

Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia: ¿avance o retroceso?

Legislative changes of the popular actions in Colombia: progress or regress?

<http://dx.doi.org/10.14482/dere.48.10150>

María Lucía Torres-Villarreal*

Paola Marcela Iregui-Parra**

Universidad del Rosario, Bogotá

* Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). maria.torres@urosario.edu.co

** Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). paola.iregui@urosario.edu.co

Resumen

Desde hace varios años se viene produciendo una serie de modificaciones legislativas y jurisprudenciales que afectan la protección de los derechos colectivos en la forma prevista en la Constitución y en la Ley 472 de 1998. Este artículo tiene por objeto analizar cómo estos cambios, relacionados específicamente con las medidas cautelares y el requisito previo a la demanda de acción popular creados por el legislador en el año 2011, implican un problema en la protección de los derechos humanos del ciudadano como garantía constitucional, pues representan un retroceso en materia de mecanismos de participación ciudadana a pesar del importante avance desde la creación de las acciones populares en 1998. Para ello, se siguió una metodología basada en la revisión de los antecedentes históricos de las acciones populares, para luego pasar a un estudio de las normas y la jurisprudencia que se refieren a las modificaciones aludidas y posteriormente, se hizo un análisis dogmático sobre los efectos jurídicos con impacto social y político que generan dichos cambios. En atención a los objetivos propuestos, se concluye que existe un desconocimiento de la importancia que el constituyente dio a la protección de los derechos colectivos y las acciones populares, como mecanismo de participación ciudadana y se evidencia que existe una tensión entre normas vigentes en el ordenamiento jurídico, lo cual coloca al ciudadano en medio de una discusión procesal que lo aleja de la naturaleza real de dichas acciones e implica la necesidad de un conocimiento especializado para el ejercicio de éstas.

Palabras clave: acciones populares, derechos colectivos, medidas cautelares, requisito previo, Ley 472, Ley 1437.

Abstract

Some years ago, several legislative and jurisprudential changes have taken place that affect the protection of collective rights created in the Constitution and in the Law 472 of 1998. This article aims to analyze how these changes, specifically related with the precautionary measures and the prerequisite to demand in popular action, imply a problem in the protection of the citizen's human rights as a constitutional guarantee. For this, the methodology was based on the revision of the historical antecedents of the popular actions, followed by a study of the norms and jurisprudence that refer to the mentioned modifications and later, was made a dogmatic analysis of the social and political effects that generate such changes. In accordance with the proposed objectives, it is concluded that there is a lack of awareness of the importance that the Constituent gave to the protection of collective rights and popular actions, as a mechanism for citizen participation. Also is evident that there is a tension between two rules in the legal system, which places the citizen in the middle of a procedural discussion taking him away from the real nature of such actions and implies a specialized knowledge for the exercise of them.

Keywords: Popular actions, collective rights, precautionary measures, prerequisite to demand in popular action, Law 472, Law 1437.

Fecha de recepción: 29 de noviembre de 2015

Fecha de aceptación: 27 de julio de 2016

INTRODUCCIÓN

El constituyente de 1991 quiso darles a los derechos colectivos y a las acciones populares un lugar preponderante en el ordenamiento jurídico colombiano y por eso los incluyó en el texto constitucional, otorgándoles un rol esencial en la materialización del catálogo de derechos y desarrollando los principios de solidaridad y participación ciudadana. El alcance de dichos derechos como elementos de la colectividad y su progresividad dentro de protección universal de los derechos humanos sobre la base de la interdependencia de los derechos humanos condujo a la Asamblea Nacional Constituyente a discutir y redactar el texto del hoy artículo 88 de la Constitución y delegó la reglamentación de las acciones populares en el legislador, quien siete años después profirió la Ley 472 de 1998.

Desde su promulgación, dicha Ley ha sido objeto de seguimiento y estudio por parte del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en desarrollo de la agenda temática de la Línea de Investigación sobre Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos y se complementa con los aprendizajes y resultados de las acciones de litigio estratégico adelantadas por la clínica jurídica de interés público, llamada Grupo de Acciones Públicas, igualmente de la Facultad de Jurisprudencia¹. Por esa razón, ante la serie de modificaciones que desde el escenario legislativo se han venido produciendo desde hace siete años frente a la Ley 472 sobre acciones populares, respaldadas en algunas ocasiones por pronunciamientos jurisprudenciales, el Grupo de Acciones Públicas ha realizado diversas investigaciones tendientes a analizar el impacto de estos cambios en lo referente a la protección efectiva de los derechos colectivos y su materialización práctica con el ejercicio diario de las acciones populares², tratando de evidenciar si se mantiene o se

¹ Para mayores detalles de la clínica y el contenido de sus actuaciones en defensa de los derechos humanos y el interés público, ver <http://www.urosario.edu.co/acciones-publicas/inicio/>

² Una investigación preliminar se refiere a la afectación que se evidencia en cambios como la eliminación de los incentivos (Ley 1425 de 2010) y la prohibición de anular, vía acción popular, actos administrativos y contratos así estos conlleven implicaciones respecto de los derechos (Ley 1437 de 2011, artículo 144; Londoño y Torres, 2012).

afecta el espíritu del constituyente, pues pareciera que las reflexiones actuales del legislador y de la jurisprudencia estuvieran reducidas a un debate meramente procesal, olvidando su origen y los debates constitucionales surtidos en 1990, cuando se crearon en el ordenamiento.

En ese orden de ideas, dando continuidad a las investigaciones sobre la materia, este artículo tiene por objeto analizar las modificaciones legislativas que se han dado a la Ley 472, específicamente en lo relacionado con las medidas cautelares y el requisito previo para interponer acciones populares, a partir de los cambios introducidos por el legislador con ocasión de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [CPACA]) y así evidenciar cómo dichas reformas terminan por desconocer la importancia que el constituyente quiso darles a los derechos colectivos y a las acciones populares, comprometiendo la naturaleza jurídica de estas, su alcance e impacto jurídico, social y político, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos.

Para ello, la metodología utilizada para la recolección de datos y organización de la información es descriptiva, porque puede orientarse hacia la interpretación del derecho positivo y asimismo involucra aspectos prescriptivos, pues se plantean las razones por las cuales quien aplica el derecho positivo debe inclinarse en ese sentido interpretativo (Batthyány y Cabrera, 2011, pp. 33-34). Este esquema supone la identificación de problemas de interpretación en el ordenamiento jurídico y un análisis del impacto que esta interpretación puede producir. Lo anterior quiere decir que, al analizar las normas contenidas en la Ley 472 y las modificaciones que se le hicieron con la Ley 1437, se realizarán reflexiones desde la interpretación normativa de estas y, en consecuencia, las vicisitudes que eventualmente podrían generarse en su aplicación basadas en el alcance de las reformas planteadas (Courtis, 2006, pp. 115-116), sin dejar de lado el problema de interpretación y aplicación para el operador judicial al estar frente a dos normas vigentes y para el ciudadano que queda ante una tensión normativa que pone en juego los derechos humanos (Ossandón, 2009, pp. 159-183).

Es importante anotar que, para desarrollar el mencionado objetivo de esta investigación, se adoptó el análisis normativo y las implicaciones que desde este plano pueden evidenciarse sobre protección de derechos colectivos, dejando como tarea pendiente para una futura investigación la revisión de los efectos que en la práctica pueden producir las modificaciones estudiadas en este artículo. Ello permitiría revisar, entre otros aspectos, el índice de interposición de acciones populares y el número de rechazos que se derivan con ocasión de la ausencia de acreditación del agotamiento del requisito previo a la interposición de la acción popular, lo cual se podría contrarrestar con la tensión normativa expuesta en este artículo, pues evidencia cómo el ciudadano, en la práctica, no agota el citado requisito por su desconocimiento al no estar establecido en la ley específica que regula las acciones populares.

De esta manera, se considera de especial importancia el análisis de los temas tratados por las modificaciones estudiadas en este artículo, toda vez que, a juicio de los autores, pueden implicar un desconocimiento de la importancia que el constituyente les dio a las acciones populares, pues plantean una serie de situaciones en las que parecieran nulos los invaluable aportes que dichas acciones han hecho al ordenamiento jurídico colombiano y a la defensa de los derechos colectivos, al concebirse como herramientas al alcance de los ciudadanos, factor garantista en el cual estaba pensando el constituyente cuando las incluyó, de la forma en que lo hizo, dentro del texto constitucional. Como señaló la Corte Constitucional:

Las acciones populares no son desconocidas en nuestro medio. Hoy ocupan un lugar preeminente que irradia con sus proyecciones constitucionales una nueva dinámica al derecho público colombiano; [...]. La Corte Constitucional advierte que se hace necesario promover entre los ciudadanos y los operadores del derecho una sólida conciencia cívica para dar a estas previsiones el impulso práctico que merecen en favor de la vigencia de la Carta y de los cometidos garantísticos señalados por el constituyente [...] En la democracia participativa, se plantea la posibilidad de que el ciudadano, sin la intermediación de sus representantes, se convierta en vocero efectivo de intereses generales o comunitarios. Esta posibilidad representa una ventaja democrática en relación

con el sistema anterior, en la medida en que el trámite del derecho se encuentra al alcance de los ciudadanos. (Sentencia SU-067 de 1993)

Así las cosas, lo que en algún momento fue un avance representativo en la búsqueda de la justicia social y la garantía de derechos, reflejado en la materialización del derecho de acceso a la justicia, hoy plantea serias inquietudes. En ese orden de ideas, para plantear el análisis del tema, se ha diseñado este artículo a partir de tres secciones: la primera, una contextualización de los derechos colectivos desde una perspectiva de universalidad de los derechos humanos y dentro de la legislación colombiana, que revisa las acciones populares como medio idóneo para la defensa y protección de los derechos colectivos; la segunda, tratará las modificaciones legislativas a las acciones populares respecto de las medidas cautelares y el requisito previo a la demanda, introducidas con el CPACA, analizando con detalle las normas que los contienen; y la tercera, propone algunas conclusiones derivadas de la investigación.

CONTEXTUALIZACIÓN SOBRE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Los derechos colectivos se conciben como parte integral de un conjunto de derechos que el individuo requiere, en igualdad de condiciones, para tener una vida digna e idónea y así concluye que todos los derechos son iguales en su rango de importancia (Sentencia C-251, 1997, par. 5). Las Naciones Unidas, a través de su Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ha señalado:

Los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana [...] Todos los derechos humanos tienen la misma importancia. La Declaración Universal de Derechos Humanos deja bien claro que los derechos humanos de todo tipo, sean económicos, políticos, civiles, culturales o sociales, tienen igual validez e importancia [...] los derechos humanos son indivisibles e interdependientes. El principio de indivisibilidad reconoce que ningún derecho humano es intrínsecamente inferior a ningún otro [...] El principio de interdependencia reconoce la dificultad (y en muchos casos la imposibilidad) de hacer

efectivo cualquiera de los derechos humanos de forma aislada respecto de los demás. (2006, p. 2)

Sobre esa base, los derechos colectivos, como todos los derechos humanos, están sujetos al principio de progresividad, entendiéndose por ello que el Estado, su aparato institucional y su ordenamiento jurídico, debe buscar las medidas necesarias para la implementación y el desarrollo de los postulados que definen los derechos y evitar la regresividad y con ello terminar haciendo nugatorios los derechos invocados en la Carta misma (Protocolo de San Salvador, artículo 4)³.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 26:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Si bien estos lineamientos están previstos para los derechos económicos, sociales y culturales, no debe perderse de vista lo señalado sobre la interdependencia de los derechos y con ello la concepción de los derechos como un todo, donde la consolidación de unos permite el fortalecimiento de otros y, en consecuencia, la protección universal de los derechos (Bolívar, 1996).

³ Asimismo, señala la Corte Constitucional: “El principio de progresividad es uno de los aspectos relacionados con la eficacia de los derechos constitucionales que la jurisprudencia de la Corte más ha analizado, en especial a la luz del derecho internacional de los derechos humanos [...] el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso” (Sentencia C-288 de 2012, par. 65-66).

Como ha señalado Nikken (2010):

La progresividad, como aquí la entendemos, lo que denota es que la “aparición”, es decir, el reconocimiento de los derechos humanos se ha ampliado progresivamente y que esa ampliación es irreversible. Asimismo, que el número y el vigor de los medios de protección también ha crecido de manera progresiva e igualmente irreversible, porque sobre derechos humanos, toda regresividad es ilegítima [...] El desarrollo de la protección de los derechos humanos demuestra la existencia de una tendencia manifiesta hacia la extensión de su ámbito de modo continuado e irreversible tanto en lo tocante al número y contenido de los derechos protegidos como en lo que se refiere a la eficacia y el vigor de los mecanismos y de las instituciones nacionales e internacionales de protección. (pp. 73 y 121)

Constitucionalmente, en Colombia, los derechos colectivos tienen la misma relevancia que los derechos fundamentales o los derechos económicos, sociales y culturales y, en consecuencia, su protección se vuelve igualmente importante, lo cual quiere decir que

los derechos colectivos son reconocidos como derechos humanos plenamente justiciables, no son exigencias morales que se hacen a la administración. Tienen varios fundamentos comunes, entre los que se destacan la solidaridad intergeneracional y la interrelación con los demás derechos humanos. (Londoño, Figueredo y González, 2009, p. 21)

Es importante anotar que la importancia de los derechos colectivos y las acciones populares datan de tiempo atrás y no solo han sido de la esfera de interés del ordenamiento jurídico colombiano⁴, sino que sus referentes iniciales se remontan al derecho romano (Sarmiento, 2006, pp. 43-44; Esguerra, 2004, pp. 197-198), trasladando su alcance al Código Civil colombiano, cuyos contenidos se relacionan casi de manera idéntica con en el Código de Andrés Bello de Chile, como sucede

⁴ Es importante anotar que diferentes legislaciones contemplan la figura de la acción popular en su contenido. A manera de ejemplo, ver España (Constitución de 1968, artículo 25), Brasil (Constitución, Código del Proceso Civil y Ley 47/659), Argentina, a través del Amparo Colectivo, por lo cual su desarrollo ha sido más de orden jurisprudencial, entre otras (Sarmiento, 2006, pp. 57-61).

también con el Código Civil de Ecuador y El Salvador (Diez, 2016, pp. 260-261; Esguerra, 2004, pp. 200-201). Hace alusión la norma colombiana en sus artículos 2359 y 2360 a la acción por daño contingente, resaltando elementos esenciales de la acción popular (como se conocerá más adelante en el ordenamiento nacional), por ejemplo la afectación o amenaza a personas indeterminadas y, en consecuencia, el ejercicio de una acción legal por parte de cualquier persona (Diez, 2016, pp. 261-262). Pero lo realmente novedoso del aporte de Bello es facultar a la colectividad para que participe con herramientas judiciales en la protección del interés público, cuando estos códigos decimonónicos consideraban que era una labor inherente al Estado y sus instituciones, lo cual se ve ampliamente reflejado en el artículo 1005 de nuestro Código Civil, que también viene heredado del chileno (artículo 948) (Sarmiento, 2006, pp. 90-91; Sentencia C-644 de 2011, p. 54).

Ya en la década de 1980, en Colombia, empezó a fortalecerse la noción del daño contingente en los términos referidos en el párrafo anterior, cuando los temas ambientales y las presiones en el ámbito global de diversos grupos que abogan por estos temas hacen que la mirada del legislador gire sobre los derechos colectivos y sobre la importancia de tener en el ordenamiento jurídico una acción de carácter preventivo (Diez, 2016, p. 269; Tamayo, 1986). En ese sentido, hubo posteriores referencias a las acciones populares en la ley de espacio público (Ley 9 de 1989), el decreto sobre recursos naturales de dominio público (Decreto 2303 de 1989), el antiguo Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 de 1982), entre otras normas. Sin embargo, es la Asamblea Nacional Constituyente la que logra darles a estas acciones un especial grado de importancia al incluirlas en el texto constitucional de 1991 (artículo 88).

Ahora bien, luego de esta revisión de antecedentes, quedan dos importantes reflexiones que aportan a la discusión de la cual se ocupa este artículo. Por un lado, Colombia es un país garantista al haber logrado el desarrollo de una ley que reglamenta el ejercicio de las acciones populares a partir de un procedimiento propio, diferente de los generales y tradicionales arraigados en la noción decimonónica del derecho, cosa que no sucedió ni en Chile ni en Ecuador, a pesar de tener las normas civiles acerca del tema en términos semejantes a las nuestras (Diez,

2016, p. 281). Y por otro, que el Código Civil colombiano se encuentra plenamente vigente y que solo se ha trasladado a la Ley 472 lo referente al trámite de las acciones que no existía en el ordenamiento jurídico (p. 271), de donde se colige que se conserva la esencia de los elementos que configuran el origen de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando el constituyente pensó en diseñar un catálogo de derechos integral que tratara las diferentes categorías de derechos para darle al ser humano una calidad de vida idónea y materializar los fines del Estado social de derecho, consideró incluir las herramientas necesarias para la defensa de dichos derechos para que no fuesen letra muerta. De esta forma, se incluyeron derechos tradicionales de raigambre constitucional, como los derechos fundamentales, pero también aquellos que resultaban modernos ante el derecho clásico, que daban respuesta a situaciones cotidianas que antes parecían ajenas al mundo del derecho, como los derechos colectivos o de solidaridad,

como una respuesta a las transformaciones, realidades y nuevas problemáticas de las sociedades industriales, donde el riesgo de las lesiones afecta no solo el interés de una persona sino simultáneamente a varios individuos que forman un sujeto colectivo con una voluntad y un interés común, objeto de protección. (Londoño, Figueredo y González, 2009, p. 21; Gómez, 2014, p. 63; cf. Buitrago, 2014)

Durante el proceso constituyente de 1991, la consagración de los derechos colectivos y la creación de un mecanismo específico para su protección tuvieron bastante acogida en las discusiones. Según Esguerra (2004):

Todo estaba preparado para la entronización de las acciones populares en la Constitución. Con el tiempo por fin se había ido consolidando la idea de una serie de derechos que no eran particulares de cada uno de los miembros de la colectividad sino que eran en común de todos ellos. (2010, p. 207)

Es decir, había llegado el momento de comprender que existían unos asuntos que eran de todos y que se debía crear una conciencia colectiva

para su protección y defensa. Al ser un tema tan novedoso y álgido, varios de los proyectos que se presentaron para la discusión por la Asamblea Constituyente buscaban definir cuáles eran esos derechos colectivos y la creación de una norma jurídica que los consagrara a causa de que hasta el momento no existía una norma organizada sistemáticamente que los definiera (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Nueve de los proyectos de reforma hacían referencia, en todo o en parte, al tema de los derechos colectivos o de algunos de ellos y ocho proponían acciones específicas u otros instrumentos procesales para su protección (Esguerra, 2010, p. 208). La Comisión Quinta, encargada de la revisión de los derechos colectivos para su inclusión en la Carta Política, deja claro en sus ponencias no solo la importancia de esta categoría de derechos, sino también de que exista un medio idóneo para su protección, como lo son las acciones populares (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 16).

Ese espíritu participativo y colectivo de la constituyente también se resalta durante la construcción de la norma que reglamentaría la materia; más de siete proyectos de ley fueron presentados en el Congreso de la República pero fueron archivados. Sin duda, el liderazgo de la Defensoría del Pueblo con su campaña nacional, *Defendamos las acciones populares*, mediante la cual se recogieron 70 000 firmas que fueron entregadas al Congreso en apoyo al proyecto que se había radicado por el Defensor del Pueblo el 31 de agosto de 1995, fue definitivo para que avanzara el Proyecto de Ley 05 de 1995 acumulado con el 084/95 Cámara-10 de 1995 Senado “por la cual se reglamenta el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo”, hasta sancionar la hoy Ley 472 de 1998 (Camargo, 2006, p. 56).

En ese orden de ideas, la inclusión en la Carta Política de los derechos colectivos y las acciones populares previstas para su defensa, desarrolladas posteriormente en la Ley 472 de 1998, representan sin lugar a dudas un avance garantista en la protección de las diferentes categorías de derechos y un decidido paso del Estado colombiano por tener una legislación acorde con principios universales de protección de derechos, que cobijan situaciones en las que están de por medio

derechos de las colectividades y así superan la noción de derechos ligada estrictamente al concepto de individualidad (Guayacán, 2013, p. 45; Santofimio, 2010, p. 23). Señalan Londoño, Figueredo y González (2009) que las acciones populares “son conquistas jurídicas y sociales de gran envergadura, pues han permitido la protección y el reconocimiento de una serie de derechos con grandes particularidades por su carácter indeterminado y difuso al hablar del titular de la protección” (p. 23). Al mismo tiempo, quizá la mayor conquista que se puede predicar de las acciones populares es que representan una oportunidad para que los grupos vulnerables estén en igualdad de condiciones de acceso a la administración de justicia y puedan defender sus derechos (Londoño, 2004, p. 39).

Lo anterior se evidencia en un estudio que revisa las sentencias de acciones populares proferidas por el Consejo de Estado en 1999-2008, cuando se señala que las personas naturales que interpusieron estas acciones corresponden a 83.8 %, de un total de 1212 fallos, e indica que es una tendencia que se replica en los juzgados administrativos de Bogotá (Londoño, Figueredo y González, 2009, pp. 24-29). Esto quiere decir que “la gente común y corriente se ha apropiado de este instrumento y lo ve como una alternativa para la defensa de sus derechos colectivos” (Londoño, 2004, p. 141). En este sentido, el uso de las acciones populares para la protección de derechos colectivos representa un avance en la participación de los ciudadanos en aquellos temas de interés público, con lo cual devuelven la confianza de las personas en el ordenamiento jurídico y la administración de justicia y así cumple con los propósitos e intenciones de la Asamblea Nacional Constituyente con la inclusión de este mecanismo en la Carta de 1991.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS DE LAS ACCIONES POPULARES: ¿UNA ENCRUCIJADA PARA EL CIUDADANO Y SUS DERECHOS?

Dando alcance a lo señalado, este aparte tratará algunas de las modificaciones que en materia legislativa se han proferido respecto de las acciones populares desde 2010 hasta nuestros días. Este escrito reflexiona sobre dos modificaciones como lo son los asuntos relacionados con

las medidas cautelares y el requisito previo, ambas derivadas del tratamiento que hace la Ley 1437 de los temas alusivos a los derechos e intereses colectivos. Estos cambios denotan, entre otros importantes factores, una tensión entre la Ley 472 y la Ley 1437, toda vez que ambas están plenamente vigentes en el ordenamiento jurídico, lo cual no solo parece poner en riesgo la naturaleza jurídica de las acciones populares, sino además sitúa al ciudadano en una encrucijada que tiende a alejarlo de la noción garantista en la cual pensó el constituyente cuando ideó tales acciones.

Las medidas cautelares: de la carencia de formalidades a las demostraciones en derecho

El esfuerzo del legislador, en desarrollo del mandato constitucional de reglamentar las acciones populares creadas en el artículo 88 superior, previó dotar a esta herramienta de defensa de derechos de un procedimiento propio, que diferenciara abiertamente esta acción de otras existentes en el ordenamiento jurídico, pero, además, que fuera lo suficientemente flexible y desprovista de formalidades como para ser utilizada por el ciudadano del común, en defensa de sus propios derechos, superando la clásica visión del litigio jurídico (Londoño, 2004, p. 43).

Así, en la Ley 472, el legislador previó las medidas cautelares como medio procesal para lograr las finalidades garantistas de los derechos colectivos, diseñando un artículo específico (artículo 25) que estableciera unas medidas amplias aplicables a las particularidades de los derechos y su defensa, lo cual representó una superación de las medidas cautelares clásicas, pues no se trata de una medida para un problema de simple legalidad o de carácter normativo, sino de la institucionalización de un régimen abierto e innominado de medidas para la defensa de derechos colectivos que rompa el modelo estrictamente individualista (Santofimio, 2010, pp. 64-66). Precisamente, se pensó en un modelo abierto de medidas cautelares, a partir del cual el juez pudiese tener la discrecionalidad de diseñar y establecer las órdenes que a bien tuviese (cf. Sentencia 17001-23-31-000-2004-00480-02(AP) de 2008), a fin de prevenir o hacer cesar una amenaza o un perjuicio sobre los derechos colectivos, teniendo como límites la razonabilidad, la propor-

cionalidad y la ponderación, siempre obrando en defensa del interés público (Santofimio, 2010, p. 67).

Desde la entrada en vigencia de la Ley 472, la solicitud y el decreto de las medidas cautelares funcionaba de la manera sencilla en que allí fue planteado. Es decir, cuando el ciudadano del común quería interponer una acción popular y señalaba, en los términos establecidos en el artículo 25, la necesidad de adoptar alguna medida preventiva a fin de evitar la materialización del daño colectivo o frenar la seria vulneración de los derechos colectivos que se venía produciendo, lo hacía a partir de criterios de hecho que condujeran al juez a adoptar una medida razonable, proporcionada y motivada, desde la amplia propuesta de posibilidades del artículo 25, ya que se trata de un listado enunciativo, no taxativo (cf. Sentencia 05001-23-33-000-2013-00941-01(AP)A de 2014). En ese sentido, señaló el Consejo de Estado:

La medida cautelar puede decretarse en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, siempre que se pruebe: a) la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo y b) que en esa vulneración esté comprometido, por acción u omisión, la entidad demandada. (Sentencia 17001-23-31-000-2004-00480-02(AP) de 2008)

Ahora bien, la Ley 1437 plantea, en sus artículos referentes a las medidas cautelares de los medios de control, que esta normativa será aplicable también a los procesos de protección de los derechos colectivos que conoce la jurisdicción contenciosa (artículo 229, par.), lo cual pone al ciudadano del común, destinatario principal de las acciones populares bajo la concepción del constituyente, en un escenario complejo al enfrentar dos normas que coexisten en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo que sujetarse al cumplimiento de unos requisitos no establecidos en la Ley 472 y que además parte del desconocimiento de estos, pues la ley que reglamenta las acciones populares es la Ley 472 no el CPACA, el cual, valga la pena señalarlo, regula acciones contenciosas, no constitucionales, y por el hecho de que algunas acciones populares se tramiten ante el juez contencioso no pierden estas su rango constitucional y, en consecuencia, la prevalencia de la norma especial sobre la general debería ser aplicable (Ley 153 de 1887, artículo 3).

De todas forma, el CPACA hizo extensible la aplicación del régimen general de medidas cautelares de los medios de control a las acciones populares, con las vicisitudes que esto plantea y que revisaremos más adelante, que pone, además, al ciudadano que demanda en acción popular ante el contencioso administrativo en una situación mucho más compleja que aquel que demanda ante la jurisdicción civil, diferenciación a todas luces innecesaria e injustificada, pues para eso existía un régimen procesal propio (Ley 472), que cobijaba tanto a los procesos de acción popular ante el contencioso como aquellos de los cuales conoce la jurisdicción civil.

En todo caso, vale la pena precisar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-284 de 2014, señaló:

La norma acusada *crea un estatuto de medidas cautelares para los procesos colectivos de conocimiento de la justicia administrativa*. Por definición, este régimen no sería aplicable a dichos procesos, cuando sean conocidos por la jurisdicción ordinaria. Pero la Corte no ve en esa diferencia un motivo de reproche constitucional, en cuanto se limita al ámbito de las acciones que persiguen la protección de derechos e intereses colectivos. En ese campo, la diferencia es razonable, por cuanto la jurisdicción administrativa se encarga de conocer de estas acciones cuando son dirigidas contra la Administración pública, mientras la jurisdicción ordinaria se ocupa de ellas en los demás casos.

A juicio de los autores, la apreciación de la Corte no logra precisar cuáles son las razones fundadas para introducir una diferenciación en el actor que acude a una u otra jurisdicción, más allá de la obvia razón de conocer procesos, cuyo demandado es la Administración u otro de naturaleza privada, pero no esboza las razones que sustentan el hecho de que el actor popular tenga que cumplir requisitos diferentes en uno u otro caso, para solicitar las medidas cautelares en un proceso de acción popular. Lo que sí reconoce claramente la Corte es que se está creando un estatuto de medidas cautelares para los procesos de acciones populares, ante lo cual cabe preguntarse con qué fin si ya lo había

hecho el legislador en la Ley 472 de 1998⁵. De igual manera, señala la Corte Constitucional en la misma providencia, que el artículo 229 del CPACA, en su párrafo, no constituye una restricción a las facultades dadas en la Ley 472, pues,

como ha señalado el Consejo de Estado, el capítulo XI, título V, del CPACA *no deroga expresa, ni tácita ni orgánicamente los artículos 17 inciso 3, 18 inciso 2, 25 y 26 de la Ley 472 de 1998*, que regulan dentro de esta última lo atinente a las medidas cautelares en los procesos por acción popular [...] las normas sobre medidas cautelares de la Ley 1437 de 2011 y de la Ley 472 de 1998 no son, para empezar, incompatibles. El juez puede decretar las medidas de uno u otro estatuto, sin que esto suponga contradicción u omisión alguna, de modo que puede decirse que son complementarios [hecho que a todas luces refleja la tensión normativa aludida en líneas superiores].

Respecto del artículo 230 del CPACA, ha señalado el Consejo de Estado:

El listado de medidas cautelares contenido en el artículo 230 del CPACA, no es taxativo, pues pese a que la mencionada disposición enumera una

⁵ De igual manera, es aún más gravoso para los derechos constitucionales, cuando la Corte, en la misma providencia, se refiere a las razones de por qué hacer extensivas las medidas cautelares del CPACA para la acción de tutela, como lo preveía el artículo 229. Para la Corte, es inconstitucional y presenta problemas de fondo que afectan la naturaleza jurídica de esa otra garantía constitucional. En especial, llama la atención que señale que esa extensión “restringe con nuevas condiciones y requisitos adicionales el alcance y procedencia de las medidas provisionales que debe poder tomar el juez constitucional, en observancia del derecho a una administración de justicia constitucional efectiva (CP, arts. 2, 86 y 229); y retrocede injustificadamente en la satisfacción de los derechos sociales fundamentales reduciendo el nivel de protección alcanzado por el Decreto 2591 de 1991”, aclaración que no puede verse desligada de las acciones populares tratadas en este artículo, pues estas también contribuyen a la realización de derechos sociales en la medida en que los derechos colectivos se predicen respecto de todas las personas y claramente la Corte no se refiere en su reflexión a los derechos sociales en el sentido comprendido para los derechos económicos, sociales y culturales, pues, de lo contrario, no estaría haciendo alusión a ello al estar hablando de la tutela y los derechos fundamentales. En ese sentido, el magistrado Vargas ha indicado: “La jurisprudencia constitucional reconoce que la regulación legislativa y, de manera amplia, la actividad estatal respecto a los derechos sociales, está sometida a los principios de progresividad y prohibición *prima facie* de regresividad. Del mismo modo encuentro que, conforme decisiones recientes del Pleno, de las que se aparta la mayoría, el carácter vinculante de estos principios no solo es predicable de los derechos sociales, sino también de, entre otros, (i) la faceta prestacional de otros derechos, como el acceso a la administración de justicia; y (ii) los mecanismos destinados a la justiciabilidad de los derechos sociales” (Sentencia C-630 de 2011).

serie de medidas cautelares, el artículo 229 que lo precede indica que se pueden decretar las medidas cautelares que considere necesarias [...] Visto lo anterior, la Sala, en aras de armonizar la aplicación de las normas en mención, entiende que el Juez popular sigue estando facultado para decretar cualquier medida cautelar y en particular, si así lo considera necesario, las contempladas en los artículos 25 y 230 de la Ley 472 de 1998 y del CPACA, respectivamente [lo cual, en estricto sentido, tampoco presenta un problema para la Corte Constitucional en los términos ya expuestos] (Sentencia 05001-23-33-000-2013-00941-01(AP)A de 2014)

Pero el artículo 231 del CPACA, que es el que realmente aterriza el tema de la aplicación de las medidas cautelares allí establecidas al señalar sus requisitos, no fue objeto de un análisis detallado en la aludida sentencia. El referido artículo 231 indica:

Las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a. Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b. Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Sea lo primero señalar que, para que las medidas cautelares puedan ser decretadas en un proceso de acción popular, que es el caso *sub examine*, es necesario que se reúnan los cuatro requisitos esbozados en el citado artículo, siendo la norma clara al precisar su concurrencia. Esto

pone al ciudadano del común que pretende demandar a una autoridad pública en una situación más compleja respecto de cargas procesales⁶, pues tiene que cumplir unos requisitos no previstos en la Ley 472 ni en la legislación civil, para que sea considerada su solicitud de medidas cautelares. El primer requisito es que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, lo cual significa que el actor popular debe “entregarle al juez la totalidad de los razonamientos con base en los cuales resulta que el derecho solicitado por el demandante existe en un primer análisis” (Arboleda, 2012, p. 360). Esto abiertamente contraría la naturaleza de las acciones populares, las cuales deben ser, en principio, escritos simples desprovistos de formalidades y rigurosidades, que no requieren abogado para ser interpuestas, lo cual conlleva la existencia de una herramienta de defensa de derechos humanos, en los términos previstos en la parte inicial de este escrito. Exigirle al ciudadano “de a pie” que su escrito de acción popular sea una “demanda razonablemente fundada en derecho”, para que pueda considerarse por el juez la posibilidad de que procedan las medidas cautelares solicitadas, dista del objetivo y alcance que pretendió darse a las acciones populares desde su origen, además de ser algo no exigido en la ley especial que regula la materia, pues difícilmente sabrá o podrá el ciudadano entregar todos los argumentos y fundamentos necesarios para que sea clara la vulneración o amenaza alegada.

El segundo requisito es una “exigencia que va mucho más allá de la apariencia de derecho, pues obliga a aportar las probanzas necesarias para demostrar sumariamente el derecho reclamado” (Arboleda, 2012,

⁶ Es pertinente señalar que las cargas procesales están previstas de manera más contundente en procesos donde se ventilan intereses individuales, pues, al plantearse una norma que pusiera al alcance del ciudadano del común una herramienta judicial como la acción popular, el legislador diseñó un proceso en el cual la carga del ciudadano no fuese excesiva ni formalista, pues ello contrariaba la esencia misma de la acción. La Corte Constitucional ha manifestado: “De los que la doctrina procesal ha dado en denominar imperativos jurídicos, en el desarrollo de la relación jurídico-procesal se distinguen los deberes, las obligaciones y las cargas procesales que imponen tanto al Juez como a las partes y aun a los terceros que eventualmente intervengan, la observancia de ciertas conductas o comportamientos de hondas repercusiones en el proceso. De esos imperativos, los primeros se hallan instituidos por los ordenamientos rituales en interés de la comunidad, las obligaciones en pro del acreedor y las últimas en razón del propio interés (Sentencia C-203 de 2011).

p. 361). Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las acciones populares, donde la titularidad de los derechos radica en la colectividad, pensar en probar la titularidad del derecho no es aplicable al caso, lo cual evidencia el problema de tratar de hacer extensible a los procesos constitucionales elementos del proceso contencioso. Una máxima de estas, puesta en manos del ciudadano del común, lo pone en aprietos, pues tendrá que considerar la forma de demostrar que es el titular del derecho colectivo invocado, consideración no expuesta en la Ley 472, la cual estaba pensada de manera accesible y fácil (Santofimio, 2010, p. 45).

Por su parte, el tercer requisito señala que para que el juez pueda hacer un ejercicio de ponderación de intereses, “el demandante debe haber allegado, o deben obrar en el proceso, los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (Arboleda, 2012, p. 363). Esto plantea que el ciudadano asume una carga procesal mayor dentro del proceso de acción popular, no contemplada en la Ley 472, toda vez que, si no aporta todas las pruebas tendientes a demostrarle al juez que sería más gravoso no decretar la medida, esta no es procedente. A la luz de la Ley 472, el ciudadano aportaba los elementos que consideraba pertinentes y suficientes para solicitar se adoptara una medida previa de protección, desprovista de rigurosidades; a la luz de la nueva legislación, se hará cada vez más complejo que el ciudadano solicite ese tipo de actuaciones por parte del juez de conocimiento, no solo por lo que implica probar esto, sino porque puede no enterarse de que existe una reglamentación diferente de la prevista en la Ley 472, ley especial sobre acciones populares.

Por último, el cuarto requisito se refiere a que debe cumplirse una de dos situaciones: “a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios”, lo cual pone al ciudadano del común en la necesidad de demostrar dentro del proceso la pertinencia y necesidad de la medida por adoptar, hasta tal punto de probar que de no decretarse se podría causar un perjuicio irremediable (Santofimio, 2010, p. 68). Ha señalado la Corte

Constitucional que el “*periculum in mora* tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo” (Sentencia SU-913 de 2009), hecho que pone nuevamente al ciudadano ante una normativa no establecida para las acciones populares y que terminará por conducirlo al desuso de las medidas, porque no sabrán solicitarlas y, en consecuencia, no serán decretadas.

Requisito de procedibilidad: ¿y el carácter principal y autónomo de las acciones populares?

El artículo 10 de la Ley 472 señala: “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”, lo cual evidencia una característica fundamental de las acciones populares como lo es su carácter directo y principal que evidencia que no está supeditada al ejercicio de ningún otro instrumento, ni administrativo ni procesal, previo. Señala Esguerra (2004):

Las acciones populares son principales y directas. Es decir, su viabilidad es absolutamente autónoma y no está sujeta a condición alguna, como no sea, claro está, la de que se hayan configurado los supuestos de hecho necesarios para su procedencia. Ellas pueden iniciarse mediante la correspondiente demanda, sin necesidad del previo cumplimiento de un trámite y sin que antes tenga que haberse agotado algún tipo de recurso o de gestión procesal. (pp. 216-217).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-446 de 2007 indicó:

La acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue, cual es la protección de derechos e intereses colectivos. [...] Así su configuración cons-

titucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medio de defensa judicial ordinarios⁷.

Asimismo, ha indicado que basta con la existencia de una amenaza a los derechos colectivos para interponer una acción popular, con el fin primordial de proteger efectivamente los derechos colectivos, pues se trata de una herramienta de carácter preventivo y el ciudadano no necesita estar frente a un daño materializado para acceder a la protección de dichos derechos (Sentencia C- 644 de 2011).

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 472, cuando los ciudadanos querían hacer uso de la acción popular, acudían directamente a la jurisdicción en los términos previstos en el artículo 18 de la misma ley⁸. Sin embargo, el inciso 3 del artículo 144⁹, y en concordancia con este, el numeral 4 del artículo 161¹⁰ de la Ley 1437, parecieran desconocer la regulación constitucional y lo dispuesto en la Ley 472, pues estipula un requisito previo para la interposición de la acción popular que obliga al ciudadano que demanda a una autoridad pública a agotarlo y que valga la pena precisar, no está incluido en la Ley 472, hecho que

⁷ En el mismo sentido, se ha pronunciado reiteradamente el Consejo de Estado: Sentencia 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) de 2005 y Sentencia 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP)B de 2008.

⁸ “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”.

⁹ “Artículo 144, Inc. 3: [...] Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda”.

¹⁰ “Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: [...] 4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código”.

genera una restricción en el alcance de las acciones populares y un problema de acceso a la administración de justicia, como se señalará más adelante.

La Corte Constitucional, refiriéndose al artículo 88 de la Constitución Política, ha manifestado:

El contenido de la regulación que para el efecto se expida debe necesariamente definirse de forma tal que favorezca el ejercicio y efectividad de dichas acciones, siendo entonces constitucionalmente cuestionable que dicha regulación pueda en cambio restringir el derecho de las personas interesadas en obtener la indemnización de los daños causados en estas especiales circunstancias. (Sentencia C-241 de 2009)

Si bien la Corte hace referencia en dicha providencia a las acciones de grupo, también incluidas en el artículo 88 superior, las cuales no están al alcance de todos los ciudadanos como las acciones populares, toda vez que al tener exigencias de forma y rigurosidades procesales requieren abogado para ser interpuestas, es apenas entendible que para las acciones populares se predique lo mismo, no solo por tratarse de acciones incluidas en el mismo artículo constitucional, sino también por tratarse de la protección de derechos de titularidad colectiva con legitimación por activa abierta, lo cual implica que con mayor intensidad debe facilitarse el acceso a la justicia haciendo uso de las herramientas judiciales del carácter de las acciones populares, pues así lo previó el constituyente.

En ese sentido, no es dable al legislador introducir reglamentaciones restrictivas que terminen por afectar el acceso de las personas a la justicia, en los términos establecidos en la Carta, pues

el desarrollo legislativo que sobre el tema se genere debe necesariamente favorecer el ejercicio de estas acciones siempre que concurran los supuestos de hecho que habilitan su interposición, y no puede, en cambio, traducirse en la exigencia de requisitos adicionales o en restricciones de carácter procesal que hagan nugatorias las evidentes ventajas que para las personas perjudicadas por el hecho generador del daño supone la disponibilidad de este mecanismo. (Esguerra, 2004, pp. 216-217)

Así las cosas, el artículo 88 superior, como lo concibió el constituyente, no incluyó referencias ni tácitas ni expresas respecto de requisitos previos a la presentación de acciones populares. De la misma manera, el legislador tampoco lo hizo al reglamentar la citada herramienta, por lo que el requisito del artículo 144 de la Ley 1437 constituye una creación del legislador, no previsto en las normas especiales sobre la materia, que no compagina con el deber legislativo aludido anteriormente de no crear requisitos adicionales que entraben u obstaculicen el acceso de las personas a la justicia. Por el contrario, representa una carga adicional para el actor para iniciar una acción popular y restringe el desarrollo adecuado de la participación ciudadana en la dimensión social, como la concibió el constituyente al crear estas acciones (Sentencia C-215 de 1999).

La efectividad de los derechos en un Estado social de derecho¹¹ es posible gracias a garantías como el acceso real y efectivo a la administración de justicia, contenido tanto en normas constitucionales como en otras referentes a tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia (por ejemplo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, etc.). Respecto de este, el legislador puede fijar límites y condiciones, siempre y cuando no representen medidas excesivas, muy formalistas, injustificadas, que tiendan a obstaculizar su efectividad y aplicación, es decir, no significa que el legislador tenga una libertad absoluta, sino que

la potestad de configuración del legislador consiste en una competencia constitucional que, como tal, debe ejercerse dentro de los límites de la Carta Política y debe estar justificada en un principio de razón suficiente que excluya la tacha de arbitrariedad por la cual pudiera ser retirada del ordenamiento jurídico. (Sentencia C-314 de 2002)

En ese sentido, el requisito previo ideado por el artículo 144 de la Ley 1437 vulnera el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, pues genera obstáculos para que el ciudadano pueda presentar la acción popular en la forma originalmente prevista por la Constitución

¹¹ Ver, entre otras, sentencias: T-084 de 1998, C-836 de 2001, C-317 de 2002 y C-713 de 2008.

y la ley, no solo porque representa una carga adicional para acceder a la jurisdicción en uso de las acciones constitucionales, sino porque la Ley 472 no contempla el requisito y, en consecuencia, el ciudadano que pretende iniciar una acción, basado en lo dispuesto en la ley que reglamenta las acciones populares, se enfrenta a situaciones de rechazo de estas acciones por no agotamiento del requisito previo, lo cual lo coloca en un plano de desconocimiento, pues no está prevista en la Ley 472 causal de rechazo de las acciones populares diferente de la que se deriva de la no subsanación del autoinadmisorio de la demanda¹². La razón del rechazo está establecida en una norma que no es la especial, sino una de carácter general, que además no regula acciones constitucionales. Lo que puede parecer un ejercicio de ensayo y error por parte del ciudadano, hasta aprender a usar de nuevo las acciones populares, puede constituir al mismo tiempo una forma en la que el ciudadano desista del uso de tan importante herramienta constitucional, por desconocimiento de situaciones no previstas en la ley que la reglamenta, que puede parecer un mero asunto de trámite o de forma, pero que termina afectando el fondo de la materia al representarle al ciudadano un problema de acceso a la administración de justicia, sumado a la dilación que ello puede implicar en la protección de los derechos colectivos. ¿Dónde queda la relevancia del trámite preferente de estas acciones si un juez puede rechazarla tantas veces como sea necesario por no agotar un trámite previo?

De cualquier forma, la excepción que trae el inciso 3 del artículo 144, relacionada con la posibilidad de sustentar en la demanda que existe “inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos”, y que en consecuencia se omite el deber de agotamiento del requisito previo, no constituye una garantía para el ciudadano, pues de todas formas representa una carga adicional, toda vez que debe entrar a demostrar y convencer al juez de las

¹² “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”.

razones de hecho y de derecho que rodearon el caso, que condujeron a la necesidad de omitir el requisito previo, hecho que por demás queda en manos del juez, quien es el único llamado a establecer si aquello alegado por el ciudadano realmente representa un perjuicio irremediable, connotación jurídica que no tiene por qué ser conocida por el ciudadano del común. En ese sentido, en caso de no configurarse para el juez la excepción prevista en el referido inciso, se sigue dilatando la protección de los derechos colectivos amenazados o vulnerados, pues deberá agotar el requisito, esperar quince días para que la autoridad responda y luego sí podrá acceder a la administración. Lo que podría iniciar como una acción popular de carácter preventivo, que buscaba una declaratoria temprana de medidas para evitar que el daño se materializara, se puede tornar, con el acechable paso del tiempo, en una acción para la defensa de derechos colectivos que ya se están vulnerando.

De acuerdo con lo esbozado en la parte inicial de este artículo, estamos ante la presencia de una medida regresiva adoptada por el legislador, en detrimento de la defensa de los derechos colectivos, que revisten un importante contenido y alcance social, para lo cual debió adelantarse un examen juicioso que permitiera evidenciar si se trataba de una medida que representaba un problema de acceso a la justicia y, en consecuencia, de regresividad.

Las medidas regresivas deben sujetarse a un escrutinio de constitucionalidad más estricto que otras decisiones legislativas, que además comprenda una comparación con los estándares de protección anteriores, es decir, el juicio de constitucionalidad de estas medidas incluye también un examen de evolución cronológica de las garantías asociadas al derecho correspondiente. (Sentencia C-372 de 2011)

Para el caso en estudio, no obró en ningún momento dentro del trámite legislativo de la Ley 1437 un análisis de este tipo, que justificara razonablemente por qué el legislador estaba creando requisitos adicionales a los previstos en la Constitución o en la ley, que además representaban una carga adicional para el actor y un obstáculo en el acceso fácil

y eficiente a la administración de justicia, por medio de las acciones populares.

Sin lugar a dudas, la acción popular, como la concibió el constituyente, representa una garantía judicial de los derechos de las colectividades y, en consecuencia, no puede ser blanco de medidas regresivas en detrimento de los derechos humanos, pues, “además de ser una garantía judicial, es un derecho político constitucional”, porque materializa la participación ciudadana, como se refirió líneas atrás (Senior y Nieto, 2014, p. 18). Así lo ha señalado la Corte Constitucional, al indicar:

la acción popular es un derecho político constitucional, en el contexto de una sociedad que se erige como democrática y que defiende a las personas frente a intrusiones ilegítimas de los derechos, sin importar a qué tipo de poder sean adjudicables. Ha recordado que la acción popular es uno de aquellos “[...] instrumentos que forman parte del conjunto de mecanismos que el movimiento constitucionalista occidental contemporáneo ha ido incorporando de manera paulatina a los sistemas jurídicos, para optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la Administración pública y de los grupos económicamente más fuertes”. [...] Ha sostenido que según el “[...] nuevo modelo de democracia, los ciudadanos no solo participan en el gobierno de su país mediante la elección libre de sus representantes, sino que a través de diversos mecanismos de deliberación, colaboración, consulta y control diseñados por el constituyente, se les permite intervenir de manera activa en las decisiones que los afectan e impulsar la acción de las autoridades en el propósito común de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado”. (Sentencia C-630 de 2011)

Esto evidencia a todas luces la importancia de la acción popular en nuestro ordenamiento jurídico y la gravedad de adoptar medidas que representen una regresión en su alcance y protección.

Dentro del trámite legislativo de la hoy Ley 1437, ni el texto inicial de la iniciativa legislativa ni el texto del proyecto de ley aprobado en su trá-

mite por el Senado¹³ contemplaban el requisito previo para las acciones populares interpuestas contra las autoridades públicas; solo hasta la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en Cámara de Representantes fue donde se introdujo dicho requisito. Indicaba la referida motivación:

En el artículo 144, relacionado con el medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, a fin de que el interesado de la comunidad pueda obtener de la Administración dicha protección sin necesidad de acudir a un juicio y esta a su vez cuente con la oportunidad de analizar la situación de amenaza o vulneración de un derecho o interés colectivo y evitarla o conjurarla, según el caso, se adiciona con un inciso en el que se impone un requisito de procedibilidad o previo a la demanda.

Bajo ningún parámetro puede considerarse esta una justificación idónea y suficiente, que permita colegir una necesidad imperiosa de establecer un requisito previo, especialmente cuando las posibilidades de que un daño colectivo que lleva produciéndose muchos años, con pleno conocimiento del Estado, se solucione en quince días. Esto sería ir de lo micro a lo macro, restándoles importancia a situaciones de alta complejidad en vulneración de derechos colectivos y sería una situación dentro de muchas otras, pues, en algunos casos, podría preverse la posibilidad de solucionar en sede administrativa un eventual daño colectivo, pero no puede ser la regla general y menos para haber creado una norma tan imperativa y restrictiva.

CONCLUSIONES

Las modificaciones legislativas que se han dado recientemente sobre acciones populares, especialmente en lo referente a las medidas cautelares y la creación del requisito previo a la demanda, generan una tensión frente a la Ley 472 de 1998 e imponen cargas adicionales al ciudadano que terminan por afectar el acceso a la justicia, poniendo en

¹³ Para ver el trámite de la Ley 1437 de 2011 en el Congreso Proyecto de Ley 198/09 Senado - 315/10 Cámara), ver las siguientes gacetas: 1173/09 (proyecto de ley), 394/10 y 529/10 (texto definitivo en Senado), 683/10 y 951/10 (primer y segundo debate en Cámara), 1072/10 (Informe de Conciliación).

riesgo los derechos humanos. Lo anterior por cuanto las dos modificaciones estudiadas fueron incluidas en una legislación que no atiende a la naturaleza garantista, participativa y abierta con que fueron concebidas las acciones populares por el constituyente y el legislador y, en consecuencia, no responden a las necesidades de todos los ciudadanos como miembros de la colectividad, sino que requieren una especialidad de los conocimientos que solo incluye a pocos.

Se puede concluir que se está ante un gran retroceso en las decisiones jurisprudenciales, porque “la Corte Constitucional ha tomado varias decisiones inhibitorias y cuando son demandadas las normas que modifican las acciones populares, se argumenta reiteradamente la libertad de configuración del legislador; de igual forma ha cambiado su posición frente a temas de derechos colectivos y ha contribuido a la desarticulación de la ley” (Londoño y Torres, 2012, pp. 240); sumado a ello, las modificaciones realizadas directamente por el legislador disminuyen los estándares de protección de los derechos colectivos, como se había venido realizando desde la expedición de la Ley 472. Pareciera ser que la Corte Constitucional y el legislador partieron del análisis del juez frente a la aplicación de las normas, pero ¿dónde queda el ciudadano? Hubiese sido ideal que también entraran a analizar lo que debe hacer el ciudadano del común para lograr la protección efectiva y real de los derechos colectivos dentro de las acciones populares que el constituyente ideó pensando en éste y la garantía de sus derechos.

Además, las modificaciones legislativas estudiadas deben llamar la atención entre los defensores de derechos humanos y los ciudadanos en general, porque los debates sobre la protección de los derechos humanos, y en particular los derechos colectivos, se están reduciendo a un asunto procesal, aparentando que son modificaciones menores o de forma, al incluirlas en normas generales no especializadas que se apartan de la ley especial vigente, pero que, en realidad, impactan la naturaleza jurídica de las acciones y la protección de los derechos, olvidando la esencia con la que el constituyente las ideó, en especial al ser concebidas como un mecanismo de participación ciudadana, lo cual representa, además del impacto jurídico, un impacto relevante en materia social y política.

Es importante seguir estudiando las modificaciones legislativas que se les hagan a las acciones populares, porque indirectamente se están afectando principios constitucionales como la solidaridad y la participación, pues se obstaculiza la interposición de dichas acciones y con ello la forma en la que los ciudadanos participan en la defensa de los derechos de todos y la posibilidad de controlar socialmente el ejercicio del poder. Los mecanismos de participación ciudadana no se agotan con el hecho de tenerlos en la Carta, sino que se requiere su materialización con el real acceso a la justicia de todos los ciudadanos.

REFERENCIAS

- Arboleda Perdomo, E. (2012). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (2.ª ed.). Bogotá: Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Informe de ponencia sobre derechos colectivos. Ponentes: Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero. *Gaceta Constitucional*, 46.
- Batthyány, K. y Cabrera, M. (coords.) (2011). *Metodología de la investigación para las ciencias sociales: apuntes para un curso inicial*. Lima: Ministerio de Educación del Perú. Recuperado de <http://repositorio.minedu.gob.pe/handle/123456789/4544>
- Bolívar, L. (1996). Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12003.pdf>
- Buitrago, S. (2014). Las acciones populares bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=tBP_hR18-F0&feature=youtu.be
- Camargo, P. P. (2006). *Las acciones populares y de grupo: guía práctica de la Ley 472 de 1998* (5.ª ed.). Bogotá: Leyer.
- Colombia (2010). *Constitución Política*. Bogotá: Legis.
- Congreso de la República. Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887 (15 agosto 1887).
- Congreso de la República. Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de

- las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones (5 agosto 1998).
- Congreso de la República. Ley 1425 de 2010. Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 acciones populares y grupo (29 diciembre 2010).
- Congreso de la República. Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (18 enero 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-067 de 1993 (24 febrero 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 1997 (28 mayo 1997).
- Corte Constitucional. Sentencia T-084 de 1998 (17 marzo 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 1999 (14 abril 1999).
- Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001 (9 agosto 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia C-314 de 2002 (30 abril 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-317 de 2002 (2 mayo 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia T-446 de 2007 (30 mayo 2007).
- Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008 (15 julio 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia C-241 de 2009 (1 abril 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-913 de 2009 (14 diciembre 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2011 (31 agosto 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-203 de 2011 (24 marzo 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 2011 (31 agosto 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2011 (12 mayo 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012 (18 abril 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2014 (15 mayo 2014).
- Consejo de Estado. Sentencia 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) de 2005 (5 octubre 2005).
- Consejo de Estado. Sentencia 17001-23-31-000-2004-00480-02(AP) de 2008 (6 marzo 2008).
- Consejo de Estado. Sentencia 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP)B de 2008 (14 julio 2008).
- Consejo de Estado. Sentencia 05001-23-33-000-2013-00941-01(AP)A de 2014 (6 febrero 2014).

- Courtis, C. (2006). El juego de los juristas. En C. Courtis (coord.), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Diez Schwerter, J. L. (2016). La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, 30, 257-286.
- Esguerra Portocarrero, J. C. (2004). *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Temis.
- Guayacán Ortiz, J. C. (2013). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas: elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Rodríguez, J. M. (2014). La contribución de las acciones colectivas al desarrollo regional desde la perspectiva del derecho social. *Cuestiones Constitucionales*, 30, 59-89.
- Londoño Toro, B. (2004). Algunas reflexiones sobre las acciones populares y de grupo como instrumentos de protección de derechos colectivos. En B. Londoño Toro (ed.), *Eficacia de las acciones constitucionales en defensa de los derechos colectivos* (pp. 23-55). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Londoño Toro, B., Figueredo Medina, G. y González Acosta, A. (2009). Balance de la Universidad del Rosario: ¿progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos? En B. (ed.), *Justiciabilidad de los derechos colectivos: balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros diez años (1998-2008)* (pp. 21-50). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Londoño Toro, B. y Torres Villarreal, M. L. (2012). ¿Podrán las acciones populares Colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales? *Vniversitas*, 124, 235-259.
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, 52, 55-140.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2006). *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (22 noviembre 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Organización de los Estados Americanos (17 noviembre 1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre dere-

- chos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Organización de las Naciones Unidas (10 diciembre 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III). París.
- Ossandón Widow, M. M. (2009). Los elementos descriptivos como técnica legislativa. consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza. *Revista de Derecho*, 22(1), 159-183. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100008>
- Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos: un paso en la consolidación del Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarmiento Palacio, G. (2006). *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Senior, S. y Nieto, M. A. (2014). Globalización y exigibilidad de los derechos humanos en Colombia: el requisito de la Ley 1437 de 2011 sobre acciones populares. *Revista Arje Internacional*, 2, 16-21.
- Tamayo Jaramillo, J. (1986). *De la responsabilidad civil*, T.ii. Bogotá: Editorial Temis.