector Académico

Fundación Universitaria Juan de Castellanos

Derecho Procesal Constitucional



Introducción

*“El entendimiento no puede intuir nada,
y los sentidos no pueden pensar nada.
Solo de su unión puede originarse conocimiento”.*
Emmanuel Kant.

El Estado social de derecho no es un concepto estático, homogéneo y de interpretación unificada; *a contrario sensu*, se constituye en una construcción dinámica y en constante redefinición¹ que parte del establecimiento de unas instituciones formales que permean progresivamente las informales y se integran al tejido social de un colectivo.

Sobre el particular expone el nobel Douglas North:

“(…) Las instituciones son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, los constreñimientos u obligaciones creados por los humanos que le dan forma a la interacción humana. En consecuencia, estas estructuran los alicientes en el intercambio humano, ya sea político, social o económico. El cambio institucional delinea la forma en que la sociedad evoluciona en el tiempo y es, a la vez, la clave para entender el cambio histórico (…)”²

En ese ejercicio continuo y cambiante en la construcción del modelo, se observa una serie de etapas o estadios de diseño y articulación que pueden identificarse bajo las siguientes categorías:

- i) Fase de reconocimiento: mediante la cual se consagran a título normativo las limitaciones al detentador del poder, y, concomitante

1 En ese sentido enseña el profesor Upegui: “(…) el concepto de Estado social de derecho en Colombia ha sido esquivo, sus contornos son poco claros, sus funciones diversas y sus usos discursivos múltiples. En varios intentos de aproximación a su definición abundan los lugares comunes y las referencias anacrónicas; su intensa carga valorativa lo hace difícil de manejar con rigor, sorprende por las trampas ideológicas que puede tender, y su característica de producto transcultural lo hace singularmente diverso. (…)”. UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. “Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 11.

2 NORTH, Douglas. “Institutions, institutional change and economic performance”. Cambridge University Press. Cambridge, 1990. P. 3.

a ello, la estipulación de un “catálogo” de derechos y garantías para los destinatarios del mismo.

- ii) Fase orgánica: se evidencia en la creación de instituciones formales mediante las cuales se ha de materializar el ejercicio del poder político, garantizando su adecuada división y permitiendo una asignación funcional para identificar el ámbito de competencias.
- iii) Fase material: caracterizada por la existencia de mecanismos idóneos y eficientes para la protección real y efectiva de los derechos de los miembros del colectivo.

La consagración del modelo Social de Derecho en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 no es ajena a la articulación de las fases en comento, en la medida que se puede identificar en su *corpus*:

- a) Cláusulas de reconocimiento de derechos y garantías (derechos fundamentales, sociales – económicos, colectivos y del medio ambiente y derechos innominados), así como cláusulas de restricción al ejercicio del detentador del poder (tales como la sujeción al respeto de la constitución y las Leyes, reducción del ámbito de discrecionalidad y el condicionamiento de actuación a los procedimientos previamente establecidos para el ejercicio del poder).
- b) División del poder público y las instituciones por medio de las cuales se ha de materializar con la correspondiente asignación de competencias (se puede identificar unas macro -funciones del poder público (ejecutiva, legislativa, judicial, fiscalizadora y electoral) así como la existencia de unos entes autónomos con régimen constitucional especial (banco de la república, universidades, comisión nacional del servicio civil y corporaciones autónomas regionales), y, afín a esto, la consagración de cláusulas *pro-legislatore* de actuación y responsabilidad de los servidores públicos, con estricta observancia al ámbito funcional.
- c) Consagración de mecanismos de protección para la defensa de los derechos de los destinatarios del poder (excepción de

inconstitucionalidad, derecho de petición, hábeas corpus, habeas data, tutela, acciones populares, acciones de grupo, acción de cumplimiento, acción pública de inconstitucionalidad, acción de nulidad por inconstitucionalidad y acción de pérdida de investidura).

No obstante, el diseño en referencia, la protección de los derechos de las personas en la realidad dista mucho de las consagraciones positivas contempladas en la Carta superior es decir, una cosa es lo reconocido normativamente y otra muy distinta lo materializado en la realidad, generando en muchos casos la inoperancia material de la Constitución con todas las corresponsales consecuencias sociales, políticas, económicas, etc. que esto conlleva.

Tener una Constitución solo de papel, equivale de facto a no tenerla; por lo tanto, el reto actual del constitucionalismo no se debe centrar tanto en los status de reconocimiento³; por el contrario, la preocupación institucional debe girar entorno a cómo garantizar esos derechos ya reconocidos, y es precisamente en este punto, donde los mecanismos de protección y la forma como puede accederse a ellos, cobra un protagonismo e importancia suma.

Uno de factores que coadyuva a la posibilidad de tener una verdadera Constitución material, es el conocimiento, promoción y aplicación de estos mecanismos en comento, lo cual constituye el objeto central de estudio del derecho procesal constitucional.

La referida disciplina se está abriendo paso con visos de autonomía y resulta de una combinación de las instituciones del derecho constitucional con las procesales que hacen posible la existencia y garantía del derecho sustantivo.

No obstante lo anotado, el estatuto teórico propio de la disciplina también se encuentra en constante debate, y son variadas las aproximaciones conceptuales que desde la doctrina calificada se ha hecho de la misma.

³ Ya que esta fase se encuentra ampliamente superada y con tesis tales como los derechos innominados y el bloque de constitucionalidad, en ocasiones ha generado hasta escenarios de “sobre – reconocimiento”.

El profesor Jörg Luther sostiene que el derecho procesal constitucional resulta ser una noción relativamente nueva que escapa de la clásica enciclopedia jurídica:

“IL “diritto processuale costituzionale” non ha ancora una voce nelle enciclopedie giuridiche e non esiste neppure come parola chiave negli archivi giuridici delle banche dati. Si tratta di una nozione relativamente nuova, un neologismo che intende dare nome ad una nuova materia giuridica autonoma”⁴.

Para el profesor Ernesto Rey Cantor, la disciplina se ubica como una rama del derecho procesal. Respecto del particular afirma:

“(…) El Derecho Procesal Constitucional – es una rama del derecho procesal – que comprende un conjunto de “normas”, “principios” y “valores” contenidos en la Constitución Política y en la Ley que regulan los procesos constitucionales, cualesquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia y con efectividad la supremacía de la Constitución y la protección procesal de los derechos humanos. (...)”⁵.

En concepto del profesor Andrés Velandia, el derecho procesal constitucional corresponde hoy a la moderna teoría general del proceso que no solo se limita al estudio de los instrumentos de protección nacional sino que abarca también aquellos de carácter transnacional:

“(…) No obstante, esta disciplina no se limita al ámbito interno, sino que también comprende el estudio de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, tal como sucede con la Comisión o Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)”⁶.

Sin embargo, esta ubicación inicial en el marco del derecho procesal, no puede desconocer el fundamento sustancial respecto del cual parte su objeto

4 LUTHER, Jörg. “Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento”. G. Giappichelli editore – Torino, 1990, p. 1.

5 REY CANTOR, Ernesto. “El derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2010, p. 1 y 2.

6 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. “Contenidos del derecho procesal constitucional”. En: 2010 Anuario de derecho procesal constitucional. Ediciones doctrina y Ley, Bogotá: 2010, pp. 21 y 22.



Derecho Procesal Constitucional



1. La Excepción de Inconstitucionalidad

1. ANTECEDENTES

La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano tiene antecedentes próximos en la Constitución de 1886 (reformada por el acto legislativo 03 de 1910) y nace más como una necesidad política de morigerar los efectos de la excesiva concentración del poder por parte del detentador de la época, que de la misma evolución en nuestra tradición jurídica ya sea a título de desarrollo legislativo o progresismo judicial¹.

El artículo 6 de la Ley 153 de 1887 reflejaba de manera clara el lugar que la Constitución tenía dentro del sistema de fuentes y jerarquía normativa del ordenamiento para el constitucionalismo de ese momento. La Constitución cumplía una función de “legitimación ex – post” de la Ley la cual gozaba de presunción de constitucionalidad solo por el hecho de haber sido expedida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1886. El texto del artículo en comento expresaba:

“Una disposición expresa de Ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante, sino oscura ó deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe.(...)”

Lo anterior genera un sistema de sujeción directa de las disposiciones contenidas en las Leyes, y, concomitante a ello, una prohibición de inaplicación so pretexto de considerar que las mismas puedan atentar contra la Constitución, generando que la inaplicación de una Ley solo sea posible previa derogatoria generada por el propio Congreso.

Resulta importante recordar que la Constitución Colombiana de 1886 fue producto de la propuesta e imposición que el partido Nacionalista (fundado por Rafael Núñez) generó a partir de su propia concepción de lo que debía ser el Estado y sus instituciones, pero de ninguna forma surgió de un consenso pluralista que integrara diversas concepciones políticas; dicha Constitución

¹ Como sí sucedió en otros países como Estados Unidos a través de la célebre sentencia *Marbury Vs. Madison* de 1803.

tuvo su origen en el Consejo Nacional de Delegatarios convocado mediante el Decreto 594 de 1885 y fue integrado de tal forma que las decisiones se correspondieran al reflejo del querer del partido vencedor, es decir, el Nacionalista. Al respecto comenta Carlos Restrepo:

“(...) En el nombramiento –no en la elección– del personal del Consejo, se tuvo el cuidado de balancear mecánicamente el número de representantes de la antigua filiación conservadora y de antigua filiación independiente [...] De ese modo, no hay exactitud al afirmar que en el Cuerpo Constituyente estuvieran representados dos partidos, el independiente y el conservador; lo estaba uno solo, el nuevo, el nacional, y de este solo partido es obra la Constitución de 1886 (...)”²

Es decir, la Constitución de 1886 fue redactada para el mantenimiento de un partido en el poder, partido que tenía la mayoría en el Congreso; por lo tanto, el artículo 6 de la Ley 153 de 1887 asegura que las Leyes aprobadas por esa mayoría partidista no puedan ser desconocidas por quienes deben aplicarlas ni siquiera bajo el argumento de sostener que las mismas podrían atentar contra la Constitución.

Este “diseño institucional” unido a muchas otras consagraciones normativas, permitieron que en los gobiernos de Miguel Antonio Caro y Rafael Núñez se excluyera y oprimiera a la oposición y quienes estaban en contra del régimen político establecido. “...*El cierre de los medios de comunicación, el destierro de líderes políticos, la escasa participación en los cuerpos colegiados de representación y la Ley de los Caballos ejemplifican la exclusión y discriminación que tuvieron que afrontar los integrantes de la minoría...*”³.

La Constitución hasta ese momento no detentaba naturaleza de norma jurídica en sentido estricto, se constituía en una Carta Política mediante la cual se explicitaba de forma general la organización del poder público, se establecían los límites de las autoridades en el ejercicio del poder y se consagraron algunos derechos de los ciudadanos; no obstante, la existencia de dicha consagración, la Constitución al no ser una norma en estricto sentido, no tenía la capacidad

2 RESTREPO, Carlos E. “*Orientación Republicana*”: Tomo I. Banco Popular. Bogotá, 1972, Pág 108.

3 MAYA CHAVES, María José. “Discordia, reforma constitucional y Excepción de inconstitucionalidad”. En: Revista de Estudios Sociales, Universidad de Los Andes, 2012, p. 120.

de generar una sujeción jurídica directa para la protección de los derechos, ya que estos requerían de ser desarrollados por Leyes posteriores para permitir su exigencia de cumplimiento y ser justiciables.

Tan evidente era la falta de sujeción directa de los “derechos constitucionales” que la misma Carta Política ordenó incorporar algunos de ellos al Código Civil con el objeto de garantizar su aplicación preferente; es decir, de forma paradójica, para aumentar la protección de algunos derechos constitucionales, el constituyente de 1886 ordena consagrarlos en la Ley, hecho que supone un proceso de “legalización de los derechos constitucionales”. Sobre el Particular María Maya Chávez comenta:

“(…) los constituyentes de 1886 habían rebajado los derechos constitucionales al rango de Ley: para garantizar los derechos del Título III de la Constitución, el artículo 52 de la misma ordenó incorporarlos al Código Civil como título preliminar, bajo el entendido de que este estatuto tenía aplicación preferencial (Código Civil de la Unión 1873, Art. 10). A pesar de que el Código Civil gozara de una mayor jerarquía con respecto a otras Leyes, el efecto sigue siendo el mismo: esta forma de protección reducía la garantía de los derechos constitucionales al nivel de la Ley (...)”⁴.

En igual sentido Jaime Sanín afirma:

“(…) obviamente esto no añadía nada a su fuerza, pues en virtud de esta disposición no se elevaba el título III a una categoría superior, sino que, por el contrario, se le colocaba en una norma de rango inferior [...] en teoría la Constitución era Ley suprema, pero los jueces podían aplicar solamente la Ley, no la Constitución; así, entonces para dar efectividad práctica a los derechos civiles y garantías sociales consagrados en la Constitución, era el caso incorporar tales disposiciones a la legislación ordinaria con base en las cuales debían producirse los pronunciamientos judiciales (...)”⁵.

El hecho de compartir la condición de exclusión (y en algunos casos de persecución), unido a la sistemática violación de los derechos de los partidos minoritarios o de oposición, impulsó a los liberales y a los conservadores

4 MAYA CHAVES, María José. Op.Cit. p. 127.

5 SANÍN, Jaime. 1971. “La defensa judicial de la Constitución”. Bogotá: Temis, 1971, pág 105.

históricos a formar una alianza estratégica para poder de manera conjunta perseguir la introducción de una reforma constitucional en donde se sintieran integrados los intereses de la Nación y no solo los del partido nacionalista. De esta alianza surge en 1909 la “Unión Republicana” como un partido político que buscaba abolir con las condiciones referidas a través de reformas constitucionales para acabar con el ordenamiento que hizo posible los abusos cometidos por los gobiernos de Caro y Reyes.

Es así como producto de la Unión Republicana se impulsa la reforma constitucional materializada en el acto legislativo 03 de 1910, mediante el cual se introducen reformas estructurales a la forma como se configura y ejerce el poder público a partir de las ramas que lo ejercen (ejecutiva, legislativa y judicial).

Los artículos 40 y 41 del referido acto legislativo consagran por primera vez en la historia jurídica de Colombia, el control de constitucionalidad bajo las siguientes cláusulas normativas:

“Artículo 40.- En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales. 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 esta y las Leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales 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.”

Las citadas disposiciones normativas introducen profundos cambios en el ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que tiene que ver con el sistema de fuentes del derecho, en la medida que sin hacer una mención expresa de la condición normativa de la Constitución, es claro que la ubica por encima de las Leyes en el momento de su aplicación; generando i) un reconocimiento implícito del principio de soberanía constitucional y ii) una habilitación para inaplicar las Leyes cuando estas sean contrarias a la Constitución, consagrando un sistema difuso de control de constitucionalidad.

Aunado a ello, asigna la competencia funcional a la Corte Suprema de Justicia para decidir sobre la exequibilidad de los actos reformativos de la constitución objetados por el gobierno y las demandas promovidas por los ciudadanos en contra de Leyes o Decretos acusados de ser inconstitucionales, configurando un sistema concentrado de control de constitucionalidad.

Las anteriores reformas posibilitan realizar un control de la Ley por fuera del *imperium* del Congreso, lo que permite que la configuración de determinadas mayorías coyunturales en el parlamento no pueda hacer nugatorio los derechos ya reconocidos constitucionalmente ni llegar a desconocerlos por parte de Leyes posteriores, derogando así la presunción “pétrea” de constitucionalidad de las Leyes explicitada en el artículo 6 de la Ley 153 de 1887.

Vemos como el surgimiento de la excepción de inconstitucionalidad no es una figura que se introduce de forma inconsciente o azarosa, *a contrario sensu*, se corresponde con una realidad histórica y una necesidad de controlar el poder del Presidente a través del manejo y control que este tenía sobre las mayorías parlamentarias.

El artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910, resulta entonces el origen normativo de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia imbricando una nueva forma de control en el ejercicio del poder público y un mayor balance entre la ramas y órganos que lo ejercen, lo cual ha de servir de antecedente para su posterior consagración, reconocimiento y desarrollo a partir de la Constitución de 1991.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y NATURALEZA JURÍDICO – POLÍTICA.

Con la expedición de la Carta de 1991, Colombia se convierte en un verdadero Estado Constitucional (por lo menos desde la consagración formal), elevando a canon superior el principio de supremacía constitucional⁶, y a partir de esta máxima sustantiva se articula la doble naturaleza que le acompaña:

⁶ Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

- i) Política. La Constitución se erige como una Carta que funge de marco institucional para el desarrollo del poder público, fijando los límites de los detentadores del poder, los derechos de los destinatarios del mismo y la manera como se articulan las instituciones dentro de la estructura del Estado.
- ii) Jurídica. La Constitución se consagra como una norma jurídica a la cual se le reviste de carácter superior dentro del sistema de fuentes del derecho.

Por lo tanto, el concepto de Constitución tiene varios “usos” o significados entre los cuales afirma el profesor Ricardo Guastini se encuentran los siguientes:

“(…) a) En una primera acepción, “Constitución” denota todo un ordenamiento político de tipo “liberal”; b) en una segunda acepción, “Constitución” denota un cierto conjunto de normas jurídicas: grosso modo, el conjunto de normas –en algún sentido fundamentales- que caracterizan e identifican todo ordenamiento; c) en una tercera acepción, “Constitución” denota –simplemente- un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente); d) en cuarta acepción, en fin, “Constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea, de un peculiar régimen jurídico.(…)”⁷

En igual sentido, y haciendo referencia a la naturaleza jurídica de la Constitución, el profesor Fabio Pulido Ortiz advierte la complejidad de dicho reconocimiento, en la medida que el concepto “norma” no es pacífico debido a su alto grado polisémico, al respecto anota:

“(…) La ambigüedad de la palabra norma. La palabra norma es empleada para definir dos objetos con diferencias muy marcadas: (a) norma como texto legal, es decir enunciados lingüísticos que se encuentran dentro de un documento normativo; por otro lado, (b) el término norma se emplea para referirse al significado del texto legal -de la norma en el primer sentido (R. Guastini, 1999). En la primera acepción, norma -como texto normativo- se refiere exclusivamente a aquellos documentos (y cada una de sus partes) que

⁷ GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. En: “Teoría del Neoconstitucionalismo”. Madrid: Edit. Trotta. 2007, pp. 15, 16.

son considerados como fuentes formales de normas jurídicas (e.g constitución, códigos, Decretos, etc.). Norma, según la segunda de las acepciones, puede ser de carácter conceptual, constitutivo y deóntico. Las normas conceptuales tienen por objeto definir términos legales, las constitutivas determinan quienes tienen poderes normativos y las deónticas establecen como jurídicamente obligatorio, prohibido o facultativo un caso. La relevancia de dicha distinción radica en que los ordenamientos jurídicos están conformados por normas (en el segundo sentido) y no por textos (normas en el primer sentido) (...)”⁸.

Otro ingrediente que suma complejidad a nuestra “arquitectura constitucional”, es su ambigüedad semántica y ambigüedad sintáctica. Respecto del particular sostiene el profesor Humberto Sierra Porto:

“(...) Existe la denominada “ambigüedad semántica”, que se verifica cuando una palabra tiene más de un significado cuando es empleada en un texto legal con distintos alcances semánticos. A título de ejemplo de dicha ambigüedad, es posible citar la expresión “contribuciones” contenida en el artículo 338 de la Constitución: en sentido genérico, dicho vocablo denota “tributo”, en sentido específico, significa “contribuciones parafiscales” (...) Otra peculiaridad de la interpretación constitucional en Colombia es la denominada “ambigüedad sintáctica”, la cual se advierte siempre que un determinado precepto o enunciado pueda expresar más de una proposición dado que las conexiones entre las palabras que lo componen pueden interpretarse de distintos modos. Ejemplo de este tipo de ambigüedad es la derivada del artículo 42 de la Constitución, el cual establece las formas en que se constituye la familia en Colombia...”⁹.

Dentro de este marco general de comprensión de lo que entendemos por Constitución a partir de 1991, y, teniendo en cuenta que la excepción de inconstitucionalidad (como ya fue anotado en el acápite de antecedentes), no cuenta con una reglamentación o desarrollo normativo más allá de su consagración en la Carta superior, la “tarea” de dar cuenta de una aproximación conceptual y naturaleza (dos premisas importantes para el análisis de la

8 PULIDO ORTIZ, Fabio Enrique. “El control constitucional abstracto” En: “Revista Prolegómenos – Derechos y Valores”. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. 2011, p. 167.

9 SIERRA PORTO, Humberto Antonio. “Los factores que determinan las particularidades de la interpretación constitucional en Colombia”. En: “Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VIII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Corte Constitucional - Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 269.

institución) ha sido asumida en gran medida por la Corte Constitucional, la cual más allá de generar una pacífica y unificada definición, ha desarrollado la institución a partir de identificar unos elementos comunes que den cuenta de su *corpus* dogmático.

En reciente sentencia, el máximo intérprete constitucional abordó el tema en estudio en los siguientes términos:

“(...) Como primera medida, es importante aludir que el artículo 4° de la Constitución Política establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se aplicarán las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica. Lo anterior fundamenta el objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad.

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política (...)”¹⁰.

De la anterior cita jurisprudencial se desprenden varios elementos de análisis tales como la naturaleza binaria o dual de la excepción de inconstitucionalidad (política y jurídica), lo cual se corresponde con la misma naturaleza binaria o dual de la Constitución a partir de la Carta de 1991.

En primer lugar, no se puede desconocer la naturaleza y función política de la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que como fue expuesto en los antecedentes de la figura, esta se erige como un instrumento que permite coadyuvar en la garantía del mantenimiento del equilibrio de los poderes

10

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-132 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

públicos y evitar que una coyuntural mayoría del parlamento profiera normas contrarias a la Constitución y que no fuese posible su inaplicación directa como fue consagrado en el artículo 6 de la Ley 153 de 1887, ya comentado.

Sumado a lo anterior, la excepción de inconstitucionalidad es una expresión de la articulación entre el control constitucional con las forma de gobierno propias de un determinado Estado con el objeto de contribuir al sistema de pesos y contrapesos en un diseño institucional¹¹; es decir, que para el mantenimiento del principio republicano de la separación de poderes públicos, la forma de gobierno de un Estado determina en gran parte quien puede o estaría facultado para hacer uso de esta figura.

En razón de lo anotado, por ejemplo, en Estados de corte Parlamentario¹² o Semi-Parlamentario¹³, el control de constitucionalidad es más proclive al reconocimiento de modelos concentrados y más limitados respecto de sus competencias o prerrogativas, en atención a la confianza o legitimidad que se deposita en las corporaciones legislativas, dando como consecuencia que la excepción de inconstitucionalidad en la mayor parte de estos modelos sea inexistente o se consagra, pero solo como prerrogativa exclusiva de los tribunales constitucionales en uso directo del control a las Leyes; *a contrario sensu*, en los Estados de Corte Presidencial¹⁴, caracterizados por la trasferencia de grandes prerrogativas al ejecutivo¹⁵ en donde en algunos puede inclusive excepcionalmente detentar competencias legislativas¹⁶, resulta más regular la imbricación de modelos de control difuso de constitucionalidad, habida cuenta de la necesidad de controlar ese gran poder directo del Presidente, así como el poder ejercido de forma indirecta a través del control de las mayorías de este en el parlamento. En estos modelos la excepción de inconstitucionalidad es de mayor aplicación no solo por parte de las Cortes o Tribunales

11 Argumento expuesto por el profesor Marc Carrillo en la clase impartida en la especialización de “Justicia Constitucional y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” el día 20 de enero de 2014 en la Universidad de Pisa (Italia).

12 Como en el caso de Inglaterra.

13 Tal como Francia, Austria y Portugal.

14 Modelo hegemónico en América Latina como el caso colombiano.

15 Por ejemplo, el Presidente de la República de Colombia es jefe de Estado, jefe de gobierno, primera autoridad administrativa, comandante en jefe de las fuerzas armadas, etc.

16 Explicitado en el caso colombiano en la posibilidad de expedir por parte del gobierno Decretos legislativos, Decretos extraordinarios y Decretos con fuerza de Ley.

Constitucionales, sino que tal herramienta puede ser utilizada de forma *in genere* por todos los jueces (y en algunos casos como el colombiano también por autoridades administrativas) con el fin de proteger vía jurisdiccional el posible desbordamiento del poder de la bina presidente – parlamento.

Una segunda naturaleza de la excepción de inconstitucionalidad es la jurídica, la cual se traduce principalmente en la materialización del principio de la supremacía constitucional y el mantenimiento de la jerarquía de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho; es decir, que la aplicación de la excepción permite que en el caso concreto y con efectos *inter partes* se deje de aplicar una Ley o norma y en su lugar se aplique la Constitución cuando estas, de forma evidente y palmaria, conculcan los valores, principios, fines, estructura, competencias y/o derechos constitucionales.

Al respecto expresó Hamilton:

“Una Constitución es, en efecto, y debe ser observada por los jueces como una Ley fundamental. Desde luego, a ellos corresponde determinarle su sentido, el sentido de toda Ley particular emanada del cuerpo legislativo. Si se encuentra entre las dos una contradicción absoluta, aquella que tiene un carácter obligatorio y un valor superior debe naturalmente, ser preferida; o, en otros términos, la Constitución debe ser preferida a la Ley, la intención del pueblo a la intención de sus agentes”¹⁷.

En igual sentido escribió Alexis de Tocqueville en 1930:

“(…) El juez americano parece igual que los magistrados de otras naciones, sin embargo, está revestido de un inmenso poder político. ¿De dónde procede ese poder? (...) La causa reside en un solo hecho: los americanos han reconocido al juez el derecho de fundar sus sentencias en la constitución a preferencia de las Leyes. En otros términos, ellos les han permitido no aplicar las Leyes que les parezcan contrarias a la constitución (...)”¹⁸.

17 HAMILTON, Alexander. *Le Fédéraliste*. París : Económica, 1988. p. 648.

18 TOCQUEVILLE, Alexis de. “La démocratie en Amérique. Première partie. París: GF Flammarion – Centre National des lettres, 1981, p. 169.

En resumen, la excepción de inconstitucionalidad en Colombia no es una acción, recurso o grado de jurisdicción en estricto sentido procesal; su naturaleza (como ha de abordarse más adelante) se corresponde con una facultad – deber de la autoridad dirigida a proteger una doble dimensión: i) Política, con el fin de coadyuvar a garantizar el equilibrio y separación de los poderes públicos y ii) Jurídica. para garantizar el principio de supremacía constitucional en el caso concreto¹⁹.

3. CARACTERÍSTICAS

Siguiendo la aproximación conceptual de construcción jurisprudencial expuesta en el apartado anterior, podemos decantar la existencia de las siguientes características de la excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento colombiano:

3.1. Competencia *in genere* de Aplicación:

A diferencia de la primera consagración de la figura *sub-examine* estudiada a la luz del artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910, en donde al estar imbricada en el título XV (el cual correspondía a la estructura y funciones de la corte Suprema de Justicia), podríamos afirmar que dicha competencia estaba dirigida con exclusividad a la rama judicial y en específico al referido órgano de cierre; por el contrario, la consagración de la excepción de inconstitucionalidad en la Constitución de 1991 se da en el artículo 4, que hace parte del Título I que se refiere a los “principios fundamentales” del Estado; por lo tanto, aunado a la obligación que tienen todas las autoridades públicas (de todas las ramas) de proteger la Constitución y garantizar sus fines en lo que corresponde a sus competencias, podemos concluir que dicha herramienta de protección de la supremacía constitucional puede ser utilizada por cualquier juez de la República (no solo a los órganos de cierre), así como por las autoridades públicas en general (y particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos) que tengan en virtud de sus competencias que dar aplicación concreta a las normas jurídicas.

¹⁹ Ya que para garantizar dicho principio a nivel general se utilizan vías de control concentrado tales como la acción pública de inconstitucionalidad o la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Con respecto al punto de quién puede ejercer la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado a través de varias providencias entre las cuales se destacan las siguientes:

“(…)La jurisprudencia también es uniforme en señalar que la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad no está reservada únicamente a los jueces, sino que también se hace extensiva para las autoridades administrativas, no sólo como una facultad, sino como un deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera. Pero en materia de tutela esa figura es de recibo solamente si la aplicación de esas disposiciones contrarias a la Carta conlleva la violación de derechos fundamentales.(…)”²⁰.

“(…) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto.(…)”²¹.

De lo anterior se colige, que la competencia para aplicar la excepción de inconstitucionalidad no recae en un criterio orgánico respecto de una rama del poder público a quien le esté asignada, por el contrario, se advierte que el constituyente se apoya en el criterio funcional al destinarle dicha facultad a quien tiene la competencia para aplicar normas.

Sobre el particular enseña el profesor Juan Manuel Charry:

“(…) Para decidir sobre la excepción de inconstitucionalidad, es competente cualquier ejecutor jurídico que deba aplicar la Ley. Pues la norma constitucional establece el deber para todas las personas de aplicar la Constitución en caso de incompatibilidad con la Ley, razón por la cual no se comparten las tesis que restringen a determinado sujeto o funcionario la capacidad de aplicar preferentemente la Carta Fundamental (…)”²².

20 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-357 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

21 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

22 CHARRY, Juan Manuel citado por TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, Ibáñez. 1999, pág. 197.

En razón al criterio de asignación en comento, se decanta la importancia de la Competencia funcional como uno de los pilares que edifican la estructura del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de las autoridades del Estado entre sí, y, de estas con los ciudadanos; por tanto, es un requisito *sine qua non* para el funcionamiento de un modelo de Estado que se reputa como social, constitucional y democrático de Derecho.

La competencia, dentro del citado marco institucional cumple una doble función a saber: i) Por una parte, funge como cláusula de restricción o límite al ejercicio del poder público respecto de quien lo detenta, y, ii) Por otra parte, sirve de garantía - derecho de los destinatarios del poder (soberanos) para que el mismo sea ejercido dentro del marco del principio de legalidad en los procedimientos adelantados por las autoridades públicas.

El artículo 6 de la Constitución establece dos cláusulas de responsabilidad de conformidad con la relación de sujeción con el poder público i) Cláusula de responsabilidad *pro-libertate* para los particulares, los cuales solo responderán por infringir la Constitución y las Leyes (relación general de sujeción) y ii) Cláusula *pro-legislature* para los servidores públicos, quienes además de lo anterior, responderán por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones (relación especial de sujeción).

Aunado a lo anterior, el canon 122 superior estipula que no habrá empleo público sin funciones expresamente detalladas en la Ley o los reglamentos.

De los anteriores referentes normativos podemos decantar que la competencia funcional de los servidores públicos se encuentra profundamente reglada y restringida a las funciones *ex – ante* asignadas en virtud de cláusulas directas (competencia originaria) y/o cláusulas habilitantes *ex – post* (competencia derivativa generada en virtud de delegación, avocación, subrogación, sustitución, subsidiariedad, etc.); por lo tanto, resulta de suma importancia dar cuenta de la habilitación funcional que acompaña el actuar de quien funge como servidor del Estado.

Conforme a lo anotado, se puede advertir con claridad que la excepción de inconstitucionalidad se traduce en la aplicación de un modelo de control de constitucionalidad “difuso extensivo”, en la medida que permite a los jueces la inaplicación de las normas en el caso concreto, tal como opera en

el derecho norteamericano, pero adicional a ello, extiende esa competencia a quienes detentan la calidad de autoridades (de conformidad con el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, no solo son los servidores del Estado sino además también los particulares que cumplen funciones públicas), quien en virtud de sus funciones les corresponde la tarea de dar aplicación de normas jurídicas.

3.2. Se aplica a solicitud de parte o de forma oficiosa:

En la medida que la excepción de inconstitucionalidad busca la protección del derecho objetivo dentro del marco del caso concreto, esta no se da solo a solicitud de parte, sino que es un deber ex – officio de la autoridad ejercerla cuando advierta que la aplicación de determinada norma violaría de forma directa la Constitución. El máximo intérprete constitucional se ha referido a esta característica en los siguientes términos:

“(…) Debe tenerse en cuenta que no son las partes en el proceso, sino la misma Constitución, la que habilita al juez para hacer prevalecer el ordenamiento superior. Por ello, el hecho de que la excepción de constitucionalidad no sea alegada por una de ellas, no implica que su declaratoria no pueda hacerse directamente por el fallador. (...) En virtud de los argumentos anteriores, la jurisprudencia de esta Corporación ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio y que, en consecuencia, su utilización “no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual esta se verifica”, como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico. (...)”²³.

“(…) Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se

aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. (...)”²⁴.

La citada jurisprudencia reafirma de forma clara, que la aplicación de la excepción no requiere de petitum expreso (ni siquiera cuando esta se aplica en el escenario del proceso judicial y/o administrativo), ya que como se ha anotado, a pesar que la misma se materializa y tiene efectos en el caso concreto, su ámbito político y jurídico se extiende a la protección del derecho objetivo sustancial y al control de los poderes públicos, razón por la cual es facultad – deber de la autoridad aplicarla cuando se corrobore las condiciones para su procedencia.

3.3. Obedece a la existencia de unas condiciones objetivas de aplicación:

Con el objeto de evitar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierta en un instrumento de desobediencia a la Ley y de contera a las reglas propias de la democracia formal desbordando los límites de los poderes públicos, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado a través de su jurisprudencia, unas condiciones objetivas que deben existir para la aplicación legítima de la excepción, las cuales son: i) Que exista una violación o contradicción clara, evidente y palmaria de la norma llamada a ser inaplicada con la Constitución configurándose claramente un estatus de incompatibilidad, y/o ii) Que la norma llamada a ser inaplicada sea una reproducción de otra previamente declarada inexecutable o nula por inconstitucional.

Respecto a la exigencia de incompatibilidad manifiesta la Corte se pronunció en prematura jurisprudencia mediante la Sentencia T-614 de 1992 de la siguiente forma:

“(…) Para que la aplicación de la Ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto,

merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la Ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí”.

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe”(...)”²⁵

En el mismo sentido, la Corte reitera la exigencia en estudio así:

“(...) A este respecto, resulta pertinente recordar que, si bien es cierto cabe la excepción de inconstitucionalidad en todo caso de manifiesta contradicción entre las disposiciones constitucionales y las Leyes u otras normas, con el fin de obtener la efectiva prevalencia de la Carta Política mediante su aplicación preferente (artículo 4º C.P.), ello tan sólo es posible cuando surge una oposición evidente, esto es, una verdadera e insoslayable incompatibilidad entre dos mandatos, uno de los cuales -el inferior- tiene que ceder ante el precepto constitucional.(...)”²⁶

25 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

26 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-063 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

“(...) la inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar.(...)”²⁷.

En atención a la segunda hipótesis de condición objetiva de aplicación el máximo intérprete constitucional ha expresado que:

“(...) Según la jurisprudencia de esta Corporación, la excepción de inconstitucionalidad únicamente puede aplicarse cuando resulta incuestionable –conforme al texto de la disposición o clarísima jurisprudencia de la Corte Constitucional- que viola la Carta. (ii) que la norma que fue inaplicada corresponda a la reproducción de una declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en cuyo caso se verificaría la violación del artículo 243 de la Carta.(...)”²⁸.

La exigencia de que existan unas condiciones objetivas de aplicación también ha sido estudiada y decantada por el Consejo de Estado quien sobre el particular ha manifestado:

“(...) La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad está condicionada a la existencia de una situación de incompatibilidad visible e indiscutible entre una norma Constitucional y una de inferior jerarquía, que obliga a preferir la primera en razón de su carácter fundante de todo el ordenamiento jurídico. (...) Esta exigencia se explica porque (...) la excepción de inconstitucionalidad, que busca preservar la supremacía del la norma superior, implica a su vez el sacrificio de otros principios constitucionales, como la presunción de constitucionalidad de la que gozan las Leyes y demás normas del ordenamiento jurídico y del deber de obediencia de unas y otras por parte de todas las autoridades; por tanto, su invocación requiere argumentos de plena evidencia de incompatibilidad que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse en un caso concreto de normas de inferior jerarquía a la Constitución. De lo contrario, en caso de existir dudas o argumentos plausibles a favor de la compatibilidad entre ambas normas, se impone el deber, también de raigambre constitucional, de aplicar la normatividad legal y reglamentaria vigente, que es un “principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y hace posible el funcionamiento de las instituciones dentro

27 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández.

28 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

del esquema de organización jurídico-política previsto en la Constitución.” Ahora, valga aclarar que, evidenciada dicha incompatibilidad, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se convierte en un deber y no una simple posibilidad discrecional del operador jurídico (...)²⁹

En resumen, el uso de la excepción de inconstitucionalidad debe obedecer a unos criterios objetivos de aplicación tales como la manifiesta incompatibilidad de la norma llamada a ser inaplicada con la Constitución, y/o, la reproducción de una norma previamente declarada inexecutable o nula por inconstitucionalidad; cualquiera de las dos condiciones deben estar presentes como requisito *sine qua non* para que la aplicación de la excepción de constitucionalidad se repunte como legítima.

3.4. Tiene efectos inter partes (regla general):

Como se ha hecho referencia, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad protege el ámbito del derecho objetivo, no obstante esa condición, sus efectos son inter partes, es decir, solo vinculan a las partes sujetas al caso en concreto. Dicha característica ha sido reconocida y reiterada en varias providencias de la Corte Constitucional entre las cuales se hará referencia a las siguientes:

“(...) La excepción (...) produce efectos sino respecto de ella, es decir, individuales. Por otra parte, a diferencia de la acción, la excepción de inconstitucionalidad no requiere de tribunales especiales, sino que puede ser conocida por los tribunales ordinarios.(...)”³⁰

“(...)Así, en cuanto a su naturaleza jurídica, la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4 de la C.P. es un mecanismo de control constitucional de carácter difuso, que opera cuando la autoridad judicial y excepcionalmente administrativa, a petición de las partes o de oficio, detecta un vicio de inconstitucionalidad en una norma de inferior jerarquía e inaplica la norma prefiriendo la Constitución solo para el caso en cuestión, es decir con efectos interpartes. (...)”³¹.

29 CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio civil. Radicación 1999 del 20 de Mayo de 2010. Consejero Ponente William Zambrano Cetina.

30 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-006 DE 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

31 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-803 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional a través de autos ha dado alcance a varias de las características de la excepción de inconstitucionalidad y en lo que respecta al efecto inter partes ha sostenido:

“(...) la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.(...)”³².

Producto de lo anterior, se decanta que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no excluye el control ex – post que pueda hacer la Corte Constitucionalidad o en Consejo de Estado en ejercicio del control concentrado respecto de las normas sujeto de la inaplicación, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o de nulidad por inconstitucionalidad que se promueva sobre las mismas, ya que dicho control (el concentrado) tiene efectos *erga omnes* y se realiza de forma general y abstracta. Sobre el particular la Corte Constitucional ha manifestado:

“(...) Considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una Ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto. (...) La Corte encuentra que teniendo en cuenta el artículo 241 de la C.P., la instancia última de control de constitucionalidad de las Leyes en Colombia es la Corte Constitucional, de tal manera que las excepciones de constitucionalidad pueden ser acogidas o no por ésta Corporación, no configura un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción. Esta preeminencia de la jurisdicción constitucional sobre las decisiones particulares y concretas que se establecen a través de la excepción de constitucionalidad se justifica teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes* y se realiza de forma general y abstracta. De igual forma se subraya

que los efectos del fallo de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada y determinan en forma definitiva la continuidad o no de la norma dentro del sistema jurídico, efecto que da coherencia y seguridad jurídica al sistema jurídico colombiano. (...)”³³.

El Consejo de Estado en igual sentido se ha pronunciado respecto al alcance y efectos que genera la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad coincidiendo en que esta institución (tal y como fue concebida por el constituyente) faculta para no aplicar en el caso concreto y en su lugar aplicar la Constitución, sin llegar a configurar una potestad derogatoria o de nulidad sobre la norma inaplicada. En ese sentido el máximo órgano de lo contencioso administrativo ha sostenido:

“(...) Cuando se invoca la enunciada excepción, los argumentos deben estar encaminados a evidenciar que una Ley que ha sido utilizada en el proceso que se discute es contraria a la Constitución Política, para lograr que se inaplique en el fallo que se profiera, sin afectar su vigencia general, es decir, con efectos únicamente inter-partes. (...)”³⁴

“(...)En efecto, el fundamento de la llamada excepción de inconstitucionalidad, se encuentra en el artículo 4° de la Carta Política, y se le califica como control de constitucionalidad concreto porque carece de la nota de generalidad que es propia del control en abstracto, puesto que la definición acerca de si existe o no incompatibilidad entre la norma inferior y las constitucionales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla, por tanto, en este caso de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso.(...)”³⁵.

No obstante, la prolija y coincidente producción jurisprudencial (tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado), reiterando los efectos inter partes de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, encontramos

33 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

34 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. 16718 del 26 de octubre de 2009. Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

35 CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Rad. 3975 del 14 de diciembre de 2006. Consejero Ponente Darío Quiñonez Pinilla.

que en algunas providencias del máximo intérprete constitucional se ha dado efectos *inter pares*³⁶ a la aplicación de la figura sub – examine. Tal es el caso del Auto 071 de 2001 mediante el cual la Corte ordena inaplicar el Decreto 1382 de 2000 respecto de las normas de reparto imbricadas en esta norma y en su lugar indica que debe aplicarse la regla de competencia contenida en el artículo 86 de la Constitución constituyéndose en una orden para todos los casos semejantes.

En igual sentido, mediante Auto 035 de 2009 el cual se expide en ejercicio del seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, se autoriza al Ministerio de Protección Social a utilizar la excepción de inconstitucionalidad en:

“(...) los casos en que la aplicación de una norma de orden legal vulnere los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o de manera específica, inevitablemente resulte en un impedimento para la protección efectiva de estas personas. (...) cuando ello sea necesario para lograr el goce efectivo del derecho a la salud y el cumplimiento de las órdenes contenidas en la sentencia T-760 de 2008, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente Auto (...)”

La anterior autorización con un aliento extensivo no solo a los casos de examen sino a los que se encuentren en las mismas condiciones y además sin referirse o individualizar las normas sobre las cuales recaería puntualmente la excepción.

Estas últimas aplicaciones de la figura en estudio las cuales dejan una “puerta abierta” a utilizar en casos especiales (y solo por parte del órgano de cierre constitucional) un efecto que va más allá del inter partes ha generado debate en la medida que de no establecer unas reglas claras para su uso excepcional se estaría generando vía control concreto de excepción efectos de inexecutable y/o nulidad de la norma inaplicada.

36 Vinculando no solo a las partes en litigio sino a los demás casos semejantes.

Por las características anotadas (salvo los casos especiales citados) respecto del efecto de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, se puede concluir que dicha sujeción de vinculación particular y exclusivamente ceñida al caso concreto le permite a la institución una suerte de autonomía teórica e independencia con otras figuras tales como la declaratoria de inexecutable, la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad y la misma suspensión provisional de los actos administrativos.

3.5. Se constituye en una institución distinta de la excepción de ilegalidad.

El artículo 12 de la Ley 153 de 1887 establecía que “las ordenes y demás actos ejecutivos del gobierno tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las Leyes”.

A partir de la norma en cita se llegó a decantar la posibilidad de inaplicar un acto administrativo en caso de que este fuera contrario a la constitución o a la Ley, haciendo uso no solo a la excepción de inconstitucionalidad sino además de la excepción de ilegalidad³⁷. No obstante, esta última posibilidad solo resultaba admisible en la medida que para la época de expedición de la Ley 153 no existía en Colombia el control de legalidad propiamente dicho, el cual nace para nuestro ordenamiento con la expedición del Decreto – Ley 01 de 1984 (antiguo código contencioso administrativo); razón por la cual, se puede discernir que este último deroga tácitamente la disposición normativa del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, haciendo actualmente nugatorio la posibilidad de aplicar la excepción de ilegalidad por parte de las autoridades públicas³⁸.

Al respecto el máximo tribunal de lo contencioso administrativo se ha pronunciado de la siguiente forma:

“(…) Frente a la excepción de ilegalidad se ha considerado que el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe entenderse derogado tácitamente en atención

37 Entendida como la facultad de inaplicar un acto administrativo (u otra norma de inferior jerarquía) por ser contraria a la Ley.

38 Con excepción de los jueces por las razones que se anotarán más adelante.

a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que NO existía control efectivo de legalidad de los actos administrativos (...)”³⁹.

Conforme a lo anotado, resulta jurídicamente improcedente para las autoridades públicas inaplicar un acto administrativo (u otra norma de inferior categoría) aduciendo que este viola la Ley, en la medida que esta condición de “ilegalidad” debe ser declarada por un juez administrativo, no solo por la presunción de legalidad que tienen los actos administrativos (lo cual hace parte de su fisiología), sino porque de permitir la aplicación de dicha figura se estaría pretermitiendo el control jurisdiccional de legalidad violentando la teleología que inspiró su creación.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha sostenido:

“No hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador.” (...) La llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub exámine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.(...)”⁴⁰

39 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Cuarta. Rad 5996 del 14 de julio de 1995. Consejero Ponente. Delio Gómez Leyva.

40 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 DE 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

De las anteriores referencias jurisprudenciales se coligen las siguientes diferencias entre la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad:

- i) La excepción de inconstitucionalidad se fundamenta en la protección y garantía del principio de supremacía constitucional; en cambio la razón que dio lugar al surgimiento de la excepción de ilegalidad fue servir de instrumento de garantía de sujeción a la Ley cuando no existía en nuestro ordenamiento jurídico el control de legalidad propiamente dicho.
- ii) Mientras la excepción de inconstitucionalidad tiene creación constitucional en el artículo 4 superior; la excepción de ilegalidad actualmente no cuenta con ninguna estipulación ni desarrollo normativo.
- iii) La excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada por cualquier autoridad pública (o particulares que detentan la competencia de aplicación normativa); a contrario sensu, la excepción de ilegalidad solo puede ser aplicada por el juez administrativo dentro del marco del proceso.

4. LÍMITES Y DEBERES DE APLICACIÓN.

4.1. Límites

Del estudio hasta ahora desarrollado se puede desprender con claridad la existencia de algunos límites en el uso de la excepción de inconstitucionalidad, pues como fue anotado, dicha figura obedece a unos criterios objetivos de aplicación que circunscriben la forma como puede ser utilizada. Sumado a ello, resulta claro que las normas gozan de presunción de constitucionalidad, y, el uso de la excepción genera una exigencia probatoria y de carga argumentativa para quien pretende desvirtuar con su aplicación dicha presunción en el caso concreto.

Del desarrollo jurisprudencial de la institución en estudio puede establecerse a título enunciativo los siguientes límites:

del Estado Civil, en tanto autoridad administrativa, no es el juez natural de los actos administrativos de contenido electoral, ni por regla general y menos por excepción, de modo que abrogarse una competencia ajena o “inaplicar” un acto administrativo subjetivo por supuestamente hallarlo contrario a la Constitución, claramente demuestra la configuración de una actuación ilegal, sobre todo si se recuerda que el juez de ese tipo de actuaciones es la jurisdicción de lo contencioso administrativo. (...) ⁴²

Sobre la procedencia o improcedencia de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto a actos administrativos de contenido particular, así como frente a las sentencias ordinarias, el debate continua abierto en la medida que no existe todavía un pronunciamiento claro, unificado y homogéneo por parte de la Corte Constitucional que permita decantar un depurado precedente sobre dichas materias; sin embargo, prima facie resulta excesivo pensar en su uso para estos casos, toda vez que se estaría convirtiendo en abstracto un control que por vocación, naturaleza y características es concreto, reemplazando la facultad de inaplicación por la de anulación y poniendo en grave riesgo la seguridad jurídica y sujeción del ordenamiento en su conjunto.

En razón de lo anotado, se puede concluir que a pesar de no existir una reglamentación respecto de la aplicación de la figura sub – examine, si existen unos claros límites o prohibiciones jurisprudenciales a su uso.

4.2. Deberes de aplicación

De manera concomitante al establecimiento de unos límites de aplicación, la jurisprudencia también ha desarrollado unas circunstancias respecto de las cuales la excepción de inconstitucionalidad se constituye en un deber de aplicación, ya que en caso de no ser aplicada se estaría violando de manera directa la Constitución. Al respecto la Corporación se ha pronunciado así:

“(..) El artículo 4 constitucional no sólo permite, sino que ordena que en cualquier caso de incompatibilidad de la Constitución con otra Ley o norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. En esa medida, el

⁴² CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Rad. 3853 del 09 de marzo de 2006. Consejera Ponente María Nohemí Hernández Pinzón.

funcionario judicial que aplique la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto ve plenamente validados sus pronunciamientos a la luz de la Carta Política.(...)”⁴³.

“(…) En este punto, los reiterados pronunciamientos de la Corte al respecto permiten concluir que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, a propósito de dichos casos, con las normas constitucionales. (...)”⁴⁴.

En igual sentido el Consejo de Estado ha sostenido:

“(…) De manera que cualquier autoridad a quien le corresponda aplicar una norma no sólo está legitimada, sino obligada, a abstenerse de hacerlo cuando la encuentra incompatible con la Constitución Política, de modo que de no aplicar en ese evento la excepción de inconstitucionalidad su actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez. En síntesis, la excepción de inconstitucionalidad constituye una excepcional figura de control de constitucionalidad que, en términos del artículo 4° de la Constitución Política, impone a los funcionarios encargados de aplicar una determinada norma jurídica el deber de inaplicarla en una situación concreta, con efectos sólo respecto de dicha situación, cuando quiera que razonablemente y en términos objetivos advierta que entre dicha norma y la Constitución Política existe incompatibilidad (...)”⁴⁵.

La no aplicación de la excepción de inconstitucionalidad cuando esta se constituye en un “deber” atribuible a la autoridad judicial evidentemente podría llegar a configurar una causal específica de procedibilidad de tutela en contra de providencia por violación directa de la Constitución, hecho que se decanta y sistematiza en sentencias tales como la T-774 de 2004 y la C-590 de 2005 las cuales reiteran reglas tales como la fijada por medio de la sentencia T-441 de 2003:

43 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

44 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-389 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

45 CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Rad. 3975 del 14 de diciembre de 2006. Consejero Ponente Darío Quiñonez Pinilla.

“(…) Finalmente se tienen las situaciones en las cuales se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata de las hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso. (...)”⁴⁶

Conforme a lo anterior, de forma enunciativa algunos deberes de aplicación serían los siguientes:

i) Deber de aplicación de la excepción frente a una norma manifiestamente incompatible con la Constitución, en los términos en que fueron expuestos en acápite anteriores.

ii) Deber de aplicación de la excepción frente a una norma formalmente válida y vigente, pero que en su contenido reproduzca otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. En atención al punto la Corte ha manifestado:

“(…) Cuando un juez o un fiscal aplican una disposición formalmente vigente pero que tiene el mismo contenido material de una que ya ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional, es indudable que están violando este precepto constitucional, pues están en la práctica reproduciendo “el contenido material del acto declarado inexecutable”. (...)”⁴⁷.

En calidad de corolario del presente apartado, podemos afirmar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad resulta ser (como ha sido anotado) una facultad que debe ser utilizada en uso de competencia funcional y atendiendo a unos límites estudiados y descritos en la jurisprudencia; pero

46 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-441 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

47 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-669 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

al mismo tiempo, se constituye en un deber frente a la existencia de normas claramente incompatibles con la Constitución.

La inadecuada aplicación de la excepción de inconstitucionalidad podría conducir a generar una causal específica de procedibilidad de la tutela en contra de providencias judiciales o actos administrativos y/o la configuración de conductas punibles como el prevaricato ya sea por acción u omisión.

5. CONCLUSIONES DEL ACÁPITE

- a) La excepción de inconstitucionalidad es una manifestación de la existencia en nuestro ordenamiento de un modelo “difuso extensivo de constitucionalidad”.
- b) Esta institución es reconocida por primera vez en nuestro sistema jurídico en el artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910, el cual fue el producto de la lucha del partido de Unión Republicana por reformar la Constitución de 1886.
- c) La excepción de inconstitucionalidad es una facultad – deber que se desarrolla a partir de sus dos principales funciones: política (coadyuvando el principio de separación de poderes) y jurídica (garantizando el principio de supremacía de la constitución). Respecto de esta doble naturaleza que acompaña al control de constitucionalidad anota la profesora Gloria Alcira Robles:

“(…) Si bien aquí se ha asumido el carácter jurídico y político del control de constitucionalidad, como derivación de la doble naturaleza de la constitución, en la literatura política y jurídica se observa cierto rechazo a aceptar esta doble naturaleza. La cuestión radica en saber si el establecer límites a la política es en sí mismo una actividad política o si puede mantenerse en los límites de la argumentación jurídica. ¿Por qué resulta injurioso el adjetivo político cuando se hace referencia a una decisión jurídica y por qué resulta antidemocrático suponer que un problema

político pueda resolverse a través de la decisión de un juez, a partir de su interpretación de una norma o un conjunto de normas?(...)”⁴⁸.

- d) La excepción de inconstitucionalidad se caracteriza por tener una competencia in genere de aplicación, generar efectos inter partes, puede ser producto de la solicitud de parte o declarada ex – oficio y obedece a unos criterios objetivos de aplicación.
- e) El uso de la excepción se encuentra circunscrito a unos mandatos de promoción (deberes de aplicación) y de abstención (prohibiciones de aplicación).
- f) No cuenta con un desarrollo procesal dentro del ordenamiento que indique de forma clara y objetiva como se tramita, ejecuta o reconoce. No se explica como una institución tan importante para nuestro ordenamiento no tenga unas reglas claras desde el punto de vista procesal para poder ser regentado bajo un criterio objetivo previamente fijado por el legislador, razón por la cual resulta tan importante la jurisprudencia como la doctrina para llenar estos vacíos en la materia. Al respecto anota el profesor Andrés Velandia:

“(…) Sin embargo, creemos que esta institución sustancial por naturaleza, carece de un método procesal o procedimiento para su aplicación, por lo que muchas veces no es utilizada, simplemente por no saber cómo puede aplicarse, o en otras ocasiones puede ser incluso la causa de la violación de los derechos fundamentales de las partes procesales por ser sorpresiva. Nuestra tesis es que debe mantenerse la competencia de todos los jueces para hacer uso de esta importante institución, pero a través de un incidente de control de constitucionalidad previo a la sentencia o de prejudicialidad constitucional, tramitado por el juez del conocimiento en primera instancia, pero si existe recurso de apelación, el mismo sea tramitado por la jurisdicción constitucional, tal como se explicará.

En cuanto a la decisión judicial de este modelo, no cabe duda que debe ser a través de autos y no de sentencias, habida cuenta que se trata de una

⁴⁸ ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. “El Control constitucional y sus límites”. Bogotá: Ed. Ibañez. 2012. p.108.

decisión incidental, con carácter prejudicial a la sentencia proferida dentro del proceso ordinario (...)”⁴⁹.

- g) El estudio del derecho procesal constitucional permite la permanente reflexión y debate de los mecanismos o instrumentos por medio de los cuales se posibilita la efectividad o materialidad de la Constitución la cual por interpretación extensiva (bloque de constitucionalidad) cada vez se hace más compleja e “inasible”.
- h) Solo con la garantía real de los derechos humanos consagrados en la Constitución se podrá hablar de la existencia viva y material de la misma, hasta que esto no sea una realidad, seguirá siendo un catálogo de ilusiones y promesas aplazadas de un pueblo soberano, pero excluido e invisible.

⁴⁹ VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Libro resultado de Investigación. Tomo IV, Bogotá, 2013. p. 137.



Derecho Procesal Constitucional



II. Acción de Tutela

1. DIMENSIÓN SUSTANCIAL

El presente acápite tiene como propósito central, examinar la definición, objeto y estructura sustantiva de la acción de tutela a partir de su consagración normativa en el artículo 86 de la Constitución de 1991, con el fin de dimensionar el soporte material sobre el cual ha de edificarse su diseño adjetivo o procesal.

Lo anterior, desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha realizado sobre el tema *sub-examine*, en procura de revisar (sin ningún ánimo exhaustivo) algunos de los desarrollos hermenéuticos que el máximo intérprete ha adelantado en la materia.

1.1. Definición

La tutela en tratándose de su definición, posee una doble naturaleza en tanto que ha sido considerada como una acción (dimensión adjetiva), pero también ha sido definida como derecho fundamental en sí mismo (dimensión sustantiva). Respecto de este punto la Corte constitucional ha manifestado:

“(...) Como es sabido, la acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el cual se ocupa de regular directamente los elementos básicos para su ejercicio. En ese contexto, inicialmente define la acción de tutela como un mecanismo de defensa judicial al cual puede acudir toda persona para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale la Ley. En este sentido, quien vea amenazado o vulnerado un derecho fundamental podrá acudir ante los jueces, en todo momento y lugar, con el fin de obtener la orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo (...)”.

Sobre la acción de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación¹ ha reconocido que considerada en sí misma, es un verdadero derecho fundamental, a través del cual se garantiza la protección de los demás derechos fundamentales,

1 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

los cuales sin ella, comprometerían su eficacia. En efecto esta Corte ha manifestado que:

“La acción de tutela como tal tiene el carácter de derecho fundamental toda vez que es el instrumento concebido por el Constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse. El contenido y contornos esenciales de los derechos fundamentales y de sus garantías y mecanismos básicos de protección, se establecen y perfilan en la misma Constitución y ello evita que las Leyes los relativicen; vale decir, los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del Legislador. Sólo cuando la misma Carta faculta a la Ley y en la medida en que lo haga puede ésta regular o desarrollar materias relacionadas con los derechos fundamentales y siempre que conserve y respete el ámbito intangible producto de la creación del Constituyente. ” (Sentencia C- 531 de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) (...)”².

Del referido desarrollo jurisprudencial, resulta de valía reiterar que la Corte ha sostenido que la tutela al ser el instrumento efectivo de protección de los derechos fundamentales y que de no existir, estos podrían quedar en evidente desprotección material; ha elevado a este instrumento a canon iusfundamental respecto a lo cual nos permitimos disentir habida cuenta que no se puede confundir el mecanismo de protección con el objeto de protección.

Desde la misma consagración constitucional, es claro que la tutela funge como instrumento, recurso o mecanismo de protección frente a la amenaza y/o violación de los derechos fundamentales; es decir, que una cosa es el objeto de protección (dimensión sustancial) y otra muy diferente es el medio de protección (dimensión procesal).

Lo anotado no desconoce la relación inescindible que existe entre ambas dimensiones, ya que al no existir la herramienta adjetiva, los derechos podrían quedar reducidos a simples reconocimientos o consagraciones pero desprovistos de posibilidades de amparo material. No obstante, confundir las dos dimensiones supondría de manera razonable que todas las acciones

resultan *per se* vía “conexidad” derechos en sí mismas lo que no se corresponde con su naturaleza y función dentro del sistema jurídico.

Sumado a lo anterior, los derechos fundamentales también pueden ser garantizados a través de otros mecanismos de protección, lo cual es reconocido por el propio constituyente cuando consagra la tutela como instrumento subsidiario de amparo (característica que ha de ser analizada en el acápite subsiguiente), lo cual redundará en la clara distinción de las dos dimensiones descritas anteriormente.

1.2. Objeto

El objeto de la acción de tutela fue definido desde la primera sentencia de Revisión que se dio desde la puesta en funcionamiento de la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, y donde en tratándose del particular manifestó:

“(…) La acción de tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrán oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que, en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los fines esenciales del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”³.

En otra sentencia de Revisión del año 1992, la Corte se pronunció nuevamente sobre del objeto de la acción de tutela en los siguientes términos:

“(…) La Acción de Tutela está prevista como un mecanismo procesal complementario, específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente

3 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-001 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández.

amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo(...).”⁴

Resulta claro que el principal objeto de la Tutela es la protección de los derechos de raigambre constitucional *iusfundamental*, y dicha naturaleza no solo está determinada por su ubicación en el status de reconocimiento⁵; además, resulta imperioso advertir la incorporación de normas de reenvío constitucional o normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad que reconocen la existencia de esta clase de derechos.

Sumado a lo anterior, es importante anotar que el uso del bloque de constitucionalidad por parte del máximo intérprete constitucional⁶ amplió conceptualmente lo que entendemos por Constitución, en la medida que en estricto sentido la Carta jurídico política de 1991 está compuesta por el preámbulo, 380 artículos permanentes y 61 artículos transitorios; sin embargo, al adoptar el bloque de constitucionalidad, también acuñamos un concepto de Constitución en sentido amplio que abarca toda una serie de normas que sin estar en el texto constitucional tienen jerarquía o valor constitucional y otras que sirven de parámetro de constitucionalidad.

Al respecto anota el profesor Rodrigo Uprimny:

“(..).La anterior sistematización de las técnicas de reenvío debería permitir, a su vez, determinar con cada vez mayor claridad cuáles normas integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Así, conforme a esa dogmática, habría que concluir que hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-013 DE 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

5 Resulta importante anotar que un derecho es fundamental no por estar contenido en el capítulo constitucional que tiene esa denominación normativa, que de manera concreta y restringida se integra por el articulado que va desde el artículo 11 (derecho a la vida) hasta el artículo 41 (mandato de enseñanza en de la Constitución e Instrucción Cívica en las instituciones de educación), ya que dentro de este acápite están derechos que NO son fundamentales, *verbi gracia*, el derecho a la paz (artículo 22 superior) y no están contenidos derechos de eminente y palmaria calidad *iusfundamental*, como por ejemplo los derechos fundamentales de los niños (artículo 44) .

6 El cual comenzó a usar desde el año de 1992, pero que acuñó como tal mediante sentencia C-225 de 1995 y clasificó de forma sistemática a partir de 1997.

ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las Leyes estatutarias y (ii) las Leyes orgánicas, en lo pertinente (...)”⁷.

De lo anterior se puede discernir que si en cualquiera de los instrumentos que hacen parte del citado bloque se reconoce la existencia de derechos fundamentales, estos se integran al estatuto de protección de amparo vía acción de tutela, ya que resulta la Constitución y el Bloque de Constitucionalidad parte de un solo cuerpo normativo. Al respecto anota el profesor César Londoño Ayala:

*“(...) El bloque de Constitucionalidad es pues la Norma Fundamental del sistema jurídico, sin que sea preciso diferenciar entre Constitución y Bloque de Constitucionalidad en tanto se tratan del mismo fenómeno: el Derecho constitucional del orden jurídico (...)”*⁸.

Además de los anotado, existen casos de amparo a través de la aplicación de la cláusula de los derechos innominados⁹, tesis de la conexidad y configuración de derechos “sociales fundamentales”¹⁰.

La Corte ha indicado recientemente qué se puede entender por Derecho Fundamental en los siguientes términos:

7 UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. Documento de trabajo suministrado por el profesor Uprimny en la Especialización en Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Colombia, 2004, página 34.

8 LONDOÑO AYALA, César Augusto. Bloque de constitucionalidad. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá: 2010, p. 43.

9 Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

10 Tesis acuñada en el seno de la Corte Constitucional en donde un derecho que *prima facie* es considerado de segunda o tercera generación pero que su vulneración afecta directamente derechos fundamentales que le son (en el caso concreto) inherentes e inescindibles, tendrá por antonomasia la calidad *iusfundamental*.

“(…) Un derecho fundamental, según la doctrina constitucional, puede ser definido como un derecho subjetivo con un grado de importancia tal que la decisión sobre su otorgamiento se sustrae a la simple mayoría parlamentaria¹¹. (…)”¹²

No obstante, fue desde la célebre sentencia T-002 de 1992 que se construyeron los cimientos que edificarían los criterios para determinar la existencia de los derechos fundamentales. Debido a la importancia que reviste la citada sentencia, se transcribirá *in extenso* parte de la *ratio decidendi* de la misma así:

“(…) 2.1 Criterios principales

Los criterios principales para determinar los derechos constitucionales fundamentales son dos: la persona humana y el reconocimiento expreso. El primero contiene una base material y el segundo una formal.

2.1.1 Los derechos esenciales de la persona

El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del Juez de Tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana.

El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política.

Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona.

Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos.

Los valores y principios materiales de la persona, reconocidos por la Constitución, están inspirados en el primer inciso del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene

11 ROBERT Alexy; Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

12 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-701 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;”.

Y en otro considerando afirma que: “Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres;”¹³¹.

Los valores y principios materiales de la dignidad, la personalidad jurídica y su libre desarrollo, así como los criterios de la esencialidad, la inherencia y la inalienabilidad, son atributos propios de la persona, reconocidos en la Constitución, así:

El Preámbulo de la Carta contiene los valores de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; y en el cuerpo de la Constitución figuran además la moral social, la riqueza natural y el pluralismo expresado en la diversidad política, étnica y cultural.

En los artículos 1o. y 2o. de la Constitución se establece así mismo que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; y dentro de sus fines esenciales está el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En este sentido, con el fin de verificar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona humana, el Juez de Tutela debe investigar racionalmente a partir de los artículos 5o. y 94 de la Constitución, como se procede a continuación.

El artículo 5o. de la Carta establece: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

El artículo 94 de la Constitución determina que: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Esta disposición tiene como antecedente la enmienda novena de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1791.

Ambos artículos se interpretan a la luz de la Convención Americana de los Derechos del Hombre (norma interpretativa constitucional según el artículo 93 de la Carta). En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, fue aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973 y entró en vigencia el 18 de julio de 1975. Ella es por tanto una norma jurídica vinculante en el derecho interno. Allí se encuentra la idea de que son los atributos de la persona

13 ¹ Los Derechos Constitucionales.. Fuentes Internacionales para su interpretación. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Presidencia de la República 1992 Pág. 714

humana lo determinante para establecer la esencialidad de un derecho, cuando en el Preámbulo se dice: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”¹⁴ (subrayas fuera del texto).

Entonces, se pregunta, ¿Qué es inalienable, inherente y esencial?

Podría responderse que inalienable es: “que no se puede enajenar, ceder ni transferir”¹⁵; inherente: “que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto”; y esencial: “aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser”¹⁶.

Estos términos “inalienables” e “inherentes” deben ser entendidos así: algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial.

Ahora bien, una característica de algunos de los derechos constitucionales fundamentales es la existencia de deberes correlativos. En el artículo 95 de la Constitución Política se encuentran los deberes y obligaciones de toda persona. La persona humana además de derechos tienen deberes; ello es como las dos caras de una moneda, pues es impensable la existencia de un derecho sin deber frente a sí mismo y frente a los demás.

Concluyendo se advierte que, como definía Emmanuel Kant, en su libro *Fundamento de la Metafísica de las Costumbres*¹⁷, ser persona es ser fin de sí mismo.

2.1.2 El reconocimiento expreso del Constituyente

La Constitución en un único caso, concretamente en el artículo 44, determinó en forma expresa unos derechos fundamentales, al referirse a los niños, así: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”.

En ningún otro artículo se encuentra tal referencia tan precisa y por lo mismo no ofrece dificultad en su interpretación, como se observará en el punto 2.2 ordinal d), denominado “los derechos fundamentales por su ubicación y denominación.

Este derecho ha sido desarrollado por distintos Pactos Internacionales entre los cuales se destacan: la Declaración de los Niños de la Asamblea General

14 ²PACHECO GÓMEZ, Máximo. *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1967. p. 189

15 Definición del Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Tomo II. Buenos Aires. 1986, pág. 286.

16 Definiciones del Diccionario General Ilustrado de la lengua española "Vox". Barcelona: Editorial Bibliograf.. 1967

17 KANT, Emmanuel. *Fundamento de la Metafísica de las Costumbres*. Barcelona: Editorial Artes Gráficas. 1951. pp. 514 y 515.

de las Naciones Unidas del 20 de diciembre de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada por la Ley 12 de 1991; y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de Derechos Civiles y Políticos; los Convenios de la O.I.T. número 52, 29, 62; los Convenios de Ginebra números 1 y 2; y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

2.2 Criterios auxiliares

Si bien los criterios principales son suficientes y vinculantes para efectos de definir los derechos constitucionales fundamentales, se reseñan a continuación algunos criterios auxiliares cuyo fin primordial es servir de apoyo a la labor de interpretación del Juez de Tutela, pero que por sí solos no bastan.

a) Los Tratados internacionales sobre derechos humanos

El artículo 93 de la Carta es el único criterio interpretativo con rango constitucional expreso. Dicho artículo dice: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Así se reitera en el artículo 4o. del Decreto 2591 de 1991.

En este sentido, considera Bobbio que “el fundamento de los derechos humanos, a pesar de la crisis de los fundamentos, está, en cierto modo resuelto, con la proclamación de común acuerdo de una Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Se trata de un fundamento histórico y, como tal, no absoluto: pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente”¹⁸.

b) Los derechos de aplicación inmediata

Nos ocupan ahora el estudio de los derechos establecidos en el artículo 85 de la Constitución.

Este artículo enumera los derechos que no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata. En realidad la especificidad de estos derechos es un fenómeno de tiempo: el hombre llega a ellos de manera directa, sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo. Es pues, un criterio residual para los efectos que nos ocupan.

Para que el artículo 85 de la Constitución no sea inocuo debe leerse como una norma que no condiciona a la mediatización de una Ley, la aplicación de los derechos allí enumerados.

c) Derechos que poseen un plus para su modificación

18 BOSSIO, Norberto. Presente y Porvenir de los Derechos Humanos, En: Anuario de Derechos Humanos. (1991). p. 11

El artículo 377 de la Constitución es una guía para el Juez de Tutela; en él se establece que unos derechos poseen más fuerza que otros, otorgándoles un plus, cuando dice: “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran éstas a los derechos reconocidos en el Capítulo 1, Título II y sus garantías..., si así lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral...”.

Este capítulo de derechos tiene una “supergarantía” que le permite condicionar eventualmente su reforma, lo que hace pensar en la naturaleza especial de tales derechos, siguiendo en esto la orientación de la Constitución Española de 1978 en su artículo 168 (a su vez inspirado en el artículo 79-3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949).

d) Los derechos fundamentales por su ubicación y denominación

Otro criterio auxiliar de interpretación es la ubicación y denominación del texto para determinar su significado. Es lo que se denomina por la doctrina, para efectos de la interpretación sistemática, los argumentos “sede materiae” y “a rúbrica”.

El significado de la norma se puede determinar por su ubicación (sede materiae) y/o por su título (a rúbrica).

La Constitución está organizada en títulos y capítulos que agrupan temas afines y permiten su estudio.

Ahora bien, qué efectos jurídicos tienen los títulos y capítulos en que se divide y denomina la Constitución Política de Colombia?

(...)

Es decir la propia Constituyente tenía claro que una cosa era hacer normas (con fuerza vinculante) y otra la organización y titulación de dichas normas (fuerza indicativa).

Fue pues voluntad del Constituyente de 1991 conferir un efecto indicativo a la ubicación y titulación de las normas constitucionales y en consecuencia, ello es una información subsidiaria dirigida al intérprete.

Como se podrá observar, el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, a diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como es el caso de la Constitución española de 1978 -artículos 14 a 29 y 30.2- y de la Constitución alemana -artículos 20. al 17 de conformidad con el apartado 3 del artículo 10.-. En otros países, como por ejemplo en la Constitución de Guatemala de 1985, en el artículo 20, relativo a las disposiciones transitorias, se establece que los epígrafes que preceden a los artículos de la Constitución no tienen validez interpretativa y no pueden ser citados con respecto al contenido y alcance de las normas constitucionales.

Fuerza concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título “de los derechos

fundamentales” y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos (...)”¹⁹.

En suma, la naturaleza iusfundamental del derecho depende de la existencia de las características que le son *per se* y no de su ubicación normativa. Al respecto sostiene el ExMagistrado Manuel José Cepeda:

“(...) De la discusión anterior se deducen importantes conclusiones que bien vale la pena enumerar.

1. Los derechos fundamentales no son exclusivamente los del capítulo I del título II.
2. Los criterios puramente formales para identificar los derechos fundamentales son una guía auxiliar pero no principal ni determinante, ni suficiente. Por eso, aún derechos incluidos en el capítulo I del título II podrían no ser fundamentales, como sucede con el derecho a la paz, el cual a pesar de su profundo significado, es un derecho colectivo.
3. El concepto de “derechos fundamentales” es diferente del concepto de de “derechos de aplicación inmediata”, al cual se refiere el artículo 85 de la Constitución.
4. Puede haber derechos fundamentales no expresamente enunciados en la Constitución, puesto que aquellos que son inherentes a la persona humana son por su naturaleza fundamentales (art.94 de la Constitución).
5. No todos los derechos mencionados o definidos en la Constitución son fundamentales, así esta sea Ley fundamental de la República.
6. Corresponde a los jueces señalar cuáles son los derechos fundamentales.
7. Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia son guía auxiliar en esta tarea doctrinaria
8. El carácter “fundamental” de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias del tiempo, modo y lugar del caso (...)”²⁰

En igual sentido, el profesor Diego Higuera, tratándose de la aproximación al concepto de derecho fundamental ha sostenido:

19 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

20 CEPEDA, Manuel José. “Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991”. Temis, 1992, pp. 4 y 5.

“El Derecho Fundamental es la garantía de relación directa en la protección de la dignidad humana, lo más valioso de un ser y aquello que siempre se debe respetar al máximo, se puede considerar como la garantía contenida en una cláusula o norma integrada en un sistema de reforma agravado, entonces debe estar en una Constitución la cual se define en si misma en esta idea positivista como el conjunto normativo en el cual hay más exigencias de reformas que las otras Leyes, igualmente puedo entenderlo como el derecho humano positivizado en una norma de carácter superior.”²¹

Además de lo anotado, otra dimensión del objeto de la acción de tutela, la constituye tal como lo explica el profesor Manuel Fernando Quinche²², el hecho de dar cumplimiento por parte del Estado a compromisos de carácter internacional que Colombia había adquirido con anterioridad, los cuales son a saber:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en 1966 el cual establece en su artículo 2 literal a) que los Estados se comprometen a garantizar que toda persona que le haya sido violados sus derechos y libertades contenidas en el pacto tendrá un recurso efectivo de protección frente a dichas violaciones.

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en 1969 la cual establece a tenor de su artículo 25 que toda persona *“tiene derecho a un recurso sencillo y rápido (...) efectivo ante los jueces o tribunales competentes que le ampare contra actos que le violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención...”*.

De las anteriores referencias resulta fácil decantar que el Estado Colombiano a pesar de haber suscrito los pactos internacionales en comento y de haberlos ratificado, se encontraba en mora de dar cumplimiento a los mismos en el sentido de crear un instrumento efectivo de protección que garantizara a los ciudadanos la posibilidad real y material de amparo de sus derechos

21 HIGUERA JIMÉNEZ, Diego Mauricio. Bloque de constitucionalidad en Colombia: Jurisprudencia y doctrina, Tunja: Editorial Académica Española – Universidad Santo Tomás, 2012. p. 23.

22 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. “Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas”. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley. 2010. pp. 341 y 342.

fundamentales, lo cual fue superado con la consagración de la acción de tutela y su ulterior reglamentación mediante el Decreto Ley 2591 de 1991.

1.3. Protección Integral.

El amparo en sede de tutela puede solicitarse frente a la violación del derecho, con el objeto de restituir (si es posible) el *status quo* de protección del mismo o en su defecto, el cese inmediato de la violación.

Además la acción en comento también puede ser instaurada frente a la simple amenaza de violación del derecho; es decir, que protege también en sede cautelar o preventiva y cuyo *petitum* estará dirigido a evitar que efectivamente se materialice el daño.

Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...) Sin embargo, no puede perderse de vista que la Constitución Política, en su artículo 86, al consagrar los motivos por los cuales puede ejercerse acción de tutela, no se limita a prever hechos que impliquen violación de los derechos fundamentales sino que contempla la amenaza de los mismos como posibilidad cierta e inminente de un daño futuro susceptible de evitarse mediante la protección judicial.

Hallarse amenazado un derecho no es lo mismo que ser violado. La amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla.

La amenaza a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones: puede estar referida a las circunstancias específicas de una persona respecto al ejercicio de aquel; a la existencia de signos positivos e inequívocos sobre el designio adoptado por un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho; o estar representada en el desafío de alguien (tentativa), con repercusión directa sobre el derecho de que se trata; también puede estar constituida por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho; igualmente pueden corresponder a una

omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se acreciente un riesgo; también es factible que se configure por la existencia de una norma -autorización o mandato- contraria a la preceptiva constitucional, cuya aplicación efectiva en el caso concreto sería en sí misma un ataque o un desconocimiento de los derechos fundamentales. En este último evento, la utilización del artículo 86 de la Carta se cristaliza en la inaplicación del mandato o autorización inconstitucional en el caso particular, con arreglo al artículo 4º de la Carta, siempre y cuando se cumpla el requisito de la incompatibilidad entre los dos preceptos (...).²³

De igual manera, en posterior sentencia del año 2006 reitera la Corporación los requisitos para la protección mediante acción de tutela frente a la amenaza de derechos fundamentales de la siguiente forma:

“(...) En tal sentido, la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados.

En sentencia T-647 de 2003²⁴, se dejó en claro cuáles son las características que debe tener la posible amenaza para que sea viable la protección por vía de la acción de tutela:

“Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado.

“De esta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo

23 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

24 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

solicitado.²⁵ La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro. (...)”²⁶.

Del citado desarrollo jurisprudencial, podemos decantar que la acción de tutela protege integralmente las dos dimensiones de posible afectación:

- a) La amenaza al derecho. Es decir, que no se requiere de la existencia material del daño para solicitar judicialmente la protección del derecho; basta que pueda sumariamente probarse la potencialidad de daño generada por la acción u omisión de la autoridad pública o los particulares sujetos pasivos de dicha acción. Es una verdadera dimensión tuitiva o cautelar (*ex - ante*), en la medida que persigue esencialmente la prevención de la vulneración del derecho.
- b) La violación del derecho. Esta se convierte en la expresión reactiva o *ex - post* de protección, en la medida que la acción de tutela protege también frente a la vulneración material, morigeración o conculcación del derecho con miras a perseguir en lo posible el retornar a un *status quo* o por lo menos evitar que el daño se siga presentando.

1.4. Herramienta de soporte de un mandato de acción o abstención

Los derechos son: “*Máximas de optimización que deben ser realizados en la medida de lo posible*”²⁷ que suponen en ocasiones mandatos de promoción o de abstención; y, en principio, el primer llamado a su respeto y garantía es el Estado a través de sus agentes investidos de la calidad de autoridad pública.

Por lo tanto, si dichos agentes violan los mandatos de promoción (a través de su actuar omisivo²⁸), puede emplearse la tutela para obtener una orden de

25 Ver Sentencia T-677/97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

26 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502 DE 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

27 ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Ernesto Garzón Valdés (trad), Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 20.

28 Dejar de hacer lo que se tiene el deber jurídico de hacer.

“hacer” por parte del juez constitucional; *a contrario sensu*, si la violación y/o amenaza proviene de la conculcación de los mandatos de abstención (cuando la autoridad pública viola una prohibición de intervención en los derechos), el *petitum* en sede de tutela deberá buscar que el juez constitucional ordene que dicha acción cese (es decir una orden de “dejar de hacer”) y de ser posible, se restituya el *status quo* del derecho.

Con respecto a la aplicación de los mandatos de promoción y abstención la Corte ha sostenido:

“(…) La igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. La Constitución reconoce la igualdad, como un principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica fórmula de igualdad ante la Ley, para erigirse en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material. Bajo esta perspectiva, un propósito central de la cláusula de igualdad, es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados; protección que en un Estado social de derecho, se expresa en una doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendentes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención). En relación con el primero, existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Esto se deriva principalmente de la cláusula de igualdad formal y del principio de no discriminación establecido en el inciso primero del artículo 13.(…)”²⁹.

En muchas ocasiones la aplicación de los principios en el caso concreto puede generar problemas en la determinación de cuáles son los mandatos de promoción y cuáles los de abstención y/o entrar en colisión unos con otros, *verbi gracia*, cuando el juez constitucional ha de resolver el caso de la incautación de los bienes y desalojo de los vendedores ambulantes, existe una colisión entre el derecho al trabajo y el derecho al espacio público, lo cual impone un deber de aplicación de una clase muy especial de hermenéutica: la

interpretación constitucional. Al respecto de la particular trascendencia de la referida interpretación, anota el maestro Manuel Atienza:

“(...) En los últimos años, el problema de la interpretación –y, en particular, el de la interpretación constitucional- parece estar en el centro de la teoría jurídica. Las razones son, creo, bastante obvias. Una de ellas es de carácter de suprallegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. La otra razón deriva de la peculiaridad que tienen las constituciones –en relación con los otros materiales jurídicos- en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad – da lugar a mayores disputas- que la de normas –entendida la expresión en un sentido más amplio- del resto del ordenamiento jurídico (...)”³⁰.

Sumando a lo anterior, la colisión de principios exige del conocimiento y aplicación de la ponderación y/o el principio de proporcionalidad, lo cual genera un reto adicional para los jueces constitucionales a la hora de establecer los mandatos de acción o abstención procedentes para el caso concreto.

A título de corolario para el presente acápite, de valía resulta anotar, que solo a través de la consagración de una dogmática sustancial garantista, cercana al ciudadano, informal, comprensible y tuitiva se puede hacer posible la realización teleológica del Estado Social de Derecho.

Existe una relación estrecha e inescindible entre el Poder, Modelo de Estado y el Estatuto de Reconocimiento de los Derechos, los cuales serían absolutamente inertes sin la posibilidad de materializarlos a través de instrumentos adjetivos que permitan su fácil reclamación y protección jurídica.

30

ATIENZA, Manuel. Interpretación Constitucional. Bogotá: Universidad Libre. 2010, p. 125.

2. DIMENSIÓN PROCESAL

El presente acápite tiene como propósito examinar de forma general las principales instituciones adjetivas que subyacen en el procedimiento de tutela, con el objeto de analizar los instrumentos procesales creados para posibilitar la materialización de los derechos de carácter *iusfundamental*, mediante la referida acción.

En atención a ello se estudiarán las instituciones procesales que se presentan a continuación:

2.1. Titularidad de la acción y Legitimación por activa

El constituyente al considerar la acción de tutela no como un ejercicio de un derecho político, sino como un derecho fundamental³¹, su titularidad no se encuentra circunscrita al ciudadano sino a “*toda persona*”.

Esta consagración *in genere* destina la titularidad a las personas naturales entendidas como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del código civil; y, aunado a ello, a las personas jurídicas ya sean de derecho público o privado.

Con respecto a la titularidad de la acción de tutela en cabeza de las personas jurídicas el máximo intérprete constitucional se ha pronunciado así:

“(…) Para los efectos relacionados con la titularidad de la acción de tutela se debe entender que existen derechos fundamentales que se predicán de manera exclusiva de la persona humana, v.gr. el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); la prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15), entre otros (...).

(…) Pero otros derechos ya no son exclusivos de los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses comunes (...).

31

Con los problemas que dicho reconocimiento trae y que fueron anotados en el acápite anterior.

(...) Por lo tanto, es necesario tutelar los derechos constitucionales fundamentales de las personas jurídicas, no per se, sino en tanto instrumento para garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales, en caso concreto, a criterio razonable del juez de tutela (...).

(...) Otros derechos constitucionales fundamentales los poseen directamente las personas jurídicas, como en el caso del debido proceso (artículo 29), el derecho a la honra (artículo 21) y al buen nombre (artículo 15), entre otros (...).

(...) De esa manera entonces, las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías: indirectamente, cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturalmente asociadas, y directamente, cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre que esos derechos sean por su naturaleza ejercitables por ellas mismas (...)³².

De lo anteriormente expuesto, consideramos importante destacar lo siguiente:

- a) Es necesario examinar la naturaleza del derecho iusfundamental del cual se pretende la protección, ya que existen derechos “personalísimos” cuya titularidad resulta exclusivamente asignada a las personas naturales en virtud de estar ligados íntimamente a su estatus de humanidad, tal es el caso de derechos como la vida, la libertad de conciencia, la salud, etc.

En atención a la característica anotada, a título de ejemplo, la objeción de conciencia no puede ser invocada por las personas jurídicas, ya que dicha prerrogativa constitucional solo puede ser ejercida por las personas naturales. Respecto a lo anotado ha dicho la Corte:

“(...)La objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Solo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica

de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia.(...)³³.

- b) La protección se da en una doble vía: de forma directa, con el objeto de amparar aquellos derechos que resultan *per se* a la persona jurídica como el caso del debido proceso; y, de forma indirecta, con el objeto de proteger derechos fundamentales de las personas naturales que hacen parte de la ficción jurídica como en el caso de la libertad sindical.

Respecto a la Legitimación por activa en materia de tutela, entendiendo ésta como un concepto procesal que hace alusión a la individualización de los sujetos que puedan hacer valer judicialmente un derecho; y, concomitante a ello, a la forma como se puede postular al interior del proceso, el ordenamiento establece que la acción puede ser interpuesta directamente por el afectado con la amenaza y/o violación de sus derechos³⁴, es decir, en causa propia; pero además también se puede postular a través de su representante legal, apoderado judicial, autoridades competencialmente investidas para tal fin y hasta por medio de la agencia oficiosa, según el caso.

Tratándose de la interposición de la acción de tutela a través de la figura procesal de la agencia oficiosa, la Corte Constitucional ha expresado:

“(...) A pesar de la informalidad que caracteriza la acción de tutela, ella requiere el cumplimiento de ciertos requisitos de procedibilidad, uno de ellos, la titularidad para su ejercicio. El artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela puede ser interpuesta por sí mismo o por quien actúe en su nombre, cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados. En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dispuso que la acción de tutela puede ser instaurada directamente por la persona agraviada en sus derechos fundamentales o a través de representante. No obstante, esa disposición también contempló la posibilidad de agenciar derechos ajenos, de suerte que un tercero pueda, ante la imposibilidad física o mental del titular del derecho, actuar en su nombre.

Esta Corporación en relación con el tema de la agencia oficiosa, ha consolidado una jurisprudencia que es pertinente recordar para los efectos de esta providencia. En efecto, ha señalado que entre los elementos normativos

33 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas.

34 No se requiere ostentar la calidad de ciudadano en ejercicio, por lo tanto, esta puede ser instaurada por menores de edad, extranjeros, personas con suspensión de sus derechos políticos o civiles, etc.

de dicha figura se encuentran: “(i) La manifestación³⁵ del agente oficioso en el sentido de actuar como tal. (ii) La circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir³⁶, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas³⁷ o mentales³⁸ para promover su propia defensa. (iii)

35 Sobre el requisito de manifestar que se actúa bajo tal condición y que el agenciado se encuentra en imposibilidad de promover su defensa, la Corte ha realizado interpretaciones dirigidas a restarle rigidez según las circunstancias del caso. Por ejemplo, en la Sentencia T-555 de 1996, la Corte resolvió el caso de un agente oficioso (estudiante de consultorio jurídico) que promovió tutela a favor de una persona para lograr protección de su derecho a la *no reformatio in pejus*, y no manifestó la circunstancia de imposibilidad de promover su propia defensa en la cual aquel se encontraba. En esta oportunidad la Corte concedió la tutela bajo la idea según la cual los derechos involucrados tenían además una dimensión objetiva que hacía imperiosa su protección, por lo cual “en aquellos casos en que, como en el presente, se encuentra de por medio la efectividad de un derecho fundamental con dimensiones de carácter objetivo y la violación a este derecho es manifiesta y constatable *prima facie*, el agente oficioso - en razón de la naturaleza del derecho fundamental cuya vulneración se debate - actúa, adicionalmente, en nombre de un interés general, que supera el interés individual de la persona cuyos derechos agencia.”

36 Sobre la posibilidad de inferir la situación de imposibilidad de promover la propia defensa, la Corte se pronunció en sentencia T-452 de 2001, en este caso la Corte revisó la sentencia de un juez que negó la tutela de los derechos de un agenciado bajo el argumento de que el agente no señaló expresamente la situación en que aquel se encontraba y que le impedía promover su propia defensa, no obstante que en del escrito tal situación se mostraba como evidente. En esta oportunidad la Corte consideró la posibilidad de pronunciarse de fondo tras aceptar la existencia de una “agencia oficiosa tácita”, ya que según la Corte: “La exigencia de estos requisitos (la manifestación de la imposibilidad) no puede interpretarse *formalmente*, es decir, su cumplimiento no está supeditado a la existencia, dentro de la petición de tutela, de frases sacramentales o declaraciones expresas que den cuenta de la agencia oficiosa, pues bien puede ocurrir -como en el caso que es objeto de estudio en esta oportunidad por parte de la Corte- que las circunstancias que impiden que una persona actúe a nombre propio, justificando la intervención oficiosa de otro, sean hechos que se desprenden naturalmente de la narración hecha por el petente...” Además, esto fue posible porque la Corte constató que el agenciado no corría riesgo alguno por el acto de la agencia, lo cual para la Corte solo es posible “siempre que exista un respaldo fáctico del cual se pueda deducir -no simplemente presumir- que se está realizando un acto a favor de otro.”

37 En la sentencia T-342 de 1994, dos personas actuando como agentes oficiosos para la defensa de los derechos fundamentales a la diversidad étnica y consecuentemente los derechos a la igualdad, autonomía, libertad de conciencia, libertad de expresión, etc., de la comunidad indígena nómada Nukak Maku debido a que una asociación asentada en un lugar estratégico en el departamento del Guaviare había comenzado una serie de actividades dirigidas a la catecumenización y reducción cultural de los indígenas, la Corte decidió que la agencia oficiosa era en ese caso procedente, porque además de haberlo manifestado expresamente, “Las circunstancias actuales de aislamiento geográfico, desconocimiento jurídico, incapacidad económica y limitaciones de lenguaje que presentan los integrantes de dicha comunidad, se corroboró que éstos no están en condiciones de promover su propia defensa.” De esta forma, se amplía notablemente el referente de la expresión del Decreto 2591 de 1991 “No encontrarse en condiciones físicas”, pues no se alude con el mismo solamente a incapacidad estrictamente física como limitación corporal, sino que alude a un marco más amplio de condiciones materiales.

38 En la sentencia T-414 de 1999 el padre de una persona mayor de edad enferma mental, actuando como agente oficioso presenta acción de tutela con el fin de lograr la protección de los derechos a la salud y a la seguridad social de su hija. La Corte frente al requisito de “las condiciones para promover su propia defensa” en el presente caso afirmó que “...para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable no sólo que el agente oficioso afirme actuar como tal, sino que además demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia.” (subrayas fuera de texto).

La existencia de la agencia no implica³⁹ una relación formal⁴⁰ entre el agente y los agenciados titulares de los derechos (iv) La ratificación⁴¹ oportuna⁴² por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente”⁴³ (...)⁴⁴.

En resumen, de conformidad con lo anotado y sumado al contenido normativo del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 y los artículos 26 y s.s. del Decreto Ley 262 de 2000, pueden interponer acción de tutela:

a) La persona afectada y/o vulnerada en causa propia.

39 En la sentencia T-422 de 1993, según la Corte, “No corresponde a la esencia de la agencia oficiosa y tampoco se aviene a su naturaleza, exigir la configuración de una relación formal entre el agente y los titulares de los derechos que no están en condiciones de promover su propia defensa. Por el contrario, se trata de una relación de hecho que puede reclamar efectos jurídicos válidos y desplegar eficacia representativa si se cumplen los requisitos previstos en la Ley.” Reiterada en Sentencia T-421 de 2001.

40 En este predicado, propio de la agencia oficiosa, se concreta el principio constitucional de solidaridad de tal forma que la posibilidad de agenciar derechos ajenos está abierta para cualquiera persona, en este sentido no se requiere la existencia de relación alguna, ya sea con fundamento en la filiación, el parentesco o en relaciones contractuales específicas. Así por ejemplo en el caso de agencia oficiosa de derechos fundamentales de menores en la sentencia T-408 de 1995, la Corte concedió la tutela en un proceso promovido por la abuela de una menor quien actuaba como agente oficiosa de su nieta para proteger su derecho fundamental a no ser separada de su madre, debido a que el padre se negaba a permitirle a su hija visitar a su madre por encontrarse privada de la libertad. Frente a la posibilidad de presentar acción de tutela como agente oficioso de menores afirmó: “...cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal.” Igualmente ver la sentencia T-029 de 1993, caso de agencia oficiosa de derechos fundamentales del indigente, o la sentencia T-422 de 1993, caso de la agencia oficiosa de los derechos de los vecinos.

41 El requisito de ratificación se introduce de una manera incipiente pero determinante en la Sentencia T-044 de 1996 En este caso no se concede la tutela pretendida por un falso agente debido a que la agenciada no ratificó ni los hechos ni las pretensiones de la acción incoada. En la Sentencia T-277 de 1997 el agente oficioso esposo de la titular del derecho a la salud, interpone acción de tutela con el fin de que se ordenará una intervención quirúrgica, la titular con posterioridad se dirigió al juzgado y ratificó los hechos y las pretensiones, por lo cual la Corte consideró que se configuraba en el caso la legitimación en la causa, por consiguiente consideró procedente entrar al examen de fondo sobre los hechos. Para la Corte en este caso el requisito de ratificación se encuentra implícito en el requisito de “imposibilidad de promover la propia defensa” reforzado con los argumentos del respeto tanto a la autonomía personal (art., 16) como a la dignidad humana (art., 1) sobre estas consideraciones ver sentencia T-503 de 1998

42 En la sentencia T-088 de 1999, la Corte reiterando jurisprudencia concluyó que el abogado, quien actuaba como apoderado del interesado para obtener cumplimiento de un fallo de tutela anterior, carecía de poder especial para el caso y no actuó como agente oficioso, En esta ocasión resolvió la Corte que no vale el poder otorgado para tutela anterior por lo cual negó el amparo. Igualmente frente al tema de la ratificación afirmó que por haberse presentado en sede de revisión, además de ser improcedente en el caso, la misma era inoportuna.

43 Sentencia. T-531/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

44 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-809 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

- b) El representante legal de la persona natural o jurídica aportando en debida forma la prueba de la representación (y de existencia en los casos de personas jurídicas de derecho privado).
- c) El apoderado judicial de la persona natural o jurídica sea este un profesional del derecho o un estudiante de consultorio jurídico debidamente facultado, en ambos casos aportando la prueba de la representación. Resulta oportuno recordar que tal como lo establece el Decreto Ley 2591 de 1991 los poderes en materia de tutela se presumen auténticos, y, por lo tanto no requieren de presentación personal.
- d) El agente oficioso en los términos expuestos en la sentencia T-809 de 2003 cuyos apartes fueron transcritos en el presente apartado.
- e) El defensor del pueblo y sus delegados en el orden nacional y departamental.
- f) Los personeros distritales y municipales.
- g) El Procurador General de la Nación y sus delegados.

2.2. Legitimación por pasiva

La Acción de tutela procede por regla general contra los servidores del Estado que por su acción u omisión lleguen a violar o amenazar los derechos constitucionales fundamentales de los ciudadanos; es decir, que el diseño de la institución de tutela en principio fue pensado para contrarrestar el abuso de quien detenta el poder respecto de los derechos de sus destinatarios.

Sin embargo, la Constitución habilita para que la tutela también pueda ser dirigida en contra de particulares, dicha prescripción fue posteriormente regulada en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 mediante el cual se establecieron las circunstancias de procedencia de dicha acción en contra de los particulares que se encuentren en algunas de las siguientes circunstancias:

“1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación.

2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.
3. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.
8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.
9. Cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

En atención a la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, la Corte Constitucional ha manifestado:

“(…) Ahora bien, la procedencia de la acción de tutela contra particulares está supeditada, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política, a la existencia de uno de los siguientes presupuestos:

- a. Que el particular esté encargado de un servicio público;

- b. Que el particular afecte gravemente el interés colectivo;
- c. Que el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En esos tres eventos, tal como lo precisó esta Corporación, se puede presentar la vulneración de cualquier derecho fundamental de una persona por parte de un particular. Dijo la Corte:

“La institución de la tutela, tal como quedó plasmada en nuestro ordenamiento constitucional, implica un notable avance en relación con similares instituciones en otros ordenamientos. En efecto, el Constituyente de 1991 contempló la posibilidad de que la tutela procediera también contra particulares, lo cual no está previsto en otras legislaciones. Posiblemente se debe ello a que, en principio, se ha considerado erróneamente, que es el Estado, a través de las autoridades públicas, quien viola por acción u omisión, los derechos fundamentales de las personas, cuando la realidad demuestra que estos también son vulnerados, en forma quizás más reiterativa y a menudo más grave, por los mismos particulares. (Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994., M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) (...)”⁴⁵.

Respecto a la diferencia entre estado de subordinación y estado de indefensión la Corte ha señalado:

“(...) Sobre éste último punto la Corte ha definido la subordinación como la condición de una persona que la hace dependiente de otra, es decir, surge por virtud de una relación jurídica; generalmente nace por la celebración de un contrato de trabajo, aún cuando también puede configurarse, por ejemplo, en el caso de los estudiantes frente a los profesores y las directivas, o de los hijos frente a sus padres.

El estado de indefensión, por el contrario, se presenta cuando frente a la acción u omisión de un particular la persona está desamparada, desprovista de un medio de defensa eficaz para resistir o repeler la agresión o amenaza a un derecho. En otras palabras, el afectado con el comportamiento de un particular que carece de un mecanismo de defensa idóneo para garantizar el ejercicio de sus derechos fundamentales, se encuentra en una situación de

indefensión. Al respecto la Corte, en Sentencia T-317 de 2001, explicó lo siguiente:

“Bajo estos supuestos, es claro que para efectos de la procedencia de la acción de tutela, las circunstancias que se invocan como presupuestos de la indefensión, deben ser analizadas por el juez constitucional atendiendo los antecedentes propios del caso sometido a estudio⁴⁶ y el tipo de vínculo existente entre el accionante y el actor. Sin embargo, como se desprende precisamente de esta observación, no existe definición ni circunstancia única que permita delimitar el contenido del concepto de indefensión, teniendo en cuenta que éste puede derivarse de diversas circunstancias, como lo describe la sentencia T-277 de 1999⁴⁷, que pone de presente algunas de ellas, al tenor de la jurisprudencia constitucional, como son, entre otras: i) la falta, ausencia o ineficacia de medios de defensa de carácter legal, material o físico, que le permitan a quien instaura la acción, contrarrestar los ataques o agravios que, contra sus derechos constitucionales fundamentales, sean inferidos por el particular contra el cual se impetra la acción⁴⁸; ii) la imposibilidad del particular de satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular⁴⁹; iii) la existencia de un vínculo afectivo, moral, social⁵⁰ o contractual, que facilite la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas de los derechos fundamentales de una de las partes, v.g. la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc.⁵¹; iv) El uso de medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro, v.g. la publicación de la condición de deudor de una persona por parte de su acreedor en un diario de amplia circulación⁵² o la utilización de chepitos para efectuar el cobro de acreencias⁵³ (...)”⁵⁴.

46 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-172/99 y T-237/98..

47 CORTE CONSTITUCIONAL.. Sentencia T-277 de 1999. M.P Alfredo Beltrán Sierra.

48 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-573 de 1992; 190 de 1994 y 498 de 1994, entre otras.

49 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-605 de 1992; T-036; T-379 de 1995; T-375 de 1996 y T-801 de 1998,

50 CORTE CONSTITUCIONAL. Caso de Club social y derecho de asociación. Sentencia T-003/94.

51 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias 174 de 1994; T-529 de 1992; T; T-233 de 1994, T-351 de 1997.

52 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-411 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

53 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-412 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

54 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-595 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Por último, de valía resulta anotar que el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) en su artículo 2 establece que los particulares que cumplan funciones administrativas se les dará el nombre de “autoridades”.

Lo anterior genera un efecto jurídico en la concepción de la legitimidad por pasiva en materia de tutela, pues desde la vigencia jurídica de la citada normativa (02 de julio de 2012) todos los particulares que cumplan funciones administrativas y que con ocasión del ejercicio de dichas funciones por acción u omisión lleguen a vulnerar y/o amenazar derechos fundamentales podrán ser sujetos pasivos de la acción de tutela, pero no a título de particulares sino a título de autoridades.

2.3. Competencia y Reglas de Reparto.

La acción de tutela desde su consagración constitucional trae una regla de competencia abierta, en la medida que el artículo 86 superior estipula que *“toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (...)”*, instituyendo una expresión del sistema difuso de constitucionalidad en materia de tutela; en razón a ello, un ciudadano que requiera amparar sus derechos fundamentales a través de Esta vía puede acudir ante cualquier juez de la República para demandar la referida protección.

No obstante lo anotado, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 establece dos reglas de reparto con fundamento en el factor territorial así:

- a) A prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

En reciente Auto emitido por la Corte Constitucional, se ha reiterado lo que se entiende por la expresión “a prevención” en los siguientes términos:

“(…) De manera que el alcance de la expresión competencia ‘a prevención’, en los términos de las disposiciones precedentemente citadas (artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000), debe entenderse circunscrita a la posibilidad con que cuenta el demandante de presentar su solicitud de tutela (i) ante el juez con

jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que la motivare o, a su elección, (ii) ante el juez con jurisdicción en el lugar donde se produjeran sus efectos. Solicitud de amparo que se repartirá a través de la oficina judicial respectiva encargada de efectuar la distribución y asignación de estos casos, en los lugares donde exista. (...)”⁵⁵

b) Serán competentes los jueces del circuito del lugar respecto de las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación.

Posteriormente se expide el Decreto 306 de 1992 el cual también estableció unas reglas de reparto; sin embargo esta norma fue derogada (especialmente el artículo 8) por el Decreto 1382 de 2000, por medio del cual se fijan los criterios actuales de reparto en materia de tutela, destacando las siguientes disposiciones:

“Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, salvo lo dispuesto en el siguiente inciso, serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura.

A los jueces del circuito o con categorías de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

A los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden Distrital o municipal y contra particulares. Las acciones de tutela dirigidas contra la aplicación de un acto administrativo general dictado por una autoridad nacional serán repartidas para su

55 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 007 A de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Mediante el cual se reiteran entre otros los Autos 067 de 2011 y autos 124 y 171 de 2011, entre otros.

conocimiento al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, siempre que se ejerzan como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad y estas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas establecidas en el presente numeral.

2. Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial, le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

Lo accionado contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento al que se refiere el artículo 4º del presente Decreto⁵⁶.

Cuando se trate de autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 116 de la Constitución Política, se aplicará lo dispuesto en el numeral 1º del presente artículo.”

El citado Decreto 1382 de 2000 fue demandado mediante acción de nulidad por inconstitucionalidad, pero la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado desestimó, mediante sentencia de julio 18 de 2002, la mayoría de los cargos de nulidad contra el mencionado acto administrativo, pues consideró que no era contrario al artículo 86 de la Constitución porque establecía normas de reparto y no de competencia.

De conformidad a las reglas desarrolladas por el Decreto en comento para realizar el reparto de tutela, comenzaron a darse innumerables problemas en la práctica siendo bastante usual que se propusieran por parte de los jueces conflictos de competencia que llevaban a la desprotección material de los

56 ARTÍCULO 4º-Los reglamentos internos de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, podrán determinar que los asuntos relacionados con el conocimiento de la impugnación de fallos de acción de tutela sean resueltos por salas de decisión, secciones o subsecciones conformadas para tal fin. Así mismo determinará la conformación de salas de decisión, secciones o subsecciones para el conocimiento de las acciones de tutela que se ejerzan contra actuaciones de la propia corporación, a las que se refiere el inciso 2º del numeral 2º del artículo 1º del presente Decreto.

derechos de los ciudadanos en la medida que mientras se desataba, tramitaba y fallaba el conflicto de competencia transcurrían mucho más de los 10 días hábiles que la misma Constitución fija para fallar en primera instancia.

Debido a la incertidumbre jurídica generada por una triple regulación de reparto: artículo 86 de la Constitución, artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, la Corte Constitucional mediante dos autos estableció unas reglas hermenéuticas para la aplicación de dichas normativas así:

- a) Mediante Auto de 071 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió otorgar efectos *inter pares* a la decisión de inaplicar el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, para que en aquellos casos semejantes, todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido.
- b) Mediante Auto 228 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional advierte la inexistencia de la aplicación del conflicto de competencias en materia de tutela (con excepción de la tramitadas en contra de la prensa y los medios de comunicación) ordenando al juez que recibe la demanda tramitarla y decidirla dentro del estricto cumplimiento del término constitucional.

Al respecto anota la Corporación en el citado Auto:

“(...) 4.- Es por ello que la Corte Constitucional ha precisado que “la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2 C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 *ibídem*) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 *ibídem*)”⁵⁷.

5.- Con fundamento en lo anterior, esta Corte estableció, en el auto 124 de 2009, las siguientes reglas para la resolución de los conflictos de competencia en materia de tutela, las cuales son, simplemente, consecuencias naturales de la jurisprudencia constitucional tantas veces reiterada por esta Corporación:

- (i) Un error en la aplicación o interpretación de las reglas de competencia contenidas en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 puede llevar al juez de tutela a declararse incompetente (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación). La autoridad judicial debe, en estos casos, declararse incompetente y remitir el expediente al juez que considere competente con la mayor celeridad posible.
- (ii) Una equivocación en la aplicación o interpretación de las reglas de reparto contenidas en el Decreto 1382 de 2000 *no* autorizan al juez de tutela a declararse incompetente y, mucho menos, a declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia. El juez de tutela debe, en estos casos, tramitar la acción o decidir la impugnación, según el caso.
- (iii) Los únicos conflictos de competencia que existen en materia de tutela son aquéllos que se presentan por la aplicación o interpretación del factor de competencia territorial del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 (factor territorial y acciones de tutela que se dirijan contra los medios de comunicación).
- (iv) *Ninguna* discusión por la aplicación o interpretación del Decreto 1382 de 2000 genera conflicto de competencia, ni siquiera aparente. Por tanto, en el caso de que dos autoridades judiciales promuevan un conflicto de competencia por este motivo, el expediente será remitido a aquella a quien se repartió en primer lugar con el fin de que la acción de tutela sea decidida inmediatamente, *sin que medien consideraciones adicionales relativas a las normas de reparto*. Lo anterior no obsta para que esta Corporación o el superior funcional al que sea enviado un *supuesto* conflicto de competencia, proceda a *devolver* el asunto, conforme a las reglas de reparto del Decreto 1382 de 2000, en aquellos supuestos en que se presente una distribución caprichosa de la acción de tutela fruto de una manipulación grosera de las reglas de repartos contenidas en el mencionado acto administrativo, como sería el caso de la

distribución equivocada de una acción de tutela interpuesta contra una providencia judicial emanada de una de las Altas Cortes (...)”⁵⁸

De lo anteriormente expuesto, resulta fácil advertir que las reglas de reparto desarrolladas a través del poder reglamentario del ejecutivo se subordinan a la regla de competencia establecida en la Constitución por el poder constituyente, en procura de brindar un verdadero acceso a la administración de justicia y concomitante a ello, una tutela judicial efectiva.

La referida cláusula de competencia *in genere* también ha sido objeto de reflexión por parte de la doctrina calificada, en donde se encuentran posiciones de diferente índole entre las cuales se destacan los partidarios del mantenimiento de la medida, por considerar que dicha competencia debe estar en cabeza de todos los jueces (control difuso), ya que de esta forma se fortalece el principio democrático, la inmediación y la relación dinámica del juez como parte activa de un entorno social. Al respecto sostiene el profesor Rodolfo Arango Rivadeneira:

“(…) Una de las mayores ventajas de la jurisdicción constitucional de tutela en Colombia, radica en que ella, a diferencia del sistema concentrado existente en Europa y en otros países que han adoptado el control constitucional, está compuesta por la totalidad de los jueces de la república. Se trata de una jurisdicción difusa que maximiza el principio de inmediación y, con ello, el acceso a la justicia para la protección de los derechos fundamentales. (...)”⁵⁹

A *contrario sensu*, otras voces se alzan en torno a la crítica de dicha cláusula abierta de competencia, y, defienden la consagración de un sistema concentrado en donde los jueces de tutela sean jueces especializados en la materia con el objeto de disminuir la mora judicial y el grado de falibilidad por ignorancia de los jueces que no poseen el suficiente conocimiento técnico. Al respecto, el profesor Andrés Velandia Canosa manifiesta:

58 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 228 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

59 ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 200.

“(…) Consideramos que una de las principales causas de la mora judicial, ha sido atribuir al juez ordinario o administrativo el conocimiento del control de constitucionalidad concreto, es decir, aquel que proviene del control de constitucionalidad en casos particulares, tal como sucede con la acción de tutela, la acción de hábeas corpus, la acción popular, la acción de grupo o la acción de cumplimiento (...)”⁶⁰.

Se comparte la segunda tesis, en la medida que la creación de un sistema concentrado integral en materia de tutela⁶¹ permitiría el aumento en la idoneidad y experticia de los jueces constitucionales quienes se dedicarían con exclusividad al estudio y aplicación de la disciplina redundando en la calidad técnica de los fallos, y, concomitante a ello, se estaría fortaleciendo un mejor canal para el acatamiento y consolidación del precedente constitucional.

Sumado a lo anterior, se genera como efecto indirecto una descongestión efectiva de los despachos ordinarios, habida cuenta que al no tener competencias constitucionales podrían dedicarse en exclusiva a la atención de sus procesos de conocimiento.

El hecho de concentrar la competencia no atenta contra el principio democrático ya que en un Estado Social de Derecho la democracia en instancias decisorias se materializa mucho más en deliberación que en la simple participación; es decir, resulta mas deseable para un esquema democrático, que quienes decidan sean “menos” pero más idóneos y capaces de generar una deliberación efectiva, y no, a contrario sensu, sean “más” pero desprovistos de la suficiente experticia disciplinar.

La justicia constitucional requiere de jueces capaces de desarrollar el verdadero debate que supone el abordaje de temas de especial sensibilidad jurídico – política, y, concomitante a ello, la capacidad técnica para generar decisiones mas eficientes desde la asignación de los derechos pero justas desde la distribución de los mismos.

60 VELANDIA CANOSA, Andrés. Teoría constitucional del proceso. Bogotá : Doctrina y Ley, 2009. p. 75-76.

61 Emulando la organización de la jurisdicción de lo contencioso – administrativo en donde se tendrían tres niveles de decisión: Corte constitucional (órgano de cierre), Tribunales Constitucionales (instancia de segundo piso) y Jueces Constitucionales (Instancias de primer piso).

2.4. Caducidad e Inmediatez de la acción

La regulación constitucional de la tutela no contempla un término de caducidad para el ejercicio de dicha acción, por el contrario, su consagración normativa establece que la misma puede ser ejercida “en todo momento y lugar”, lo cual tiene razón de ser en la medida que los derechos que protege (fundamentales) no prescriben; es decir, si el derecho sustantivo no se encuentra sujeto a un término de prescripción, resulta corresponsal a ello, que la herramienta adjetiva o procesal de protección tampoco caduque.

No obstante lo anotado, la acción de tutela debe ser ejercida dentro de un término razonable el cual ha de evaluarse en el caso concreto, para evitar que la falta de consagración de un límite temporal para el ejercicio de la acción se traduzca en un abuso del derecho.

Al respecto, el máximo intérprete constitucional se ha referido a éste punto desde prematura jurisprudencia en los siguientes términos:

“(…) Así, se ha dicho que la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, es decir que no tiene término de caducidad, razón por la cual el juez no puede rechazarla aduciendo que transcurrió demasiado tiempo y, por el contrario, debe entrar a estudiar el asunto de fondo. Sin embargo, el hecho de que la acción de tutela no sea interpuesta una vez ocurrida la violación al derecho fundamental, trae unas consecuencias que ya fueron advertidas por esta Corporación. En efecto, la sentencia de unificación SU-961 de 1999, planteó el siguiente problema jurídico:

“¿Quiere decir esto que la protección deba concederse sin consideración al tiempo transcurrido desde el momento en que ha tenido lugar la violación del derecho fundamental?

“Las consecuencias de la premisa inicial, según la cual la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, se limitan al aspecto procedimental de la acción, en particular a su admisibilidad, sin afectar en lo absoluto el sentido que se le deba dar a la sentencia. Todo fallo está determinado por los hechos, y dentro de estos puede ser fundamental el momento en el cual se interponga la acción, como puede que sea irrelevante.”

“Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.”

“Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda.”⁶²

No debe entonces confundirse el elemento procesal de ausencia de caducidad que permite la interposición de la acción de tutela en cualquier momento, con el elemento de fondo relacionado con la presentación tardía de ésta. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto⁶³(...)”⁶⁴

En posterior sentencia la Corte se reitera en su precedente anotando:

“(...) El término razonable para la interposición de la tutela ha sido tema reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación que ha advertido en varias ocasiones que “una de las características esenciales de la acción de tutela es la inmediatez, es decir que su interposición no admite espera, ya que de no interponerse inmediatamente podría causarse un perjuicio irremediable... (...)”⁶⁵.

De las citadas providencias, aunado a la *ratio decidendi* de la sentencia T-684 de 2003 y a las reflexiones que sobre el particular anota el profesor Manuel Fernando Quinche en el texto antes referido, los criterios mínimos a tener en

62 SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; ver T-173 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, que dice: “La Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 el cual consagraba un término perentorio para la interposición de la tutela, declarándolo inexecutable, estableció que no existe término de caducidad para la interposición de la acción de amparo (Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).”

63 Sentencia T-957 de 2002

64 Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

65 Sentencia T-957 de 2002.

cuenta para determinar si una acción de tutela se encuentra propuesta dentro de un término razonable son a saber:

- a) Determinar si existió un motivo válido para justificar la inactividad de los accionantes.
- b) Determinar si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión.
- c) Determinar si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.
- d) Determinar si existieron causas exógenas que impidieron la interposición oportuna de la acción.
- e) Determinar la actualidad de la amenaza y/o violación de los derechos.

Resulta importante reiterar que la revisión de los criterios mínimos citados debe hacerse dentro del análisis del caso concreto, ya que la única regla general de aplicación es la no caducidad de la acción; no obstante, una mirada al caso particular podría establecer la regla subsidiaria de improcedencia por vulneración del principio de inmediatez.

2.5. Subsidiariedad de la acción

La acción de tutela será procedente de manera directa, siempre y cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial; sin embargo, podrá utilizarse como mecanismo transitorio de protección (vía indirecta), cuando a pesar de existir otro medio de defensa se configure un perjuicio irremediable.

Respecto a las categorías sustantivas y adjetivas en comento, el máximo intérprete constitucional ha manifestado:

“(…) Como es suficientemente conocido, la acción de tutela fue consagrada por el Constituyente de 1991 como un mecanismo al alcance de todas las personas cuando consideren vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales fundamentales ante la actuación u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos establecidos en la Constitución y la Ley⁶⁶, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (mecanismo principal), o cuando a pesar de la existencia del mismo

la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, en relación con el medio alternativo de defensa judicial la Corte desde sus inicios ha sostenido que el mismo debe servir, ser idóneo y eficaz en relación con el fin perseguido, que no es otro que la protección de los derechos constitucionales fundamentales. En ese sentido, en la sentencia de unificación SU 086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se dijo:

“[t]ambién ha sido clara esta Corporación al señalar, fundada en la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y en la necesidad, impuesta por la Carta, de dar efectividad a los derechos fundamentales (arts. 2, 5 y 86 C.P.), que en cada caso concreto el juez de tutela debe establecer la eficacia del medio judicial que formalmente se muestra como alternativo, para establecer si en realidad, consideradas las circunstancias del solicitante, se está ante un Instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y con prontitud el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza.

En otros términos, el medio alternativo de defensa judicial debe ser evaluado y calificado por el juez de tutela respecto de la situación concreta que se pone en su conocimiento”.

En ese mismo sentido, la Corte también en sede de unificación de jurisprudencia⁶⁷, expresó que:

“[E]n los eventos en que el ordenamiento jurídico tenga previsto un mecanismo ordinario de defensa judicial, la jurisprudencia constitucional tiene definido que el juez de tutela tendrá en cuenta, a partir de las consideraciones especiales del caso, dos aspectos a saber: 1º) la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial; y, 2º) los elementos del perjuicio irremediable. El medio ordinario de defensa judicial debe ser eficaz e idóneo para el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Tal grado de eficacia se aprecia en concreto, en atención a las circunstancias en que se encuentre el solicitante y de los derechos constitucionales involucrados. (...)

67 SU -070 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

No obstante lo expresado, el examen de la idoneidad del medio ordinario de defensa judicial no puede restringirse a establecer cuál es el que podrá resolver con mayor prontitud el conflicto, pues si tal ejercicio se fundara exclusivamente en dicho criterio, la jurisdicción de tutela, por los principios que la rigen y los términos establecidos para decidir, desplazaría por completo a las demás jurisdicciones y acciones, con salvedad del hábeas corpus. Si se admitiera tal consideración se desdibujaría la configuración constitucional sobre la tutela. Por ello, la Corte ha precisado que aquel “análisis impone tomar en cuenta que el juez ordinario al resolver respecto a la acción contenciosa está en la capacidad de brindar al conflicto una solución clara, definitiva y precisa, pudiendo ordenar, además, el pago de la indemnización respectiva si a ello hubiere lugar. Lo contrario, sería pasar por alto que la Ley ha dispuesto una jurisdicción y un trámite al servicio de la resolución de controversias de esta naturaleza”⁶⁸.

La acción de tutela, como se señaló, también puede ser interpuesta como mecanismo transitorio aun ante la existencia de otro medio de defensa judicial⁶⁹, siempre y cuando su finalidad no sea otra que la de evitar un perjuicio irremediable, el cual se estructura a partir de la existencia concurrente de ciertos elementos, como: la inminencia, la cual se relaciona con la exigencia de medidas inmediatas; la urgencia que tiene la persona por salir del perjuicio inminente; y la gravedad de los hechos que hace impostergable la tutela como un mecanismo indispensable para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales⁷⁰. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que “[e]l perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente que

68 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-803-02, M.P. Alvaro Tafur Gálvis. En esta sentencia se incluyó el siguiente comentario de pie de página: “La procedencia del amparo por la demora de los trámites ordinarios, se ha admitido solo excepcionalmente cuando el juez de tutela logra constatar que la tardanza en la resolución del conflicto puede hacer ineficaz el mecanismo ordinario; lo anterior, tomando en cuenta las condiciones personales del demandante. Cfr. T-352 de 2002, T-235 de 2002”.

69 El artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, consagra la tutela como mecanismo transitorio, en los siguientes términos “Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no se instaura cesarán los efectos de este.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

70 Cfr. T-225/93, T-789/00, SU544/01, SU1070/03

se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño. La gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos; además, debe resultar urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra”⁷¹(...)”.⁷².

De la argumentación esgrimida en las providencias citadas podemos decantar que la acción de tutela podrá interponerse:

- a) De forma directa. Cuando no exista otro medio de defensa judicial. Por ejemplo cuando una autoridad pública no da contestación oportuna y/o eficaz a un derecho de petición, la única herramienta judicial de protección que tendría el ciudadano sería la acción de tutela.
- b) De forma indirecta. Cuando a pesar de existir otro instrumento o mecanismo de defensa judicial, se puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección, teniendo en cuenta que:
 - i) El medio judicial de defensa existente: 1) no resulta ser lo suficientemente idóneo (dimensión material) ó 2) no resulta ser suficientemente eficaz (dimensión temporal).
 - ii) Se configure un “perjuicio irremediable” entendido como aquel riesgo inminente que resulta claro y evidente frente a un derecho fundamental, que en caso de presentarse, generaría un daño consumado; es decir, no existiría forma de repararlo.

En atención a esta aproximación conceptual referida, para que un perjuicio pueda reputarse como “irremediable”, éste debe contener los siguientes elementos o características: inminencia (que amenaza o está por suceder prontamente); urgencia (respecto de las medidas que se requieren para conjurarlo); gravedad (entorno a la intensidad del daño); impostergabilidad (respecto de las medidas de protección requeridas).⁷³

71 SU1070/03 ya citada.

72 Corte Constitucional. Sentencia T-613 DE 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

73 Ver Sentencias: T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) reiterada por la SU-544 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

Resulta importante manifestar que el perjuicio irremediable debe ser sumariamente probado por el actor para posibilitar la utilización de la tutela como mecanismo transitorio de protección y que de darse esta protección temporal, esta se mantendrá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción principal instaurada por el afectado; es decir, que existe una obligación concomitante del actor de interponer la acción principal (junto con la tutela, o , *ex – post* al reconocimiento de la protección transitoria), para lo cual tendrá como máximo 4 meses contados a partir de la notificación del fallo so pena del cese de la protección transitoria de conformidad con lo estipulado en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

2.6. Informalidad

La tutela en cuanto a instrumento de acceso a la administración de justicia, es una acción desprovista de cualquier ritualidad procesal⁷⁴; en la medida que se constituye o erige como la principal herramienta de protección constitucional del ciudadano.

Por lo tanto, el constituyente consagró la posibilidad de que esta acción sea incoada de forma directa, sin la obligación de acudir a profesionales del derecho, sin tener la imperiosa necesidad de agotar instancias *ex – ante*, sin tener que citar de manera puntual títulos, artículos o incisos de alguna normatividad.

Al respecto anota el profesor Esguerra Portocarrero:

“(...) Efectivamente, la tutela es, según se ha definido, un remedio judicial infinitamente simple que le permite a una persona reclamar del Estado, sin más, la protección de un derecho fundamental. En forma deliberada se quiso que la acción fuera fácilmente accesible y que estuviera desprovista de sofisticaciones jurídicas, de requisitos previos y de complejos trámites procesales que pudieran llegar a complicarla (...)”⁷⁵.

74 Con excepción de la incoada en contra de providencias judiciales cuya “técnica” exigue de una carga procesal.

75 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Bogotá: Editorial Legis. 2004. p. 128.

Al ser la tutela una acción informal, no requiere de autenticación y puede ser presentada mediante memorial, fax, telegrama, correo electrónico u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito. Aunado a ello, la tutela también puede ser presentada de manera verbal en caso de que el solicitante sea menor de edad o no sepa escribir tal como lo preceptúa el inciso tercero del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 en los siguientes términos:

“En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.”

Con respecto a la informalidad que acompaña al ejercicio de la acción de tutela refiere el profesor Néstor Raúl Correa:

“(…)La acción de tutela no es justicia rogada, o sea que la persona puede no escribir la petición o los fundamentos de derecho o aún equivocarse en estas materias y el juez debe, de oficio, corregir las pretensiones y acomodar los acontecimientos dentro del curso que corresponde, para proteger debidamente los derechos constitucionales fundamentales..”⁷⁶

De lo anterior se decanta que la informalidad también se encuentra explicitada en el hecho que en materia de tutela se aplica el principio *iura novit curia*, es decir, al juez le dan los hechos y él da el derecho; esto supone que la persona titular de la acción no está obligada a conocer el ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de su acción para obtener amparo por parte de la jurisdicción.

2.7. Procedimiento Especial

Una de las grandes bondades de la acción de tutela radica en el hecho de tener un procedimiento jurídico especial, preferente y sumario.

⁷⁶ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la acción de tutela. Pontificia Universidad Javeriana – Ed. Ibañez, Bogotá, 2010, p. 45.

Dicho camino procesal se explicita en las regulaciones posteriores a la consagración de la acción, especialmente en la expedición del Decreto Ley 2591 de 1991⁷⁷, donde se consagra un procedimiento en el cual el juez de primera instancia tiene un término perentorio para el fallo de 10 días hábiles y el Ad-quem de 20 días hábiles. Adicionalmente, se establece que su trámite prevalece sobre todas las demás acciones, amparos o recursos que esté abordando el juez de conocimiento (con excepción del habeas corpus).

Respecto de la característica *sub-examine* la Corte ha señalado:

“(…) Vuelve a insistir la Corte en la necesidad de que los jueces de tutela den exacto cumplimiento a la perentoria exigencia del artículo 86 de la Constitución en el sentido de que ejercida la acción de tutela, se la tramite mediante un procedimiento preferente y sumario a fin de brindar a la persona, si hay lugar a ello, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

La inmediatez es una de las características fundamentales de la figura, como ya lo ha subrayado esta Corte⁷⁸¹, y tiene su cristalización efectiva en el mandato de la propia norma constitucional cuando establece, sin dar lugar a excepciones, que “en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución (...)”⁷⁹.

Independiente de las referencias que sobre ésta característica se realicen más adelante, es importante anotar que de nada serviría la consagración dogmática y sustancial de los derechos fundamentales y su corresponsal protección a través de la jurisdicción constitucional, si el procedimiento (aspecto adjetivo) fuere el ordinario o regular que para las demás acciones de reclamo de derechos de otro raigambre; pues resulta apenas obvio, que no basta la consagración del derecho para predicar su eficacia material directa, en la medida que el mecanismo de protección debe atender en el menor tiempo posible la amenaza y/o violación de los derechos cuyo amparo se pretende con la acción de tutela.

77 Mediante el cual el Presidente de la República reglamentó en gran medida la acción de tutela haciendo uso de las potestades contenidas en el literal b) del artículo 5 transitorio de la Constitución.

78 ¹ Cfr. Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, fallo N° 1, de abril 3 de 1992.

79 Corte Constitucional. Sentencia T-559 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández.

Por lo tanto, el constituyente de 1991 consciente de la necesidad de materializar la tutela judicial efectiva ordena que ha dicha acción se le revista de un procedimiento especial, rápido y eficaz para evitar que a través de las formas procesales se haga nugatorio el derecho sustancial consagrado.

El profesor Jorge Arenas Salazar sostiene que ésta característica se materializa a través de instrumentos adjetivos claros establecidos en su reglamentación a saber:

“Esta acción es preferente y sumaria:

- a) Todos los días y horas son hábiles para proponerla (art.1)
- b) Trámite preferencial (excepto habeas corpus);
- c) Los plazos son perentorios e improrrogables (art. 15);
- d) Las notificaciones son inmediatas y por el medio más expedito (arts. 16 y 29);
- e) Se puede prescindir de todo procedimiento para conceder la tutela (art.18), y
- f) Presunción de veracidad del quejoso si no rinden los informes encargados de hacerlo (art.20).

Términos:

- 3 días para que el demandante corrija la solicitud (art.17).
- 3 días máximo para que el órgano o la autoridad rinda el informe o envíe la documentación requerida. (art.19).
- 3 días máximo para la rendición de información adicional (art.21).
- 10 días máximo para concluir el trámite de la acción (art.29)
- 48 horas máximo para el cumplimiento del fallo (art.23)
- 48 horas máximo para que el superior haga cumplir el fallo que el inferior no cumplió dentro de las 48 horas (art.27)
- 48 horas máximo para abrir la investigación contra el superior renuente a cumplir el fallo de tutela (art.27).
- 48 horas máximo para que el juez pueda ordenar que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos (art.23).
- 3 días para impugnar el fallo (art.31).
- 2 días para enviarlo al superior (art.32).
- 20 días para fallar la segunda instancia (art.32).

- 10 días para enviarlo a revisión a la Corte Constitucional (art.32)”.⁸⁰

Es claro que mediante el Decreto 2591 de 1991 aunado a los desarrollos jurisprudenciales mediante los cuales se ha interpretado su aplicación, se consagra un procedimiento rápido en la adopción de los términos procesales; además el juez constitucional cuenta con herramientas efectivas de impulsión tales como el hecho de ordenar notificar por el medio más eficaz, la modulación de los tiempos procesales, la utilización de facultades *ultra*⁸¹ y *extra*⁸² *petita*, la imposición de medidas cautelares, etc. lo cual redundo en la protección eficaz de los derechos fundamentales de la persona a través del proceso de tutela.

De lo anterior podemos discernir y refrendar la enorme importancia que tienen las formas procesales, ya que de su diseño y puesta en funcionamiento depende en gran medida la materialidad del derecho sustancial.

2.8. Cumplimiento inmediato e Impugnabilidad del Fallo

A pesar de la consagración constitucional de la doble instancia en materia de tutela, el fallo proferido por el *A-quo* debe cumplirse de manera inmediata en los términos indicados en la providencia y no se puede argüir su inobservancia so pretexto de haber recurrido.

Por lo tanto, resulta imperioso recordar que la firmeza del fallo y el cumplimiento del mismo (para el caso de tutela) son entidades jurídicas independientes y separables toda vez que si se impugnó, el fallo no está en firme; pero a pesar de ello, ya es oponible y eficaz en atención a proteger de manera especial y prevalente los derechos fundamentales; y en razón a ello, es de obligatorio su cumplimiento so pena de incurrir en desacato.

Tratándose del ítem *sub-examine* la Corte Constitucional ha manifestado:

“ (...) De igual manera, la Sala reitera que le corresponderá a los jueces de instancia verificar y exigir el estricto cumplimiento de esta sentencia, por

80 ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela, una acción humanitaria. Ediciones Doctrina y Ley, 1993, p. 142.

81 Mas allá de lo pedido.

82 Por fuera de lo pedido.

lo que aquellos mantienen la competencia hasta tanto el fallo se cumpla en su integridad. Así mismo, la Sala recuerda que, de acuerdo con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, los jueces de tutela disponen de un mecanismo expedito para asegurar el cumplimiento de la orden proferida por el juez constitucional.”. En efecto, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 ordena:

“Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”(…).⁸³

El artículo 86 superior establece de manera clara que en todos los casos el fallo podrá ser impugnado; es decir, que se constituye como prerrogativa sustantiva la doble instancia en materia de tutela. Además, una vez en firme el fallo de tutela debe ser remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

El derecho a impugnar el fallo hace parte del debido proceso, tal y como lo ha expuesto el máximo intérprete constitucional en los siguientes términos:

“(…) En cumplimiento del artículo 29 de la Carta Política, el debido proceso debe aplicarse a toda actuación judicial o administrativa, es decir, los procesos

deben adelantarse conforme a las Leyes preexistentes aplicables para el caso que se juzgue, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Es una garantía constitucional que contempla también el derecho a la defensa y otra serie de principios como los de publicidad y economía procesal, que deben regir cualquier trámite. Por tanto, puede alegarse que cuando un juez impide a una persona impugnar un fallo de tutela, viola el derecho al debido proceso, pues desconoce lo dispuesto por el artículo 86 de la Carta Política (...)

El derecho a impugnar el fallo es una de las formas propias del proceso de tutela consagradas en la Constitución, a la vez que es una figura que cristaliza el derecho a la defensa y el principio de las dos instancias. Desconocerlo no sólo vulnera la garantía fundamental al debido proceso, también impide acceder a la administración de justicia⁸⁴ y pone en peligro la protección de los derechos invocados por los ciudadanos en las demandas de tutela. De hecho, la importancia de este trámite radica en ser el medio de defensa judicial idóneo para hacer efectivas las garantías constitucionales. Por eso la Corte Constitucional ha señalado, respecto a las disposiciones que contemplan el derecho a impugnar el fallo de tutela, lo siguiente:

“Se trata de normas imperativas, obligatorias para el juez, de tal modo que no es de su discrecionalidad aceptar o denegar la impugnación oportunamente interpuesta, ya que ella corresponde a un verdadero derecho constitucional fundamental”⁸⁵(...)”⁸⁶.

El artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 establece que el fallo podrá ser impugnado dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación. Será competente para impugnar el fallo de tutela el solicitante, el Defensor del Pueblo, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

84 En este sentido ver la sentencia de la Corte Constitucional T-034 de 1994, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo.

85 Sentencia de la Corte Constitucional T-501 de 1992, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo

86 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-162 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Presentada la apelación dentro del término establecido, el juez dentro de los dos (02) días siguientes remitirá el expediente al superior jerárquico para su correspondiente trámite.

El *Ad-quem* podrá practicar pruebas si lo considera necesario y procederá a proferir el fallo (confirmando o revocando el de primera instancia) en un término máximo de 20 días siguientes a la recepción del expediente. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Una vez llegado el expediente a la Corte Constitucional la corporación tendrá un término de 30 días para decidir sobre su revisión o exclusión. Los casos seleccionados para revisión deberán ser resueltos dentro de los tres (03) meses siguientes.

De valía resulta anotar que este envío a la Corte no se constituye de ninguna manera en una tercera instancia, recurso o grado ordinario de jurisdicción, *a contrario sensu*, ésta es una expresión del control constitucional oficioso en cabeza de la citada Corporación.

2.9. Cumplimiento del Fallo e Incidente de Desacato

El Decreto 2591 de 1991 consagra dos instituciones procesales que tienen como finalidad garantizar que el fallo de tutela sea respetado, acatado y obedecido en su integridad, y, concomitante a ello, asegurar la justicia material y la tutela judicial efectiva, dichas figuras son: el cumplimiento (artículo 27) y el desacato (artículo 52).

El cumplimiento persigue que se acate el fallo proferido de forma directa y sin actuación procesal adicional, para ello, si dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, el funcionario quien está obligado a cumplirlo no lo hace, el juez requiere al superior del renuente para que le ordene abrir un proceso disciplinario en virtud de su renuencia.

Una vez transcurridas otras 48 horas sin lograr el cumplimiento del fallo, el juez ordenará abrir proceso disciplinario al superior que no acató la orden y de

forma directa adoptará todas las medidas para asegurar el cabal cumplimiento del fallo.

Por su parte el desacato es de naturaleza sancionatoria, es una de las formas para asegurar el cumplimiento de la sentencia, se desata mediante incidente, procede a solicitud de parte, emana de los poderes disciplinarios del juez constitucional, es sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar⁸⁷.

La sanción será impuesta por el mismo juez y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres (03) días siguientes si debe revocarse la sanción.

Respecto de la naturaleza del incidente de desacato la Corte Constitucional ha manifestado:

“(...) En punto a la naturaleza del incidente de desacato, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que (i) el fundamento normativo del desacato se halla en los artículos 52 y 27 del Decreto 2591 de 1991; (ii) el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 consagra un trámite incidental especial, el cual concluye con un auto que no es susceptible del recurso de apelación pero que debe ser objeto del grado de jurisdicción de consulta en efecto suspensivo si dicho auto es sancionatorio. Todo lo cual obedece a que la acción de tutela es un trámite especial, preferente y sumario que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales; (iii) el incidente de desacato procede a solicitud de parte y se deriva del incumplimiento de una orden proferida por el juez de tutela en los términos en los cuales ha sido establecido por la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada⁸⁸ y emana de los poderes disciplinarios del juez constitucional; (iv) el juez que conoce el desacato, en principio, no puede modificar el contenido sustancial de la orden proferida o redefinir los alcances

87 Decreto 2591 de 1991. Artículo 53: El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este Decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual haya sido parte.

88 Ver entre otras la sentencia T-459 de 2003.

de la protección concedida⁸⁹, salvo que la orden proferida sea de imposible cumplimiento o que se demuestre su absoluta ineficacia para proteger el derecho fundamental amparado⁹⁰; (v) por razones muy excepcionales, el juez que resuelve el incidente de desacato o la consulta⁹¹, con la finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, puede proferir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a la orden original, siempre y cuando se respete el alcance de la protección y el principio de la cosa juzgada⁹²; (vi) el trámite de incidente de desacato debe respetar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de aquél de quien se afirma ha incurrido en desacato⁹³, quien no puede aducir hechos nuevos para sustraerse de su cumplimiento⁹⁴; (vii) el objetivo de la sanción de arresto y multa por desacato es el de lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas⁹⁵; (viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato: *“(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”*⁹⁶. De existir el incumplimiento *“debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”*⁹⁷ (...) ⁹⁸

Respecto a las diferencias existentes entre las dos figuras la Corte ha precisado lo siguiente:

89 Sentencias T-368 de 2005 y T-1113 de 2005.

90 Ibídem.

91 Sobre las facultades del juez de primera instancia, del juez del desacato y del juez de consulta para introducir cambios accidentales a la orden original, Cfr. la sentencia T-086 de 2003.

92 Sentencia T-1113 de 2005.

93 Sentencias T-459 de 2003, T-368 de 2005 y T-1113 de 2005.

94 Sentencia T-343 de 1998.

95 Sentencias C-243 de 1996 y C-092 de 1997.

96 Sentencia T-553 de 2002.

97 Sentencia T-1113 de 2005.

98 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-652 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“(…) El desacato es una figura jurídica distinta a la del cumplimiento de la sentencia de tutela, en términos generales, se ha establecido que todo desacato implica incumplimiento pero no todo incumplimiento conlleva a un desacato. De manera concreta la Corte Constitucional en sentencia T-458 de 2003 precisó:

“Las diferencias entre el desacato y el cumplimiento son las siguientes:

- i.) El cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal.
- ii.) La responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva.
- iii.) La competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del Decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 del mencionado Decreto. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia.
- iv.) El desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público(…)”⁹⁹.

En conclusión, (i) el cumplimiento es de carácter principal pues tiene su origen en la Constitución y hace parte de la esencia misma de la acción de tutela, bastando una responsabilidad objetiva para su configuración. (ii) El desacato es una figura accesoria de origen legal que demanda una responsabilidad de tipo subjetivo, consistente en que el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia de la persona que debe cumplir la sentencia de tutela.

Sumado a lo anterior, el no acatamiento del fallo también pudiera llegar a configurar conductas punibles tales como el fraude a resolución judicial y prevaricato por omisión.

A título de corolario del presente acápite podemos observar como el ordenamiento post-constituyente en desarrollo de los preceptos constitucionales, ha diseñado un sistema procesal que se corresponde con la naturaleza o dimensión sustantiva de la tutela con el objeto de brindar una protección material de los derechos fundamentales.

Cosa distinta es que los operadores del sistema por ignorancia, negligencia o falta de criterio jurídico, no hayan aplicado en debida forma las referidas instituciones, las cuales se encuentran revestidas de celeridad, eficacia, oportunidad y herramientas de cabal cumplimiento.

Resulta imperioso conocer y aplicar los desarrollos hermenéuticos y mandatos que ha impartido la Corte Constitucional a través de sus diferentes autos y sentencias ya que éstos han permitido un entendimiento sistemático, integrador y holístico de la aplicación de las formas procesales.

3. CONCLUSIONES DEL ACÁPITE

- a) Existe una profunda y estrecha relación de interdependencia entre Estado Social de Derecho, Constitución y Derechos Fundamentales en el marco del modelo propuesto en la Carta jurídico – política de 1991, la cual se torna inescindible en el momento del ejercicio del poder público.

Al respecto anota el profesor Prieto Sanchís: *“La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el Estado Constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia*

jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos”¹⁰⁰.

En atención a la relación entre modelo de Estado de Derecho y derechos fundamentales sostiene el profesor Pérez Luño:

“(…) El Constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de una sociedad (...) Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho(…)”¹⁰¹.

La adopción de un esquema de organización en donde la Constitución detenta sujeción jurídica directa, acompañado de un instrumento material de protección de los derechos fundamentales, redefine por completo la forma en que se relacionan el Derecho y el Poder en el marco de un Estado y la acción de tutela se convierte en uno de los mecanismos más efectivos para que dicha sujeción se respete, proteja y promueva.

- b) La acción de tutela, se constituye en una de las más preciadas conquistas del constitucionalismo del 1991, en la medida que permite descender la idealidad contenida en el reconocimiento, consagración y teleología de los derechos fundamentales y materializarla en la realidad del caso concreto. La tutela es un mecanismo jurídico para evitar y/o limitar la violencia, lo cual hace parte del ideal de toda sociedad que se repunte civilizada. Sobre el particular manifiesta el profesor Eyder Bolívar Mojica: *“Todas las civilizaciones han establecido normas para limitar*

100 PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Ed. Trotta, 2009, p. 230.

101 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 19.

la violencia, incluso en situaciones de guerra, pues poner límites a la violencia es la esencia misma de la civilización”¹⁰².

- c) La adopción de un modelo de Estado que avoca la protección de los derechos fundamentales como el principal cometido para su realización, genera toda una mutación de la forma como se concibe la relación Poder – Derecho al interior de una organización; y por lo tanto, crea toda una suerte de tensiones institucionales entre quienes están comprometidos con el cambio y quienes generan un estado de “confort” en el *status quo*.

No obstante, la naturaleza de dichos derechos fundamentales genera una resistencia natural a ser limitados. Esta concepción es desarrollada por el profesor Peces-Barba al manifestar “(...) Un derecho podrá ser considerado como fundamental dentro del ordenamiento, cuando se muestre resistente frente a otros poderes. Y esta nota de la resistencia adquiere sentido desde los distintos mecanismos de protección de los derechos. (...)”¹⁰³.

- d) La Corte Constitucional colombiana ha venido asumiendo un papel protagónico honrando la función de guardar y proteger la supremacía de la Norma Fundamental, a través de diversas líneas jurisprudenciales que denotan un marcado intento por escudriñar el contenido hermenéutico de los derechos y la aplicación de sus instrumentos de amparo.

Este activismo judicial consolidado en precedentes se convierte en fuente material del derecho o en palabras del profesor Diego López Medina en un “derecho de los jueces”; sin embargo, este camino ha sido complejo, lento y lleno de matices y vicisitudes. Al respecto anota el autor en comentario: “(...)El nacimiento de un derecho judicial en sentido estricto, sin embargo, no ha sido completamente pacífico; el nacimiento de un principio de precedente en la jurisdicción constitucional ha originado una

102 BOLÍVAR MOJÍCA, Eyder. “La Tortura en el Derecho Internacional. Análisis jurídico en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Penal Internacional”. Tunja: Ed. Ibañez – Universidad Santo Tomás. 2013, p. 75.

103 PECES-BARBA Martínez, Gregorio. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado, 1999. p. 501.



reflexión jurídica y política sobre el papel de los jueces en el sistema de fuentes y sobre las implicaciones que dicho papel tiene sobre el esquema general del poder en el país (...)”¹⁰⁴.

- e) La acción de tutela funge como instrumento de corrección al servicio del derecho frente a la acción u omisión que amenace y/o lesione bienes jurídicamente tutelados de raigambre iusfundamental, ya sea que dicha violación provenga de la autoridad pública o de los particulares.
- f) Para cumplir los cometidos pretendidos dentro del diseño de justicia a través de la puesta en funcionamiento de la acción de tutela, ésta se encuentra cuidadosamente estructurada por una serie de características y/o atributos que de manera concreta y sucinta pueden resumirse así: inmediatez, prevalencia, informalidad, subsidiariedad e integridad de amparo *iusfundamental*.
- g) El “guardián institucional de la Constitución” en un Estado Social de Derecho, deben ser todas las autoridades desde sus diferentes competencias en la medida que el ejercicio de sus funciones se encuentra limitado por el respeto a los derechos, principios, valores, mandatos y garantías constitucionales; sin embargo, cuando dicha “guarda” se da en el campo jurisdiccional, esta debe ser asumida por una Justicia Constitucional concentrada e integral, en donde se le entreguen las competencias de control a unos jueces especializados quienes a partir de su experticia y capacidad de deliberación consoliden decisiones técnicas, justas y eficientes, haciendo del precedente un verdadero “derecho viviente”.
- h) Los derechos humanos no pueden ser entendidos como dádivas del constituyente, legislador o el gobernante de turno, estos se constituyen en el reconocimiento del hombre por el mismo hombre, no solo de su naturaleza sino de su intangibilidad; razón por la cual, su promoción y defensa debe comenzar por su conocimiento, enseñanza, sensibilización y práctica.

104 LÓPEZ Medina, Diego Eduardo. “El derecho de los jueces”. Segunda Edición Legis – Universidad de los Andes, Bogotá, 2006, página 337.

- i) Lo que hace posible la realización de los modelos de convivencia estatal no está centrado en los diseños institucionales y mucho menos en la redacción de prolijos catálogos normativos; lo más importante y difícil de lograr, es que las personas entiendan el protagonismo e injerencia que tienen en la vida pública, ya sean administradores, ora en función de administrados y que un posible camino seguro hacia la paz no puede prescindir del respeto, promoción y protección de los derechos fundamentales.

- j) La especial naturaleza y estructura de la Constitución y su importante papel en el diseño de un Estado social de derecho, exige que jueces desarrollen un pensamiento de la complejidad, en donde, a través de una adecuada hermenéutica, puedan superar la antigua concepción del “juez boca de la Ley”, el cual según Von Feuerbach sigue la siguiente regla: “(...)El juez debe atarse a la rigurosa y desnuda letra de la Ley, su actuación no debe ser nada distinto al comparar el caso dado con su letra, y sin consideración al espíritu de la Ley, condenar cuando el texto literalmente condena y absolver cuando absuelve(...)”.¹⁰⁵

Por el contrario, el neoconstitucionalismo genera el reto de ir mas allá de las simples prescripciones silogísticas de aplicación del derecho en procura de perseguir la materialización del derecho sustancial y de contera la realización de la justicia. Al respecto sostiene el profesor Kaufmann: “(...) Pero las realidades no pueden desaparecerse con las teorías. La aplicación del derecho no es sólo, ni lo es en primera línea, una conclusión silogística, lo cual ya no es ningún secreto. Aquellos que todavía hoy sostienen el dogma de la subsunción se asemejan a los fumadores en nuestros días: ellos lo hacen en verdad, pero no encuentran en esto el mismo placer de antes. (...)”¹⁰⁶.

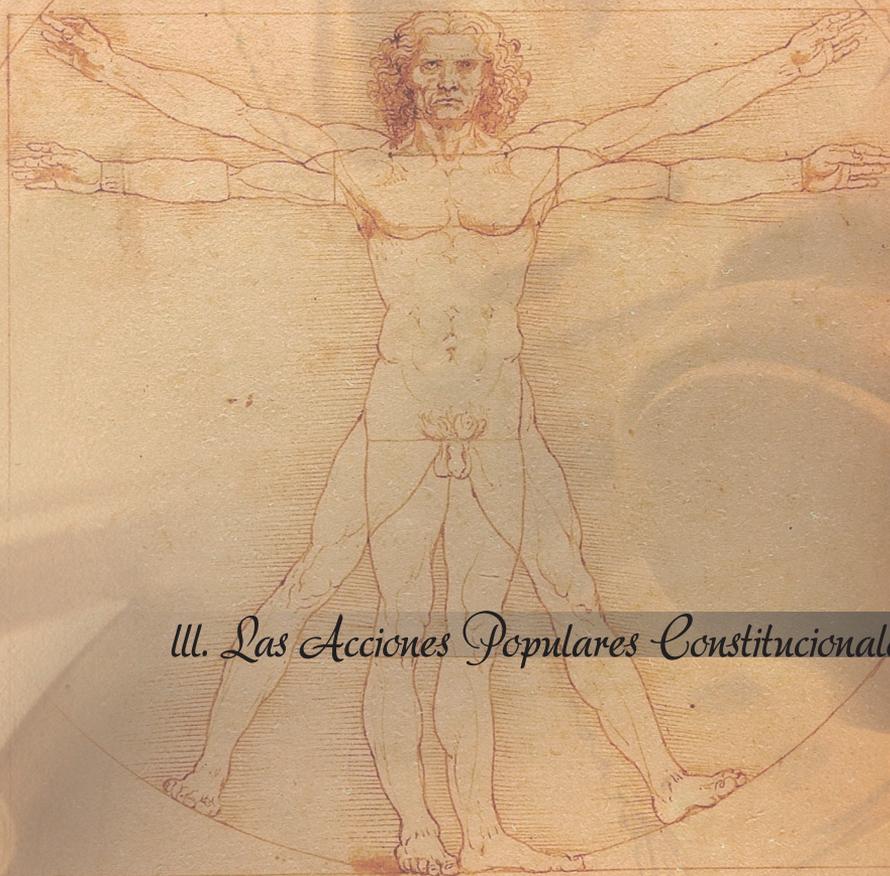
- k) Es necesario coadyuvar en la construcción de un derecho que trascienda en la realidad, y no que se entienda satisfecho y realizado por su mera

105 VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. Kritik des kleinschrodischen entwurfs zu einem peinlichen gesetzbuche fur die chur-pfalz-bayerischen staaten, Germany, 1804, II. p. 20.

106 KAUFMANN, Artur. Filosofía del Derecho, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 113.

concepción teórica; un derecho de y para la persona, y no de y para el Estado; un derecho que sirva de instrumento para la materialización de los derechos y no que se convierta en el ilegítimo conducto para su nugatoria; un derecho que reivindique la condición soberana de un pueblo, y no que lo someta e inutilice so pretexto de regularlo.

Derecho Procesal Constitucional



III. Las Acciones Populares Constitucionales

1. APROXIMACIÓN CONTEXTUAL

La Carta jurídico – política de 1991, eleva a canon constitucional de forma directa o indirecta¹ varios derechos que por su naturaleza y raigambre pertenecen a la persona (natural o jurídica) individualmente concebida; pero al mismo tiempo, consagra derechos que le pertenecen a la comunidad (como un todo o parte de ella) y de allí se sigue, que se hayan creado mecanismos de protección tanto para los primeros (a través de acciones como la tutela) como para estos últimos, explicitados principalmente mediante las acciones colectivas².

Resulta evidente que en un Estado social se supera la concepción meramente liberal del individuo y existe un avance en el reconocimiento y protección de derechos e intereses “comunitarios” con su corresponsal creación de mecanismos materiales de defensa. Aunado a ello, las acciones colectivas además de proteger derechos *per se*, resultan ser verdaderos instrumentos de participación ciudadana mediante los cuales las personas fungen *prima facie* como guardianes de los derechos de todos... de los derechos del pueblo.

Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido:

“(...) Esa participación tiene entonces, dos dimensiones : una, política, relativa a la participación en el ejercicio del poder político y a las relaciones entre el ciudadano y el Estado ; y otra social, en cuanto le otorga al ciudadano la oportunidad de representar y defender intereses comunitarios. Principios y valores como los de la solidaridad, la prevalencia del interés general y la participación comunitaria presiden la consagración en nuestra Carta Fundamental, no sólo de nuevas categorías de derechos, sino también, de novedosos mecanismos de protección y defensa del ciudadano.

1 A través de tesis tales como: el bloque de constitucionalidad, los derechos innominados, las normas de reenvío constitucional, etc.

2 La expresión “acciones colectivas” no es una creación normativa, contrario sensu, ha sido una figura acuñada por la jurisprudencia y la doctrina.

Al igual que ocurre con muchos de los derechos subjetivos, individuales - aún los de rango constitucional - el desconocimiento y olvido de que han sido objeto los derechos colectivos, los cuales afectan bienes esenciales del ser humano como la vida, salud, integridad, tranquilidad, entre otros, puso de manifiesto la necesidad de darle la relevancia que exige la protección y defensa de bienes tan valiosos no sólo para los miembros de la comunidad individualmente considerados, sino para la existencia y desarrollo de la colectividad misma.(...)”³.

El artículo 88 superior, estipula la existencia de dos acciones colectivas que son autónomas, escindibles e independientes y que sin embargo apuntan a la defensa de derechos e intereses que afectan a una pluralidad de personas, estas son: las acciones populares y las acciones de grupo.

Con respecto a estos dos mecanismos de defensa procesal colectiva, el máximo intérprete constitucional ha sostenido que algunas de sus principales diferencias radican:

“(..)(i) En su finalidad: La acción popular tiene un propósito esencialmente preventivo, mientras que la acción de grupo cumple una función reparadora o indemnizatoria, por lo que la primera no requiere que exista un daño sobre el interés protegido, mientras que la segunda opera una vez ocurrido el daño, ya que precisamente pretende reparar dicho perjuicio. (ii) En los derechos o intereses protegidos. Al tiempo que la acción popular ampara esencialmente derechos e intereses colectivos, la acción de grupo recae sobre la afectación de todo tipo de derechos e intereses, sean éstos colectivos o individuales, ya que ella es un instrumento procesal colectivo, que busca reparar los daños producidos a individuos específicos.(...)”⁴.

A pesar del reconocimiento constitucional (ya anotado) que acompaña a las acciones populares, éstas no son una invención de la Constitución de 1991, en la medida que de manera general se puede encontrar su génesis desde el

3 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

4 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-304 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Derecho Romano⁵, donde se consagró la *actio popularis* para los gentiles con el propósito de defender derechos que superaban la concepción puramente subjetiva y, por el contrario, perseguían la protección de los derechos de la comunidad bajo la estipulación “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*”⁶.

Posteriormente, la estirpe romana que acompañó la elaboración del código civil de Andrés Bello y que se convirtió (con unos pequeños ajustes) en el código civil colombiano, trajo consigo la consagración de las acciones populares desde la concepción del derecho privado y bajo la connotación de acciones posesorias especiales, tal es el caso del artículo 1005 de nuestro código civil vigente que estipula:

“Artículo 1005. Acciones Populares o Municipales. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

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

Como puede advertirse, estas acciones populares de origen legal se dirigen a la protección de derechos reales; por el contrario, resulta evidente que las acciones populares constitucionales protegen derechos personales. Respecto a esta diferencia anota el profesor Esguerra Portocarrero:

5 Sin embargo existen también algunos desarrollo del tema *sub examine* en el derecho griego “BISCARDI, refiriéndose a las acciones públicas extraordinarias del derecho ático, aquella donde cualquier ciudadano podía intervenir como miembro de la colectividad, de la polis; afirma que se subdividían en acciones supletorias o acciones de control, dependiendo si el ciudadano suplía la función del magistrado o controlaba la actividad del mismo...”. GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos “Las acciones populares y las acciones colectivas: antigua experiencia jurídica, moderna discusión dogmática y postmoderna aplicación práctica” En: V Jornadas de derecho constitucional y administrativo” Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005 p. 395.

6 “Llamamos acción popular a la que tutela los derechos que son del pueblo “. HERNÁNDEZ TEJERO y otros El digesto de Justiniano. Pamplona: Ed. Aranzadi, 1975. p. 47.

“(…) Curiosamente, empero, mientras que la primigenia acción popular romana estaba explícita y directamente consagrada a favor del pueblo, la del Código Civil lo está en primer término a favor del respectivo bien de uso público. Así, mientras aquella es una acción originariamente personal, ésta en cambio es una acción en principio más bien de tipo real (...)”⁷.

Varios países han incorporado la figura de la acción popular al interior de sus ordenamientos jurídicos con el fin de promover la protección de intereses colectivos. Algunos referentes son a saber⁸:

La consagración de la figura del *ombudsman* en Reino Unido, Suecia y Estados Unidos básicamente para la protección de los derechos de los consumidores.

Las constituciones de España, Portugal y Brasil consagran la figura de las acciones populares de manera expresa y se encuentran especialmente dirigidas a la protección del medio ambiente sano y equilibrado.

En Francia la protección de derechos colectivos se realiza esencialmente a través de las asociaciones de consumidores y ambientales (Ley Roger de 1973).

En el ordenamiento jurídico del Estado Alemán encontramos que se encuentra consagrada la “acción pública grupal” (Ley 9 de 1976) mediante la cual (de la misma forma que en el derecho francés) se puede llegar a demandar hasta la validez de algunas cláusulas de adhesión en los contratos privados en defensa de los consumidores, con la diferencia que en Alemania no se exige que dicha intervención se realice a través de asociaciones.

Italia permite la oposición de cualquier persona frente a los actos que lesionen los intereses de la comunidad en causa propia o en representación de un grupo (Ley de 1967).

7 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Ed. Legis, 2010. p. 202.

8 La breve referencia a la consagración de la figura de las acciones populares en otros ordenamientos es un resumen de la exposición realizada en la Sentencia C-215 de 1999.

En Canadá y Estados Unidos, además de las *class action*⁹, existe la posibilidad de acudir a la jurisdicción mediante acciones ciudadanas en cabeza de cualquier persona que quiera defender los intereses comunes a una colectividad (Regla 75 de Ontario).

Australia e Inglaterra consagran las *relator actions* para la intervención ciudadana directa o a través de Ministerio Público en los procesos de interés público para la defensa de los derechos colectivos.

De lo anteriormente anotado, se puede discernir que la figura de las acciones populares ha sido objeto de reconocimiento y desarrollo en varios ordenamientos jurídicos latinoamericanos, anglosajones y europeos; aunado a ello, también existe en nuestra normatividad una consagración legal y explícita de dicha figura en el código civil.

Asociado a lo anterior, también han sido incorporadas acciones populares en el ordenamiento jurídico colombiano reguladas por Leyes especiales¹⁰ : a) Defensa del consumidor (Decreto Ley 3466 de 1982)¹¹ ; b) Espacio público y ambiente (La Ley 9ª de 1989) - Reforma Urbana, que remite a la acción popular establecida en el Código Civil (art. 1005) “... para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios” ; c) Competencia desleal (Ley 45 de 1990) relativa a la intermediación financiera, normas que en materia de la actividad aseguradora, hacen el reenvío a las disposiciones de protección de las personas perjudicadas con esas prácticas contenidas en el Decreto Ley 3466 de 1982.

No obstante lo anotado, el propósito del presente estudio es realizar una aproximación a las acciones populares constitucionales a partir de su reconocimiento en la Carta jurídico – política de 1991 (con su ulterior desarrollo legal) con el fin de identificar su naturaleza jurídica, definición, características, trámite procesal y desarrollo jurisprudencial.

9 Lo que en nuestro ordenamiento vendrían a ser las acciones de clase o de grupo.

10 Algunas de ellas todavía vigentes o reproducidas en normas posteriores.

11 Acuñada por el reciente estatuto del consumidor. Lo que en nuestro ordenamiento vendrían a ser las acciones de clase o de grupo.

2. DIMENSION SUSTANTIVA

2.1. Naturaleza Jurídica

Las acciones populares son instrumentos de amparo de derechos grupales, las cuales son definidas legalmente como *medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos*¹².

Sobre la aproximación conceptual y naturaleza jurídica de este mecanismo, el profesor Jaime Santofimio enseña:

“(...) las denominadas acciones populares constituyen el conjunto de pretensiones que por vía de acción cualquier persona en nombre de la comunidad –sin que ella se considere nunca una persona jurídica-, o institución y funcionario expresamente legitimado por la Ley, puede intentar directamente o por intermedio de apoderado ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera una condena o, si es del caso, una decisión preventiva, protectora, indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos, violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares y que estén de alguna manera relacionados, entre otras cosas, con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que puedan predicarse de la naturaleza de estos derechos e intereses (...)”¹³

En torno a la referida consagración resulta de valía realizar las siguientes observaciones:

- a) Las acciones populares consagradas en la Constitución suponen un avance de la concepción individualista y subjetiva de los derechos.

Respecto al particular la Corte Constitucional sostiene:

“(...) Por su finalidad pública se repite, las Acciones Populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar subjetivamente, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial

12 Algunas de ellas todavía vigentes o reproducidas en normas posteriores.

13 Artículo 2 de la Ley 472 de 1998.

de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo. (...)”¹⁴.

- b) Son acciones públicas en la medida que persiguen la protección de derechos e intereses colectivos; y, por lo tanto, prima facie facultan a cualquier miembro de la comunidad para poder ejercerlas sin necesidad de la demostración de interés legítimo y directo en la causa¹⁵.

Otro efecto del carácter público de la acción popular es que en virtud de dicha naturaleza no opera el desistimiento¹⁶ y no se requiere de impulsión material de parte para continuar el trámite; es decir, que el juez una vez avoca conocimiento debe tramitarla de oficio en caso de que el actor no continúe su impulsión.

- c) A pesar del uso plural de su reconocimiento, realmente se trata solo de una acción, caso diferente es que mediante dicha acción se esté pretendiendo diferentes niveles de protección de los derechos o intereses colectivos los cuales serían preventivos o restitutivos¹⁷.

Al respecto anota el profesor Esguerra: “(...) Y lo es por la sencilla razón de que no hay dos o más acciones populares, o distintas categorías, divisiones o especies de ellas. Las acciones populares son realmente una sola y lo son del mismo modo que la acción de tutela o la acción de cumplimiento (...)”¹⁸.

2.2. Características:

2.2.1. Son acciones Principales y Directas:

En la medida que ante la amenaza o violación de un derecho o interés colectivo pueden incoarse de forma directa sin tener que estar supeditadas a la existencia y agotamiento de otros medios de defensa judicial; es decir, que

14 SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. “Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010, pág. 17 y 18.

15 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-528 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

16 Situación procesal que se expondrá más adelante.

17 Figura que resulta diferente al hecho de poder lograr un acuerdo total o parcial vía pacto de cumplimiento.

18 Distinción la cual se realizará más adelante.

frente a las mismas no se predica la subsidiariedad ni tiene que acudirse a su uso como mecanismo transitorio de protección.

En cuanto a la naturaleza autónoma y principal de las acciones populares, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(...) Las acciones populares gozan de autonomía procesal dentro del conjunto ordinario y especializado de las competencias judiciales, luego no puede provocar conflicto alguno su ejercicio independiente de la acción ordinaria o especializada, sea de derecho público, sea de derecho privado (...)”¹⁹.

“(...) El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudirse necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular (...)”²⁰

También resulta de valía anotar, que la amenaza y/o violación de derechos colectivos puede de igual manera (y en ocasiones de forma concomitante) ser atacada mediante acción de tutela cuando del estudio del caso concreto se pueda establecer un claro nexo de causalidad entre la violación del derecho colectivo con uno o varios fundamentales; de la misma forma, cuando la amenaza y/o violación atañe y tiene consecuencias respecto de un colectivo sin poder llegar a establecer los efectos individuales respecto de cada miembro en particular y poder determinar el referido nexo de causalidad, la acción llamada a ser promovida es la popular y/o de grupo según el caso. Sobre este punto la Corte Constitucional ha manifestado:

“(...) Así las cosas, la acción de tutela, como lo ha sostenido esta Corporación, no es en principio, el mecanismo idóneo para solicitar y obtener el amparo de los derechos colectivos, como lo es el derecho a un medio ambiente sano. Con todo, la doctrina constitucional, también ha señalado que cuando la vulneración de derechos de alcance colectivo, violan o amenazan derecho

19 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Ob cit. Pág 213.

20 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Quinta. Rad. AP-072 del 6 de julio de 2001. Consejero Ponente Roberto Medina López.

de rango fundamental de una persona individualmente considerada, la tutela surge como el medio viable para la protección de esos derechos, siempre y cuando, exista un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos colectivos y los derechos fundamentales cuya protección se solicita. (...) cuando se trata de asuntos que atañen a varias personas, la acción procedente para reclamar su protección no es precisamente la acción de tutela, sino las acciones de grupo o clase, en los términos establecidos en el artículo 88 de la Carta (...)²¹

Sumado a lo anterior, tampoco es necesario haber agotado una actuación procesal ex – ante para poder acudir a las acciones populares²², siempre y cuando se den las condiciones para su procedencia a saber:

- i) Que haya de por medio un interés colectivo amenazado y/ o vulnerado,
- ii) Que al momento de promover la acción exista actualidad en la amenaza y/o vulneración del derecho o interés colectivo.
- iii) Que la demanda se promueva contra persona natural o jurídica, bien sea pública o privada, a quien le sean imputables la acción o la omisión causantes de la vulneración del derecho o de su amenaza²³.

2.2.2. Protegen derechos o intereses colectivos

Como ya se había anotado, la Constitución de 1991 no solo consagra derechos atribuibles a la persona individualmente concebida (derechos subjetivos), por el contrario amplía la gama de protección a una clase especial de derechos que perviven en el constructo y tejido social, que le pertenecen a la comunidad en general, que hacen parte del “pueblo” en su conjunto, categoría a la cual se le ha atribuido la denominación de derechos e intereses colectivos.

21 CONSEJO DE ESTADO. Auto Sección Primera. Rad. AP-076 del 24 de mayo de 2001. Consejera Ponente Olga Inés Navarrete.

22 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-554 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

23 En la medida que el artículo 10 de la Ley 742 de 1998 preceptúa el agotamiento opcional de la vía gubernativa en los siguientes términos: “Cuando el derecho o el interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular”.

Respecto a esta denominación ha manifestado la Corte Constitucional:

“(...) Los derechos Colectivos, por oposición a los derechos individuales, son aquellos que se reconocen a toda la comunidad. El titular del derecho es una pluralidad de personas pero identificadas como un todo, y no individualmente cada una de ellas (...)”²⁴

“(...) 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.(...)”²⁵.

Entorno a la definición de derechos colectivos afirma el profesor Esguerra: “...derechos que solo son de cada uno porque son de todos y no que son de todos solo porque son de cada uno...”²⁶.

El artículo 4 de la Ley 472 de 1998 en desarrollo del canon 88 superior consagra lo siguiente:

“Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la Ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

24 De conformidad con la línea jurisprudencial sostenida por la Sección Tercera del Consejo de Estado concordada con la Sentencia C-215 de 1999 emanada de la Corte Constitucional.

25 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

26 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

- b) Tampoco se introduce una diferencia entre derechos colectivos y la categoría doctrinal de derechos difusos.

“(…) Cabe anotar, que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivo” (...)”²⁷.

- c) No existe en la regulación normativa una distinción entre las categorías jurídicas de interés general e intereses colectivos, la cual si ha sido objeto de análisis y referencia jurisprudencial. Respecto del particular el Consejo de Estado ha sostenido:

“(…) Los intereses colectivos son intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de los derechos cuyo titular es un grupo de personas que, en principio, puede ser indeterminado o indeterminable. De esta noción surge la necesidad de distinguir entre el interés colectivo y el interés general.

Las semejanzas entre uno y otro son las siguientes: - Tanto el interés general como el colectivo será determinado por la Ley; - Ninguno de los dos puede estar exclusivamente en cabeza de una persona; - Tanto el interés general como el colectivo deben ser entendidos sistemáticamente dentro del conjunto de valores y principio de la Constitución Política y, en general del ordenamiento jurídico; - Tanto el uno como el otro, junto con los derechos fundamentales, conforman un sistema armónico. Por su parte, las diferencias entre el interés colectivo y el interés general, teóricamente son las siguientes: - El interés general es a la vez contentivo, limitante y armonizador de los demás derechos sociales; - El interés general no puede ser predicado de ningún grupo o persona exclusivamente, mientras que el interés colectivo, por definición está en cabeza de un grupo de personas, que si bien puede ser indeterminable, es en todo caso un grupo de individuos. Lo que se colige del planteamiento del problema es

que existen líneas muy tenues que delimitan los diferentes tipos de intereses. Así las cosas, cuando un miembro de la sociedad defiende un interés colectivo, sostiene eventualmente un interés individual, y cuando defiende un interés común podrá estar defendiendo un interés colectivo. La complejidad del problema conduce a que sea el derecho el encargado de establecer los mecanismos para resolver los conflictos entre intereses, cuando ellos se presenten. Esta tarea le corresponde al legislador, y el primer paso es la calificación de un bien jurídico como de interés general o colectivo. (...)”²⁸.

- d) Que la estipulación de los derechos e intereses colectivos no es taxativa sino enunciativa, ya que si bien el constituyente y el legislador realizaron un esfuerzo por consagrar de manera expresa varios ámbitos de aplicación, también es cierto que tanto la Constitución como la Ley reconocen que existen otros de similar naturaleza que pueden estar en Leyes ordinarias o tratados internacionales celebrados por Colombia.

2.2.3. Tienen alcance preventivo o restitutivo

Como ya se anotó con anterioridad, las acciones populares son singulares, es decir, que no existen varias acciones sino que es una sola. Cosa diferente resulta el hecho que a través de la acción se pueden perseguir dos alcances de protección diferente: la prevención y la restitución.

Por naturaleza, las acciones populares son esencialmente tuitivas, es decir, que en primera instancia pretende evitar el daño que pueda ocasionarse a los intereses o derechos colectivos, razón por la cual esta forma de protección se denomina preventiva y por obvias razones no se requiere de la existencia del daño, vulneración, conculcación o desmedro del derecho, basta probar la sola condición de riesgo o amenaza en la que se encuentra el interés o derecho que se pretenda amparar.

No obstante, el mecanismo de amparo que brinda las acciones populares también persigue evitar la continuación de un daño o agravio material a los derechos o intereses colectivos o (cuando fuere el caso) la restitución de las

cosas a su estado anterior, casos de los cuales se predica que el alcance de la protección incoada es restitutivo.

Con respecto a dichos alcances de protección la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma:

“(...) Ahora bien, otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño. (...) De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter restitutorio, que se debe resaltar.(...)”²⁹.

De igual manera, el Consejo de Estado ha reconocido los diferentes alcances y efectos de las acciones populares bajo los siguientes argumentos:

“(...) La acción popular puede ser preventiva, reparatoria e indemnizatoria según el caso concreto (...) En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos (...)”³⁰

En calidad de corolario del presente acápite, resulta de valía anotar que la creación dogmático – normativa de las acciones populares a partir del diseño institucional contenido en la Constitución de 1991 otorga a las mismas un doble carácter sustancial:

29 CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Radicación Número AP-001 del 29 de junio de 2000. M.P. Alier Hernández Enríquez.

30 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

- i) Político: Al configurar las acciones populares como mecanismos de participación democrática, en la medida que a través de su ejercicio, las personas pueden hacer un permanente control respecto a la forma como el detentador del poder materializa su mandato, demandando de él acción o abstención (según sea el caso) con el fin de proteger los derechos de la comunidad.

- iii) Jurídico: En la medida que las acciones populares se constituyen en mecanismos procesales para la protección de derechos e intereses colectivos, mediante los cuales las personas pueden elevar su ruego de justicia frente a la jurisdicción con el objeto de perseguir de la misma la protección y tutela efectiva de esta clase de derechos.

3. REGIMEN PROCESAL

3.1. Legitimación por Activa

De conformidad con el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 son titulares y por lo tanto podrán ejercer las acciones populares:

- “1. Toda persona natural o jurídica.

- 2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.

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

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

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

En relación con estos legitimados por activa (relacionados en el numeral 1) cabe señalar que su postulación podrán realizarla en causa propia, mediante representante legal o por medio de apoderado judicial.

Además, resulta importante aclarar que no se requiere postular a través de abogado, hecho que reitera el carácter informal de la acción, la cual tampoco se encuentra atada a ninguna clase de procedibilidad especial o técnica formal de ejercicio.

Tampoco se constituyen en exigencias procesales para la legitimación por activa: i) el hecho de residir en el lugar de la afectación demandada; ii) demostrar interés directo en la causa *petendi*; o, iii) probar el daño individual o personal. Sobre estos tópicos el Consejo de Estado se ha pronunciado así:

“(..).Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado, ha precisado el asunto de la siguiente forma: “El hecho de que el actor no resida en el lugar de los hechos de la demanda no ha sido erigido por la Ley en motivo de falta de legitimación para ejercer la acción popular” (...)³¹.”

“(..).De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 88 de la Constitución, la defensa de los derechos colectivos puede hacerla cualquier persona natural o jurídica, sin que deba probar ningún interés particular o el hecho de residir en el lugar donde se amenazó o vulneró el derecho o interés colectivo. Para arribar a esta conclusión, basta con remitirse al contenido del artículo referido, que en su numeral 1º comienza por señalar como titular de la acción popular, a cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sin exigir la acreditación del interés del actor, en el derecho cuya protección se reclama(...)³²”

“(..). El carácter público de la acción popular autoriza a cualquier persona, sin la necesidad de demostrar un interés particular y concreto, a presentar esta acción constitucional. De hecho, la regulación legal del tema no es casual, puesto que es lógico inferir que la violación o amenaza de los derechos o intereses colectivos no afecta derechos individuales sino, por el contrario, involucra la protección de intereses de toda la colectividad que no se radican ni se predicen de una persona en concreto (...)³³.”

31 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Tercera. Rad. AP-182 del 20 de septiembre de 2001. Consejero Ponente Alier Hernández Henríquez.

32 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Primera. Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01 del 22 de abril de 2010. Consejero ponente Marco Antonio Velilla.

33 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Tercera. Rad. 52001-23-31-000-2004-00092-01 del 22 de febrero de 2007. Consejera Ponente Ruth Stella Correa.

En lo que respecta a la legitimación de las organizaciones contenidas en el numeral 2 del artículo en comento, no resulta claro su verdadero alcance, tal vez por la ambigüedad en la redacción, en la medida que deberíamos entender que se trata de organizaciones (no gubernamentales, populares, cívicas o de índole similar) que no cuenten con personería jurídica, pues en caso de contar con ella, estaríamos frente a la causal de procedencia en la legitimación contenido en el numeral 1 ya referido. Y de ser correcta esta interpretación (que se trata de organizaciones sin personería jurídica), se torna extraño o por lo menos “exótico” el hecho de hacer uso de la acción y la postulación sin tener la calidad de persona o sujeto destinatario de derechos y obligaciones formalmente constituido.

No obstante lo anotado, el Consejo de Estado se ha aproximado indirectamente al punto *sub-examine* al manifestar que los procesos que se derivan de las acciones populares son procesos especiales donde no se puede decantar la noción en sentido estricto de “partes”. En este sentido anota:

“(...) Por eso no estamos hablando de un proceso común en el cual dos partes se ven enfrentadas en una controversia, en la acción popular la comunidad en general se ve enfrentada con la entidad o persona que coloca en peligro su derecho colectivo e interés general (...)”³⁴.

En igual sentido la Corte Constitucional ha decantado:

“(...) Mediante las acciones populares no se persigue amparar intereses subjetivos, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos. (...)Pues su objetivo no es buscar la solución de una controversia entre dos partes sino cesar la lesión o amenaza contra un derecho colectivo, y si es posible restablecer las cosas a su estado anterior. (...) Pueden ser interpuestas por cualquier persona a nombre de la comunidad sin exigirse requisito sustancial de legitimación.(...)”³⁵

34 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Quinta. Rad. AP-641 del 11 de octubre de 2002. Consejero Ponente Darío Quiñones Pinilla.

35 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Tercera. Rad. AP-027 del 15 de marzo de 2001. Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

A pesar del desarrollo jurisprudencial en cita, la doctrina sigue poniendo a debate esta forma novedosa del actuar procesal por activa. Se cita sobre este punto las siguientes posiciones:

“(...) Si conforme al numeral primero, toda persona, sea ella natural o jurídica, está legitimada para incoar una acción popular, resulta superfluo el numeral segundo (...) Si, en cambio, la razón de ser de ese numeral segundo es el deseo de extender a entes que pueden no estar dotados de personalidad jurídica la atribución de demandar en acción popular, entonces se está desquiciando la noción jurídica de “acción” siempre que ha tenido como presupuesto la idea de una relación de demandante y demandado entre dos o más sujetos de derecho(...)”³⁶.

“(...) Sin embargo, a partir de la estructura procesal adoptada por el legislador, de todas formas se vislumbra que ese planteamiento jurisprudencial carece de sustentos adecuados, si se tiene en cuenta que técnicamente lo dispuesto en la Ley 472 de 1998 no es otra cosa que un conflicto procesal entre partes que defienden posiciones y que eventualmente pueden ser condenadas, así también hagan parte del conglomerado que supuestamente se pretende defender con el ejercicio de las acciones populares.(...)”³⁷.

Conforme a lo anotado, se puede advertir que el debate sigue abierto, pues no ha sido pacífica la interpretación del numeral 2 del artículo 12 de la Ley 472 de 1998 y dicho debate se amplía cuando encontramos decisiones del Consejo de Estado que al margen del tema que nos ocupa (acciones populares), sienta posiciones en torno a conceder atributos de sujeto procesal a entidades que no son personas naturales o jurídicas; tal es el caso del reciente pronunciamiento de la sala plena de la sección tercera³⁸ mediante la cual cambia su jurisprudencia y permite que los consorcios y uniones temporales (que no son personas jurídicas) tengan legitimidad directa tanto por activa como por pasiva en los procesos contenciosos. Lo anterior, para evidenciar, que existen pronunciamientos de esta Corporación por fuera del carácter especial y sui generis de las acciones constitucionales en donde se

36 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-377 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

37 ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 219.

38 SANTOFIMIO GAMBOA. Ob. Cit. Pág. 40 y 41.

está reconociendo una nueva forma de actuar y postular en los procesos de su conocimiento.

En cuanto a los legitimados (relacionados en el numeral 3) se decanta su procedencia en la función extensiva de las competencias que tienen las entidades públicas de control, intervención y vigilancia con dos salvedades o restricciones que vale la pena anotar: i) de carácter explícito: que no hayan sido estas entidades las originadoras de la amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos a través de su acción u omisión; y ii) de carácter implícito: que dicha actuación en calidad de sujetos por activa se promueva en el marco de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico a cada una de éstas entidades.

Respecto a la posibilidad que el Procurador General, el Defensor del Pueblo y los Personeros distritales o municipales puedan actuar como legitimados por activa en las acciones populares, resulta claro derivar su procedencia en la competencia y representación que tienen estos cargos públicos como agentes Ministerio Público y, por lo tanto, representantes de la sociedad civil.

En cuanto a la legitimación por activa que tiene los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses, se encuentra justificada en el ejercicio propio de las competencias de protección que recaen en los mismos, de lo cual se evidencia que dichas autoridades no solo están circunscritas a un mandato de abstención (no amenazar ni violar derechos colectivos) sino además se encuentran sujetas a un mandato de promoción materializado en la capacidad referida que los hace sujetos por activa de la acción popular.

Resulta importante referir que cuando la acción popular (regla que involucra a todos los legitimados) se interponga sin la intermediación de apoderado judicial, el juez tendrá que notificar del auto admisorio de la demanda a la defensoría del pueblo quien podrá intervenir en la actuación procesal.

3.2. Legitimación por pasiva

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares se podrán dirigir en contra de la autoridad pública o contra los

particulares (sean personas jurídicas o naturales) cuya acción u omisión amenacen y/o vulneren derechos o intereses colectivos.

En caso de que se desconozcan los responsables de la amenaza y/o violación de los derechos o intereses colectivos, corresponderá al juez determinarlos.

Al respecto ha afirmado el Consejo de Estado:

“(…) Respecto de la legitimación por pasiva en la acción popular cabe recordar que el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 se refiere a las personas contra las cuales puede dirigirse la demanda. Estas no son otras que aquellas determinadas o determinables de quienes provienen las acciones u omisiones lesivas de los derechos colectivos y responsables de su amenaza o vulneración, con total competencia y capacidad para cumplir las órdenes de protección y restablecimiento de los derechos conculcados. (...)”³⁹.

De las anteriores citas normativa y jurisprudencial se pueden decantar los siguientes requisitos en la legitimidad por pasiva:

a) La acción se dirige en contra de las autoridades o particulares.

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 (código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo), son autoridades no solo los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, los órganos autónomos e independientes del Estado sino también los particulares, cuando cumplan funciones administrativas.

Por lo tanto, la parte demanda estaría constituida por i) la persona jurídica de derecho público como la Nación, las entidades territoriales, las entidades del sector central y descentralizado de la administración en sus distintos niveles; ii) la persona (particular) que cumpla funciones administrativas; iii) los particulares, ya sean personas naturales o jurídicas; y iv) en caso de no poder establecerse quien es el generador de la amenaza y/o violación la

39 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Tercera. Rad. 25000 23 26 000 1997 13930 01 del 25 de Septiembre de 2013. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

39 Consejo de Estado. Sentencia Sección Primera. Rad. 25000-23-27-000-2005-00381-01 del 30 de abril de 2009. Consejero Ponente Marco Antonio Velilla Moreno.

demanda se dirigirá contra indeterminados, caso en el cual le corresponderá al juez determinar los responsables.

Conforme al debate en torno al numeral 2 del artículo 12 de la Ley 472 de 1998 antes citado, y siguiendo la postura del Consejo de Estado en la materia, resulta de valía preguntarse si las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, las organizaciones cívicas o de índole similar que no cuenten con personería jurídica, en caso (y actuando en contra de su teleología) que amenacen y/o vulneren derechos o intereses colectivos serían sujetos por pasiva de la acción popular?.

Si se actuara bajo la lógica expuesta por la jurisprudencia anteriormente mencionada, se podría afirmar que si es procedente pues, aunque no se encuentran taxativamente señaladas en la Ley como destinatarios de la acción, al no ser el proceso constitucional de la popular de estirpe adversarial o de conflicto entre partes y a *contrario sensu*, se constituye en un proceso de control y protección de los derechos colectivos, se decanta por analogía su procedencia. Dicha postura tendría las mismas críticas y debates que los enunciados frente a la legitimidad por activa de estas organizaciones.

- b) La acción se debe promover frente a la amenaza y/o violación de derechos o intereses colectivos.
- c) La referida amenaza y/o violación debe darse a título de omisión y/o acción.
- d) Debe existir un nexo de causalidad entre el demandado y la amenaza y/o violación de los derechos o intereses colectivos.

3.3. Jurisdicción y competencia

Si la demanda se instaura en contra de las autoridades públicas o particulares que desempeñen funciones administrativas, ésta deberá dirigirse ante la jurisdicción contencioso administrativa; en primera instancia, ante el juez administrativo (del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular) y, en segunda instancia, conocerá el Tribunal Contencioso administrativo.

Si la demanda se instaura contra particulares (que no cumplen funciones administrativas), deberá dirigirse ante la jurisdicción ordinaria civil; en primera instancia, ante el juez civil del circuito (del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular) y, en segunda instancia, conocerá la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial.

En los lugares en donde no exista juez del circuito o juez administrativo, la demanda puede ser incoada ante el juez municipal o promiscuo, el cual deberá remitirla dentro los 2 días siguientes al juez competente.

En virtud del fuero de atracción, la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de las acciones populares en donde se demanden en conjunto particulares y autoridades públicas. Con respecto a este tópico el Consejo de Estado ha sostenido:

“(...) Cuando la parte demandada es plural y con respecto de uno de los demandados no cabe duda que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente, en virtud del llamado fuero de atracción queda prorrogada la competencia para conocer de la acción con respecto a otro u otros demandados que en principio fueran justiciables ante la jurisdicción ordinaria(...)”⁴⁰.

En igual sentido manifiesta la Corte Constitucional:

“(...) Para esta Corporación la conclusión a la cual llegó el Consejo de Estado es acertada, y el fuero de atracción hacia la jurisdicción contenciosa es claro, en lo que respecta a la acción en la que se involucran tanto entidades públicas como particulares (...)”⁴¹.

Como fue anotado en el acápite anterior (respecto de la legitimidad por pasiva), en caso de que el demandado sea indeterminado, es tarea del juez establecer los responsables de la amenaza y/o violación de los derechos o intereses colectivos. Lo que no resulta claro de la redacción de la norma, es a cuál

40 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Tercera. Rad. 25000 23 26 000 1997 13930 01 del 25 de Septiembre de 2013. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

41 Consejo de Estado. Sentencia Sección Quinta. Rad. AP-077 del 6 de julio de 2001. Consejero Ponente Roberto Medina López.

juez (contencioso u ordinario) en la medida que si no se puede determinar el generador de la amenaza y/o violación cómo se puede establecer con certeza la competencia de quien le corresponde conocer del proceso.

Respecto de este caso de competencia frente a demandas dirigidas contra indeterminados existen dos posturas:

- a) La competencia debería recaer en la jurisdicción ordinaria – juez civil del circuito, en virtud de la cláusula general y residual de competencia establecida en el artículo 15 de la Ley 1564 de 2012 (código general del proceso) la cual estipula:

“Corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la Ley a otra jurisdicción.

Corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la Ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria.

Corresponde a los jueces civiles del circuito todo asunto que no esté atribuido expresamente por la Ley a otro juez civil.”.

- b) La competencia debería recaer en la jurisdicción contencioso administrativa – juez administrativo en virtud de la cláusula genérica que le atribuye a las autoridades de la República proteger a los ciudadanos frente a la amenaza y/o violación de sus derechos y abstenerse de ser sujetos activos (por acción u omisión) de dichas amenazas y/o violaciones, la cual se decanta del inciso segundo del artículo 2 superior referido a los fines del Estado.

Lo anterior crea una situación de competencia en el juez administrativo, pues en razón del criterio orgánico le correponderá conocer a dicha jurisdicción las demandas promovidas contra el Estado, en virtud de su posición de garante en virtud de la cláusula ya referida.

Por lo tanto, en el caso en comento, habría un aparente enfrentamiento entre el criterio funcional (residual) y el criterio orgánico (general) respecto al cual se considera debe prevalecer el último en virtud de la responsabilidad reforzada que tienen las autoridades públicas frente a la

protección de los derechos, sumado al fuero de atracción que en caso de dudosa competencia genera una asunción funcional en la jurisdicción contenciosa.

Además de las reglas de competencia anotadas, el artículo 36A de la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la administración de justicia modificada por la Ley 1285 de 2009), establece un mecanismo eventual de revisión en cabeza del Consejo de Estado para las acciones populares y de grupo de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Las providencias que resuelvan dicho mecanismo de revisión se consideran sentencias de unificación de conformidad con lo estipulado en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 (Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo).

3.4. Caducidad

A pesar de que la Ley 472 de 1998 en su artículo 11 había establecido un término de caducidad de 5 años para aquellas acciones que pretendieran devolver las cosas a su estado anterior, dicho término fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-215 de 1999 al considerar que dicha limitación desconoce los derechos constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia en los siguientes términos:

“(...) 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(...)⁴²

En torno a la ausencia de un término de caducidad en las acciones populares, afirma el profesor Jaime Santofimio:

“(...) Es una acción intemporal, esto es, no sujeta a términos para su interposición, ni restricciones con ocasión de los estados de excepción, ni mucho menos vinculada de manera alguna al concepto procesal de caducidad (...)”⁴³

Otra de las razones materiales que justifica la ausencia de caducidad para esta clase de acciones es la naturaleza de los derechos que protege, es decir, los colectivos; en la medida que los mismos no prescriben, lo cual genera como inmediata consecuencia que la acción que los ampara no caduque.

De lo anterior se colige, que la intención del constituyente fue establecer como requisito de “procedibilidad” solo la actualidad de la amenaza y/o violación, pero de ninguna forma estableció reglas de caducidad.

Por lo tanto, la acción podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo del cual se demanda su protección, sin importar que el alcance de la acción perseguida sea preventivo o restitutivo.

3.5. Trámite Preferencial

De conformidad con el artículo 6 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares de carácter preventivo deberán tramitarse de manera preferencial por el juez competente respecto a las demás que tenga bajo su conocimiento, excepto cuando se trata de hábeas corpus, acción de tutela o acción de cumplimiento.

Con respecto al trámite preferencial que debe darse a la acción de tutela la Corte Constitucional ha puntualizado:

42 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-446 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

43 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 de 1999. MP (e) Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

“(…) Se garantiza sometiendo el trámite de las acciones populares a los principios constitucionales y especialmente a los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia; imponiéndole al juez la obligación de impulsarlas oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria; otorgándoseles trámite preferencial con excepción del habeas corpus, la acción de tutela y la acción de cumplimiento; y permitiendo su ejercicio en todo tiempo, incluso durante los estados de excepción.(…)”⁴⁴.

De lo anteriormente anotado y del corpus normativo que regula los aspectos adjetivos de la institución en estudio, se pueden discernir algunas características especiales en el trámite procesal de las acciones populares a saber:

- a) Se cimienta en principios de raigambre constitucional tales como: i) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; ii) debido proceso (que comporta a su vez los principios de legalidad, juez natural, respeto a las formas propias de cada juicio, publicidad, contradicción, defensa, entre otros.); iii) eficacia y economía.
- b) Las acciones populares son de impulsión oficiosa. Una vez instaurada la acción popular, es deber del juez darle impulsión oficiosa y proferir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria. Esta característica refuerza el carácter público de la acción y la importancia que el ordenamiento jurídico le otorga a la protección de los derechos e intereses colectivos.
- c) Las acciones populares que tiene como alcance petendi la prevención del riesgo o amenaza que sufre el interés o derecho colectivo, tiene prelación respecto de las acciones ordinarias que tramite el juez de conocimiento (con excepción del hábeas corpus, tutela y cumplimiento).
- d) Por su especial naturaleza tuitiva, las acciones populares se reputan como informales, en la medida que se constituyen en formas de participación democrática en el control al ejercicio del poder, por lo

tanto, no se exige la postulación a través de abogado ni el agotamiento de una técnica procesal específica.

- e) Es susceptible de ser reconocido por el juez el “amparo de pobreza”, el cual de conformidad con el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil se constituye en un beneficio que se concede a favor de quien no se halle en la capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia existencia. En caso de ser concedido este amparo, los gastos respecto a los peritazgos y las publicaciones que se llegaren a requerir, serán asumidos por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

3.6. Requisitos de la petición o demanda:

De conformidad con el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 los requisitos de la petición o demanda son:

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

Las anteriores exigencias formales elevadas a título de requisitos de la demanda, resultan ser aparentemente contradictorias con el principio de informalidad que rige la actuación procesal para esta clase de acciones, en la medida que se establecen unos requerimientos para el ejercicio del derecho de acción muy similares a las establecidas en una demanda ordinaria, lo cual desnaturaliza la sencillez que debe acompañar al ejercicio de estos mecanismos, pues se consideran herramientas al alcance de cualquier persona y no solo para aquellas que tienen formación jurídica o cuentan con la capacidad de contratar un profesional del derecho.

El hecho que la norma preceptúe que el interesado en instaurar una acción popular (máxime en casos de urgencia o cuando no sepa escribir) pueda acudir ante la personería o defensoría de pueblo para que se le colabore en la elaboración de su petición o demanda, no suple el deber de garantizar la informalidad extensiva que inspiró al constituyente al consagrar este tipo de acciones.

Sobre este tópico anota el profesor Manuel Quinche:

“(...) Es en esta última dimensión en la que debe ser comprendida tanto la demanda en la acción popular, como el trámite de la instancia, al verse regidas por el principio de formalidad. En efecto, el artículo 18 de la Ley, que regula lo relacionado con los requisitos de la demanda, prevé un total de siete requisitos específicos, que estructuralmente se corresponden con los dispuestos en el artículo 75 del C. de Procedimiento Civil. Este aspecto de la formalidad de la demanda y sus requisitos es tan notorio, que incluso el artículo 17 de la Ley 472, obliga al Personero Municipal o a la Defensoría del Pueblo, a auxiliar a los demandantes(...)²⁴⁵.

Sumado a lo anterior, resulta evidente que al interior del trámite se dan ciertas instancias o posibilidades procesales tales como la inadmisión de la demanda por falta de uno o varios requisitos formales de la misma y su concomitante posibilidad de subsane, la coadyuvancia y la audiencia especial de pacto de cumplimiento que incrementan el grado de formalidad en la actuación y el nivel de conocimiento disciplinar que debe tener el actor.

3.7. Admisión, notificación y traslado

El juez deberá pronunciarse respecto de la admisión de la demanda durante los 3 días hábiles siguientes a su presentación. De encontrar que la demanda no reúne los requisitos citados la inadmitirá y concederá un término de 3 días para que pueda ser subsanada. En caso de no subsanarse dentro de este término la rechazará *in limine*.

La demanda debe notificarse al demandado de manera personal y a los miembros de la comunidad presuntamente afectados se les podrá comunicar a través de un medio masivo de comunicación o cualquier medio que el juez estime sea eficaz.

En el auto admisorio de la demanda el juez ordena su traslado al demandado por el término de 10 días para contestarla y le debe informar que tiene el derecho a aportar y solicitar la práctica de pruebas dentro de este mismo término, en la media que la decisión de fondo se debe tomar dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del traslado.

3.8. Medidas Cautelares

De conformidad con el artículo 25 de la Ley 472 de 1998 antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso el juez podrá de oficio o a solicitud de parte, decretar las medidas cautelares que estime convenientes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar uno actual. El juez podrá ordenar entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- “a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.”

Las medidas cautelares al interior de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la constitución Política de 1991, se convierten en verdaderas herramientas para lograr la materialización del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva; por tal razón, es que el proceso se vale de las medidas cautelares con el objetivo de asegurar su propósito último (materializar la justicia), a través

de dos estancias de aseguramiento: i) una *ex – ante* a la decisión de fondo, caso en el cual su norte de protección es el objeto mismo del proceso, y ii) una *ex – post*, la cual tiende a garantizar que los fallos judiciales tengan un efecto útil, es decir, que puedan ser materializados y no se tornen de imposible cumplimiento o de obsoleto cumplimiento cuando a pesar de que se puedan cumplir sus ordenes ya no satisfacen ningún status de protección.

En razón a lo anotado, el amparo cautelar se convierte en parte integral e inescindible de la protección material y efectiva de los derechos, máxime en aquellos procesos y acciones de raigambre constitucional.

En un claro avance en la consagración y desarrollo legal de éste tipo de instrumentos tutelares de protección, la Ley 1437 de 2011 introdujo cambios sustanciales en la posibilidad de acudir a la cautela judicial como herramienta de protección integral.

Con respecto a la nueva regulación de las medidas cautelares contenidas en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo las cuales por expreso mandato del legislador son aplicables al proceso que se promueva por las acciones populares ha sostenido en reciente providencia la Corte Constitucional:

“(…) 17. La Corte procede a exponer el contenido de la regulación sobre medidas cautelares prevista en el CPACA:

17.1. *Procedencia y finalidades generales.* El CPACA, al regular lo atinente a las medidas cautelares, empieza por señalar que dichas medidas pueden decretarse en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la justicia administrativa, incluidos los de tutela y de defensa de derechos e intereses colectivos, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda “o en cualquier estado del proceso”, y precisa que el juez puede decretar todas las que considere “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en este capítulo” (art. 229).^[9] Según la norma, las medidas cautelares sólo se pueden dictar en el régimen general “a petición de parte”, aunque en los procesos de tutela y de protección de derechos colectivos pueden “ser decretadas de oficio” (ídem). “La decisión sobre medidas cautelares”, precisa la disposición, “no implica prejuzgamiento” (ídem).

17.2. *Clases de medidas cautelares; contenido y alcance de las mismas.* Tras esta reforma, el juez contencioso administrativo cuenta con todo un haz de medidas cautelares. La Ley 1437 de 2011, como se dijo, no se contrae a contemplar la suspensión provisional, sino que habla de medidas “*preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión*”. El artículo 230 de la misma dice que el juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “*una o varias de las siguientes*” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “*vulnerante o amenazante*”, cuando fuere posible (art. 230.1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (art. 230.2);^[10] suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (art. 230.3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (art. 230.4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (art. 230.5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (art. 230 parágr).^[11]

17.3. *Requisitos para decretar las medidas cautelares.* La Ley 1437 de 2011 distingue en este aspecto los requisitos exigibles, según el tipo de medida. Si se pide la suspensión provisional de un acto administrativo, en un proceso de nulidad, la misma procede cuando del análisis del acto cuestionado y de su confrontación con las normas invocadas surge una violación de las últimas. En esto hay, como se ve, un cambio fundamental pues ya no se exige -como en el Código anterior- una “*manifiesta infracción*”, y por el contrario se ordena hacer un análisis. Si además de la nulidad se pide el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, para que prospere la medida debe probarse “*al menos sumariamente la existencia de los mismos*” (art. 231). Conforme el CPACA, en “*los demás casos*”, los requisitos son los siguientes: 1) que la demanda esté razonablemente fundada; 2) que el demandante haya demostrado “*así fuere sumariamente*”, ser titular de los derechos invocados; 3) que el actor haya presentado “*los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones*” con los cuales se pueda concluir que resultaría más gravoso negar la medida que concederla; 4) que de no otorgarse la medida sobrevenga un perjuicio irremediable o la sentencia se vuelva ineficaz (art. 231).

17.4. *Caución.* La norma que contempla lo relativo a las cauciones prevé expresamente que “[n]o se requerirá de caución” cuando se pida la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, ni en “*los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela*”, ni tampoco cuando “*la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública*” (art 323, inc. último). En los casos

en los cuales sí aplica, la caución debe ser prestada por el solicitante “*con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar*” con el Decreto de la medida. El juez o magistrado que la decreta -dice el precepto- determinará “*la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución*”, y la Ley agrega que para esos efectos “*podrá ofrecer alternativas al solicitante*” (art. 232). Esta decisión, sea que fije la caución o la niegue, “*será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar*”; la que acepte o rechace la caución prestada no es apelable (art. 232).

17.5. *Procedimiento de adopción de medidas.* Según el artículo 232 del CPACA, la medida puede solicitarse desde la presentación de la demanda “*y en cualquier estado del proceso*”. La norma exige que se dé traslado de la solicitud de medida cautelar al demandado, y establece distintas condiciones para casos diferentes, y prevé que el último tiene cinco (5) días para pronunciarse sobre la misma. El juez dispone de diez (10) días más, contados desde que expira el término para que el demandado se pronuncie sobre la petición, para resolver sobre ella. La medida sólo puede hacerse efectiva cuando el auto que acepte la caución se encuentre ejecutoriado. Si la medida es negada, puede volverse a pedir “*si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su Decreto*”. Contra el auto que resuelva esta solicitud no hay recursos (art. 233).

17.6. *Medidas cautelares de urgencia.* La Ley prevé la posibilidad de que el juez, desde la presentación de la solicitud, decreta medidas cautelares “*sin previa notificación a la otra parte*”. En este evento deben cumplirse los requisitos para la adopción de la medida, pero se justifica como procedimiento especial toda vez que “*se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior*”, y descrito en el numeral precedente. Esta decisión, no obstante, “*será susceptible de los recursos a que haya lugar*” (art. 234). No obstante, la medida debe comunicarse y cumplirse “*inmediatamente*”, previa la constitución de una caución cuando haya lugar.

17.7. *Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar.* De acuerdo con el artículo 235 del CPACA, el afectado con la medida cautelar podrá solicitar el levantamiento de la medida, cuando preste caución satisfactoria, en los casos en que esto sea compatible con la naturaleza de la medida, que garantice la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar. También puede modificarse o revocarse la medida cuando se constate que no se cumplían los requisitos para su otorgamiento, que estos luego dejaron de presentarse o fueron superados, “*o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso*”. En estos últimos eventos no se

necesita caución previa. La norma prevé también una obligación de informar todo cambio sustancial que ocurra en las circunstancias que condujeron a la adopción de la medida, y contempla la posibilidad de que en ciertos casos el incumplimiento de la misma dé lugar a multas y “*demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales*” (art. 235, último inciso).

17.8. *Recursos*. El auto que decreta una medida cautelar es susceptible de recurso de apelación o de súplica, según el caso. Los recursos se conceden en el efecto devolutivo y deben ser resueltos en el término máximo de 20 días. Las decisiones sobre levantamiento, modificación o revocatoria de medidas cautelares no son susceptibles de recurso alguno.

17.9. *Aspectos varios*. La Ley 1437 de 2011 prevé además regulaciones para otros asuntos atinentes a las medidas cautelares. Contempla una prohibición de reproducir el acto anulado o suspendido, “*a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión*” (art. 237). También consagra procedimientos para los casos en los que se viole esta prohibición (arts. 238 y 239), así como una norma sobre responsabilidad patrimonial del solicitante cuando “*la medida cautelar sea levantada en curso del proceso por considerar que su Decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria*” (art. 240). Igualmente se definen algunas sanciones por el incumplimiento de una medida cautelar, y se categoriza como “*falta grave*” el incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar (art. 241).

18. La Corte pasa a decidir entonces si esta regulación de las medidas cautelares, en cuanto se debe aplicar, de acuerdo la norma demandada, a los procesos originados en acciones de tutela y populares, respeta los artículos 13 (igualdad), 86 (características de la acción y el proceso de tutela), 88 y 89 (características de las acciones, recursos y procedimientos para proteger derechos colectivos), 228 (principio de prevalencia de lo sustancial) y 229 (derecho de acceso a la administración de justicia) de la Constitución (...)”⁴⁶.

De lo anterior se colige que:

- a) Existe una estrecha e inescindible relación entre la tutela judicial y la tutela cautelar. Al respecto explica el profesor Héctor Quiroga Cubillos:

46 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. “Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas”. Op. Cit. pp. 388 y 389.

“(…) Y aparece aquí la llamada: Tutela Cautelar, como instrumento que se utiliza desde el inicio del proceso, para garantizar que la tutela judicial será materializada. En la tutela cautelar encuentra la tutela judicial, el instrumento idóneo que le asegura su cumplimiento, y por tal razón, se erige como un derecho fundamental que tienen los asociados, y por el cual el juez protege la eficacia de sus decisiones que ha de producir la tutela judicial (...)”⁴⁷.

- b) Que la finalidad de las medidas cautelares es la protección del objeto del proceso y el efecto útil de la sentencia.
- c) Existe una notoria ampliación del catálogo de medidas cautelares que pueden utilizarse en el proceso administrativo aplicable al trámite de las acciones populares, ya que con el anterior estatuto contencioso (Decreto Ley 01 de 1984) solamente existía la suspensión provisional del acto administrativo como medida cautelar (la cual solo se podía proponer junto con la demanda); ahora, no solo se mantiene la suspensión provisional (la cual se podrá proponer en cualquier momento hasta antes de la sentencia) sino que además se establece una tipología de cautelares como las: preventivas, conservativas, anticipativas y de urgencia.
- d) No obstante lo anotado, también se imbrica una consagración *apertus clausus* al establecer en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 que el juez o magistrado podrán declarar las medidas que consideren necesarias para cumplir la finalidad del amparo cautelar.

3.9. Audiencia de Pacto de Cumplimiento

Dentro de los 3 días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda el juez citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en donde se escucharán las diferentes posiciones de los sujetos procesales y a iniciativa del juez se podrá proponer un pacto de cumplimiento en el que se establezca la forma de protección material de los derechos e

intereses colectivos de cuyo amparo se solicita y/o el restablecimiento de las cosas a su estado anterior de ser posible.

Esta audiencia funge como una especie de “conciliación” con participación del Ministerio Público, en donde las partes pueden explicar sus posiciones y presentar una propuesta de pacto y/o el juez puede proponerles una fórmula de arreglo que de aprobarse se surtirá a través de sentencia y de cuya ejecución el juez conservará la competencia.

De no lograrse el pacto de cumplimiento porque no asistieron la totalidad de las partes (y no se presentó excusa previa pertinente), porque las partes no se acogen a la fórmula planteada por el juez, o cuando simplemente debido a la enorme distancia entre las posiciones que existe entre las partes el pacto no se formule, el juez declarará fallida la audiencia y procederá al Decreto y práctica de pruebas según el caso.

Con respecto al trámite de la audiencia especial de pacto de cumplimiento, ha sostenido el Consejo de Estado:

“(…) La Ley 472 de 1998 en su artículo 27 ordena dentro del trámite de las acciones populares, la celebración de una audiencia especial con el objetivo de alcanzar en ella un acuerdo entre las partes sobre las pretensiones de la demanda, ese acuerdo lo denomina la Ley “Pacto de Cumplimiento”. El pacto de cumplimiento es sin lugar a dudas constituye uno de los mecanismos para la solución de conflictos dentro del trámite de la acción popular, que permite acercar a las partes para que éstas puedan por sí mismas, aunque con la orientación imparcial del juez, llegar a un acuerdo que finalice el litigio, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada; lo cual además evita el desgaste del aparato judicial generando un ahorro para la administración de justicia y colabora con la misión superior de propiciar la paz, pues éste es ante todo un mecanismo pacífico y no litigioso de precaver los conflictos o solucionar los existentes. La Ley 472 de 1998, busca que las partes dentro de una acción popular puedan por si mismas arreglar sus conflictos, lo cual es de una importancia mayúscula en este tipo de acciones, pues si su finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, el contar con una herramienta aún mas ágil que el mismo trámite de la acción popular -el cual goza de trámite preferencial, según el artículo 6 de la Ley en cita- lleva a que dicha protección se obtenga de la manera más expedita posible (...)

La audiencia especial de pacto de cumplimiento tiene sus particularidades previstas en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998: -Oportunidad: El juez dentro

de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a quienes deban intervenir en la audiencia especial de pacto de cumplimiento. Podrá ser aplazada por una única vez, si antes de la hora señalada para su celebración, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará una nueva fecha no antes de quinto día siguiente no después de décimo día, por auto que no tendrá recurso alguno. -Intervinientes: A la audiencia especial deberán comparecer de manera obligatoria además del juez de conocimiento, las partes y el Ministerio Público, y potestativamente podrán intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. Los funcionarios competentes que no asistan a la audiencia estarán incurso en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo. -Desarrollo de la audiencia: Una vez constituida la audiencia, el juez, quien dirigirá la audiencia, advertirá a las partes sobre los efectos de dicha actuación y escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada. Podrá de esta manera 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. -Revisión del pacto de cumplimiento: El proyecto de acuerdo alcanzado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días a partir de su celebración y si observa en él vicios de ilegalidad, estos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas. -Cuándo la audiencia se considera fallida: a) Cuando no comparece la totalidad de las partes interesadas. b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento. c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento. En tales eventos, el juez dará paso a la etapa probatoria continuando con el trámite normal del proceso de la acción popular. -Aprobación del pacto de cumplimiento: Se hará mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa de las partes involucradas. -Ejecución del pacto de cumplimiento: el juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto. Es importante resaltar que cuando se celebre un pacto de cumplimiento, éste deberá ser sobre la totalidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda, es decir que para que proceda la aprobación del proyecto de pacto, se deberán resolver en él todos y cada uno de los extremos de la litis. Lo anterior se desprende del mismo artículo 27 de la Ley 472 de 1998, pues en él se prevé que la aprobación del proyecto de pacto de cumplimiento deberá hacerse mediante una sentencia, y sentencia es aquella providencia del juez en la cual se decide de fondo sobre la integridad de las pretensiones de la demanda o las excepciones. Así lo señalan tanto el Código de Procedimiento Civil en su

artículo 302 como el Código Contencioso Administrativo en su artículo 170 (...)⁴⁸.

De lo anteriormente citado, se puede concluir:

- a) La audiencia especial de pacto de cumplimiento es una etapa procesal que se erige en un escenario alternativo de resolución de conflictos (casi de tipo conciliatorio), en donde las partes pueden explorar y proponer opciones de arreglo al conflicto desatado.
- b) El juez tiene la facultad y competencia de proponer a las partes una fórmula de arreglo.
- c) En caso de existir acuerdo y pacto de cumplimiento entre las partes y sea aprobado por el juez mediante sentencia, ésta hará tránsito a cosa juzgada.
- d) El juez mantiene la competencia frente a la ejecución material del acuerdo, y podrá designar a una persona natural o jurídica en calidad de auditor para que vigile y asegure el cumplimiento del pacto.

3.10. Periodo Probatorio:

Una vez surtido el trámite descrito en el numeral anterior, el juez procederá al Decreto y práctica de las pruebas que le fueron solicitadas por las partes o de oficio las que estime convenientes dentro de un término de 20 días prorrogables otros 20 días según la complejidad del proceso.

La carga de la prueba corresponde al demandante (es decir al actor popular). Sobre el particular el Consejo de Estado anota:

“(...) Ahora bien, es de resaltar que en materia de acciones populares es al actor popular a quien corresponde la carga de probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección reclama.(...)”⁴⁹

48 QUIROGA Cubillos, Héctor Enrique. “La Tutela Cautelar. Medidas Cautelares. El embargo y secuestro de bienes”. Ed. Sabiduría Limitada. Bogotá, 2007, pág. 5.

49 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Tercera. Rad 66001-23-31-000-2002-00770-01. Del 27 de mayo de 2004. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

“(…) aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. Entonces, para que la acción popular proceda se requiere que: - de los hechos de la demanda se pueda al menos deducir una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra la persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo y, - por tanto este último requisito supone que la actuación (acción u omisión) sea probada por el actor, o que del expediente el juez la pueda deducir, de lo contrario, el juzgador no podrá ordenar nada en su sentencia. Por tanto, la carga de la prueba impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda. (...)”⁵⁰.

Sobre las facultades oficiosas del juez en materia probatoria sostiene el máximo intérprete constitucional:

“(…) La Corte puntualizó que la carga de prueba que recae sobre el actor popular, no inhibe al juez del deber de emplear su facultad probatoria de oficio cuando, por razones económicas o técnicas, el demandante no pueda aportar ciertas pruebas que resultan indispensables para adoptar un fallo de mérito.(...)”⁵¹

Por lo tanto, la regla general es la aplicación de la carga probatoria en cabeza del actor popular; sin embargo, si por razones de orden económico (por ejemplo la obtención del amparo de pobreza) o técnico, dicha carga no puede ser cumplida por el actor, el Juez deberá suplir dicha deficiencia ordenando a la entidad pública -cuyo objeto esté referido el tema materia del debate- la práctica de las experticias probatorias requeridas y, de no ser posible, podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

50 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Primera. Rad. 76001-23-31-000-2010-01459-01(AP) del 10 de mayo de 2012. Consejera Ponente María Elizabeth García González.

51 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Primera. Rad. 41001-23-31-000-2004-00425-01(AP) del 18 de abril de 2007. Consejero Ponente Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

3.11. Alegatos de Conclusión y Sentencia

Una vez vencido el término probatorio, el juez dará un término común de 5 días a las partes para que presenten sus alegatos y argumentos de cierre o conclusión.

Una vez surtido el término anteriormente descrito, el expediente pasa al despacho para fallo el cual deberá proferirse en un término de 20 días. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante podrá:

- a) Contener una orden de hacer o de no hacer.
- b) 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. Esta condena se hará in genere y se liquidará mediante incidente.
- c) Exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del interés o derecho cuando esto fuere posible.
- d) La Ley 472 de 1998 establecía la posibilidad de que el actor popular obtuviera un incentivo económico (que el juez fijaba entre 10 y 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes) en caso de ganar la acción popular promovida y debidamente atendida por éste, reconocimiento que se hacía en la sentencia; sin embargo, la Ley 1425 de 2010 derogó los artículos 39 y 40 de la citada Ley aboliendo la posibilidad del reconocimiento del incentivo en comento.

La Ley 1425 en comento, fue objeto de varias demandas públicas de inconstitucionalidad sobre todo por la presunta introducción de una barrera a la participación ciudadana y violación de la reserva de Ley estatutaria; sin embargo, la Corte Constitucional desestimó los cargos y declaró exequible la Ley mediante las sentencias C-630 de 2011 y C-730 de 2011 exponiendo entre otros los siguientes argumentos:

“(…) Es claro que (i) la Ley estudiada en el presente proceso se refiere a un aspecto propio de las acciones populares, que, son en sí mismas consideradas, un derecho fundamental, político y, por supuesto, constitucional. No obstante, el objeto de la regulación (ii) no trata sobre un elemento estructural ni de los principios básicos de la acción

popular; (iii) no se refiere a los contenidos esenciales o nucleares del derecho a interponer tales recursos judiciales; (iv) no regula aspectos inherentes al ejercicio del derecho; (v) no contempla medidas que afecten los ámbitos centrales de la red de protección que otorga el derecho; (vi) no es una regulación que se ocupe de manera integral de la acción popular en sí misma considerada; (vii) ni de los principios que la rigen. En tal medida, considera la Corte que no se desconoció la reserva de Ley estatutaria (...)⁵².

Se considera acertada, oportuna y eficiente la eliminación del incentivo económico por parte del legislador, así como la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la Ley 1425 de 2010, en la medida que las acciones populares se estaban convirtiendo en una “profesión” para varios ciudadanos y profesionales del derecho que presentaban demandas únicamente con la intención de obtener un beneficio económico desnaturalizando la razón de ser y teleología política y jurídica que inspiraron al constituyente a elevar a canon constitucional este tipo de acciones.

La parte inconforme con el fallo podrá ejercer el recurso de apelación dentro de los 3 días posteriores a la notificación de la sentencia. Además podrá solicitar la práctica de pruebas en segunda instancia trámite (al igual que la condena en costas) que se regirá por lo establecido en el código de procedimiento civil.

El recurso de apelación deberá ser resuelto por el juez de la alzada dentro de los 20 días siguientes, contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente.

Como ya fue anotado en un acápite anterior, la Ley estatutaria de la administración de justicia (270 de 1996) en el artículo 36A, modificado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, establece un mecanismo eventual de revisión en cabeza del Consejo de Estado para las acciones populares y de grupo de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁵³.

Respecto de los fines y procedencia del mecanismo eventual de revisión, el Consejo de Estado ha decantado:

52 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-429 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

53 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-630 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

“(…) Para la procedencia de este mecanismo de revisión eventual, será necesario que con la solicitud pueda establecerse que existen providencias de los Tribunales Administrativos o de esta Corporación con posiciones encontradas o con interpretaciones diferentes o que no exista una posición unificada y uniforme del órgano de cierre o que el tema no haya sido desarrollado por la jurisprudencia. Además deben examinarse la importancia y trascendencia de los puntos que se discuten en la providencia que se pretende sea revisada. Así pues, precisada la finalidad como aspecto de fondo que hace procedente el mecanismo señalado en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, se advierte que esta normativa también establece aspectos formales que permiten avocar su estudio, como son los de oportunidad, objeto, legitimación y sustentación que deben verificarse, así: (1). La solicitud debe presentarse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia cuya revisión se pretende. Debe presentarla una de las partes [o ambas] o el Ministerio Público. La providencia objeto de eventual revisión debe ser dictada por un Tribunal Administrativo y determinar la finalización o el archivo del proceso de acción popular. Si bien la norma no exige sustentación, es importante que la solicitud contenga los puntos de la providencia que, a juicio del peticionario, merecen ser revisados y explique por qué son contrarios o diferentes al precedente judicial. La explicación dada por el peticionario no limita la actuación del Consejo de Estado, pues al momento de hacer el análisis de la providencia puede encontrar otros puntos en los cuales sea necesario e importante unificar la jurisprudencia. En este punto debe precisarse que la sustentación exigida al peticionario debe ser tenida sólo como una motivación o impulso necesario para estudiar la solicitud de revisión.(…)”⁵⁴.

De lo anterior se colige:

- i) Además de existir la etapas de alegatos de conclusión y sentencia, las partes tienen derecho a interponer recurso de apelación o alzada contra la decisión del a-quo garantizando el ordenamiento una doble

⁵⁴ De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 0117 de 12 de octubre de 2010 de la Sala Plena del Consejo de Estado que adicionó un párrafo al artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado (Acuerdo 58/03) en el sentido de establecer que todas las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación conocerán de las solicitudes de revisión eventual.

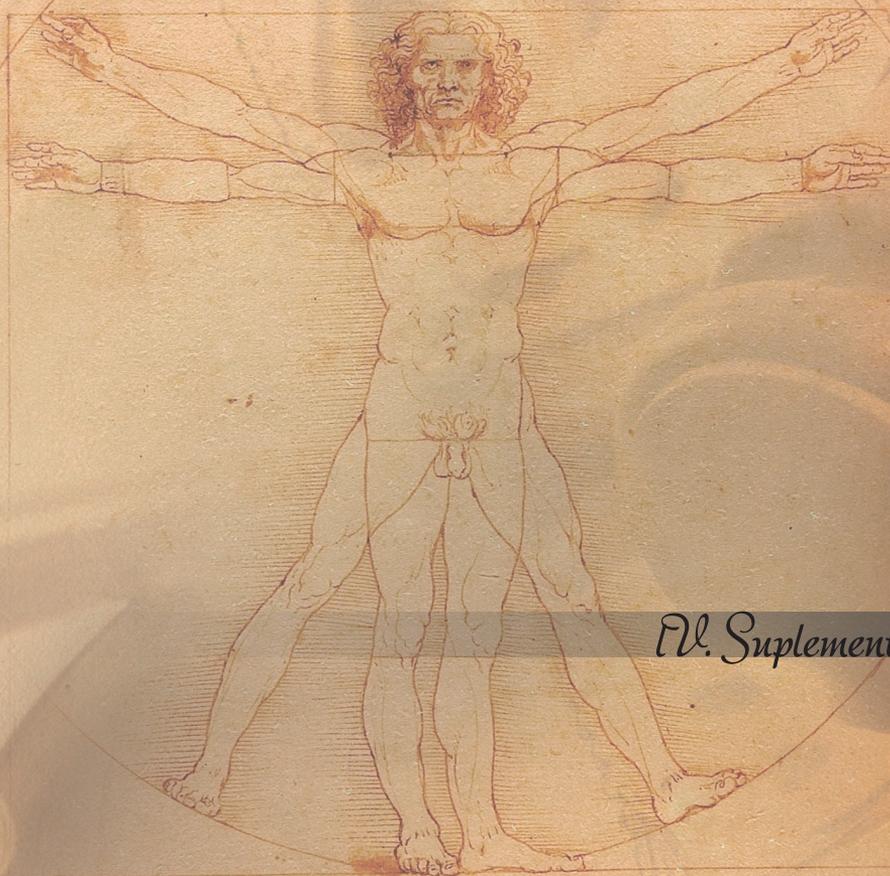
⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia Sección Cuarta. Rad. 73001-33-31-004-2008-00006-01(AP)REV del 4 de noviembre de 2010. Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

- instancia, lo cual redundaría en el reforzamiento del amparo al debido proceso.
- ii) Aunado a lo anterior, el ordenamiento permite la revisión eventual de las sentencias de los procesos tramitados en virtud de las acciones populares por parte del Consejo de Estado con la finalidad de a) unificar la jurisprudencia; b) establecer criterios unificados de interpretación, y; c) sentar posición en temas novedosos que no hayan sido desarrollados por la jurisprudencia de cierre.
 - iii) El mecanismo eventual de revisión puede ser solicitado por alguna de las partes o por el Ministerio Público dentro de los 8 días siguientes a la notificación de la sentencia dictada por el correspondiente Tribunal Administrativo.

4. CONCLUSIONES DEL ACÁPITE

- a) Una de las grandes conquistas del Estado Social de Derecho es la consagración de los derechos colectivos y la concomitante creación de instrumentos jurídicos para su defensa material.
- b) Las acciones populares en tanto a su dimensión sustantiva, obedecen a una forma de expresión de la participación ciudadana dentro del marco de una democracia, y, se constituyen en un derecho de ejercicio pero también un deber de conservación de dichos derechos a cargo de sus titulares y destinatarios.
- c) Las acciones populares desde su perspectiva adjetiva, se constituyen en mecanismos de protección de los derechos e intereses colectivos ya sea en sede preventiva, ora en sede restitutiva.
- d) El procedimiento de las acciones populares es preferente, de impulsión oficiosa, público, rápido, tuitivo, y especial.
- e) Existen varias acciones populares al interior de nuestro ordenamiento jurídico, algunas de ellas de consagración legal (unas ex – ante otras ex – post a la Constitución de 1991) y otras creadas a través del poder reglamentario. No obstante que con la expedición de la Carta del 1991 éstas no desaparecen (y *contrario sensu* complementan el escenario de protección de los derechos grupales), es evidente que las acciones populares constitucionales resultan ser el principal mecanismo de protección de los derechos comunes, de los derechos de todos o en términos romanos... de los derechos del pueblo.

Derecho Procesal Constitucional



Al. Suplemento

1.

ACTO LEGISLATIVO 03 de 1910

Reformatorio de la Constitución Nacional. En el nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad, la Asamblea Nacional de Colombia,

DECRETA (...)

Título XV

Artículo 35.- La Corte Suprema de Justicia se compondrá de nueve Magistrados. La Ley la dividirá en Salas señalará a cada una de ellas los asuntos de que debe conocer separadamente, y determinará aquellos en que deba intervenir toda la Corte.

Artículo 36.- El período de los Magistrados de la Corte Suprema será de cinco años, y de cuatro el de los Magistrados de los Tribunales Superiores. Unos y otros podrán ser reelegidos indefinidamente.

Artículo 37.- El Presidente de la Corte Suprema será elegido cada año por la misma Corte.

Artículo 38.- Los Magistrados de los Tribunales Superiores y los suplentes respectivos serán nombrados por la Corte Suprema, de ternas que presenten las respectivas Asambleas Departamentales.

Artículo 39.- El Gobierno nombrará los Magistrados interinos de la Corte Suprema de Justicia, y los Gobernadores respectivos nombrarán los de los Tribunales Superiores, cuando las faltas de los principales no puedan ser llenadas por los suplentes.

Artículo 40.- En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán preferencia las disposiciones constitucionales.

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 Actos Legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales 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. (...).

2.

Decreto 2591 DE 1991

(Noviembre 19)

“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades que le confiere el literal b) del artículo transitorio 5 de la Constitución Nacional oída y llevado a cabo el trámite de que trata el artículo transitorio 6, ante la Comisión Especial,

DECRETA:

CAPÍTULO I

Disposiciones generales y procedimiento

ARTÍCULO 1º-Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aun bajo los estados de excepción.

ARTÍCULO 2º-Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente

por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

ARTÍCULO 3º-Principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

ARTÍCULO 4º-Interpretación de los derechos tutelados. Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

ARTÍCULO 5º-Propiedad de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta Ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

ARTÍCULO 6º-Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan

intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

ARTÍCULO 7º-Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

ARTÍCULO 8º-La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

ARTÍCULO 9º-Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.

El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

ARTÍCULO 10.-Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no este en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

ARTÍCULO 11.-INEXEQUIBLE.

ARTÍCULO 12.-INEXEQUIBLE.

ARTÍCULO 13.-Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

ARTÍCULO 14.-Contenido de la solicitud. Informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce

efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

ARTÍCULO 15.-Trámite preferencial. La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de hábeas corpus.

Los plazos son perentorios o improrrogables.

ARTÍCULO 16.-Notificaciones. Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz.

ARTÍCULO 17.-Corrección de la solicitud. Si no pudiere determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de tres días, los cuales deberán señalarse concretamente en la correspondiente providencia. Si no los corrigiere, la solicitud podrá ser rechazada de plano.

Si la solicitud fuere verbal, el juez procederá a corregirla en el acto, con la información adicional que le proporcione el solicitante.

ARTÍCULO 18.-Restablecimiento inmediato. El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho.

ARTÍCULO 19.-Informes. El juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad.

El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sean la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación.

Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.

ARTÍCULO 20.-Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.

ARTÍCULO 21.-Información adicional. Si del informe resultare que no son ciertos los hechos, podrá ordenarse de inmediato información adicional que deberá rendirse dentro de tres días con las pruebas que sean indispensables. Si fuere necesario, se oirá en forma verbal al solicitante y a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente de manera sumaria.

En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela.

ARTÍCULO 22.-Pruebas. El juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas.

ARTÍCULO 23.-Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza,

se ordenara su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

ARTÍCULO 24.-Prevención a la autoridad. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido.

El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.

ARTÍCULO 25.-Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación.

La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considerará que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido.

Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad.

ARTÍCULO 26.-Cesación de la actuación impugnada. Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes.

El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente.

Cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía.

ARTÍCULO 27.-Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

ARTÍCULO 28.- Alcances del fallo. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.

La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.

ARTÍCULO 29.- Contenido del fallo. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener:

1. La identificación del solicitante.
2. La identificación del sujeto o sujetos de quien provenga la amenaza o vulneración.
3. La determinación del derecho tutelado.
4. La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.
5. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 48 horas.
6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto.

PARÁGRAFO- El contenido del fallo no podrá ser inhibitorio.

ARTÍCULO 30.- Notificación del fallo. El fallo se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento, a más tardar al día siguiente de haber sido proferido.

ARTÍCULO 31.- Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor

del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.

ARTÍCULO 32.-Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente.

El juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su (eventual)* revisión.

ARTÍCULO 33.-Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

ARTÍCULO 34.-Decisión en Sala. La Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.

ARTÍCULO 35.-Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.

La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7º de este Decreto.

ARTÍCULO 36.-Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.

CAPÍTULO II

Competencia

ARTÍCULO 37.-Primera instancia. (Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.)*

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

ARTÍCULO 38.-Actuación temeraria.

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de

reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

ARTÍCULO 39.-Recusación. En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurren las causales de impedimento del Código de Procedimiento Penal so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El juez que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario, si fuere el caso.

ARTÍCULO 40.-INEXEQUIBLE.

ARTÍCULO 41.-Falta de desarrollo legal. No se podrá alegar la falta de desarrollo legal de un derecho fundamental civil o político para impedir su tutela.

CAPÍTULO III

Tutela contra los particulares

ARTÍCULO 42.-Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.
2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.
3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos.

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivo la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.
7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.
8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.
9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

ARTÍCULO 43.-Trámite. La acción de tutela frente a particulares se tramitará de conformidad con lo establecido en este Decreto, salvo en los artículos 9, 23 y los demás que no fueren pertinentes.

ARTÍCULO 44.-Protección alternativa. La providencia que inadmita o rechace la tutela deberá indicar el procedimiento idóneo para proteger el derecho amenazado o violado.

ARTÍCULO 45.-Conductas legítimas. No se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular.

CAPÍTULO IV

La tutela y el defensor del pueblo

ARTÍCULO 46.-Legitimación. El defensor del pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión.

ARTÍCULO 47.-Parte. Cuando el defensor del pueblo interponga la acción de tutela será junto con el agraviado, parte en el proceso.

ARTÍCULO 48.-Asesores y asistentes. El defensor del pueblo podrá designar libremente los asesores y asistentes necesarios para el ejercicio de esta función.

ARTÍCULO 49.-Delegación en personeros. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial podrá, por delegación expresa del defensor del pueblo, interponer acciones de tutela o representarlo en los que éste interponga directamente.

ARTÍCULO 50.-Asistencia a los personeros. Los personeros municipales y distritales podrán requerir del defensor del pueblo la asistencia y orientación necesarias en los asuntos relativos a la protección judicial de los derechos fundamentales.

ARTÍCULO 51.-Colombianos residentes en el exterior. El colombiano que resida en el exterior, cuyos derechos fundamentales estén siendo amenazados o violados por una autoridad pública de la República de Colombia, podrá interponer acción de tutela por intermedio del defensor del pueblo, de conformidad con lo establecido en el presente Decreto.

CAPÍTULO V

Sanciones

ARTÍCULO 52.-Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato

sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

ARTÍCULO 53.-Sanciones penales. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este Decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivo la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual hubiera sido parte.

ARTÍCULO 54.-Enseñanza de la tutela. En las instituciones de educación se estudiará la acción de tutela, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución.

ARTÍCULO 55.-El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

3.

Ley 472 DE 1998

(agosto 5)

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.

(...)

TÍTULO II

DE LAS ACCIONES POPULARES

CAPÍTULO I

Procedencia y caducidad

Artículo 9°.- *Procedencia de las Acciones Populares.* Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

Artículo 10°.- *Agotamiento Opcional de la Vía Gubernativa.* Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular.

Artículo 11°.- *Caducidad.* La Acción Popular podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo.

CAPÍTULO II

Legitimación

Artículo 12°.- Titulares de las Acciones. Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.
2. Las organizaciones No Gubernamentales, la Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.
3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se hayan originado en su acción u omisión.
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.
5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos o intereses. **Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante**

Artículo 13°.- Ejercicio de la Acción Popular. Los legitimados para ejercer acciones populares pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre.

Cuando se interponga una acción popular sin la intermediación de un apoderado judicial, la Defensoría del Pueblo podrá intervenir, para lo cual, el juez deberá notificarle el auto admisorio de la demanda.

Artículo 14°.- Personas Contra Quienes se Dirige la Acción. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o

jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.

CAPÍTULO III

De la jurisdicción y competencia

Artículo 15°.- *Jurisdicción.* La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones y omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia.

En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

Artículo 16°.- *Competencia.* De las Acciones Populares 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 de 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 a elección del actor popular. 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 populares interpuestas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerán en primera instancia los Tribunales Contencioso Administrativos y en segunda instancia el consejo de Estado.

CAPÍTULO IV

Presentación de la demanda o petición

Artículo 17°.- *Facilidades para Promover las Acciones Populares.* El interesado podrá acudir ante el Personero Distrital o Municipal, o a la Defensoría del Pueblo para que se le colabore en la elaboración de su demanda o petición, así como en los eventos de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir.

Donde no exista juez del circuito o de lo Contencioso Administrativo, podrá presentarse la demanda ante cualquier juez Civil Municipal o Promiscuo, quien dentro de los dos (2) días siguientes deberá remitirla al funcionario competente. En el evento de comprometerse grave y permanentemente uno o varios de los derechos amparados en la presente Ley, el Juez civil Municipal o Promiscuo deberá remitir de inmediato y por el medio más eficaz las diligencias al juez competente.

En desarrollo del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el juez competente que reciba la acción popular tendrá la facultad de tomar las medidas cautelares necesarias para impedir perjuicios irremediables e irreparables o suspender los hechos generadores de la amenaza a los derechos e intereses colectivos.

Artículo 18°.- *Requisitos de la Demanda o Petición.* Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos:

- a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado;
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;
- c) La enunciación de las pretensiones;

- d) La indicación de la persona natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;
- f) Las direcciones para notificaciones;
- g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. 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 en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.

Artículo 19°.- *Amparo de Pobreza.* El juez podrá conceder el amparo de pobreza cuando fuere pertinente, de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, o cuando el Defensor del Pueblo o sus delegados lo soliciten expresamente.

Parágrafo.- El costo de los peritazgos, en los casos de amparo de pobreza, correrá a cargo del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, a partir de su creación. Estos costos se reembolsarán al Fondo por el demandado, en el momento de satisfacer la liquidación de costas, siempre y cuando fuere condenado.

CAPÍTULO V

Admisión, notificación y traslado

Artículo 20°.- *Admisión de la Demanda.* Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de la demanda o petición inicial, el juez competente se pronunciará sobre su admisión.

Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en esta Ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciera, el juez la rechazará.

Artículo 21°.- *Notificación del Auto Admisorio de la Demanda.* En el auto que admita la demanda el juez ordenará su notificación personal al demandado. A los miembros de la comunidad se les podrá informar 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.

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 notificaciones, todo de acuerdo con lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo.

Cuando el demandado sea un particular, la notificación personal del auto admisorio se practicará de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, si la persona a quien deba hacerse la notificación, o su delegado, no se encontrare o no pudiere; por cualquier motivo, recibir la notificación, ésta se practicará mediante entrega que el notificador haga al empleado que allí se encuentre de copia auténtica de la demanda y del auto admisorio y del aviso que enviará, por el mismo conducto, al notificado.

Si la demanda no hubiere sido promovida por el Ministerio Público se le comunicará a éste el auto admisorio de la demanda, con el fin de que intervengan como parte pública en defensa de los derechos e intereses colectivos, en aquellos procesos que lo considere conveniente.

Además, se le comunicará a la entidad administrativa encargada de proteger el derecho o el interés colectivo afectado.

Artículo 22°.- *Traslado y Contestación de la Demanda.* En el auto admisorio de la demanda el juez ordenará su traslado por el término de diez (10) días para contestarla. También dispondrá informarle que la decisión será proferida dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término de traslado y que tiene derecho a solicitar la práctica de pruebas con la contestación de la demanda.

Si hubiere varios demandados, podrán designar un representante común.

Artículo 23°.- *Excepciones.* En la contestación de la demanda sólo podrá proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia.

En consecuencia, las pruebas pertinentes se practicarán en el mismo plazo señalado para las pruebas solicitadas en la demanda y en la contestación de la misma.

CAPÍTULO VI

Coadyuvancia y medidas cautelares

Artículo 24°.- *Coadyuvancia.* Toda persona natural o jurídica podrá coadyuvar estas acciones, antes de que se profiera el fallo de primera instancia. La coadyuvancia operará hacia la actuación futura. Podrán coadyuvar igualmente estas acciones las organizaciones populares, cívicas y similares, así como el Defensor del Pueblo o sus delegados, los Personero Distritales o Municipales y demás autoridades que por razón de sus funciones deban proteger o defender los derechos e intereses colectivos.

Artículo 25°.- *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 particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.

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

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

Artículo 26º.- *Oposición a las Medidas Cautelares.* El auto que decrete las medidas previas será notificado simultáneamente con la administración de la demanda y podrá ser objeto de los cursos de reposición y de apelación; los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en el término de cinco días. La oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en los siguientes casos:

- a) Evitar mayores perjuicios al derecho o interés colectivo que se pretende proteger;

- b) Evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público;
- c) Evitar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable.
- d) Corresponde al quien alegue estas causales demostrarlas.

CAPÍTULO VII

Pacto de cumplimiento

Artículo 27°.- Pacto de Cumplimiento. El juez, dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en la cual el juez escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada, pudiendo intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. La intervención del Ministerio Público y de la entidad responsable de velar por el derecho o interés colectivo será obligatorio.

La inasistencia a esta audiencia por parte de los funcionarios competentes, hará que incurra en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo.

Si antes de la hora señalada para la audiencia, algunas de las partes presentan prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará nueva fecha para la audiencia, no antes del quinto día siguiente ni después del décimo día, por auto que no tendrá recursos, sin que pueda haber otro aplazamiento.

En dicha 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.

El pacto de cumplimiento así celebrado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días, contados a partir de su celebración. Si observare vicios de ilegalidad en alguno de los contenidos del proyecto de pacto, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas.

La audiencia se considerará fallida en los siguientes eventos:

- a) Cuando no compareciere la totalidad de las partes interesadas;
- b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento;
- c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento.

En estos eventos el juez ordenará la práctica de pruebas, sin perjuicio de las acciones que procedieren contra los funcionarios públicos ausentes en el evento contemplado en el literal a).

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.

El juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto.

CAPÍTULO VIII

Período probatorio

Artículo 28°.- Pruebas. Realizada la citación para establecer el proyecto de pacto de cumplimiento, sin lograr acuerdo, o citada ésta y no efectuada por ausencia de las partes, el juez decretará, previo análisis de conducencia, pertinente y eficacia, las pruebas solicitará y las que de

oficio estime pertinente, señalando día y hora para su práctica, dentro del término de veinte (20) días prorrogables por veinte (20) días más si la complejidad del proceso lo requiere.

El juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluida la presentación de estadística provenientes de fuentes que ofrezcan credibilidad.

También podrá el juez ordenar a las entidades públicas y a sus empleados rendir conceptos a manera de peritos, o aportar documentos u otros informes que puedan tener valor probatorio. Así mismo, podrá requerir de los particulares certificaciones, informaciones, exámenes o conceptos. En uno u otro caso las órdenes deberán cumplirse en el estricto término definido por el juez.

El juez practicará personalmente las pruebas; pero si ello fuere imposible, podrá comisionar en aras de la economía procesal.

En los procesos a que se refiere esta Ley, el juez podrá ordenar la práctica de pruebas dentro o fuera del territorio nacional.

Artículo 29°.- Clases y Medios de Prueba. Para estas acciones son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de lo que respecto de ellos se disponga en la presente Ley.

Artículo 30°.- Carga de la Prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

Artículo 31°.- Pruebas Anticipadas. Conforme a las disposiciones legales podrán solicitarse y practicarse antes del proceso las pruebas necesarias con el objeto de impedir que se desvirtúen o se pierdan, o que su práctica se haga imposible y para conservar las cosas y las circunstancias de hecho que posteriormente deben ser probadas en el proceso.

Parágrafo.- Los jueces de la república le darán trámite preferencia a las solicitudes y prácticas de pruebas anticipadas con destino a los procesos en que se adelanten acciones populares.

Artículo 32°.- Prueba Pericial. En el auto en que se decrete el peritazgo se fijará la fecha de entrega del informe al juzgado y a partir de esta fecha estará a disposición de las partes durante cinco (5) días hábiles. El informe del perito deberá rendirse en original y tres copias.

Los informes técnicos se valorarán en conjunto con el acervo probatorio existentes, conforme a las reglas de la sana crítica y podrán tenerse como suficientes para verificar los hechos a los cuales se refieren.

El segundo dictamen es inobjetable y el juez podrá acogerlo en su sentencia.

Parágrafo 1°.- Los impedimentos deberán manifestarse en los tres (3) días siguientes al conocimientos del nombramiento. La omisión en esta materia, hará incurrir al perito en las sanciones que determina esta Ley.

Parágrafo 2°.- El juez podrá imponer al perito, cuando se violen estas disposiciones, las siguientes sanciones:

- Ordenar su retiro del registro público de peritos para acciones populares y de grupo.
- Decretar su inhabilidad para contratar con el Estado durante cinco (5) años.

Ordenar la investigación disciplinaria y/o penal correspondiente.

CAPÍTULO IX

Sentencia

Artículo 33°.- Alegatos. Vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de cinco (5) días.

Vencido el término del traslado para alegar, el secretario inmediatamente pasará el expediente al despacho para que dicte sentencia, sin que puedan proponerse incidentes, salvo el de recusación, no surtirse actuaciones posteriores distintas a la de expedición de copias, desgloses o certificados, las cuales no interrumpirán el término para proferirlas, ni el turno que le corresponda al proceso.

El secretario se abstendrá de pasar al despacho los escritos que contravengan esta disposición.

Artículo 34°.- Sentencia. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago 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, 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. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a la pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

La condena al pago de los perjuicios se hará “*in genere*” y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente

se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor.

En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

En la sentencia el juez señalará un plazo prudencia, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminará su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo.

Artículo 35°.- Efectos de la Sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general.

CAPÍTULO X

Recursos y costas

Artículo 36°.- Recursos de Reposición. Contra los autos dictados durante el trámite de la Acción Popular procede el recursos de reposición, el cual será interpuesto en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 37°.- Recurso de Apelación. 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, y deberá ser resuelto dentro de los veinte (20) días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente.

La práctica de pruebas durante la segunda instancia se sujetará, también, a la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil; en el auto que admite el recurso se fijará un plazo para la práctica de las pruebas que, en ningún caso, excederá de diez (10) días contados a partir de la notificación de dicho auto; el plazo para resolver el recurso se entenderá ampliado en el término señalado para la práctica de pruebas.

Artículo 38°.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar el demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.

CAPÍTULO XI

Incentivos

Artículo 39° y 40°.- Incentivos. Derogado por la Ley 1425 de 2010

CAPÍTULO XII

Medidas coercitivas y otras disposiciones

Artículo 41°.- Desacato. La persona que incumpliere una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se

adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción. La consulta se hará en efecto devolutivo.

Artículo 42°.- Garantía. La parte vencida en el juicio deberá otorgar una garantía bancaria o póliza de seguros, por el monto que el juez determine, la que se hará efectiva en caso de incumplimiento a lo dispuesto por la sentencia. Si el demandado presta la garantía a satisfacción, no habrá al embargo, o se levantará el que hubiese sido proferido.

Artículo 43°.- Moral Administrativa. En acciones populares que versen sobre la moral administrativa y con miras a evitar la duplicidad de funciones para los efectos de los artículos 277 y 278 de la Constitución Política, el juez que conozca de estas acciones decretará las medidas previas o cautelares que estime procedentes y comunicará la demanda a la Procuraduría para que la misma se haga parte si lo considera conveniente.

Si de los hechos se desprende que se ha incurrido en una situación de orden disciplinario, la acción popular se adelantará sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Procuraduría en materia disciplinaria. La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan.

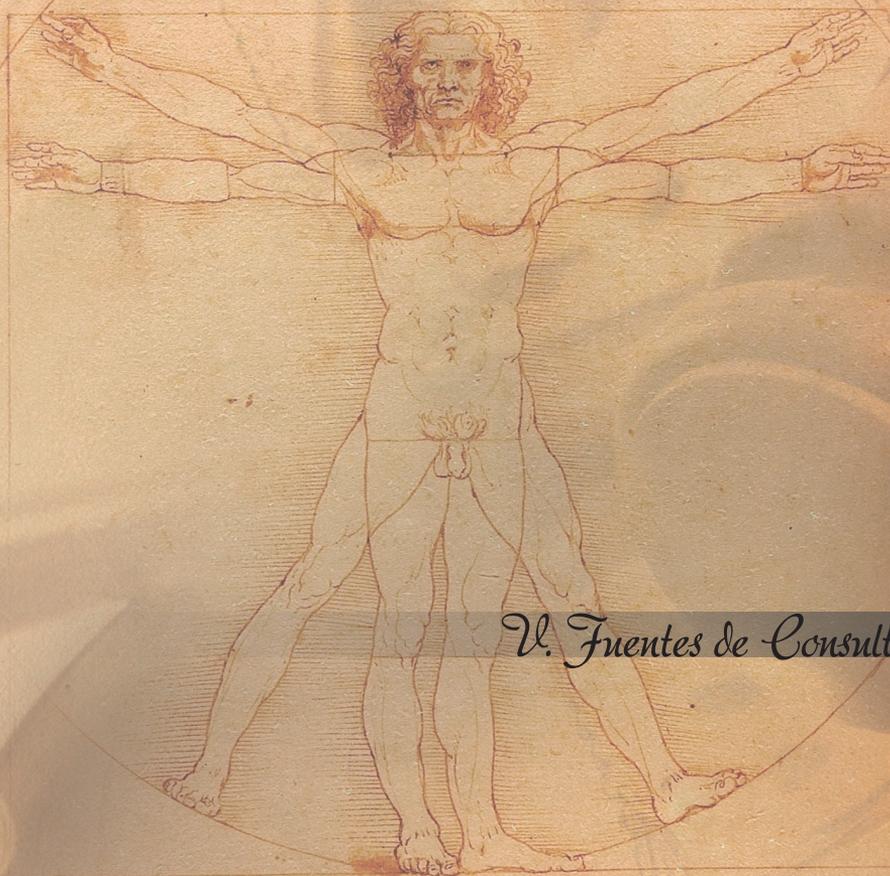
Artículo 44°.- Aspectos no Regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente Ley, mientras no se oponga a la naturaleza y a la finalidad de tales acciones.

Artículo 45°.- Aplicación. Continuarán vigentes las acciones populares consagradas en la legislación nacional, pero su trámite y procedimientos se sujetarán a la presente Ley.

(...).



Derecho Procesal Constitucional



V. Fuentes de Consulta

I. BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Ernesto Garzón Valdés (trad), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ATIENZA, Manuel. Interpretación Constitucional. Bogotá: Universidad Libre, 2010. p. 125.

ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ARENAS SALAZAR, Jorge. “La Tutela, una acción humanitaria”. Ediciones Doctrina y Ley, 1993.

BOLÍVAR MOJICA, Eyder. La Tortura en el Derecho Internacional. Análisis jurídico en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Penal Internacional. Tunja: Ed. Ibañez – Universidad Santo Tomás. 2013. p. 75.

BOTERO MARINO, Catalina. “La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

CASCAJO HERNÁNDEZ, José Luis. Justicia Tradicional y Justicia Constitucional, Madrid: Cívitas, 2008.

CEPEDA, Manuel José. Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991. Temis .1992.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la acción de tutela. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Ibañez, 2010.

CHARRY, Juan Manuel citado por TOBO RODRÍGUEZ, Javier La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, Ibañez. 1999.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. La protección constitucional del ciudadano. Bogotá: Editorial Legis. 2004.

LONDOÑO AYALA, César Augusto. Bloque de constitucionalidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda Edición. Bogotá: Legis, – Universidad de los Andes, 2006, p. 337.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1982.

LUTHER, Jörg. Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento. Torino: G. Giappichelli editore, 1990.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Boletín oficial del Estado. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004.

PRIETO Sanchís, Luis. “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”. Ed. Trotta, Madrid, 2009.

PULIDO ORTÍZ, Fabio Enrique. El control constitucional abstracto En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. 2011.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Bogotá: Ed. Doctrina y Ley. 2010.

_____. Vías de hecho. Acción de Tutela contra providencias. Ed. Ibáñez. 5 edición. 2009.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. “La Tutela Cautelar. Medidas Cautelares. El embargo y secuestro de bienes”. Bogotá: Ed. Sabiduría Limitada. 2007.

QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. La acción de tutela en Colombia. En: Derecho procesal Constitucional. Memorias del I Congreso de Derecho Procesal Constitucional. VC Editores Ltda, 2010.

_____. El control constitucional como instrumento de intervención económica. En: Revista Contexto, N° 23. Universidad Externado de Colombia. 2007.

QUIROGA, Lavie. Los derechos públicos subjetivos y la participación social. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1985.

RESTREPO, Carlos E. Orientación Republicana: Tomo I. Bogotá: Banco Popular. 1972.

REY CANTOR, Ernesto. El derecho procesal constitucional. Un nuevo concepto. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2010.

ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. “El Control constitucional y sus límites”. Bogotá: Ed. Ibañez. 2012.

ROMBOLI, Roberto. La decisione della Corte Costituzionale italiana nel giudizio sulle leggi in via incidentale. En: Derecho Procesal Constitucional Tomo IV, Bogotá: Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional – VC Editores, 2013.

SANIN, Jaime. 1971. La defensa judicial de la Constitución. Bogotá Temis. 1971.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.

SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Los factores que determinan las particularidades de la interpretación constitucional en Colombia. En: Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VIII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Corte Constitucional - Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

TOBO RODRÍGUEZ, Javier La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia, Bogotá: Legis, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de. La démocratie en Amérique. Primera parte. Paris: GF Flammarion – Centre National des lettres, 1981.

UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho. Discurso jurisprudencial. Elementos. Usos. Universidad Externado de Colombia, 2009.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Documento de trabajo suministrado por el profesor Uprimny en la Especialización en Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Colombia, 2004.

VELANDIA CANOSA, Andrés. Teoría constitucional del proceso. Bogotá, Doctrina y Ley, 2009.

_____. Derecho Procesal Constitucional. Libro resultado de Investigación. Tomo IV, Bogotá, 2013.

_____. Contenidos del derecho procesal constitucional. En: 2010 Anuario de derecho procesal constitucional. Bogotá: Ediciones doctrina y Ley, 2010.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm. Kritik des kleinschrodischen entwurfs zu einem peinlichen gesetzbuche fur die chur-pfalz-bayerischen staaten, Germany, 1804.

ZAGREBELSKI, Gustavo. Jueces constitucionales. En Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

II. DOCTRINALES NO BIBLIOGRÁFICAS

CARRILLO, Marc. En la clase impartida en la especialización de “Justicia Constitucional y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” el día 20 de enero de 2014 en la Universidad de Pisa (Italia).

III. JURISPRUDENCIALES

CONSEJO DE ESTADO

Autos

AP-055 del 13 de julio de 2000. M.P. Juan Alberto Polo.

AP- 089 del 31 de agosto de 2000. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

AP-076 del 24 de mayo de 2001. Consejero Ponente Olga Inés Navarrete.

Conceptos

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Radicación 1999 del 20 de Mayo de 2010. Consejero Ponente William Zambrano Cetina.

Sentencias

Sentencia Sección Cuarta. Rad 5996 del 14 de julio de 1995. Consejero Ponente. Delio Gómez Leyva.

Sentencia Sección Tercera. Rad. AP-001 del 29 de junio de 2000. Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez.

Sentencia Sección Tercera. Rad. AP-027 del 15 de marzo de 2001. Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

Sentencia Sección Quinta. Rad. AP-072 del 6 de julio de 2001. Consejero Ponente Roberto Medina López.

Sentencia Sección Quinta. Rad. AP-077 del 6 de julio de 2001. Consejero Ponente Roberto Medina López.

Sentencia Sección Tercera. Rad. AP-182 del 20 de septiembre de 2001. Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez.

Sentencia Sección Primera. Rad. 76001-23-31-000-2010-01459-01(AP) del 10 de mayo de 2012. Consejera Ponente María Elizabeth García González.

Sentencia Sección Quinta. Rad. AP-641 del 11 de octubre de 2002. Consejero Ponente Darío Quiñones Pinilla.

Sentencia Sección Tercera. Rad 66001-23-31-000-2002-00770-01. Del 27 de mayo de 2004. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

Sentencia Sección Quinta. Rad. 3853 del 09 de marzo de 2006. Consejera Ponente María Nohemí Hernández Pinzón.

Sentencia Sección Quinta. Rad. 3975 del 14 de diciembre de 2006. Consejero Ponente Darío Quiñones Pinilla.

Sentencia Sección Tercera. Rad. 52001-23-31-000-2004-00092-01 del 22 de febrero de 2007. Consejera Ponente Ruth Stella Correa.

Sentencia Sección Primera. Rad. 41001-23-31-000-2004-00425-01(AP) del 18 de abril de 2007. Consejero Ponente Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

Sentencia Sección Primera. Rad. 25000-23-27-000-2005-00381-01 del 30 de abril de 2009. Consejero Ponente Marco Antonio Velilla Moreno.

Sentencia Sección Cuarta. Rad. 16718 del 26 de octubre de 2009. Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

Sentencia Sección Primera. Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01 del 22 de abril de 2010. Consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno.

Sentencia Sección Cuarta. Rad. 73001-33-31-004-2008-00006-01(AP)REV del 4 de noviembre de 2010. Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

Sentencia Sección Tercera. Rad. 25000 23 26 000 1997 13930 01 del 25 de Septiembre de 2013. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

CORTE CONSTITUCIONAL

Autos

Auto 106 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Auto 015 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Auto 035 de 2009. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencias de control Abstracto

Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

Sentencia C-037 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-377 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-803 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-483 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-304 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-122 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-630 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-284 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencias de Control Concreto

Sentencia T-001 de 1992. M.P. José Gregorio H.

Sentencia T-002 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-559 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández.

Sentencia T-614 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández.

- Sentencia T-013 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-201 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T-254 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-349 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-006 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-063 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-411 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-669 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-162 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia T-714 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-040 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-203 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-217 de 2001. M.P. José Gregorio Hernández.
- Sentencia T-357 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia T-554 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia T-575 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-803 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-441 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia T-455 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia T-595 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T-685 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T-809 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T-468 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-613 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T-502 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-446 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-808 de 2007. M.P. (E) Catalina Botero Marino.

Sentencia T-389 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-701 de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

Sentencia T-429 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencias de Unificación

Sentencia SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia SU - 1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia SU-132 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada.

VI. NORMATIVAS

Acto Legislativo 03 de 1910

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 472 de 1998.

Decreto – Ley 2591 de 1991.

Decreto 1382 de 2000.