

ACCIONES POPULARES EN BUCARAMANGA EN EL AÑO 2008
Retórica sobre derechos colectivos en las Sentencias de los
Jueces Civiles del Circuito

WILMA CECILIA DUARTE BOADA



UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2009

ACCIONES POPULARES EN BUCARAMANGA EN EL AÑO 2008
Retórica sobre derechos colectivos en las Sentencias de los
Jueces Civiles del Circuito

WILMA CECILIA DUARTE BOADA

Trabajo de aplicación en derecho constitucional para obtener el título de
MAGISTER EN HERMENEUTICA JURIDICA Y DERECHO

DIRECTOR: Dr. EDUARDO JOSE TALAVERA



UNIVERSIDAD INDUSRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
MAESTRÍA EN HERMENÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2009

DEDICATORIA

A mis amadísimos hijos, JUAN CAMILO y JUAN FELIPE, gracias, muchas gracias, por haber cedido su tiempo de juegos y diversiones para superar una etapa más de mi formación profesional.

A Filemón y Lucila por su amor y dedicación a formarme como maestra en derecho.

A mis hermanas Claudia, Lucila, Edna, porque nuestras metas avanzan y las superamos, a pesar del tiempo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. REFERENTE NEOCONSTITUCIONAL DE LO COLECTIVO	4
1.1 LA CONSTITUCION NORMATIVA	4
1.2 CONCEPTO JURIDICO DE CONSTITUCION	9
1.3 CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCION COLOMBIANA	22
2. DEFINICIONES BÁSICAS DE LO COLECTIVO	32
2.1 GENERALIDADES	32
2.1 LOS DERECHOS COLECTIVOS EN COLOMBIA	39
2.3 CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO	43
2.4 DEFINICION NORMATIVA COSNTITUCIONAL DEL DERECHO COLECTIVO	46
3. DE LAS ACCIONES POPULARES	52
3.1 REFERENTE HISTORICO	52
3.2 LEY 472 de 1998	58
3.2.1 Carácter público	59
3.2.2 Naturaleza preventiva	60
3.2.3 Titularidad	60
3.2.4 Elementos para la procedencia	62
3.2.5 Caducidad	62
3.2.6 Pacto de cumplimiento	63
3.2.7 Carga de la prueba	64
3.2.8 Término para proferir sentencia	64
3.2.9 Carácter restitutorio	65
3.2.10 Alcance de la condena in genere	65
3.2.11 Jurisdicción	65
3.2.12 Recursos	66
3.2.13 Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos	69
3.2.14 Prescripción del derecho al pago de la indemnización	69
3.2.15 Divulgación de los derechos colectivos	71
4. ANTECEDENTES DE LA INTERPRETACION JUDICIAL	72

5.	ACCIONES POPULARES RESUELTAS POR LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA EN 2008	94
5.1	UBICACIÓN TEÓRICA DE LOS ARGUMENTOS JUDICIALES	94
5.2	ACTORES QUE OBTUVIERON SENTENCIAS EN ACCIONES POPULARES EN 2008	109
5.3	DERECHOS COLECTIVOS PRIVILEGIADOS EN SENTENCIAS DE ACCIONES POPULARES 114	
5.4	ARGUMENTOS MÁS USADOS POR LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA EN SENTENCIAS DE ACCIONES POPULARES	118
	CONCLUSIONES	136
	BIBLIOGRAFIA	138
	ANEXO UNO. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA ESTUDIADAS	144
	ANEXO DOS. DIAPOSITIVAS DEL TRABAJO REALIZADO	153

RESUMEN

TITULO: ACCIONES POPULARES EN BUCARAMANGA EN EL AÑO 2008 Retórica sobre derechos colectivos en las Sentencias de los Jueces Civiles del Circuito*

AUTOR: WILMA CECILIA DUARTE BOADA**

PALABRAS CLAVES: ACCIONES POPULARES, ARGUMENTACIÓN DE SENTENCIA, DECISIÓN JUDICIAL, CONSTITUCIÓN NORMATIVA, TEORIAS DEL DERECHO

DESCRIPCIÓN

Es tarea ineludible de los jueces justificar sus decisiones, la que resulta más compleja cuando se trata de acciones constitucionales donde se demanda la protección de derechos colectivos cuyo titular es el conglomerado social, pues la constitución política le impone la carga de hacerlo ajustado a la ley. Sin embargo los resultados de un proceso de Acción popular depende de distintas causas, incluidas en ellas la participación del actor popular que en el Circuito judicial de Bucaramanga es casi nula.

En las sentencias que terminan las acciones populares los Jueces Civiles del Circuito usan principalmente argumentaciones silogísticas que tienden a favorecer la aplicación de las normas y excepcionalmente a crear derecho a través de las definiciones que sobre cada derecho colectivo que se demanda como vulnerado, siendo que el privilegiado surge de la vulneración de las normas del plan de ordenamiento territorial local en cuanto toca con la publicidad en cualquiera de sus condiciones.

La argumentación de las sentencias de los Jueces Civiles del Circuito no es prolija porque no hay una verdadera depuración de los derechos colectivos en el ámbito de lo privado y las normas sobre acciones populares demandando su amparo por acciones policivas que demuestran la ineficacia estatal.

* Proyecto de grado

** Facultad De Ciencias Humanas, Escuela De Derecho Y Ciencia Política, Director. Eduardo Talavera Carrascal

ABSTRACT

I TITLE: WORK POPULAR IN BUCARAMANGA IN THE YEAR 2008 Rhetoric on collective rights in the Sentences of the Civil Judges of the Circuit*

AUTHOR: WILMA CECILIA DUARTE BOADA**

KEY WORDS: WORK POPULAR, ARGUMENT OF IT SENTENCES, JUDICIAL DECISION, NORMATIVE CONSTITUTION, THEORIES OF THE RIGHT

DESCRIPTION

It is the judges's unavoidable task to justify their decisions, the one that is more complex when it is constitutional actions where the protection of collective rights is demanded whose holder is the social conglomerate, because the political constitution imposes him the load of making it adjusted to the law. However the results of a process of popular Action depend on different causes, included in them the popular actor's participation that is almost null in the judicial Circuit of Bucaramanga.

In the sentences that finish the popular actions the Civil Judges of the Circuit they use mainly arguments silogisticas that spread to favor the application of the norms and exceptionally to create right through the definitions that it has more than enough each collective right that is demanded as harmed, being that the privileged one arises of the vulneration of the norms of the plan of local territorial classification as soon as he/she plays with the publicity in anyone of their conditions.

The argument of the sentences of the Civil Judges of the Circuit is not meticulous because there is not a true purification of the collective rights in the environment of that deprived and the norms on popular actions demanding its help for actions policivas that demonstrate the state inefficacy.

* Grade project

** Ability Of Human Sciences, School Of Right AND Political Science, Director. Eduardo Talavera Carrascal

INTRODUCCIÓN

A continuación y en el decurso del estudio de investigación desarrollado se presenta una exposición sobre la retórica que los señores Jueces Civiles del Circuito de Bucaramanga enseñan en las decisiones judiciales que desatan las acciones populares instauradas por diversos actores, las que en su proceso argumentativo demuestran no solo la horizontalidad del tratamiento de los derechos colectivos mayormente destacados por su presunta vulneración, sino el acatamiento que de la ley, la constitución y los precedentes constitucionales y judiciales hicieron estos creadores del derecho en esta municipalidad durante el año 2008.

Está compuesto por cinco capítulos a saber, el primero que despliega una exposición doctrinal sobre el concepto de constitución, su carácter y fuerza normativa en el que se reliva que en Colombia se le otorga ese carácter desde 1991 en adelante, a más de ser el fundamento del ordenamiento jurídico, la fuente de validez de toda la normativa jurídica, fuente de las fuentes de derecho y por ello de aplicación directa e inmediata, su jerarquía prevalente está jurisdiccionalmente garantizada, esto es prima el realismo social en la concepción del Constitucionalismo Normativo.

Así mismo se establece que la Constitución es 'la sede última de toda fuente de Derecho, sin perjuicio que cada norma pueda crear otras que no la contradigan. Así, los Tratados Internacionales, la Ley orgánica, la Ley ordinaria, el Decreto - Ley encuentran su razón de validez en la Constitución; como fuente del derecho, se refiere al acto mismo en que se concreta el ejercicio de la voluntad, los actos que ordenan, diferenciándolos de los actos ordenados que son aplicadores de aquellos, tales como las sentencias o los actos administrativos.

El segundo, comporta el análisis de las definiciones constitucionales que sobre los derechos colectivos existe, partiendo de la consideración que la Constitución no efectuó una definición respecto de los derechos e intereses colectivos, prefirió presentar un listado no taxativo, tampoco la Norma de Normas de 1991, ni la Ley 472 de 1998 establecen diferencias entre derechos e intereses colectivos de una parte y derechos e intereses difusos de otra, por lo que el sentido de esta indistinción puede interpretarse entendiendo que lo colectivo es el concepto genérico que integra lo difuso y lo no difuso. Así mismo se manifiesta que en Colombia los derechos e intereses colectivos se presentan por la referencia de múltiples sujetos con respecto a cualquier situación o bien jurídico compartido y se determina que los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley.

En los capítulos tercero denominado: “De las acciones populares” y el cuarto denominado: “Los derechos colectivos en Colombia” se contiene un referente histórico de las mismas, partiendo del derecho romano, esto es como con *la actio deefussis et deiectis*, instituida para garantizar la seguridad de las calles de la ciudad, el Pretor la otorgaba en contra de quienes derramaban o arrojaban líquidos o sólidos causando daño a las cosas, o herida o muerte a un hombre libre. Hoy coincidente con la descripción que se contiene en el literal g) del artículo 4 de la ley 472 de 1998; *la actio de possetis et suspensis*, se concedía a quienes suspendieran o colgaran objetos fuera de las casas habitadas por ellos, con el consiguiente peligro de que pudieran caer a la vía pública sobre los transeúntes, o las cosas que portaban, y pudieran provocar accidentes o daños a las personas así como a las cosas, esta acción no buscaba la reparación de un daño realizado, sino la prevención del daño eventual o contingente, coincidente con la descripción que se consagra en el artículo 2359 del Código Civil Colombiano - ampliado más abajo-; también otorgaba *la actio edilica de fieris*, consagrada con el fin de prohibir

la tenencia de animales peligrosos en sitios públicos, para garantizar la tranquilidad y seguridad de los transeúntes. Por ello se afirma que antes de la Constitución de 1991, las acciones populares ya contaban con regulación legal, aunque de manera dispersa y se señala que es así, como los artículos 1005 a 1007 del Código Civil regularon una acción popular para la protección de los bienes de uso público; los artículos 2359 y 2360 del mismo ordenamiento consagraron una acción popular respecto del daño contingente derivado de la comisión de un delito, por las obras que amenacen ruina o por negligencia de un individuo que ponga en peligro a personas indeterminadas, respectivamente. Bien, en este sentido se hace una explicación de la ley 472 de 1998, estableciendo su alcance, marco de acción y sujetos a los que se dirige, y del procedimiento que contiene y en el que se esbozan las falencias de la legislación en tanto se tiene que desde la ley 472 de 1998, se advierte la carencia de contenido subjetivo de las acciones populares que implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo.

En el quinto se deja constar el análisis argumentativo y hermenéutico de las decisiones de los jueces civiles del circuito de Bucaramanga, proferidas en el año 2008, en materia de acciones populares. En ese se vislumbra la importancia de la actividad interpretativa y el papel principalísimo del juez en la solución de conflictos relacionados con derechos e intereses colectivos que apenas están en desarrollo como deviene de las decisiones más representativas que fueron analizadas en sus argumentos más representativos y comunes.

1. REFERENTE NEOCONSTITUCIONAL DE LO COLECTIVO

1.1 LA CONSTITUCION NORMATIVA

En Colombia la Constitución es esencialmente normativa, es el fundamento del ordenamiento jurídico, la fuente de validez de toda la normativa jurídica, es fuente de las fuentes de derecho. Por ello, la norma constitucional, es de aplicación directa e inmediata y su jerarquía prevalente está jurisdiccionalmente garantizada, esto es prima el realismo social en la concepción del Constitucionalismo Normativo. Entonces, corresponde para reducir la complejidad de éste discurso entender el derecho como sinónimo de Ordenamiento Jurídico y no de norma jurídica, pues, aquello que denominamos usualmente derecho es apenas una característica de algunos ordenamientos normativos más que de ciertas normas¹, entendidas estas como pertenecientes a un Ordenamiento Jurídico integrado por una complejidad de normas que constituyen una unidad que se sustenta en el principio de jerarquía.

Por consecuencia, ningún órgano del Estado –entendido como poder público - puede regular por sí solo la complejidad social en cuanto a las conductas que se producen a su interior, por lo que implica apelar a dos técnicas:

- i) La recepción de normas ya formuladas -fuentes reconocidas-²

¹ Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho. Temis, Bogotá, 1987, Pág. 147

² ídem, Pág. 154. Donde señala por ejemplo, la costumbre. Cuando el legislador remite expresamente a la costumbre en una situación particular o cuando expresa o tácitamente remite a la costumbre en materias no reguladas por la ley, como el caso de la llamada costumbre «praeter legem», él acoge normas jurídicas ya elaboradas.

- ii) La delegación del poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores -fuentes delegadas-³.

Por eso, es dable concluir que si la norma jurídica determina la norma o el procedimiento en que otra es creada o producida, esa es válida cuando ha sido creada en la forma que dictamina la norma superior. Entonces, la norma superior se constituye en la «razón de validez» de la norma inferior, es decir que el problema de la validez de las leyes es un problema de constitucionalidad; y, es un problema de legalidad el de la validez de los reglamentos, de las costumbres o de los actos administrativos.

Razones que confirma Bobbio, cuando afirma que la juridicidad de una norma se determina no a través de su contenido -y ni siquiera a través de la forma o el fin- sino simplemente través de su pertenencia al ordenamiento, pertenencia que se establece a su vez remontándose desde la norma inferior a la superior, hasta llegar a la norma fundamental.

Necesario es recordar que el ordenamiento es un sistema y, por tanto, exige coherencia en sus elementos, se rige por el principio de compatibilidad; no es suficiente que una norma provenga de una de las fuentes de derecho legítimas para integrar el sistema, sino que, además, es exigible que esa norma no sea incompatible con otras que pertenecen al mismo. En este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino sólo

³ Íbidem. Pág. 155. Es el caso del reglamento respecto de la ley. Los reglamentos son, como las leyes, normas generales y abstractas; pero a diferencia de las leyes, su producción se confía generalmente al poder ejecutivo por delegación del poder legislativo, y una de sus funciones es la de integrar leyes muy genéricas, que contienen solo máximas de dirección y que no pueden ser aplicadas sin una especificación posterior. Es imposible que el poder legislativo dicte todas las normas necesarias para regular la vida social: entonces se limita a dictar normas genéricas, que son cada vez más numerosos, el encargo de hacerlas exigibles

aquellas que fuesen compatibles con las demás⁴, es decir que el derecho no tolera antinomias.

El concepto de constitución –por demás polémico- que subyace en este trabajo de aplicación hermenéutica, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno simbólico y combativo que halla su ratio no en la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Así, el conocimiento llevado a cabo desde una perspectiva política, como partidario o como adversario, es capaz en muchos casos de una incisión más profunda en la realidad que la que proporciona un punto de vista neutral; pero no es menos cierto, que con tales supuestos es difícil lograr unidad en la formulación del concepto. A estas razones subjetivas se une otra objetiva: el hecho de que la Constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc. Ello explica que el término Constitución vaya frecuentemente acompañado de un adjetivo, y se hable así de Constitución jurídica o de Constitución real, de Constitución política o de Constitución normativa, de Constitución material o de Constitución formal, de Constitución empírica o de Constitución ideal, de Constitución en sentido amplio o de Constitución en sentido restringido.

La Constitución, además, no admite la validez de ninguna norma jurídica que la contradiga, sea por la forma o sea por el fondo, sin perjuicio de la decisión de inaplicabilidad de preceptos jurídicos que la contradigan, competencia de todo juez o tribunal de instancia (artículos 4, 230 de la Constitución Política) y la declaratoria de inconstitucionalidad normativa que es monopolio de la Corte Constitucional (artículo 241 de la Constitución Política).

⁴ Ob. Cit., Pág. 183

Puede decirse que la Constitución es 'la sede última de toda fuente de Derecho, sin perjuicio que cada norma pueda crear otras que no la contradigan. Así, los Tratados Internacionales, la Ley orgánica, la Ley ordinaria, el Decreto - Ley y el Decreto Ley- Delegada encuentran su razón de validez en la Constitución. Además la potestad reglamentaria que ejerce el Presidente de la República expidiendo reglamentos tiene su origen en la misma Constitución; ésta es fuente matriz de las normas territoriales -ordenanzas y acuerdos municipales o distritales-; al igual que lo es de todos los actos administrativos, de efectos generales y especiales, que expida la Administración Pública, esto es, los que se encuentran sujetos al Derecho Administrativo, así como aquellos que son manifestación de voluntad del Estado a través de órganos no administrativos como los judiciales, ejecutivos, legislativos o electorales; por consecuencia, las sentencias como actos normativos inter - partes tienen su legitimación originaria en la propia Constitución.

Sin embargo, nada impide que la ley haga nacer otras fuentes de Derecho como, por ejemplo, los decretos legislativos, las leyes orgánicas o la costumbre y los principios generales de derecho que tienen su fundamento en el Código Civil.

También con el término fuentes se expresa aquello a lo que el ordenamiento jurídico confiere la virtualidad de crear una norma, como lo señala De Otto: "Los ordenamientos jurídicos regulan su propia creación normativa atribuyendo a ciertos actos la facultad de producir una norma jurídica, y la expresión fuentes se utiliza para designar no el proceso causal que lleva a crear la norma, sino aquello a lo que el ordenamiento jurídico atribuye la virtualidad de producir ese efecto. El concepto de fuentes del derecho parte de esta diferencia entre la realidad puramente fáctica y aquello a lo que el ordenamiento atribuye eficacia creadora de normas, y abarca únicamente esto segundo."⁵

⁵ De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional Sistema de Fuentes. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 70.

Es decir que “fuente del derecho” se llama al acto mismo en que se concreta el ejercicio de la voluntad, los actos que ordenan, diferenciándolos de los actos ordenados que son aplicadores de aquellos, tales como las sentencias o los actos administrativos, verbo y gracia la Ley de Tránsito es fuente del derecho, mientras que la sentencia que la aplica, no lo es. Además se deben identificar como fuentes:

- i) aquellos actos que ofrecen al juez las normas para resolver o decidir un caso;
- ii) es todo el material de contenido normativo al que la función judicial debe acudir para resolver el caso en litigio, sin que constituya objeto mismo de la controversia como lo es el contrato o el acto administrativo;
- iii) el reglamento es fuente de derecho, y a la vez es también objeto de la controversia judicial -en el proceso contencioso administrativo y fiscal-, se lo considera como tal, esto es, no se lo excluye de la categoría de fuente, por cuanto, predetermina normativamente los actos.

Concluyendo la discusión, se puede afirmar que la Constitución es fuente de derecho porque tiene eficacia directa, es decir, los jueces y demás órganos aplicadores del ordenamiento, efectivamente, “la aplican”. Es decir, las normas constitucionales, no son mandatos directos dirigidos sólo al legislador y que sólo en tanto y en cuanto éste las concreta o las desarrolla en leyes, se tornan eficaces para los demás; esta eficacia directa significa que es el tope mínimo para que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, tomen la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias, deberán:

- i) examinar con la Constitución que es norma superior, todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional;
- ii) deberán aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica;
- iii) deberán interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución.

En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo normas de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho por sí misma. Esta es la razón de ser de la norma que contiene el artículo 85 de la Colombiana, cuando prescribe que “son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40” en concordancia con el 94 que reza: “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”, esto porque la ley no concreta la eficacia de la Constitución, ésta, por sí sola, es de aplicación directa, o sea que la mediación del legislador no es necesaria ni tampoco su regulación.

1.2 CONCEPTO JURIDICO DE CONSTITUCION

En derecho, el término de “Constitución”⁶, aparecido sólo después de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, no es nuevo, como lo señala Duverger⁷ en la antigüedad se lo empleaba casi en el mismo

⁶ Denominada en el derecho romano *rem publicam constituere*, y la función constituyente era conocida como el *potere costituente*.

⁷ Segundo V. Linares Quintana, Tratado de ciencias del derecho constitucional, Ed. Plus Ultra, tomo 3, p. 82

sentido que hoy es utilizado, en la edad media se usaba para designar las reglas monacales; Después, vuelve a aparecer en el siglo XVIII en la terminología política, bajo la influencia de los filósofos, quienes designaban como Constitución al conjunto de leyes que organizan un país. Para ellos, la idea de Constitución recubre, ante todo, la de organización, en el sentido de estructuración racional, coherente, concepción unida íntimamente con el racionalismo de la época.

En otras épocas se usaba con distintas acepciones el término Constitución, como bien lo reseñan Gaspar Caballero y Marcela Anzola⁸, para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular. En Colombia, la Corte Constitucional asumió como propia la definición de Aristóteles⁹ según la cual, la Constitución¹⁰ es un conjunto organizado de disposiciones que “configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos, y que por otra parte, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad”. Entendida, también como el instrumento normativo fundamental de plasmación objetiva de la regulación del ejercicio del poder político, que contiene las reglas básicas para el equilibrio entre gobernantes y gobernados, fijando límites y controles al poder de los primeros, y derechos y obligaciones para los segundos, según lo refiere el profesor Ernesto Jorge Blume Fortini¹¹.

⁸ Gaspar Caballero Sierra y Marcela Anzola Gil, *Teoría constitucional*, Bogotá, Temis, 1995, pp. 3-4.

⁹ Aristóteles decía que la Constitución es la ordenación de los poderes del Estado y la que determina cómo se ha de dividir el poder supremo, según en quien resida y los fines de la comunidad que le han de estar encomendados.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-536 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Véase también la sentencia C-560 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Ernesto Blume Fortini, *La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal*, Lima, Editorial Grijley, 1998, p. 21. Blume, siguiendo a Vanossi, dice que la Constitución debe comprender, además, un proyecto político –conjunto de ideales y principios del pueblo–, una respuesta social –conjunto de normas de coyuntura que el legislador constituyente fórmula en atención a los requerimientos de la realidad sobre la que norma– y un contrato social –conjunto de acuerdos a los que arriban las distintas fuerzas políticas representadas en la respectiva asamblea constituyente–.

Para efectos de la comprensión de éste trabajo, el vocablo Constitución es un término cargado de indudable trascendencia –como lo señalan Olano Valderrama y Olano García¹², Hermann Héller¹³-, tiene significados tales como:

- i) En sentido propio, se debe entender por constitución todo el complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, idóneas para trazar las líneas maestras del ordenamiento mismo.
- ii) En sentido formal, o sea aquel complejo de normas superiores distintas de las ordinarias, expedidas en virtud de un procedimiento más complejo y solemne de formación y votación, pues en vez de emanar de órganos legislativos normales y mediante el método común de trabajo, provienen, ya sea de un órgano legislativo especial -Asamblea Nacional Constituyente-, o bien de órganos legislativos normales –Congreso-, pero con procedimientos diversos de los acostumbrados para votar las leyes ordinarias, o también, con la intervención directa de cuerpo electoral -plebiscito o referendo-; o lo es igual, la totalidad de los preceptos jurídicos fijados por escrito en el texto constitucional porque únicamente el constituyente decide cuáles preceptos jurídicos deben estimarse como bastante importantes -cumplen con el requisito de fundamentalidad- para ser incluidos en el texto constitucional y, en su caso, gozar de la garantía de la permanencia.
- iii) En sentido material -precisando el conjunto de los elementos organizativos necesarios para dar vida a un Estado-, como el complejo de instituciones jurídicas, positivamente válidas y operantes, que realizan un ideal nacional de bien común, teniendo en cuenta los objetivos que alientan la lucha de las distintas fuerzas políticas actuantes en el país de que se trate y en un

¹² Carlos Alberto Olano Valderrama y Hernán Alejandro Olano García, Derecho constitucional general e instituciones políticas –Estado social de derecho. 3 edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, pp. 61-62.

¹³ Ibíd., pp. 40 a 42.

momento dado de su discurrir histórico; esto es el que extrae de la ordenación jurídica total del Estado un contenido parcial valorado como ordenación fundamental, y no sólo como norma fundamental hipotética y lógica.

- iv) El concepto sociológico de contenido más amplio, refiere la estructura característica del poder, la forma concreta de existencia y la actividad del Estado y el concepto científico-real se obtiene al señalar, desde un determinado punto de vista histórico-político, a una estructura básica del Estado como fundamental en la totalidad estatal.
- v) El concepto jurídico abarca la situación jurídica total del Estado o, por lo menos, todas las normas jurídicas contenidas en el texto constitucional, junto con los demás preceptos jurídicos de la ordenación estatal conformes con la Constitución.

En suma, el concepto de constitución normativa es la fuente primaria de la cual se derivan todo el arte y toda la sabiduría constitucionales, así como todas las demás reglas que rigen y organizan la vida en sociedad -criterio de validez formal kelseniano-, y, como estatuto supremo y necesario de la organización estatal, corresponde ante todo a un acto de carácter político, en cuanto se deriva del ejercicio soberano del poder del que es titular el pueblo, y, a partir de la decisión fundamental que su promulgación implica, se erige en la norma básica en la que se funda y sostiene todo el orden jurídico del Estado.

El primer derecho de todo nacional es el que tiene a la vigencia efectiva y cierta de la Constitución Política. Y el mecanismo de control de constitucionalidad, que en Colombia tiene una de sus expresiones en los procesos que ante la jurisdicción

constitucional¹⁴ se surten a partir del ejercicio de la acción pública, busca hacer efectiva la supra legalidad de la Constitución y posibilita el libre ejercicio de ese derecho ciudadano.

Para concluir la fase de conceptualización no está demás, decir que la Constitución no debe ser considerada desde el punto de vista de su objeto, esto es, el de prescribir la creación de normas sin incidencia en las relaciones intersubjetivas, las cuales sólo serían reguladas, desde la otra visión, por las leyes que son aplicadas por los jueces –sentencias- y la Administración Pública -actos administrativos-. Esa óptica no es correcta, la Constitución en cambio debe ser concebida desde su rango jerárquico, como norma suprema -artículo 4 de la Constitución Política-. Si es norma de normas, superior, prevalente, de máximo rango no cabe duda alguna que incide en las relaciones jurídicas, pues a ello obliga el principio de jerarquía normativa porque la superioridad significa que la Constitución no es un mandato dirigido sólo al legislador, una norma cuyo objeto sea la legislación, sino una norma para aplicar por todos cuantos órganos estén llamados a actuar el ordenamiento jurídico.

Deviene de ese proceso -creador de orden constitucional- que la soberanía descansa en el pueblo y éste crea la Ley, por ende el soberano sólo lo es por tener el poder de legislar, ese es su primer privilegio, o sea que la fuerza del Poder del Estado se manifiesta en la Ley y el soberano es el legislador. Así, necesario es recorrer el camino de la Constitución Normativa para explicar la relación legitimidad-validez-

¹⁴ La jurisdicción constitucional no es consecuencia de un simple capricho jurídico o académico, sino básicamente el resultado de la evolución de los procesos políticos y las necesidades sociales específicas que han encontrado en ella el mecanismo de afianzamiento de una nueva forma de Estado de libertad, o el dispositivo de perfeccionamiento jurídico de una democracia consolidada. Por su intermedio se busca conformar un sistema de defensa de la Constitución, impidiendo que la violación directa de la misma, o el desconocimiento de sus reglas pase inadvertido o quede sin explicación alguna. Dicha jurisdicción no es cosa distinta que una consecuencia necesaria y obvia del carácter normativo de la Carta –pilar fundamental del proceso político y de la vida social–, llamada a dirimir las controversias que se susciten entre los ciudadanos y el Estado a través de la aplicación de la justicia constitucional. Cfr. Corte Constitucional, Auto 010 de febrero 17 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

eficacia del ordenamiento jurídico-político¹⁵, enmarcado en tres dimensiones: la analítica, que estudia la problemática del sistema social frente al ordenamiento jurídico-político; la explicativa, que recurre a paradigmas jurídico-políticos para resolver los problemas sociales; y la normativa, que permite formular una explicación desde la decisión judicial y la filosofía política según sea el modelo de democracia¹⁶.

En desarrollo de la tesis básica, como lo ha venido trabajando Oscar Mejía Quintana¹⁷ ha de retornarse a Robert Alexy, en el sentido de considerar el concepto de validez del derecho desde tres dimensiones: desde lo sociológico, “la norma vale socialmente si es obedecida o, en caso de desobediencia, que se aplica una sanción gradual”; desde la ética, “una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada y se basa exclusivamente en su corrección, es decir, en su justificación moral”; y desde lo jurídico –comprende las dos anteriores- supone que “la norma sea dictada por órgano competente y según el procedimiento previsto”¹⁸.

Siempre se ha recurrido al discurso de la validez en relación con la justicia que contienen las normas porque según se aprecie esta se conserva el sistema jurídico, sin embargo siendo Colombia, tradicionalmente un estado de derecho se corrobora que la validez social direcciona la jurídica y el sistema normativo pervive aunque no sea moralmente justificable. Pero, cuando una norma pierde eficacia social –esto es, resulta injusta en extremo-, origina la pérdida de validez jurídica porque

¹⁵ Gregorio Robles, “Los temas de la filosofía jurídica” en Introducción a la Teoría del Derecho, Madrid: Debate, 1993, pp. 13-40

¹⁶ Viktor Vanberg y R. Wippler, “El renacimiento de la idea del contrato social y la sociología” en L. Kern & H.P. Muller, La Justicia: Discurso o Mercado, Barcelona: Gedisa, 1992, p. 15

¹⁷ “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación” en Numas Gil (compilador), Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Memorias Tercer Congreso Nacional), Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 195-268.

¹⁸ Robert Alexy, “La norma fundamental” en El Concepto y la Validez del Derecho, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 95-130

se generaliza la pérdida de su eficacia y es precisamente ahí donde debe recurrirse a la norma fundamental.

Alexy, por eso, construye un discurso que procura integrar la validez jurídica, social y moral de la norma básica, parte para ello de:

- 1). La concepción Kantiana, donde la obligatoriedad de la normativa se conoce a priori por la razón - por lo que se acerca al autoritarismo estatal de su tiempo - y no admite el derecho de resistencia¹⁹, por lo que fracasa, es decir amarra la norma básica a un contenido predeterminado hoy en día difícilmente aceptado por el conjunto de sujetos colectivos que constituyen una sociedad sin un procedimiento democrático establecido;
- 2). La analítica que plantea kelsen²⁰, es decir que la norma básica fundamenta la validez de todas las normas de un sistema jurídico teniendo como referente la categoría del ser en deber ser, que los hechos son creadores de derecho y que el ser es la fuente de la unidad del sistema jurídico, por tanto es necesaria —supone la aceptación del ciudadano-, es posible — aunque no puede ser identificada conforme al orden social y a su eficacia, y es neutral - no se identifica con ningún valor moral -concepción contradictoria cuando se trata de normas injustas- y finalmente una norma con contenido material, no simplemente lógico-formal²¹.
- 3). La empírica, como esa regla de reconocimiento que Hart propone como derecho válido, pero que también contiene los criterios y las razones de validez de todas las demás reglas como criterio de práctica jurídica²², este se viene abajo porque puede caer en un círculo vicioso al establecer criterios simplemente empíricos de validez de las normas que suponen sin embargo contenidos sustantivos no explicitados.

¹⁹ Ver, en general, Jose Luis Colomer, La Teoría de la Justicia de Immanuel Kant, Madrid: C.E.C., 1995.

²⁰ Ibid., pp. 96-115.

²¹ Citado por Dante Cracogna, “La norma básica en el último Kelsen” en Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Derecho, México: Distribuciones Fontamara, pp. 63 y ss.

²² Ibid., pp. 121-130.

Sin embargo, la Constitución reitera en diversas normas la trascendencia de la Ley para el Ordenamiento, así cuando proclama el derecho fundamental de igualdad ante la ley; o, cuando prescribe que el presidente de la república ejerce la acción Ejecutiva, es Jefe de Estado y responsable de la Administración Pública (artículo 189); pero, a su vez, ha afirmado antes que las autoridades y los particulares se encuentran sometidos a la Constitución y a la ley (artículo 6), también precisa que los jueces, sólo están sometidos al imperio de la ley (artículo 230), pues tienen el deber de decidir sin excusarse por el vacío o la oscuridad de la legislación, como quiera que esa tarea es una necesidad ontológica, aun que se recurra al artículo 8 de la Ley 153 de 1887, esto es a la analogía juris²³.

Pero, precisamente al hacer ese contraste de validez -ley –constitución- es donde debe relevarse el concepto de Constitución vigente del que habla García Pelayo, que obviamente enlaza con el racional-normativo, aunque pervivan concepciones más genéricas y extensivas -en cuanto designa la esencia y las calidades de algo o de alguien, a los que constituyen como tales diferenciándolos de los demás- todo lo imaginable tiene una constitución: un hombre, un animal, una casa, una mesa o un vehículo, pero a nuestro caso importa con particular referencia la Constitución del Estado²⁴, que aunque es un ámbito restringido, resulta aplicable a todo Estado y a todo Gobierno de todo tiempo y lugar que ofrece mayor número y variedad de ideas.

Además, la mayoría de los conceptos jurídico-políticos son, de un modo mediato o inmediato, conceptos polémicos, el concepto de Constitución, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está destinado a convertirse en un concepto simbólico y combativo que halla su razón no en la voluntad de

²³ Que se explica como la búsqueda de una norma en la cual a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada no hay abandono alguno del ordenamiento sino justamente la consulta del mismo.

²⁴ Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, versión castellana de Francisco Ayala. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p 3

conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario. Precisamente, por el hecho de que la Constitución forma un nexo entre diversas esferas de la realidad política, jurídica, sociológica, etc. -imaginamos la Constitución como una organización suprema de los poderes del Estado, o sea como un pedazo de la realidad estatal- se concibe como un conjunto de normas jurídicas con un determinado contenido y, quizás también con ciertas garantías formales, es decir, como parte integrante de un ordenamiento jurídico; es más, se piensa como algo que en su estructura y funcionamiento está condicionado por ideales y valoraciones políticos y como una forma a través de la cual el poder político-social se convierte en poder estatal. Y finalmente, en lo gnoseológico, la constitución se convierte en un campo de aplicación de esquemas interpretativos de carácter jurídico, sociológico, político, histórico, etcétera. Debe entonces diferenciarse la esencia o los principios de la forma o técnica del derecho constitucional.

Por lo antedicho, queda claro que es de la esencia, la naturaleza o el fin perseguido, la consagración práctica de la libertad y la dignidad del hombre, a la vez que la realización efectiva de la justicia, mediante el imperio del derecho. El derecho constitucional procura el sometimiento del Estado al derecho, convirtiéndolo de soberano, asistido de poder de dominación, en soberano sí, pero soberano que queda sujeto al derecho. Tal como explica Posada, “el poder, instrumento del Estado, según el ideal constitucional, no manda por ser poder, sino porque así lo exige el imperio del derecho, al que ha de someterse el poder mismo, realizando entonces, al reconocer incluso para sí la fuerza obligatoria de la ley, obra suya, el acto más puro de soberanía, o sea, el acto de autonomía y de autodeterminación”.

Todo lo que no sea esencia o fin es forma o técnica, vale decir, esfuerzo político del Estado, realizado por sus órganos, encaminado a elaborar formas, normas e instrumentos eficaces y adecuados para realizar, como una realidad que se vive, es decir, positivamente, el reinado del derecho en el Estado. Por consiguiente,

obra de técnica, la Constitución misma, como sistema de garantías y de recursos contra el poder arbitrario y como régimen de normas reguladoras de las instituciones del poder. Por eso, la técnica constitucional es el campo de acción del político y del jurista; su elaboración y aplicaciones piden pericia y espíritu constructivo con el conocimiento y dominio de las circunstancias, como apuntan las concepciones del “nuevo derecho”.

Pero el fin o la esencia del derecho constitucional es uno sólo y no admite variación -la consagración práctica de la libertad y la dignidad del hombre mediante el imperio del derecho- en tanto que la forma o técnica, en cuanto medio, admite una diversidad de instrumentalidades o maneras de llevar a cabo el fin, las cuales pueden variar de modo diverso de un pueblo a otro, de una época a otra. Razón por la cual la valoración que haga el científico de las instituciones políticas de un Estado, deberá ajustarse al criterio de la eficacia o rendimiento de las mismas para la realización plena y efectiva de la esencia del derecho constitucional, esto es, que “el juicio que se forme de las instituciones de un régimen y de su funcionamiento tendrá por norma la consideración crítica de la eficacia de las mismas, en la práctica realización de lo estimado como fin esencial en el régimen de las constituciones; en otros términos, para formular adecuadamente el juicio, se apreciará la mayor o menor eficacia de las instituciones en el establecimiento y sostenimiento de un régimen jurídico de Estado”²⁵

En ningún otro campo del mundo jurídico se abre un abismo tan profundo entre la validez y la vigencia de la norma como en el derecho constitucional, pues, en ninguno desempeña tan amplio papel el poder normativo de lo fáctico y de las decisiones extralegales aunque no necesariamente antilegales²⁶.

²⁵ Adolfo Posada, El régimen constitucional, esencia y forma, principios y técnica, p 11.

²⁶ Manuel García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, p 28.

Inclusive, la circunstancia de que una asamblea o convención constituyente sancione una Constitución que contenga el ordenamiento jurídico fundamental del Estado, no significa que la estructura normada en la constitución tenga plena vigencia en lo hechos, como lo refirió Wilson en su clásico libro “El gobierno del Congreso”²⁷.

Es más, ni el científico ni el simple ciudadano necesitan esforzarse mucho, para advertir las visibles diferencias que suelen mediar entre el derecho normado y el derecho vivido, mayores de país en país y de época en época, como lo ha iterado Jiménez de Parga, cuando define la Constitución como un sistema de normas jurídicas escritas o no, que pretende regular los aspectos fundamentales de la vida política de un pueblo, o sea que, la Constitución no regula sino tan sólo pretendería regular la vida de un colectivo humano²⁸, que normalmente es vista con alarmante indiferencia de la masa de los destinatarios del poder frente a ella²⁹, pero que aun así valen sus hechos, la realización, la práctica, lo que en verdad se cumple³⁰.

En el contexto nacional, se advierte otra característica del concepto racional de Constitución: “la despersonalización de la soberanía y la afirmación de la Constitución como soberana”. En efecto, si la soberanía es el poder de mandar sin excepción, y si todas las facultades de mando son tales en cuanto que son expresión y se mueven dentro del ámbito de la Constitución, es claro que la Constitución es soberana pues todos los poderes de mando son virtud de ella. Entonces, si la nota esencial de la soberanía es el poder de leyes y la Constitución es la norma de las normas, de manera que un precepto jurídico sólo es válido en

²⁷ Wilson Woodrow, El gobierno del Congreso: estudio sobre la organización política americana. Traducido por Julio Carrié. Buenos Aires Tall J. Peuser, 1902, p 10.

²⁸ Manuel Jiménez de Parga, Regímenes Políticos Contemporáneos, p 25

²⁹ Karl Loewenstein, Teoría de la Constitución, p 147.

³⁰ José Nicolás Matienzo, Lecciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1926, p 9.

cuanto derive de la Constitución, entonces es claro que la soberanía está encarnada en la Constitución.

Resultado de lo expuesto es que la Constitución se mueve por dos motivos, uno, representa una especial concepción sobre la organización política, a saber, la creencia en la posibilidad de estructurar la vida toda del Estado con arreglo a unas normas predeterminadas y predeterminadoras (en este sentido significa una culminación del proceso de racionalización y planificación que había iniciado el absolutismo); y dos, la soberanía de la Constitución y de la disolución de las instituciones en competencia, representa la expresión, en: a). el plano jurídico-político del proceso de objetivación, que de manera cada vez más creciente, va ganando las diversas facetas culturales; b). la técnica, que de empírica, personal e imprecisa en el artesanado se convierte en científica, expresada en fórmulas matemáticas y por ende, se objetiva y despersonaliza; c). la economía, en la que el mundo de los negocios tiende a separarse cada vez más de la vida privada del empresario, y en la que la cobertura de necesidades concretas cede ante el capital como magnitud abstracta; d). la administración, en la que el personalismo feudal y estamental cede ante el funcionario, es decir ante una competencia objetiva, etc.

Esas referencias, evidencian que éste proceso llega a su plenitud en cuanto a la ecuación Estado = Constitución normativa, y por tanto elimina todo elemento personal histórico y socialmente particularizado. Es decir que el concepto racional de Constitución representa algo perfectamente encuadrado dentro del proceso histórico de la racionalización, objetivación y despersonalización del Estado.

Sumado esto, a que afirmar la soberanía de la Constitución y relativizar la vigencia de los preceptos jurídicos a las normas constitucionales significa la eliminación de los poderes arbitrarios, así como la negación de toda autoridad más allá de la establecida por normas jurídicas precisas. Es el elemento fundamental para la afirmación del Estado de Derecho, el cual es un Estado colocado totalmente bajo

el signo del derecho, cuya suprema voluntad no es el rex sino la lex; una comunidad en la que las relaciones entre los individuos, no sólo entre sí, sino ante todo con respecto al poder del Estado, están determinadas por reglas jurídicas y no según el arbitrio de los gobernantes. Al Estado de Derecho le es, pues, inherente una jerarquización de las normas jurídicas debidas a fuentes distintas: Constitución (constituyente primario - asamblea constituyente), ley (congreso), decreto (gobierno). Es decir, significa que la voluntad de una asamblea constituyente y la del congreso es superior a todas las demás, que sólo pueden moverse en los términos marcados por aquellas.

Ahora, lo peligroso para el derecho es que el constituyente no son propiamente todos los ciudadanos sino la mera burguesía que afirma la soberanía de la razón y se considera como su portadora; hecho al que se agrega, como lo afirma García Pelayo, la eliminación de la arbitrariedad en la vida política y jurídica, valga el contrasentido, por debajo de su valor universal, radicalmente vinculada a una situación social y económica concreta, pues es esencial a la economía capitalista el constituir un sistema económico racionalizado basado en el cálculo más preciso posible, donde ha de confiarse en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas; o sea, que no es compatible con una situación de inseguridad jurídica, ya que sobre ésta no puede fundarse ningún cálculo seguro, y, viceversa, tendrá tanta mayor seguridad cuanto menos requisitos se abran a la excepción, cuanto menos margen quede a la arbitrariedad, cuanto menor sea la imprecisión del régimen jurídico en cuyas formas se albergue la vida económica.

Pero el supuesto fundamental de esta seguridad jurídica es la afirmación de la supremacía de la Constitución fincada en la ordenación fundamental del Estado, que conlleva la garantía de los derechos individuales y la división de los poderes que sirve a la efectividad de aquellos. Por eso aquí se habla del “Estado Constitucional” como algo diferente al “Estado de Derecho”, de la transición en la

concepción del Derecho, del método jurídico y del propio garantismo constitucional.

Recuérdese que si el modelo de Estado de Derecho (o Estado Legal de Derecho) gira en torno a la idea de imperio de la Ley, el modelo de Estado Constitucional (o Estado Constitucional de Derecho) gravita en torno al carácter normativo (regulativo) de la Constitución como norma jurídica, como instrumento político-jurídico, como fuente de las fuentes del Derecho.

1.3 CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCION COLOMBIANA

A partir de 1991, el carácter normativo de la Constitución es un concepto axiomático, dicho imperativo debió conducir a la construcción de una teoría constitucional propia, basada en la comprensión, interpretación, concreción y aplicación de la Constitución por lo menos de una manera racional, eficiente y congruente con sus mandatos. Normas que finalmente refieren el garantismo constitucional como conjunto de protecciones jurídicas, políticas y jurisdiccionales que tienen por objeto tornar vigente al modelo de Estado constitucional de derecho, tanto en cuanto a las formas de producción del derecho, como también en torno a las sustancias constitucionales afincadas en los derechos fundamentales y colectivos.

Precisamente, el garantismo jurídico, y particularmente el constitucional, tienen una naturaleza instrumental y gradual, su existencia se encuadra en la categoría de la eficacia, por cuanto frente a los distintos incumplimientos que puedan suscitarse, los diferentes instrumentos previstos por el ordenamiento (garantías) tendrán por objeto dotar de plena vigencia al modelo constitucional determinado estructuralmente. Las garantías - liberales y sociales- no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por lo tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los

derechos fundamentales y colectivos en coherencia con su estipulación constitucional.

La Constitución Política Colombiana, además de configurar y ordenar los poderes del Estado, también establece límites al ejercicio del poder, señala el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, fija los objetivos y las prestaciones que ese mismo poder debe cumplir en beneficio de la comunidad; más que una norma jurídica, encarna todo un cuerpo normativo con sus propias peculiaridades, diferenciabile, de manera sustancial, de las restantes normas del ordenamiento jurídico.

En otras palabras, la colombiana se ha inscrito dentro del neoconstitucionalismo³¹ que presupone un modelo de organización política denominado Estado constitucional. La principal ley de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Este reconocimiento, corresponde con la creación de la Corte Constitucional, es decir, un tribunal especializado para la interpretación y concreción de la Constitución, que a su vez, implica una modificación en el sistema de fuentes del derecho y en el equilibrio de los poderes del Estado.

³¹ En una de sus acepciones, neoconstitucionalismo es un modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo es tributario de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han caminado separadas: la norteamericana (que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías). El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia (dotando al Poder Judicial de la “última palabra” en cuestiones controvertidas) por el control de constitucionalidad. En su primera acepción, el neoconstitucionalismo se asienta sobre una naturaleza estructural y presenta los siguientes elementos caracterizadores: a) carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, b) supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes, c) eficacia o aplicación directa, d) garantía judicial, e) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, que está formado por principios, derechos y directrices más o menos precisos pero que están llamados a ser aplicados en los casos concretos, f) la rigidez constitucional (en donde se produce una relación que indica que a mayor dificultad de reforma para la mayoría legislativa, mayor fortaleza del modelo constitucional).

No obstante, pareciera que la Corte Constitucional ha reducido el sistema jurídico, a la idea de regla de reconocimiento como único método –o por lo menos el único válido- para identificar el parecido de familia de un determinado principio y así indagar sobre si su estirpe pertenece al ordenamiento, por lo que expresiones como “principios generales del derecho”, “equidad” y “derecho natural” son, en el contexto del artículo 230 de la Constitución Política, principios generales extra sistemáticos que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento, no son materialmente reductibles a la Constitución y a lo sumo pueden llamarse principios jurídicos que se incorporan al ordenamiento por disposición del legislador, pretensión que choca con las exigencias de justicia general, pues existe un orden que está por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas, como del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría, un orden que debe ser perseguido como tal ³².

Por eso, aunque se ampliara la parte dogmática de las constituciones modernas y se transformaran los principios en normas positivas, con ello no se agotaría el ordenamiento jurídico, ni estaría completo de una vez y para siempre, pues tanto los derechos fundamentales y colectivos de las personas, como el Estado, constituyen conceptos en constante evolución. Dada su evidente vinculación, las variaciones y transformaciones respectivas repercuten tanto en la organización interna de los sistemas de derechos como en la organización de los poderes públicos estatales. Así el Estado de Derecho Constitucional, con su tensión interna entre democracia y derechos, constituye en este sentido el escenario en el que se producen las relaciones entre derechos fundamentales y colectivos con el Estado de Derecho.

³² Zagrebelsky, Gustavo. *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*. Traducido por Marina Gascón como *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia*. Valladolid, 1995, Pág. 94 -95

No sobra agregar, que la eficacia, protección y la efectividad de los derechos fundamentales y colectivos, o sea la coherencia y la sabiduría en su interpretación, están confiados a la Corte Constitucional y a los jueces que desatan las acciones constitucionales donde su conflicto se ventila. Esta última y nueva relación entre derechos fundamentales y colectivos con los jueces, es un cambio fundamental con respecto a la Constitución de 1886, el que puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.

Recuérdese que el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a una mera fuerza simbólica, por eso la constitución normativa aparece como un saludable despertar o concientización constitucional a favor de los derechos fundamentales y colectivos donde los mismos se yerguen como eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación universal de irrefutable legitimidad, que se presenta- a pesar de su denominación- no como una nueva pero si, ciertamente novedosa corriente o teoría jurídica, gracias al limitado papel de la doctrina jurídica para poder explicar la justeza del derecho en esta realidad o circunstancia postmoderna.

Esta concepción de la constitución se reafirma como un nuevo orden jurídico que opone una defensa radical de la dignidad, de la solidaridad, de la igualdad y de la justicia- seguridad jurídica- de la persona; como principios jurídicos y que precisa de instituciones y de partidos políticos fuertes, transparentes y con amplia credibilidad. Este proceso de constitucionalización, que limita a los poderes estatales y/o protege los derechos de las personas del sistema o vida jurídico (a) de un Estado coloca un nuevo orden de valores y orienta de una manera más justa la convivencia ciudadana en éstos días.

De otro lado, a más de implicar una suerte de trilogía compuesta de teoría, ideología y metodología, pretende perfeccionar al Estado de Derecho, sometiendo todo poder al derecho y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social- global como se concibe el “Paradigma del Estado Constitucional”.

Consecuencia de ello, públicamente se ha reconocido que la Corte Constitucional y los jueces en general, en su tarea diaria enfrentan múltiples desafíos, que son básicamente: i) Reconocer nuevos derechos principistas, ii) Encontrar formas superadoras de legitimación constitucional, iii) Encontrarse debidamente capacitados y concientizados a la luz de esta nueva teoría constitucional, iv) Alcanzar una depurada argumentación jurídica, y v) Contar con el personal- magistrados y administrativos- idóneo. A lo que suman riesgos, tales como: i) Exacerbación constitucional interpretativa, ii) Autoritarismo constitucional por la tendencia a la verdad constitucional como única, excluyente, exclusiva y última, iii) Corrupción constitucional o jurisprudencia de intereses, iv) La extremada casuisticalización del Derecho, en desmedro de su primigenia función ordenadora; y, v) La interpretación moral de la Constitución, que genera un inmenso abanico de subjetivismos.

Sin embargo, siguiendo teóricos nacionales del derecho, han de retomarse sus temores en éste asunto, pues la constitución normativa o el neconstitucionalismo evidencia algunos riesgos por no decir problemas en su aplicabilidad, tales como:

1. La sobre interpretación constitucional dogmática no se corresponde con esfuerzos pares en tópicos de la parte orgánica, esto es la división de poderes, vertical y horizontal del Estado, por eso debe recurrirse necesariamente al derecho comparado olvidando la fisonomía propia del nacional.

2. Su carácter exigente, es decir obliga a los jueces en su labor interpretativa, a decir el derecho más allá de las normas votadas por representantes del pueblo, o incluso en contra de éstos, y ésta hermenéutica, a su vez, exige mucho a los poderes constituidos del Estado, cuestión problemática sobre todo cuando la satisfacción depende de prestaciones positivas de éste sujetas a disponibilidad de recursos, se acerca a una esfera de lo indiscutible, de manera que la rigidez constitucional también puede decantar en un anquilosamiento de las percepciones normativas, minando el consenso y la confianza de los ciudadanos en sus instituciones como plasmación de valores y creencias comunitarias.

3. Se exige mucho a sí mismo, y por eso debe tomar con cautela la moralización del derecho, y no incurrir en proclamaciones autoritarias de la moral media, debe tomar nota de su carácter tendencialmente utópico porque la clave es comprender que los principios son mandatos, sí, pero mandatos de optimización, susceptibles de progresividad en su realización, y no de opciones constitucionales únicas - como pretende Dworkin al tomarse los derechos en serio porque simplemente no depende de suponer que hay siempre una y sólo una respuesta correcta-, y, debe evitar el riesgo de que la principalización del derecho –ponderación- suponga riesgos para la previsibilidad y la seguridad jurídica, de forma tal que todas las normas valgan “*iuris tantum*” y se caiga en el riesgo de la desnormativización del derecho, como lo preciso la Corte Suprema de Justicia, al señalar que:

“los principios generales del derecho se caracterizan por un alto grado de abstracción, ora porque no evidencian de manera explícita un supuesto fáctico o lo presentan de manera fragmentaria, de modo que no es posible determinar con antelación los casos en los que serán aplicados, razón por la cual suelen calificarse de normas abiertas, para distinguirlas de las reglas legales llamadas cerradas, en las que sí es posible fijar escrupulosamente los supuestos de hecho de su aplicación; o ya porque, según otros, presentan un alto grado de indefinición en la consecuencia jurídica, motivo por el cual se les conoce como “mandatos de optimización” (u optimación, quizás), en la medida en que pueden ser cabalmente cumplidos en diferente grado, dependiendo de las condiciones reales o jurídicas en las que se encuentre el agente. Mientras que los primeros se caracterizan porque expresan derechos, son justiciables y, por ende, de aplicación usual por los jueces, los segundos aluden a intereses y son propios de la política y la legislación. En todo caso unos y otros tienen un significado lingüístico autoevidente, en virtud del cual su genuino sentido y alcance no puede ser esclarecido a partir del significado de las palabras.

Sea cual fuere su estructura, no hay duda que en los principios se halla una nota descolante que no se evidencia en las otras reglas jurídicas y es su peso o importancia, de manera que cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos a pesar de que en el caso concreto uno de ellos se prefiera al otro; o sea, que en caso de colisión, uno de ellos no deja de ser válido, ni comporta de manera definitiva e ineludible una cláusula de excepción, simplemente, se impone un proceso de ponderación, al cabo del cual, dependiendo de las circunstancias del caso, se establece entre ellos una “relación de preferencia condicionada”. En cambio, en tratándose de las reglas legales no es posible aseverar que una sea más importante que otra, de modo que si entran en conflicto la solución es de todo o nada: o una de ellas no es válida, o siempre cederá en presencia de la otra.

Ahora, las reglas legales son obedecidas, mientras que a los principios, en cambio, se adhiere. Aquellas señalan cómo debe actuar la persona, o no hacerlo, en determinadas situaciones específicas por ellas previstas, al paso que los principios nada dicen, directamente, a ese respecto, pero proporcionan criterios adecuados para fijar un punto de vista ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas. Como éstos, los principios, cuando no son mandatos de optimización, carecen de supuesto fáctico específico, solamente adquieren relevancia operativa haciéndolos obrar frente algún caso concreto, no es posible, entonces, determinar su significado de manera abstracta, como tampoco pueden ser utilizados en operaciones lógico-jurídicas, en particular en procesos de subsunción³³.

Para el cierre teórico, parece que la discusión académica y jurídica sobre la constitución normativa concebida como “neoconstitucionalismo” podría sintetizarse, en las siguientes tesis:

- a) El contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica; la naturaleza última las normas constitucionales es pre lingüística, es axiológica. Por eso las Constituciones dicen más de lo que sus términos significan.
- b) La indeterminación semántica de las normas constitucionales es compatible con su plena determinación material; son mandatos precisos, pese a su imprecisión lingüística.
- c) Los intérpretes autorizados de la Constitución no están llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles de los enunciados

³³ Sentencia de Casación Civil de 16 de agosto de 2007, Expediente No. 25875 31 84 001 1994 00200 01.

constitucionales, sino compelidos a realizar máximamente tales mandatos materialmente determinados.

d) Los jueces y, en particular, la Corte Constitucional cumplen funciones de control negativo-positivo: deben inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de toda norma legal que no lleve a cabo dicha maximización.

e) Tanto el legislador como, principalmente, los jueces tienen acceso al conocimiento de esos contenidos pre lingüísticos que componen la Constitución material o axiológica, y lo tienen con suficiente amplitud como para poder determinar la solución que el mandato constitucional prescribe para todos o la mayor parte de los casos concretos.

f) Este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador (congreso) y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura.

Finiquitando, es en esa concepción de la constitución normativa que se halla la complejidad de los fenómenos colectivos en la construcción del derecho occidental, se expresa en el uso de diversas categorías a las cuales no es sencillo asignar un contenido preciso, pues la historia particular de cada una de ellas no es fácilmente determinable dada su larga tradición y las coyunturas distintas en que se inscriben, es decir, en su uso operan sentidos polivalentes. La dogmática jurídica difícilmente puede establecer entre ellas jerarquías, equivalencias, relaciones de género a especie, ni límites. La confluencia de múltiples usos lingüísticos empleados por la Constitución para nominar las situaciones colectivas revela esta problemática, lo cual se traduce en una textura demasiado abierta del lenguaje jurídico, propicia para su manejo estratégico desde el punto de vista político y simultáneamente demasiado compleja para ser ordenada y precisada teóricamente en la Constitución Política: “interés general” (artículo 2), “intereses generales” (artículo 209), “interés colectivo” (artículo 88), “derechos colectivos” (artículo 88), “interés público” (artículos 58, 118, 335), “interés social” (artículos 58, 62, 333), “interés público o social” (artículo 336), “intereses de la sociedad”

(artículo 277), “interés común” (artículo 82), “bien común” (artículo 133, 333), “derechos de grupo y colectivos” (artículo 89), “interés de la nación” (artículo 372), “conveniencia nacional” (artículo 226), “bienestar general” (artículo 366), “interés cultural” (artículo 63), entre otros.

Mírese que la dificultad no sólo se debe al significado de cada uno de los sustantivos (“interés”, “intereses”, “bienestar”, “derechos”, “conveniencia”), sino también al de los adjetivos, puesto que se evidencia que no hay un criterio claro que permita diferenciar entre el significado de palabras como “general”, “generales”, “colectivo”, “colectivos”, “público”, “social”, “común”, “de grupo”, “de la nación”, “nacional”.

Súmese a eso que respecto de cada término es posible encontrar diversas tendencias en su definición, verbo y gracia, en el concepto interés general, Nieto refiere definiciones como:

“a) El dogmatismo, claramente minoritario, representado por algunos continuadores del pensamiento tradicional del bien común (todavía tomista como en Vallet de Goytisolo, o secularizado como en Duverger) o de dogmas políticos más modernos al estilo de la voluntad general rousseauiana; “b) El escepticismo, en el que se refugian quienes, sin negar la realidad del concepto, afirman la imposibilidad intelectual de su comprensión. Tal como formuló G. Timsit hace ya muchos años... : “La noción de interés público es una noción metajurídica, siendo difícil -si no imposible- dar una imagen precisa y amable del mismo, dado que está vinculada a factores- nivel de civilización, circunstancias económicas y sociales, etc. - que en sí mismos carecen de fijación. El interés público está sometido a variaciones políticas y en esta medida se revela como muy incierto” o como ha insistido después Boulouis: “Los esfuerzos que se realicen para aprehender y fijar el contenido del interés general tienen un destino incierto. Aceptable en cuanto idea – de la que cualquiera puede formarse una representación inteligible en la que el “sentimiento íntimo” se llevará inconscientemente la mayor parte – la noción resiste mal la prueba del análisis conceptual, que termina siendo incapaz de encerrarla en una fórmula que la defina. Problemática para todo el que pretenda desentrañar su esencia, esta noción termina, en efecto, pareciendo dudosa en el peor sentido del término, dado que tal esencia depende de concepciones filosófico-políticas previas”; “c) el nihilismo, muy extendida en la llamada “izquierda” de la ciencia política y de la del derecho público, quienes niegan radicalmente su existencia, y “d) Y, en fin, el existencialismo, que – naciendo del escepticismo y con la intención de superarlo – pretende salvar del naufragio conceptual, no ya el interés general

como un abstracto absoluto, sino diversos intereses generales, condicionados por la coyuntura política y constitucional de cada momento”³⁴.

Fíjense, que descubrir el contenido latente que hay en cada uno de los términos citados no es nada fácil, porque no conservan un único sentido prístino asignado de manera fundacional, definitiva e inamovible, sino que han surgido en la lucha por los sentidos político-jurídicos que se les ha querido asignar sin atender a respeto alguno de sus significados subyacentes, son cambiantes según la dinámica de las luchas por el sentido en el Estado; su significado es múltiple y complejo y se encuentra en las batallas por su contenido.

³⁴ NIETO, Alejandro. La Administración Sirve con Objetividad los Intereses Generales, en Estudios Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo III, Editorial Civitas. 1991, pp. 2.189 y 2.190.

2. DEFINICIONES BÁSICAS DE LO COLECTIVO

2.1 GENERALIDADES

Dados los alcances del trabajo de aplicación hermenéutica emprendido, conviene quedarse con el acercamiento que hace el profesor Alejandro Nieto, en el cual las nociones de lo común, lo general y lo público son concurrentes, a pesar de las advertencias de Friedrich y Sorauf³⁵ en el sentido de la imposibilidad de discernir algún enfoque en razón del desorden conceptual sobre estos asuntos, que teóricamente se explican como:

- i) La expresión interés general remite a la idea de voluntad general rousseauniana, integrada a partir de una sociedad compuesta por individuos iguales, libres y racionales y no por segmentos corporativos. Se trata, antes que cualquier cosa, de una ficción jurídica o conceptual, de un ideal o un fin normativo al que se dirige la acción del Estado, pero caracterizado por su condición inalcanzable, es decir, un valor o quimera que se debe perseguir en los modelos democráticos, al que no se debe renunciar, pero que no se habrá de materializar. Al interés general siempre se le piensa como un bloque monolítico, de tal manera que la expresión “intereses generales” sería contradictoria.
- ii) La expresión interés público se ha usado para referirse a la política interior de las naciones y guarda una conexión íntima con la existencia de una opinión pública. Se trata de los ideales objetivados

³⁵ Cfr. Interés público. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Edición Española. Madrid. Primera edición, 1975. Tomo 6, p. 230.

en políticas estatales, organizadas y dirigidas a asuntos más o menos concretos de corte administrativo, por lo cual coincide con referentes normativos específicos con un mayor grado de vinculación. No es pues una simple suma de intereses disgregados y desorientadores, sino una unidad política de acción. Giannini³⁶, sin embargo, nos advierte que es posible hablar de diversos intereses públicos insertos en el ordenamiento jurídico, según la materia a la que ellos apunten. Por todo lo anterior, es que el interés público es considerado como la razón para que el Estado exija obediencia.

- iii) La expresión interés nacional se ha usado fundamentalmente para referirse a las fuentes o a la idoneidad de la política exterior de un Estado nación. La clave para comprender con algún sentido cuándo estamos frente a un interés nacional depende de qué se entiende por el concepto de “nación”. La respuesta, obviamente no es fácil, pues el sentido que se le puede asignar a la nación ha pasado por distintas corrientes frecuentemente opuestas entre sí, por ejemplo, puede indicar una concepción tradicional de comunidades formadas inveteradamente, para quienes los extranjeros no hacen parte de ella; también puede señalar un corpus político de sujetos sometidos a un mismo ordenamiento jurídico, sin importar su procedencia o el tiempo de su vinculación, caso en el cual, aquellos que resistan el orden irradiado en ese orden jurídico, no merecen ser tenidos como parte de esa nación; finalmente, la nación puede indicar un proyecto de vida futura compartida, que deja por fuera a quienes constituyen un tropiezo o una alternativa. Puede ser más o menos general, según coincida con toda la población o parte de ella, y más o menos objetivo, según se concrete en ciertos intereses. Para los llamados “objetivistas”, coincide con el interés del Estado o sus

³⁶ Giannini, M. S. (1970): *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano. Citado por Antonio María Peña Freire. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta. Madrid: 1997. p. 169.

representantes, mientras que para los “subjetivistas”, coincide con el interés de la sociedad, que se define no a priori, sin a posteriori, esto es, mediante prácticas y reglas procedimentales.

- iv) La expresión interés social remite a la idea del Estado social, es decir, del tipo de orden político que supone el reconocimiento de una sociedad con necesidades materiales por satisfacer a través del Estado. Se trata entonces de la idea de una sociedad demandante, activa y de un Estado de servicios. El interés social es propio de los contextos en los cuales el Estado y la sociedad no se entienden como polos opuestos, sino como partes complementarias de un mismo orden o sistema político, de tal manera que no son enemigos sino compuestos en aras de un bien común, definido sí a partir de los mínimos sociales materiales.
- v) La expresión interés popular tiene una connotación diferente, pues remite a la idea de pueblo concreto y en pie de acción, esto es, de muchedumbre, de masa en la plaza pública, directa y tumultuaria. Si se le piensa por fuera de la acción inmediata e irreflexiva, conduce a la idea del interés de las clases menos favorecidas por el orden económico.

Otros enunciados de “lo colectivo” reseñados en la Constitución de 1991, se encuentran acompañados por algunos no menos ambiguos incluidos en las primeras disposiciones de la Carta, tales como:

- El preámbulo, aparecen identificados en ocasiones como principios, objetivos y fines de la Carta, es el caso de la “convivencia”, la “paz”, la “integración de la comunidad latinoamericana”, entendidos como “cometidos superiores ambicionados por la sociedad”, y que, sin duda, constituyen el marco

interpretativo sobre el que descansarán las elaboraciones jurisprudenciales dirigidas a las materias de nuestro interés.

- El artículo 1º, menciona el “pluralismo”, la “solidaridad de las personas”; igualmente, el “fin esencial de promover la prosperidad general”; mientras que en el artículo 2º, se encuentra el mandato que obliga a “facilitar la participación de todos en la vida económica, social, política y cultural de la nación”.

- El pluralismo es un principio central de la reflexión constitucional contemporánea que la Constitución consagra; de él se deriva la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación; la búsqueda del diálogo intercultural; la autonomía de las comunidades religiosas; el reconocimiento de la cultura como sistema de valores que confiere identidad colectiva y la obligación correlativa, para el Estado y las personas, de proteger las riquezas culturales. Y también como aplicación del mismo principio en conjugación con el de igualdad queda prohibida la discriminación, basada en razones evidentemente colectivas como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar y la lengua.

Muy a pesar de las múltiples referencias que hay en la Constitución a conceptos de lo colectivo y al peso que por consiguiente tendrían en la interpretación constitucional, curiosamente la fórmula del Estado Social de Derecho se ha interpretado desde el eje articulador de los derechos fundamentales individuales, y no desde los derechos e intereses colectivos. Esto se percibe en afirmaciones de la Corte Constitucional como las siguientes: “En el Estado Social de Derecho, el juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales”, o también, “el Estado social de Derecho es un instrumento creado para facilitar la convivencia a partir del respeto de los derechos fundamentales”, o finalmente, “los derechos fundamentales son la base de la legitimidad”³⁷.

³⁷ Cf.: Corte Constitucional. Sentencia T- 406 de junio 5 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón y Sentencia C- 587 de noviembre 12 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

Jurídicamente, desde la óptica del constitucionalismo contemporáneo, expresiones como las transcritas arriba no son normas regla sino normas principio, o sea, mandatos para que un estado de cosas sea perseguido por los diferentes órganos del Estado, de acuerdo con sus funciones, pero con un sentido de neutralidad que permita su polivalencia interpretativa.

Ya, cuando se habla de situaciones colectivas concretas, es decir, las que dan lugar a la existencia de los derechos e intereses colectivos, el grado de precisión y consecuentemente de exigibilidad es mayor que el de las demás voces citadas, incluso, esos derechos en concreto constituyen la facultad instaurada a favor de ciertos sujetos, para exigir el cumplimiento material de aquellos principios enunciados de carácter más amplio. Así pues, los derechos e intereses colectivos, difieren respecto de los demás enunciados transcritos de la Constitución Política, en que son concretables en pretensiones precisas que representan especificidades, mientras que aquellas abstracciones iniciales vertidas en el texto constitucional, consideradas en si mismas, y por ello separadas de las reglas, no son exigibles como tales.

Rescátese, a manera de ejemplo, que es en nombre del interés general (principio neutro) que se hace la defensa de los derechos e intereses colectivos (concretables) relacionados con los bienes jurídicos ambientales (de naturaleza objetiva); o bien, es en nombre del interés de la nación (neutro) que se defienden por vía judicial los derechos e intereses colectivos (concretables) relacionados con la diversidad cultural (de naturaleza objetiva); o también, es en nombre de la conveniencia nacional (neutro) que se defienden los derechos e intereses colectivos (concretos) relacionados con la prohibición de expulsar del país masivamente a los extranjeros (aspiración del *ius gentium*).

Indistintamente los enunciados más abiertos o abstractos, los bienes y situaciones jurídicas colectivos de naturaleza concreta, así como también los derechos e

intereses colectivos -sin dejar de tener una textura abierta- están más cercanos de la estructura de las normas regla que de la estructura de los principios, a pesar de que su fuente es constitucional y legislativa.

Cerrando el fundamento teórico de este acápite se advierte que la Constitución consagra el sentido de situaciones ventajosas o aspiraciones ideales no susceptibles de ser vertidas en derechos subjetivos o en alguna modalidad garante para asegurar su tranquilo ejercicio por un sujeto individual o grupo determinado de individuos, como el derecho al desarrollo de los pueblos -derechos de contenido difuso-, como el derecho de estos a vivir en paz; derechos de contenido totalmente programático -como el derecho de productores de alimentos a recibir especial protección del Estado-, porque esas situaciones se resolvieron normativamente con la consagración de derechos e intereses colectivos encargados de concretar aquellos enunciados abstractos, y con la vigencia de mecanismos específicos y directos de protección, como las acciones populares.

Distinto es el problema de su perspectiva de cumplimiento, esto es, la vigencia material de esos derechos; por ello, el problema no se le puede endilgar al interés colectivo, pues los demás derechos e intereses presentan dificultades similares; más bien el asunto radica en que estos derechos e intereses no pueden ser garantizados sólo por el Estado, pues lo desbordan. Es decir que el problema no es la imprecisión o extralimitación del derecho o interés colectivo, sino que éste no siempre es susceptible de ser satisfecho, pues hay distintos acercamientos a esa protección como se describe a renglón seguido:

1. El equilibrio que debe existir en la interpretación individual privatista con una correlativa interpretación pública colectivista, porque el texto constitucional, en parte contra las corrientes interpretativas de origen extranjero, contiene de principio a fin cláusulas primarias y secundarias dirigidas a subrayar el interés general.

2. El interés general puede contener las condiciones de posibilidad para la satisfacción de derechos e intereses individuales y sociales, en el sentido de que en muchos casos estos no son posibles sin la protección de aquél.

3. Las situaciones colectivas que se expresan en dos grandes tipos de enunciados, los relativos a normas primarias (abstractas, pero rectoras para la interpretación de lo colectivo) tales como las que contienen referencias al interés general, público, colectivo, y los alusivos a normas secundarias (concretas) referidas a bienes jurídicos colectivos o de naturaleza compartida y a derechos e intereses colectivos tales como los bienes de uso público, la actividad de consumo, o el espacio público, entre otros que son desarrollados específicamente por el legislador.

4. El interés general frente al particular –según se prefieran-, los enunciados colectivos se formulan como límites a los derechos o situaciones ventajosas de índole individual y aun social; sin embargo, esta afirmación razonablemente no se puede asumir en sentido absoluto no sólo porque parece incorrecto sostener que todo lo que convenga a las mayorías sea bueno, sino porque una de las razones que justifican el derecho actual es la de proteger al individuo de los intereses y expectativas de la sociedad misma. De acuerdo con las tendencias interpretativas actuales, los derechos de las personas son el eje constitucional objetivo protector del individuo y la base de la legitimidad del orden; pero también puede decirse que es el interés general el que permite contener, desde el punto de vista teórico, el individualismo radical que ilumina buena parte de la Constitución Política, y por ello, crea quizá las bases para la garantía material de los derechos estrictamente prestacionales.

5. Derechos e intereses colectivos que constituyen la condición de posibilidad de derechos individuales, fundamentales o subjetivos.

2.2 LOS DERECHOS COLECTIVOS EN COLOMBIA

Parte éste trabajo, de tener los derechos humanos como los inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles, están amparados por la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional.

La piedra angular de estos es el principio de la universalidad, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reiterado en convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos, inclusive, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, esto es expresar el consentimiento para establecer obligaciones jurídicas que se comprometen a cumplir, y conferirle al concepto de la universalidad una expresión concreta en virtud del derecho internacional consuetudinario a través de todas las fronteras y civilizaciones.

Otra de las características relevantes de los derechos humanos a nivel macro es que son inalienables, no deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales, verbo y gracia, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito.

Su mayor alcance se explica al señalar que todos los derechos humanos, sean éstos los derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida, la igualdad ante la

ley y la libertad de expresión; los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación; o los derechos colectivos, como los derechos al desarrollo y la libre determinación, todos son derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

A todos los derechos humanos, les precede el principio de no discriminación, es un principio transversal en el derecho internacional y consuetudinario de derechos humanos, está presente en todos los principales tratados de derechos humanos y constituye el eje central de algunas convenciones internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías tales como sexo, raza, color, y así sucesivamente. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad, como lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Sin embargo, la concepción de los derechos individuales y colectivos no choca entre sí, sino que comparte la naturaleza subjetiva y por ende las relaciones entre individualismo y colectivismo, puede oscilar entre la confrontación que excluye hasta la colaboración que armoniza, pues a veces las decisiones colectivas ponen en peligro las libertades individuales; pero en otros, no es posible el éxito del individualismo radical, sin contar con las más sofisticadas estructuras colectivas. En efecto, para el caso que aquí interesa, los fenómenos colectivos son reales y no una mera abstracción, cada vez más complejos y amplios por efectos de la compleja vida contemporánea, que no permite simplificarse a la idea atomista del individualismo radical.

Puede afirmarse que existen situaciones colectivas diversas con sus correlativos derechos, esto es: 1). Existen bienes y situaciones jurídicamente relevantes, que afectan o pertenecen a múltiples sujetos simultáneamente sin que pueda excluirse ninguno de ellos. Hay categorías irreductibles a los individuos (el ideario, la lengua, la autodeterminación de los pueblos, la cultura, lo público, entre otros). Son situaciones y bienes jurídicos de naturaleza o características compartidas y que aluden a sujetos indeterminados; o bien, situaciones y bienes jurídicos no sujetos al control de un sólo individuo. 2). Hay conflictos que se presentan entre distintos colectivos, y también, en el interior de los colectivos, entre grupos internos o entre cada colectivo y los individuos que los conforman, o situaciones que ponen en conflicto mayorías y minorías y que requieren de reglas de decisión no excluyentes. 3). Las comunidades tienen en sí mismas un valor objetivo que debe protegerse (comunitarismo³⁸). 4). El mundo del futuro será ante todo un mundo organizado y dominado por entes colectivos de distinta entidad y naturaleza; verbo y gracia, la libertad y la dignidad de los individuos dependen de manera muy decisiva del “buen hacer” de esos entes colectivos que existen por doquier³⁹. 5). Hay derechos colectivos porque hay libertades colectivas, y estas aparecen porque un gran número de problemas sólo puede encontrar solución en el ámbito colectivo. Además, si hay obligaciones de los colectivos hay derechos colectivos correspondientes. “Los derechos colectivos son típicamente derechos a bienes colectivos”⁴⁰. 6). Las sociedades modernas tienen que hacer frente a grupos minoritarios que exigen el reconocimiento de su identidad y la acomodación de sus diferencias culturales -“reto del multiculturalismo”- del cual derivan derechos colectivos de autogobierno, poliétnicos y de representación; el universalismo político “conlleva el reconocimiento de sujetos o entidades

³⁸ Entendido como la doctrina contemporánea que otorga un especial valor a las pequeñas comunidades en sí mismas consideradas.

³⁹ El argumento es de López Calera, Nicolás. (2.000) ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos. Barcelona: Ariel. p. 9.

⁴⁰ Ibid., pp. 104-105.

colectivas con derechos y deberes, como sería un Estado mundial o la misma humanidad como tal”⁴¹. 7). Los derechos colectivos ya existen nacional e internacionalmente, el orden jurídico internacional se ha construido por y para entes colectivos; el derecho a la autodeterminación de los pueblos es hoy un derecho fundamental. Es decir que finalmente, hay derechos e intereses colectivos porque así lo establecen positivamente los ordenamientos nacionales e internacionales. 8). Hay tres circunstancias que suelen ser consideradas como determinantes de que un derecho no pueda ser tenido como individual, como lo refiere Hartney. Estas son: i) cuando el objeto del derecho es colectivo; ii) cuando el interés protegido por el derecho es colectivo, y iii) cuando el ejercicio del derecho es colectivo”⁴². 9). En el marco de la teoría liberal clásica, que se define por el reconocimiento de dos sujetos únicos en la política –el Estado y el individuo-, los cuerpos intermedios han constituido una parte relevante del acontecer social, y con ellos sus intereses, que como tales no se dejan localizar fácilmente en la relación binaria liberal.

Por ende, en teoría del derecho, los derechos e intereses colectivos parecieran aludir a bienes o situaciones jurídicas objetivados,⁴³ en la medida en que constituyen el reducto mínimo sobre el que se edifica el orden social y político, es decir, establecen las condiciones de posibilidad del orden mismo, del Estado y de los demás derechos. Su naturaleza objetiva conduce a que sean tenidos como situaciones, objetos o derechos precondición para otras clases de objetos, situaciones y derechos, pues definen las condiciones para el ejercicio de los demás derechos; dicho de otra forma, ellos son el entorno de los bienes y derechos. Por supuesto, podríamos decir que naturaleza objetiva y principio de

⁴¹ Ibid., p. 27

⁴² Citado por: López, op cit., p. 84

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia de T-102 de marzo 19 de 1993. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria

Díaz, característica planteada a propósito del derecho a la paz, que entre otras múltiples posibilidades lo entiende como “presupuesto del proceso democrático” y “condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales”.

solidaridad configuran el binomio que sustenta estos nuevos derechos: los bienes y situaciones jurídicos, a los que aluden, funcionan como presupuesto de existencia, de concurrencia o posibilidad de los demás derechos. La naturaleza compartida de esos objetos y situaciones, da lugar a que se les entienda como derechos de responsabilidad difusa, y que su principio básico sea pues el de la solidaridad.

Cada vez aparecen más, explicado por los razonamientos de kelsen en el sentido de que el ordenamiento jurídico no se conformaba por derechos sino por obligaciones, pues la sociedad que prometió la libertad –normatizada- resultó ser la exacerbación de las regulaciones, esto es, todos estamos intensamente obligados para con todos, en múltiples aspectos, existen intensas acreencias recíprocas, una sociedad de obligados, de deudores, no de sujetos libres, sino de oprimidos por los valores objetivados. Quizá a cosas como estas refería Foucault cuando decía que la ley lo invade todo y no conoce exterior. No hay afuera respecto de ella⁴⁴.

2.3 CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Antes de continuar discuriendo sobre el concepto constitucional de los derecho colectivos hay que recordar lo que Hart ha señalado como una apropiada forma de penetrar el significado de palabras como ‘derechos’ (subjettivos), ‘obligaciones’, ‘deber’, ‘responsabilidad’, etcétera, esto es colocar la palabra en cuestión en frases u oraciones en las que habitualmente es usada⁴⁵, verbo y gracia:

⁴⁴ “La ley, soberanamente, asedia las ciudades, las instituciones, las conductas y los gestos; se haga lo que se haga, por grandes que sean el desorden y la incuria, ella ya ha desplegado sus poderes”. Y en otro aparte: “pues el afuera de la ley es tan inaccesible que cuando se quiere superarlo y penetrar en él se está abocado, no ya al castigo que sería la ley finalmente violada, sino al afuera de ese afuera mismo –a un olvido más profundo que todos los demás”. En : Foucault, Michel. (1993). El pensamiento del afuera. Valencia: Pretextos. pp. 44 y 48 respectivamente.

⁴⁵ Hart, H. L. A., Definition and Theory in Jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 1953, pág. 8.

- 1) xx tiene derecho a caminar por el parque.
- 2) xx tiene derecho a jugar en la playa.
- 3) xx tiene derecho a contratar con NN.
- 4) xx tiene derecho a hacer que se le pague lo que le es debido.

Entendidos, entonces los derechos como permisión, es decir, facultades dirigidas a limitar y exigir del poder político cierto tipo de acciones u omisiones, debe admitirse que los derechos e intereses colectivos desbordan este esquema, pues no se basan en la clásica limitación por parte de los individuos al poder político estatal, sino que facultan a un cierto poder social para exigir del Estado, de los individuos y del sector privado, el cumplimiento de ciertas normas y el respeto de ciertas situaciones jurídicas que benefician a la colectividad.

Ahora, siguiendo la línea argumentativa del constitucionalismo contemporáneo, la expresión “tener un derecho⁴⁶” puede significar más de lo que tradicionalmente se ha creído, como demostró Wesley Newcomb Hohfeld⁴⁷, la imposibilidad de reducir la complejidad de las situaciones jurídicas ventajosas al binomio clásico derecho-deber, y para ello le bastó con distinguir cuatro modalidades de situaciones provechosas a las que el orden jurídico otorga algún tipo de protección y que tienen como correlato otras cuantas situaciones de desventaja o carga que se le impone a otro sujeto: a) tener una facultad, que implica para otro un correlativo deber; b) tener una libertad, lo cual se traduce en una situación de no-derecho de otro para obstaculizar la posibilidad de acción de aquel; c) tener una competencia

⁴⁶ Término que no solo sirve para nombrar las situaciones de derecho subjetivo (facultad), libertad, competencia e inmunidad sino también para referirse a valores supremos, fines del Estado o principios básicos del orden político-constitucional, verbo y gracia, el derecho a la dignidad humana, a la unidad nacional, a la paz, a la Constitución, al orden social justo, etc.; se recurre a ella para aludir a todo género de intereses legítimos a los que la norma fundamental asigna alguna valoración positiva, dado que la Constitución genera también un espacio legitimador de reivindicaciones y demandas sociales a favor de grupos activos.

⁴⁷ Chinchilla Herrera, Tulio Elí. (1999). ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?. Bogotá: Temis. pp. 10-11.

o potestad, lo que genera para otro la situación de sujeción, y d) gozar de una inmunidad, lo que significa que respecto a su titular, otro está en posición de incompetencia.

Recuérdese, que el constituyente de 1991 adhirió a la clasificación tradicional de derechos de la primera, segunda y tercera generación⁴⁸, en la Constitución quedaron distribuidos de la siguiente manera: en el capítulo 1º del título II, “los derechos fundamentales”; en el capítulo 2º del título II, “los derechos económicos, sociales y culturales”; y en el capítulo 3º del título II, “los derechos colectivos y del medio ambiente”.

Pero los derechos e intereses colectivos, no se agotan en la enunciación del mencionado capítulo 3º; por el contrario, el artículo 88 ofrece un listado mayor al tiempo que establece las acciones populares como su mecanismo de defensa judicial.

Aun más, otros derechos tenidos hoy como de naturaleza colectiva están situados dentro de capítulos diferentes; es el caso del derecho a la paz ubicado en el artículo 22. También algunos de los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto se refieren al conglomerado social en abstracto, adquieren la estructura de los derechos de tercera generación (piénsese en la salubridad pública).

⁴⁸ Debe recordarse que esta clasificación de los derechos en generaciones sistematizadas que además se incorporan a los textos constitucionales, ha sido con toda razón criticada, desde una perspectiva teórica, histórica y aún topográfica. Las críticas argumentan que desde la más temprana edad del Estado liberal, ya existían derechos de naturaleza asistencial y aun colectiva; también, que unos y otros requieren de las condiciones económicas y de libertad, propias de los diversos tipos de Estados modernos no monárquicos, etcétera. Desde el punto de vista topográfico, la Constitución Política de Colombia contiene derechos de generaciones diversas en los capítulos que corresponderían a los de una generación determinada. No obstante, la Corte Constitucional colombiana adhiere a la clasificación de los derechos en generaciones, al efecto véase: Sentencia T-08 de mayo 18 de 1992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

2.4 DEFINICION NORMATIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO COLECTIVO

En Colombia, la concepción de los derechos supera el esquema de las reglas que se contraen a la explícita relación binaria derecho-deber, que resulta determinante para la identificación y precisión de los derechos e intereses colectivos.

En especial teniendo en cuenta la fórmula empleada por el artículo 88 de la Constitución Política que al establecer las acciones populares como mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos e intereses colectivos indica que protegerá otros de “similar naturaleza que se definen en la ley”, que se encuentran por fuera de los listados enunciativos del artículo 88 del texto constitucional y el artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

Sin olvidar que la Constitución no efectuó una definición respecto de los derechos e intereses colectivos, sino que se prefirió presentar un listado no taxativo, se tiene de acuerdo con el texto constitucional, que son derechos e intereses colectivos los contenidos en el capítulo 3º del título II: En el artículo 78, los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios.

En el artículo 79, el derecho al medio ambiente sano. En el artículo 80, el derecho a la protección de recursos naturales. En el artículo 81, los derechos relacionados con la prohibición de armas químicas, biológicas y nucleares. En el artículo 82, el derecho al espacio público.

Por fuera del capítulo indicado, el artículo 88 establece la procedencia de las acciones populares para la defensa de otros derechos e intereses relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el medio ambiente y la libre competencia económica. El mismo

artículo 88 en su primer inciso, considera la posibilidad de que existan otros derechos e intereses colectivos:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.”

Del texto constitucional no es posible extraer una diferencia relevante entre las nociones de derecho e interés colectivo, a la manera como en la doctrina tradicional se efectuaba: el interés era algo así como el objeto de protección del derecho. En lo que concierne a las situaciones jurídicas de naturaleza compartida, en Colombia es irrelevante la distinción entre derechos e intereses, no sólo porque en el texto constitucional se les usa como una expresión con sentido de unidad, sino porque las situaciones jurídicas compartidas tendrían que recibir como respuesta del ordenamiento constitucional la mayor amplitud en la titularidad de su defensa, es decir, acogiendo la noción más precisa de derecho, y también la más etérea, de interés.

El concepto genérico para abarcar las situaciones jurídicas colectivas susceptibles de concreción (protección), es el de derecho o interés colectivo, y dentro de él se encuentran los derechos e intereses difusos, entre otros. En algunos de los más influyentes ordenamientos jurídicos del derecho comparado, se suele establecer no una distinción sino una oposición entre lo colectivo y lo difuso, de tal suerte que muchas de las reflexiones adelantadas en esta materia por autores como Peña Freire, López Calera y García Amado, no son en rigor aplicables a nuestra interpretación, en lo que se refiere a la distinción de las categorías de derechos colectivos.

Tampoco lo son las reflexiones adelantadas por Bujosa Vadell, citado por el Consejo de Estado a propósito de la distinción entre interés colectivo e interés general, que resulta, muy confusa si atendemos a los apartes transcritos por la

corporación: “Los intereses colectivos son intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de 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. Respecto de este último, a pesar de la natural dificultad que supone su definición, puede decirse, siguiendo a Bujosa Vadell, que se trata de intereses reconocidos como de la comunidad, y pueden separarse en dos grupos: por un lado, los intereses públicos abstractos, que surgen de concepciones políticas, económicas y sociales, etc., que gozan de consenso entre la sociedad y se consagran en la constitución a manera de principios y valores, o que están en otras normas reconocidos como intereses generales; por otro lado, los que surgen de esos mismos valores y principios, pero a partir del debate de las concepciones e ideologías de los miembros del Congreso, hasta llegar a un compromiso que se traduce en nuevos intereses plasmados en la legislación. Y es allí donde los límites se desdibujan, pues, en el escenario de una democracia participativa, las relaciones entre el individuo y el Estado cambian, dado que no es únicamente el Estado el que diseña los intereses comunes, sino que, en muchas ocasiones, se trata de un trabajo conjunto entre éste y la sociedad, de donde surge, por decirlo así, la concreción de los intereses generales, y sin duda, de los intereses colectivos⁴⁹.

En conclusión, ni la Constitución de 1991, ni la Ley 472 de 1998 establecen diferencias entre derechos e intereses colectivos de una parte y derechos e intereses difusos de otra, el sentido de esta indistinción puede interpretarse entendiendo que lo colectivo es el concepto genérico que integra lo difuso y lo no difuso.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia AP-001 de junio 29 de 2000. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

Finalmente, se puede precisar que en Colombia los derechos e intereses colectivos se presentan por la referencia de múltiples sujetos con respecto a cualquier situación o bien jurídico compartido. Su existencia está determinada por la relación que sujetos indeterminados presenten con respecto a un bien o situación jurídica compartidos, sin importar si se combinan o superponen con derechos y situaciones jurídicas de primera o segunda generación, y aun con derechos e intereses de la misma naturaleza colectiva. Debido a las características específicas de los bienes y situaciones jurídicas compartidas contenidos en la Constitución colombiana, ellos dan lugar a derechos e intereses colectivos de naturaleza compleja, en el sentido de que son susceptibles de materializarse a partir de derivaciones dispersas en todo el ordenamiento jurídico, o también en el sentido de que se concretan en múltiples derechos o situaciones jurídicas siempre de mayor detalle. Pero, no puede afirmarse que el derecho o interés colectivo sólo pueda ser tenido como tal una vez haya alcanzado un desarrollo exhaustivo, pues los textos constitucional y legal, presentan en este punto una tendencia enunciativa.

Estas situaciones compartidas, sobre todo cuando se trata de derechos e intereses colectivos que constituyen el contexto de posibilidad de otros derechos que dependen del tipo de Estado que se haya asumido, ponen en conexión especial desde una perspectiva amplia, las partes dogmática y orgánica de la Constitución, de tal suerte que la estructura de las instituciones del Estado se corresponda con los principios, fines y valores de la Carta. Esta relación de congruencia podría basarse en el llamado derecho a la Constitución, y se concretaría en derechos específicos, cuyo nombre genérico podría ser el de derechos a la organización y funcionamiento del Estado.

Así, el Estado debería tener una determinada forma y tamaño, organización y funcionamiento, de acuerdo con los derechos a proteger, y esa tal forma sería

exigible jurídicamente por los asociados⁵⁰, como lo ha hecho la Corte Constitucional en lo atinente a situaciones de tensión u oposición entre derechos son pertinentes los criterios de interpretación que la Corte Constitucional ha adoptado en casos en que está involucrado el derecho al medio ambiente sano en contraste con otros derechos.

Estos criterios bien podrían ser analizados respecto de otros derechos e intereses colectivos, con algunos ajustes:

“1. En la protección jurídica de los intereses y valores en conflicto, aquellos valores que tengan rango constitucional prevalecen sobre los valores o intereses que carecen de él. “2. Cuando no sea posible solucionar el conflicto de intereses por medio de una norma constitucional de aplicación directa, se debe recurrir a los principios y valores constitucionales. “3. Cuando se trate de conflictos entre dos o más intereses comunitarios de igual categoría constitucional, debe prevalecer aquel interés encarnado en los sujetos que se encuentran en una situación de inferioridad respecto de los demás intereses y sujetos en pugna. “4. El principio de equidad en las cargas puede servir para encontrar un equilibrio razonable entre los intereses en pugna. “5. El factor tiempo debe ser tenido en cuenta como elemento esencial. La afectación del derecho fundamental de aplicación inmediata no necesariamente debe estar reducida al corto o al mediano plazo. Debe haber una ponderación de la afectación de la cual resulte una solución razonable”⁵¹

Para concluir, en éste texto se entenderán los derechos colectivos como aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad, y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley, pues para los segundos el legislador ha previsto sus propias reglas de juego; en cambio, para los intereses colectivos, sólo con la expedición de la Ley 472 reguló en forma general dicha acción, la cual no se limitó únicamente a consagrar principios generales, sino que le otorgó al Estado y a los ciudadanos instrumentos efectivos para convivir dentro de un entorno ecológico sano. En efecto, estos intereses afectan de manera homogénea a la comunidad, pero la titularidad de la acción cuyo propósito es

⁵⁰ Cf.: Alexy, Robert. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. pp. 454-481.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad SU-067 de febrero 24 de 1993. Magistrados Ponentes: Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

volver las cosas al estado de normalidad la tiene cualquier persona, no obstante que podrá ser ejercida por un grupo determinado de personas a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, violado por la acción de los particulares o por el poder público.

3. DE LAS ACCIONES POPULARES

3.1 REFERENTE HISTORICO

Ya en Roma la comunidad y la protección del interés público, había dado relevancia a conceptos como “Populus y Res Publica” en procura de un amparo a los bienes superiores de la comunidad. Populus, corresponde con el conglomerado social organizado jurídicamente, en virtud de la cual tenía el deber de proteger el interés público además de su propio interés, mediante las acciones y los interdictos populares; y Res Publica congloba el primero y los bienes propios de éste. Para su resguardo surgieron las Acciones Populares, que pretendían la defensa y el restablecimiento del bien común.

Las acciones populares -“actio populares” y también “actio pública”- eran formulas procesales honorarias y edílicas - de las cuales se podía valer cualquier ciudadano para exigir el pago de una pena pecuniaria al demandante y no al tesoro público, de aquel que fuera responsable de un hecho dañoso para el interés público. Pero en las que se podían hacer efectivas esas penas pecuniarias establecidas en favor del Estado o Municipio, les llamaba, acciones populares procuratorias.

Entonces se estructuraban con tres elementos claramente establecidos: el interés público, base de la acción; el interés privado del actor, el cual estaba parcialmente integrado por la recompensa que buscaba; y finalmente, la recompensa.

En el derecho romano se conocieron acciones populares como interdictos, otras a través de las cuales se defendieron valores jurídicos de trascendencia colectiva: los bienes sagrados y necesarios para el culto religioso, las vías y caminos públicos, el mar, los ríos, la integridad de la ciudadanía frente a los peligros inmensos, la moralidad pública y hasta la libertad individual, los derechos de los

incapaces, cuya vigilancia se le asignó a la comunidad y su desconocimiento fue considerado como agravio público.

Don ENRIQUE LOZANO CORBI, en su tesis de grado, escrita en 1981, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, denominada “La legitimación popular en el proceso romano clásico”, las compendia así:

- La “actio deefussis et deiectis”, instituida para garantizar la seguridad de las calles de la ciudad. El pretor otorgaba esta acción en contra de quienes derraman o arrojan líquidos o sólidos causando daño a las cosas, o herida o muerte a un hombre libre. Hoy coincidente con la descripción que se contiene en el literal g) del artículo 4 de la ley 472 de 1998.
- La “actio de possetis et suspensis”, se concedía a quienes suspendieran o colgaran objetos fuera de las casas habitadas por ellos, con el consiguiente peligro de que pudieran caer a la vía pública sobre los transeúntes, o las cosas que portaban, y pudieran provocar accidentes o daños a las personas así como las cosas. Esta acción no buscaba la reparación de un daño realizado, sino la prevención del daño eventual o contingente, coincidente con la descripción que se consagra en el artículo 2359 del Código Civil Colombiano.
- La “actio edilicia de fieris”, consagrada con el fin de prohibir la tenencia de animales peligrosos en sitios públicos, para garantizar la tranquilidad y seguridad de los transeúntes.

La sentencia C-215 de 1999, recoge el trasegar histórico de esta acción y refiere

cómo fueron los prolegómenos para su consagración constitucional y posterior desarrollo legal, precisando que la constitucionalización de estas acciones obedeció entonces, a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad mas o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad.

Estas acciones fueron objeto de debate y estudio en el seno de la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, con base en el proyecto presentado por los delegatarios Guillermo Perry Rubio, Horacio Serpa Uribe y Eduardo Verano de la Rosa, aunque es del caso mencionar que la gran mayoría de proyectos de reforma constitucional, entre ellos, los del Gobierno Nacional y de la Alianza Democrática M-19, propusieron la inclusión en el estatuto fundamental de la acción popular⁵².

En el Informe-Ponencia sobre "Derechos Colectivos", presentado por los delegatarios a la Comisión Primera de la Asamblea (Gacetas Nos. 45 y 48), se expresó:

"Casi todos los proyectos que contienen reformas integrales a la Constitución, proponen la consagración de las acciones populares como remedio colectivo

⁵² "Nunca antes en una Constitución Política Colombiana se había hecho referencia a este tema, no existía en Colombia la preocupación efectiva por los derechos de tercera generación y, por lo tanto, no estaban consagrados en nuestro ordenamiento constitucional. Se dieron los primeros pasos con la reforma constitucional de 1936, en la que se habla de deberes sociales del Estado y de los particulares y, aunque no de derechos, era de suponer la existencia de un derecho como contrapartida a un deber"

frente a los agravios y perjuicios públicos, como un derecho de defensa de la propia comunidad.

Mediante las acciones populares cualquier persona perteneciente a un grupo de la comunidad está legitimada para defender al grupo afectado por unos hechos o conductas comunes, con lo cual protege su propio interés.

(...)

"Como se infiere de todo lo expuesto, las acciones populares han tenido una significativa acogida en los proyectos y propuestas de reforma constitucional, especialmente en aquellos que consagran derechos colectivos. Es esta una indicación clara de que tales acciones constituyen ciertamente, un instrumento eficaz para la aplicación de dichos derechos.

De otra parte, subsisten acrecentadas las razones que en la historia de las instituciones jurídicas, justificaron en su momento la aparición de estas acciones para defender intereses de la comunidad.

El texto recomendado reconoce la conveniencia de que la ley regule el ejercicio de las acciones populares, a la vez que les atribuye una autonomía que no excluye el recurso de acciones individuales de stirpe individual. Impide además, eventuales condicionamientos por parte de la ley, cuando el instrumento sea desarrollado por el legislador. Todo ello con el fin de legitimar a cualquier persona para actuar en defensa de la sociedad, protegiendo así tanto intereses que la doctrina engloba hoy bajo el significativo rótulo de "difusos", como también los propios del actor".

Por ello se afirma que antes de la Constitución de 1991, las acciones populares ya contaban con regulación legal, aunque de manera dispersa. Es así, como los artículos 1005 a 1007 del Código Civil regularon una acción popular para la protección de los bienes de uso público; los artículos 2359 y 2360 del mismo ordenamiento consagraron una acción popular respecto del daño contingente derivado de la comisión de un delito, por las obras que amenacen ruina o por negligencia de un individuo que ponga en peligro a personas indeterminadas, respectivamente.

El Código de Recursos Naturales (Ley 23 de 1973 y Decreto 2811 de 1974 y sus reglamentarios), expidió normas sobre el tema y previó vías de protección

administrativa o policiva. Igualmente, el legislador expidió disposiciones especiales como la acción popular señalada en el artículo 8º de la Ley 9ª de 1989, relacionada con la recuperación del espacio público y el medio ambiente; el estatuto del consumidor Decreto ley 3466 de 1982 y la Ley 45 de 1990 relativa a la intermediación financiera.

El Título XIV del Código Civil, al tratar de algunas acciones posesorias, consagra en el artículo 1005 el ejercicio de una acción popular que tiene por fundamento la protección de un interés general "en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público"⁵³. Por otra parte, esta acción también se encuentra prevista en los artículos 8o. de la Ley 9a. de 1989⁵⁴, o la Ley de Reforma Urbana, y 5o. y 6o. del Decreto 2400 de 1989.

Esta, que era una de las "acciones municipales o populares" encuentra consagración también en el derecho público actual en estatutos como el Código Nacional de Policía —Decreto 1355 de 1970— que dispone en el artículo 132:

"Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación ante el respectivo Gobernador".

Al expedirse el Decreto 2651 de 1991, "para descongestionar los despachos judiciales", se dispuso en su artículo 49 que "Las acciones populares se tramitarán

⁵³ "La municipalidad y cualquier 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".

⁵⁴ "Los elementos constitutivos del espacio publico y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el articulo 1005 del C. C. Esta acción podrá dirigirse contra cualquier persona publica o privada, para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés publico o la seguridad de los usuarios."

mediante el procedimiento abreviado, en dos instancias", es decir, que en la práctica se volvió al trámite inicialmente consagrado en el original numeral 8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil. Ahora, en la Ley 99 de 1993 mediante la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se dispuso en el último inciso del artículo 75 que "salvo lo dispuesto en este artículo, en el trámite de acciones populares se observará el procedimiento señalado en el Decreto 2651 de 1991, el cual se adopta como norma legal permanente". El mismo estatuto, en el artículo 77, al regular el procedimiento de la acción de cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, establece que tal cumplimiento podrá demandarse a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil.

La acción popular respecto de bienes y lugares agrarios, o rurales no agrarios, deberá seguir el procedimiento verbal consagrado en el numeral 2, del artículo 63 del Decreto 2303 de 1989⁵⁵, estatuto éste que por razón de su especialidad, conforme al artículo 50. de la Ley 57 de 1887 debe preferirse, o, el verbal sumario del artículo 435, numerales 6 y 7 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

Se consagraron otras acciones populares, tales como:

- Del Daño contingente, artículo 2359 del Código Civil: "Por regla general

⁵⁵ "Corresponderán igualmente a esta jurisdicción los procesos en acciones populares fundadas en las normas sobre preservación del ambiente rural y manejo de los recursos naturales renovables de carácter agrario, conforme a lo previsto en el artículo anterior, cuando el asunto no sea de competencia de las autoridades administrativas." "El ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público que hacen parte de aquél, podrán ser definidos judicialmente por cualquier ciudadano contra actos o hechos humanos que les causen o puedan causar deterioro, si el asunto no es de competencia de la administración, mediante la acción popular consagrada en los artículos 1005, 2359 del Código Civil, especialmente en los casos previstos en el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Esta acción se podrá ejercer en cualquier tiempo y estará encaminada a conseguir la prevención del daño, su reparación física o su resarcimiento, o más de uno de estos objetivos. "

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

- Para pedir la remoción de una cosa que se encuentre en la parte superior de un edificio, artículo 2355 del Código Civil: "Si hubiere alguna cosa que de la parte superior de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción."
- Para evitar el peligro de construcciones o árboles mal arraigados, artículo 992 del Código Civil: "Las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones; o de árboles mal arraigados, o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia."
- Contra la corrupción del aire, artículo 994 del Código Civil: "Lo dispuesto en el artículo precedente se aplica no solo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre. Pero ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso."⁵⁶

3.2 LEY 472 de 1998

Fincado en la disposición constitucional del artículo 88, el Congreso de la República avocó el deber de reglamentar dicha norma, para satisfacer el objetivo

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencias T-437 de 1992, SU 063 de 1993, SU 257 de 1997 y T-664 de 1999, entre otras

del constituyente de proteger los derechos colectivos con este instrumento; tal objetivo se ve a lo largo de la Carta Fundamental, pero está reflejado principalmente en algunas disposiciones como los artículos referentes a los principios fundamentales, los derechos y deberes de los ciudadanos y la supremacía del interés general sobre el particular, pues no se trataba de reconocer los derechos que allá ampliamente estaban subrayados o por lo menos colocados frente a cada circunstancia particular.

Desde la ley 472 de 1998, se advierte la carencia de contenido subjetivo de las acciones populares que implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario en favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo. Solamente, en algunos casos, el legislador ha previsto el reconocimiento de los gastos en que incurra la persona que actúa en defensa del interés público o de una recompensa, que de todas maneras no puede convertirse en el único incentivo que debe tener en mira quien debe obrar más por motivaciones de carácter altruista y solidario, en beneficio de la comunidad de la que forma parte.

Estas acciones tienen una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman

3.2.1 Carácter público

El carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la

posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés.

3.2.2 Naturaleza preventiva

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.

3.2.3 Titularidad

Por ser intereses que le pertenecen a todos y cada uno de los miembros de la colectividad, se concretan a través de su participación activa ante la administración de justicia y suponen la restitución de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado de personas.

Bien, el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 dispone que la acción popular puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica y está prevista para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos o intereses colectivos y restituir las cosas al estado anterior cuando fuere posible.

El artículo 4º de la Ley 472 de 1998 enuncia los derechos colectivos susceptibles de protección e igualmente señaló que gozan del mismo carácter de derechos e intereses colectivos, los señalados por la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

La posibilidad que se concede para que una persona diferente al afectado, actúe en su nombre en el ejercicio de una acción popular, debe entenderse referida a la actuación de un apoderado judicial y no a la actuación de un agente oficioso. No puede ser otro el sentido de la norma, cuando en el inciso segundo, al disponer la notificación al Defensor del Pueblo, establece que ésta procederá "cuando se interponga una acción popular sin la intermediación de un apoderado judicial"; es decir, la ley prevé dos situaciones: i) La instauración de una acción popular directamente por la persona afectada por la violación de derechos o intereses colectivos; ii) La presentación de dicha acción por medio de apoderado judicial que lo represente, en virtud del poder que le sea conferido por el interesado.

Por su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones y omisiones y por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales.

De conformidad con el artículo 12 de la citada ley, la finalidad de este precepto es no sólo la de permitir a la persona afectada en un derecho colectivo ejercer las acciones populares para obtener la protección de su derecho, sino además, extender esa facultad a aquellos funcionarios públicos que, como el Procurador, el Defensor del Pueblo y los Personeros tienen a su cargo la defensa de los derechos e intereses públicos.

3.2.4 Elementos para la procedencia

Considerando el sentido, la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares son los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

3.2.5 Caducidad

La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno, no obstante, 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.

3.2.6 Pacto de cumplimiento

El objetivo que persigue el pacto de cumplimiento es, previa la convocatoria del juez, que las partes puedan llegar a un acuerdo de voluntades para obtener el oportuno restablecimiento y reparación de los perjuicios ocasionados a los derechos e intereses colectivos, dando con ello una terminación anticipada al proceso y solución de un conflicto y por ende, un menor desgaste para el aparato judicial. Además, cabe observar, que el acuerdo no sólo debe ser avalado por el juez, en el caso de encontrar que el proyecto de acuerdo no contiene vicios de ilegalidad, sino que ha de contar con la intervención del Ministerio Público, cuyo papel es el de proteger los derechos colectivos en juego, dada su función de "defensor de los intereses colectivos". Ese acuerdo contribuye a obtener la pronta reparación de los perjuicios ocasionados por la vía de la concertación, reduciendo los términos del proceso y en consecuencia, de la decisión que debe adoptar el juez

La posibilidad de conciliación prevista en el artículo 27 de la ley 472 mentada, como un mecanismo para poner fin a una controversia judicial en torno a la amenaza o

violación de derechos e intereses colectivos, no contradice el ordenamiento constitucional, razón por la cual, el fallo que aprueba el pacto de cumplimiento hace tránsito a cosa juzgada.

3.2.7 Carga de la prueba

Si por razones económicas o técnicas el demandante no puede acreditar las pruebas, el juez deba impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia probatoria, para lo cual puede solicitar a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate, dichos experticios probatorios y así obtener los elementos indispensables para adoptar un fallo de mérito.

Además, el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 superior es aplicable a todos los poderes públicos y a las personas en general, razón por la cual trasladar la carga de la prueba al demandado como lo pretende el actor, equivaldría a presumir desde un comienzo, con la sola presentación de la demanda, su responsabilidad.

3.2.8 Término para proferir sentencia

En el término de veinte (20) días se debe proferir sentencia en materia de acciones populares, o que garantiza el derecho a una pronta y adecuada justicia, por cuanto la libertad configurativa de que goza el legislador en este caso, conferida por el artículo 88 de la Constitución, lo faculta para establecer los plazos y términos a que deben someterse las partes y el juez en sus actuaciones dentro del proceso. Se trata de un plazo razonable, cuyo incumplimiento genera de todas maneras las sanciones previstas en la ley de conformidad con el artículo 228 del ordenamiento constitucional.

3.2.9 Carácter restitutorio

El carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario.

3.2.10 Alcance de la condena in genere

En cuanto hace relación a la condena "in genere" prevista por la misma disposición, al requerir de un trámite incidental adicional, puesto que es evidente que la brevedad de los términos establecidos por el legislador para dar trámite a las acciones populares, no permite la determinación concreta de los perjuicios causados por la violación de un derecho colectivo, por lo que resulta razonable remitir al trámite incidental, la fijación del monto de tal indemnización.

3.2.11 Jurisdicción

Resulta fundado y razonable que el legislador haya determinado que las jurisdicciones contencioso administrativa y civil ordinaria sean las competentes para conocer y tramitar tanto las acciones populares como las de grupo.

En tal virtud, cuando la ley 472 señala cuales procesos son de competencia de una u otra jurisdicción, lo hace teniendo en cuenta la naturaleza de la función

desarrollada por la persona o funcionario que produjo u ocasionó el daño al interés o derecho colectivo.

Además, la distribución de competencias que el legislador hace entre las dos jurisdicciones tiene sustento en el factor subjetivo, ya que se violaría el debido proceso si se desconociera la naturaleza jurídica de los autores del perjuicio, pues en algunos casos éstos serán particulares, y en otros, personas públicas y privadas con funciones administrativas, las causantes de los hechos dañosos a los derechos e intereses colectivos.

3.2.12 Recursos.

Las acciones populares fueron reguladas por la Ley 472 de 1998, norma que determina, entre otros aspectos, su objeto, definición, principios generales, finalidades, procedencia, competencia, requisitos, procedimiento a seguir.

De acuerdo con los artículos 26, 36 y 37 de la Ley 472 de 1998, en el caso de las acciones populares proceden los siguientes recursos:

- El de reposición, contra los autos dictados durante el trámite de las mismas - artículo 36-,
- El de apelación, contra la sentencia que se dicte en primera instancia - artículo 37- y
- El de reposición y apelación contra el auto que decrete las medidas previas - artículo 26-.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha aceptado la procedencia del recurso de apelación contra el auto que rechaza la demanda, pues dadas sus especiales

características, de negarlo, se quebrantaría el principio de la doble instancia y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia⁵⁷.

Es decir que la procedencia de recursos en el trámite de las acciones populares está íntegramente regulada por la ley 472 y no es de recibo aceptar que, en virtud de la remisión que establece el artículo 44 de la Ley 472 de 1998, procedan todos los recursos consagrados en el Código Contencioso Administrativo o en el Código de Procedimiento Civil.

Conforme a la jurisprudencia⁵⁸, es claro que el legislador estableció, de manera expresa, cuales son los recursos procedentes en el trámite de las acciones populares y que, al no consagrar la procedencia de recursos extraordinarios, los mismos no tienen cabida en el trámite mencionado. La improcedencia de los recursos extraordinarios es más clara si se tiene en cuenta que de haberlo querido, el legislador habría regulado, de manera expresa, la procedencia de dichos recursos como lo hizo en el caso de las acciones de grupo, artículo 67 de la Ley 742 de 1998.

Esta regulación se explica por la especial celeridad que, conforme a la ley 472 de 1998, deben tener este tipo de procesos, pues de lo contrario, aceptar la procedencia de todos los recursos que regula el C.C.A. y el C.P.C. contra la totalidad de los autos que se dicten en el proceso originado en una acción popular, implicaría hacer nugatorio y dejar sin efecto real el trámite rápido y sumario que quiso introducir el legislador, lo que traería como consecuencia la desfiguración de la acción misma y la conversión del proceso original en un proceso ordinario cualquiera. Sobre este tema se ha pronunciado la Corte Constitucional afirmando:

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 21 de enero de 2003.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-377/02 y Autos AP-306; AP-9357; AP-023 y AP-005 del Consejo de Estado.

“Hecha esta precisión, para la Corte es claro que la medida contenida en la norma bajo revisión (se refiere al art. 36 de la Ley 472 de 1998) no se opone a la Carta Política pues consulta la naturaleza expedita de las acciones populares, en la medida en que al imprimirle celeridad a su trámite judicial propende por la efectividad de los derechos e intereses colectivos amparados por dichas acciones, que según se analizó se caracterizan por demandar del Estado una labor anticipada de protección.

Debe recordarse que en el contexto de la Ley 472 de 1998, la celeridad del procedimiento está dada fundamentalmente por el establecimiento de un término breve para proferir la decisión respectiva (art. 34), para lo cual el juez debe impulsar oficiosamente la actuación so pena de ser sancionado disciplinariamente, y sin que ello pueda comportar el desconocimiento de las reglas fundamentales del proceso pues en las acciones populares el juez tiene la obligación de velar “por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes” (art. 5°).

En criterio de esta Corporación la determinación que se analiza tampoco implica sacrificio alguno del derecho de defensa y del derecho de acceder a la administración de justicia (CP arts. 29 y 229), puesto que con la consagración del recurso de reposición el accionante puede ejercer libremente su derecho de controvertir las decisiones adoptadas por el juez durante el trámite de las acciones populares a fin de que éste funcionario revise la validez de su propia determinación revocándola o reformándola.

Igualmente, y como bien lo aprecia el Procurador General en su concepto, la norma demandada no desconoce los artículos 88 y 89 de la Carta, pues del mandato de estas disposiciones no se desprende que el Constituyente le haya impuesto al legislador la obligación de consagrar el recurso de apelación contra los autos dictados durante el trámite de la acción popular. Por el contrario, la libertad de configuración en esta materia se desprende de estas normas superiores cuando en ellas se dispone expresamente que la ley regulará las acciones populares y establecerá los recursos y procedimientos necesarios para su efectividad.

En suma, entendida la norma en el sentido de que se aplica a todos los autos dictados durante el trámite de las acciones populares, no se desconoce la Carta Política pues el legislador en ejercicio de su libertad de configuración puede señalar en qué casos es o no es procedente el recurso de apelación, decisión que, según se advirtió, no conculca el principio de la doble instancia, ni los derechos de defensa, de acceso a la justicia y además la igualdad, porque con tal determinación se persigue una finalidad constitucionalmente admisible como es la de obtener la pronta y efectiva protección de los derechos e intereses colectivos amparados con la acciones populares, imprimiéndole celeridad al proceso judicial correspondiente⁵⁹. (Subrayado fuera del texto)

Por consecuencia, es claro que el legislador estableció, de manera expresa, cuales son los recursos procedentes en el trámite de las acciones populares y que, al no consagrar la procedencia de recursos extraordinarios, los mismos no tienen cabida en el trámite mencionado. La improcedencia de los recursos

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-377 de 2002.

extraordinarios es más precisa si se tiene en cuenta que de haberlo querido, el legislador habría regulado, de manera expresa, la procedencia de dichos recursos como lo hizo en el caso de las acciones de grupo, art. 67 de la Ley 742 de 1998. Sobre este tema, el Consejo de Estado ha señalado:

“En efecto, la Ley 472 de 1998 que “desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las Acciones Populares y de Grupo y se dictan otras disposiciones”, en la cual señala el procedimiento especial que ha de seguir, no contempla la posibilidad de recursos extraordinarios y si bien esta Ley remite en los aspectos no regulados al Código Contencioso Administrativo, se refiere al trámite en primera y segunda instancia y respecto a los recursos ordinarios. Si el legislador hubiera considerado la anterior posibilidad, así debía quedar regulado en la ley como efectivamente lo hace en las acciones de grupo, último inciso del artículo 67, cuando establece: “Contra las sentencias proferidas en los procesos adelantados en ejercicio de las acciones de grupo proceden el recurso de revisión y el de casación, según el caso, de conformidad con las disposiciones legales vigentes;”⁶⁰.

3.2.13 Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos

La ley creo el Fondo, para que acuse el recibo, administración y pago a los beneficiarios, de las indemnizaciones individuales decretadas por el juez a favor de un perjudicado por el trámite constitucional, administrado por la Defensoría del Pueblo, que resulta efectivo, pues una sola entidad dedicada al apoyo de los ciudadanos en la protección de sus derechos, administra esos dineros para efecto de la cancelación de las mencionadas indemnizaciones a los favorecidos.

3.2.14 Prescripción del derecho al pago de la indemnización

Cuando se decreta la indemnización, el afectado se convierte en titular de un derecho de dominio sobre una indemnización que ingresa a su patrimonio, como una justa compensación y reparación del daño derivado de la vulneración de un derecho colectivo, se trata de la reparación de los daños causados por la vulneración a

⁶⁰ Consejo de Estado, Auto AP 3001, sección cuarta; al respecto ver también: Auto AP 306 sección cuarta; Auto AP 9357 sección segunda; Auto AP 023, sección primera y Auto AP 005, sección tercera.

derechos e intereses colectivos, es decir en beneficio de toda una comunidad afectada, constituye una justa sanción a las entidades o personas responsables de tal vulneración.

No obstante, ello no significa que no haya prescripción alguna para reclamar dicha indemnización. Sin duda, subsiste respecto del reclamo del pago de la indemnización decretada por el juez, la prescripción ordinaria de la acción ejecutiva correspondiente, que no puede sujetarse a un plazo que resulta irrazonable por su brevedad.

Existe la posibilidad de traslado del monto de la indemnización decretada, al Fondo, cuando el beneficiario renuncie a ella, pues en este caso se trata de una cesión voluntaria de derechos que en nada contraría el ordenamiento constitucional. Más aún, esos dineros están destinados a su vez a la financiación de las acciones colectivas de personas que no estén en capacidad de asumir los costos que implica un proceso judicial.

Por demás, es fin esencial del Estado garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Por eso el estado debe subsidiar la presentación de esas acciones a personas de escasos recursos y así facilitar su acceso a la administración de justicia, pues debido a los gastos que puede demandar el ejercicio de las mencionadas acciones, quedarían sin la posibilidad de lograr la protección de sus derechos e intereses colectivos.

En consecuencia, nada impide que como lo dispone el literal c) del artículo 71 de la ley 472 de 1998, dentro de su función de velar por la promoción y el ejercicio de los derechos humanos, pueda la Defensoría del Pueblo, sin contravenir el ordenamiento constitucional, no sólo invocar en nombre de las personas que no están en condiciones de hacerlo directamente o a través de apoderado judicial, las acciones populares, como también determinar el monto de la financiación de las mismas.

3.2.15 Divulgación de los derechos colectivos.

La ley 472 de 1998 garantiza la efectividad de los mandatos constitucionales, en particular el de la difusión de los derechos humanos y la instrucción a los habitantes del territorio nacional en el ejercicio de sus derechos colectivos, y de las acciones populares y de grupo. Cabe observar que el período que se fijó en cuanto a la pedagogía de la Ley 472 de 1998, coincide con el plazo establecido para la entrada en vigencia de la misma, por lo que puede inferirse que el término de un año para divulgar y realizar campañas masivas de educación sobre los derechos colectivos y su procedimiento para hacerlos efectivos, atendía una finalidad racional de capacitación, educación y orientación a la ciudadanía acerca de acciones novedosas o desconocidas, de manera que cuando comenzó a regir, existía un adecuado conocimiento de los mencionados derechos, y de la forma de garantizar su efectividad y velar por su protección.

Entonces, lo que persigue el precepto impugnado es coadyuvar eficazmente la tarea estatal de promover y divulgar los mecanismos constitucionales de que disponen las personas para la protección de sus derechos y la defensa de la integridad del orden jurídico.

4. ANTECEDENTES DE LA INTERPRETACION JUDICIAL

Continuamente los llamados por el vulgo, operadores judiciales o aplicadores del derecho argumentan las decisiones que deben tomar en los procesos de resolución de conflictos de clientes externos que acceden a la administración de justicia ya porque otros particulares o la administración pública no cumplen con sus deberes o porque ejercitan sus derechos en abuso de los ajenos. Esas soluciones tienen a su espalda el conocimiento del derecho y la habilidad para argumentar.

Entonces, usando esas dos herramientas los jueces asumen la responsabilidad de poner punto final a esas disputas, y entonces abocan el razonamiento jurídico como, que se caracteriza por su estructuración y por la exigencia de ser explícito.

Esa argumentación –que termina siendo la práctica diaria - debe formularse averiguando el sentido, el significado de las leyes en el ámbito de la vida social, aplicando, desarrollando o reinterpreto las teorías hermenéuticas, que corresponde a una de las expresiones más importantes del derecho, que H-G Gadamer habla del "significado paradigmático de la hermenéutica jurídica"⁶¹, intentos que desde luego se han acrecentado desde la obra de Savigny que desveló los temas y problemas de la *interpretatio iuris* en el derecho justiniano.

Tradicionalmente se refiere desde el siglo XVI la tradición de la *interpretatio iuris*, cuando se trata de detentadores de una ciencia especial cuyo objeto son las leyes

⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica. (Salamanca: Ediciones Sígueme, 1997) p.396

civiles, es decir las leyes de los hombres (por oposición a las leyes divinas) desde el humanismo jurídico del quinientos, como lo precisa Carrión Wam⁶² citando a Adolfo Plachy en la carta que el jurista Viglius Aytta van Zwichem le dirige a Amerbach en junio de 1532 indicándole que "sin la interpretación no hay doctrina jurídica: todo se resume en encontrar un método justo de la interpretación"⁶³, es decir esta escuela intentaba: 1) profundizar y perfeccionar el método de interpretación en numerosos campos, con implicaciones casuísticas y, por consiguiente, en el campo práctico, operativo; y 2) construir una doctrina hermenéutica más o menos sistemática. A la par de una preocupación de carácter puramente jurídico existía una clara conciencia de la necesidad de una teoría general de la interpretación que, según G.F. Meier (1757), lograría enseñar el uso justo de los semantemas, facilitaría la adquisición de todo el arte, ciencia, nociones y verdad; tendría como efecto benéfico liberar de las supersticiones y proporcionaría la seguridad en el ejercicio de los tipos especiales de la investigación⁶⁴. Bien, estas doctrinas tuvieron beneplácito en el seno del derecho privado como quiera que este fuera encunado por la tradición romanista.

Precísese que el humanismo suponía que a través de la reflexión sobre el proceso cognoscitivo penetrar hasta la raíz del desarrollo mental del hombre y la maduración gradual de su saber, fundamentado en las fuentes del Corpus Iuris Civilis, derecho canónico, de los glosadores, comentadores y canonistas y en el conocimiento directo de literatura clásica romana y cristiana teológica. Uno de los más destacados humanistas fue Cantiuncula quien estudio el verdadero correctivo del legalismo jurídico rígido, encerrado en una coraza dogmática, el cual deifica la

⁶² Roque Carrión Wam. Profesor Investigador del Centro Latinoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Carabobo.

⁶³ Plachy, Adolfo. La teoría della Interpretazione. Genesi e historia della hermenéutica moderna. (Milano: Dott A. Guiffré Editore, 1974).p.1

⁶⁴ Op.cit., p.9. Además, Meier parece ser el precursor de la tesis de F. De Saussure con su propuesta de la Repartition Sociale du langage. Distingue una herramienta iuris legis de una herramienta sacra, moralis, crítica y diplomática (p.4).Intenta una definición del signo como "medio mediante el cual puede ser reconocida la realidad de una cosa", la cosa designada es signatum es reconocida a través del signo y el significado.

ley y deshumaniza el derecho, esto es que la interpretación sirve para hacer descender de las alturas a la estructura filosófico jurídica al plano operativo del derecho vivo⁶⁵. Tarea que en el siglo XVI se deja sentir con una influencia del humanismo originario y renacentista que culmina por resaltar la importancia dada al hombre, a su dignidad y a su lugar privilegiado en el universo, como lo subraya P.O. Kristeller⁶⁶.

Luego se trataba en el humanismo, de oponer a la idea de Estado dominada por la doctrina estoica sobre la naturaleza. El Estado y la vida del Estado representaban el estado natural de la cosa; por el contrario, la fuerza de voluntad como potencia moral era entendida desde la sensibilidad cristiana.

Pero, en seguida viene el surgimiento de la tónica de la voluntad del legislador proveniente de los estudios sobre el renacimiento del derecho romano, los mismos que se llevaron a cabo a partir del Corpus Iuris Civilis sin detenerse a revisar las diferentes épocas que recubre la compilación justiniana⁶⁷. De aquí surgieron los esquemas de una teoría general de la interpretación jurídica considerada como propia de la construcción de la estructura dogmática de una exposición de la interpretación de la ley en cualquier época. Este yerro de la interpretatio iuris ocasionó una visión estática, puramente descriptiva, un conjunto de clasificaciones donde toda vida está ausente. Por lo que la teoría de la interpretación basada en la idea de la voluntad del legislador dio origen a tres consecuencias principales: 1. Una limitación estricta del dominio de la interpretación, limitación caracterizada por el adagio *in elar is non fit interpretatio* y la exclusión de ciertos medios

⁶⁵ Op.cit.ps.32-37

⁶⁶ Kristeller, Paul Oskar. El pensamiento Renacentista y sus fuentes, México, FCE, 1982

⁶⁷ Vonglis, Bernard La letire et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique. París: Sirey, 1962, p.8.Cf. NOVÁK, Leszek, . "De la rationalite du legislateur comme élément de 'interprétation Juridique- en, Etudes de Logique Juridique, publiées par Ch. Perelman, Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1.967, vol III, pp 65-86. Haba, Enrique P., "La voluntad del legislador ¿Ficción o realidad?-, en Revista de Ciencias jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. N° 32. Mayo - Agosto, 1.977, pp 73-88. Pascualucci Paolo "Il mito rousseauiano del legislaadoe, en, Revista Internazionale di Filosofia del diritto. IV serie -LV -1.978. Milano: Dott. A. Giuffré. Editore, pp 882-906.

considerados como creadores de Derecho: la extensión por analogía y la apreciación del resultado práctico obtenido por la interpretación; 2. Una confusión total de los métodos de interpretación de la ley y de los actos privados, y 3) la ausencia de toda indicación relativa al mecanismo real de la interpretación. Según Carrión, Vonglis precisa que la voluntad del legislador es "la idea expresada por los verba que constituye el texto legal. Una ley bien hecha es aquella en que el texto expresa exactamente la voluntad perfectamente consciente e informada del legislador. Por lo tanto, es directamente en el texto de la ley, es decir, en los verba, que debe ser investigada esta voluntad" y, por ello a la voluntad del legislador debe responder la sumisión de aquellos que le están sometidos, en primer lugar los intérpretes encargados de hacer evidente esa voluntad.

Ahora que, si en el texto está la voluntad del legislador, entonces la voluntad del legislador no es más que un mito, un velo destinado a ocultar el papel que juega la apreciación personal del intérprete. Sin embargo; en la interpretación clásica, aquella que asume la definición del Derecho de Celso como *ars aequi et boni*, es decir la interpretación de la ley "como del ius civile, es una actividad en gran parte libre y creadora en la que el método se acerca más a un arte antes que a una ciencia".

Paradójicamente en toda esta práctica interpretativa se reiteran constantes que aparecen en todas las épocas: la vida social y los textos de la ley. Mientras que los datos objetivos se ubican en el mundo de la vida en tanto hechos sociales, y que el intérprete debe aceptar como tales y sobre los cuales no puede actuar, la ley, por otro lado, "fija las reglas de su acción"; sólo que la "ley no es perfecta a veces es oscura o incompleta en el sentido en que ella no nos proporciona expresamente la solución de todos los problemas".

Son las sistematizaciones del derecho romano las que van a lograr configurar, más tarde, una especie de paradigma de la cultura jurídica occidental, en plena

segunda mitad del siglo XVIII que clama por la no interpretación de las leyes, y recomendando escribir las leyes en un lenguaje que no fuera extraño al pueblo, y la publicación e impresión de las mismas. Dogma que se expresaba así: ¿Quién será, pues, su legítimo intérprete? ¿El soberano, es decir el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo examinar si tal hombre ha cometido o no una acción contraria á las leyes? Esa respuesta converge al Juez, quien debe plantearse un solo silogismo so pena de incurrir en la incertidumbre.

Ahora, no hay cosa más peligrosa que aquél axioma común que establece la necesidad de consultar el espíritu de la ley, puesto que, el espíritu de la ley sería, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una buena o mala digestión, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido, y de todas aquellas mínimas fuerzas que alteran la apariencia de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre. Por eso es necesaria la interpretación justa porque los ciudadanos obtienen aquella seguridad de sí mismos, es el fin que buscan los hombres en la sociedad, y es útil porque los pone en la situación de calcular exactamente los inconvenientes de un asunto.

Bien, otro elemento para lograr el objetivo de la seguridad de las leyes, será la obligación de que las leyes se escriban “no en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en dependencia de unos pocos, en la imposibilidad de juzgar por sí mismos”; por el contrario, que sean claras en el signo y en el sentido para que se haga inteligible el sacro código de leyes⁶⁸.

⁶⁸ Según Guido Fassó, la posición de Beccaria se basa en 'argumentaciones contractualistas y utilitarias y lo considera como -intérprete de los sentimientos y de las exigencias de la época, que ejerció una gran influencia. Guido Fassó Historia de la Filosofía del Derecho. La Edad Moderna Madrid: Ediciones Pirámide, S.A.,1982, pp 257-258 T2, Cfr. Francisco Corpaci .Ideología e Política in Cesare Beccaria, Milano: Dott. A Guiffre, Editore,1965, Beccaria Cesare De los delitos y de las penas. Edición de Franco Venturi. Trad.de Joaquín Jordá Catalá, Barcelona: Editorial Bruguera. S.A., 1983 pp 57-59.En la edición italiana de Sergio Romagnoli. Firenze: Sansoni, 1958, pp.51-53.

Obra que contextualizó Beccaria, abriendo el camino de la vida política secular en donde le correspondía al "publicista establecer las relaciones de lo justo y de lo injusto político, o sea, del provecho o del daño de la sociedad.

Por eso resulta curioso que una de las fuentes intelectuales de Beccaria, fuera Charles de Secondat barón de La Brede et de Montesquieu, antiguo presidente del Parlamento de Burdeos, de la Academia Francesa, de la Academia Real de Ciencias y Letras de Prusia y de la Sociedad Real de Londres, quien puso a rodar en la Europa iluminista la idea del "espíritu de las leyes" y ensalzaba la universal razón humana. Sin embargo, el tal "espíritu" era algo muy concreto: este espíritu consiste- dice Montesquieu- en las diversas relaciones que las leyes pueden tener con las diversas cosas; y todas esas cosas en su conjunto constituyen lo que se llama "espíritu de las leyes". ¿Cuáles son esas cosas que deben guardar estrecha relación con las leyes? Pues "los caracteres físicos del país", el "clima helado, caluroso o templado, la calidad del terreno, su situación, tamaño, el género de vida de los pueblos sean labradores, cazadores o pastores"; así, las leyes "deben adaptarse al grado de libertad que permite la constitución, a la religión de los habitantes, a las inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres y a sus maneras"⁶⁹.

Todas las relaciones causales que mantienen todas las cosas están guiadas por la universalidad de la razón y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares donde se aplica esta razón humana; visión que explica la proclama del "amor a la patria" entendida como el amor a la igualdad,

⁶⁹ Montesquieu. De l'Esprit des Lois. Oeuvres Complètes. (París: Aux éditions de Seuil, 1964).p.532. El título completo dice: Del Espíritu de las leyes o de la relación que las leyes deben tener con la constitución de cada gobierno, las costumbres, el clima, la religión, el comercio, etc. a la que el autor ha agregado investigaciones nuevas sobre las leyes romanas que tratan sobre las sucesiones, sobre las leyes francesas y sobre las leyes feudales.

esto es la virtud política consistía en el amor a la patria y a la igualdad encarnado en el hombre de bien político⁷⁰.

Le siguen a estas orientaciones interpretativas las planteadas sobre el Derecho Romano de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) quien en su investigación sobre el Sistema de Derecho Romano Actual en 8 volúmenes (1840 a 1851), marcó varios tópicos que todavía manejan los juristas. Se planteó la cuestión: ¿Cómo es posible, en general, una interpretación? Para verificar que sólo podía venir de una visión sistemática de la realidad del derecho y del estado⁷¹. Los *topoi* clásicos que planteo Savigny están en gran parte recogidos en el Capítulo IV del Tomo 1 de su Sistema del Derecho Romano Actual y se titula "Interpretación de Las Leyes".

Una vez establecida las fuentes como reglas de derecho comienza el esfuerzo intelectual de reconstrucción que lleva a la asimilación de las fuentes. Concibiendo ese "asimilar", para indicar el tipo de aplicación de las fuentes que hace el jurisconsulto, el magistrado o el ciudadano. Considerada la interpretación en su esencia propia, es preciso volver a la idea de un acto libre de la inteligencia, el cual implica necesariamente la existencia de una ley. Por ello, cuando se obstaculiza la actividad de la inteligencia no hay interpretación. Es decir que lo que los autores modernos llaman interpretación auténtica o usual, no es en verdad una especie de interpretación, sino más bien lo contrario, la exclusión, la prohibición de la inteligencia verdadera. Explica ese precedente que la interpretación sólo puede ser la interpretación doctrinal que es una verdadera y natural explicación de la ley, diversa de la interpretación legislativa, que es una modificación de la ley.

⁷⁰ op.cit.p.528. Montesquieu es más usado que Beccaria para presentar el paradigma de juez y de obediencia a la ley de la época iluminista. Ellos expresan bien lo que comenzó como una victoria de la razón universal sobre la arbitrariedad nefasta del antiguo régimen europeo. La influencia del primero ha perdurado hasta nuestros días y debe ser entendido en el contexto de las nuevas controversias respecto del fenómeno social jurídico de interpretación de la ley. Una historia de las ideas jurídicas modernas debe dar cuenta de este proceso histórico de la hermenéutica jurídica.

⁷¹ KARL VON SAVIGNY, Friedrich. Sistema del derecho romano actual (versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley).(Madrid: Centro Editorial de Góngora, 6 vol, s/f.)

Viene entonces la conclusión forzosa de que no hay métodos para aprender o enseñar a interpretar, puesto que la interpretación es un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia. Y como es arte, no hay reglas qué enseñar; sólo queda contemplar las obras de los grandes maestros, para penetrar en el secreto de su superioridad, poniendo así en actividad las facultades que reclama la ciencia y aprendemos a dirigir por buen camino nuestros esfuerzos. Por eso, la teoría de la interpretación, como la de todas las artes, se limita a establecer los presupuestos y a enseñar los peligros que podemos encontrar en nuestro camino.

Con esos límites de una teoría de la interpretación, se analiza la interpretación de la ley tomada separadamente y en sí misma y después estudiará la interpretación de las fuentes interpretadas en su conjunto, por lo que frente a una ley aislada el proceso de interpretación intenta hacer una reconstrucción del pensamiento contenido en la ley; ara lograr este propósito el intérprete debe colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia", guiados por la idea de que interpretar la ley no es hacer algo diferente a la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado en el lenguaje, razón por la cual aparecen los cuatro clásicos métodos de la interpretación:

- i) el gramatical que tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes;
- ii) el lógico, que consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes;
- iii) el histórico, que debe esclarecer el estado de derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido;

- iv) el sistemático que tiene por objeto el lazo íntimo que une a las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. Aquí hechos históricos y sistema general del derecho encuentran el punto de su mutua implicancia.

Significa eso que una interpretación es exitosa cuando reproducimos en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determina el pensamiento de la ley, y cuando traemos a consideración los hechos históricos y el sistema entero de derecho para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar. Éxito que está en relación directa con el talento del intérprete y aun del talento del legislador; suponiendo que este último haya podido expresar y condensar en su texto las ideas positivas.

Rige también para la interpretación el "Motivo de la ley" que debe expresar la regla superior de derecho, de la que deriva la ley y el fin o la intención de la ley. Todo lo hasta aquí dicho funciona en el caso de la interpretación de las leyes en su estado normal, pero en el caso de las leyes defectuosas que se caracterizan por tener expresiones indeterminadas o impropias, Savigny recomienda interpretar la parte defectuosa con la ayuda de otras partes de la misma ley o con la ayuda de otras leyes -observando la cercanía de las fechas de las leyes-; también habrá que tener en cuenta los motivos y el resultado obtenido. Fíjense que la impropiedad de los términos puede permitir decir más, y en este caso la interpretación es extensiva o decir menos, y entonces será restrictiva.

Fijados estos preceptos generales de la interpretación de las leyes, Savigny los aplicará a la legislación justiniana de donde saldrán nuevos preceptos para la interpretación de los textos, comenzando por fijar los textos en una operación crítica que se denomina diplomática. No es difícil reconocer que los preceptos establecidos por Savigny continúan vigentes, aunque desprovistos de su sentido original, en la práctica interpretativa doctrinaria actual, configurando así algo muy cercano a una dogmática de la interpretación jurídica.

Posteriormente, otro jurista francés intentó colocar la interpretación en la vía de una actividad más cercana a la ciencia y no a las cualidades más o menos refinadas de los intérpretes, que es como procederá el método esencialmente exegético. Francois Gén⁷² estableció que, además de la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina como fuentes formales de derecho, habrá que agregar la libre investigación científica, la misma que permitirá hacer entrar a las reglas jurídicas en los ámbitos de toda investigación merecedora de ser considerada como una verdadera ciencia, asegurando así a estas reglas un valor superior a las contingencias que las provocan.

En *Ultima Verba*, su testamento intelectual y en su gran obra *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif. Essai Critique*⁷³, marcó el inicio de un giro en los tópicos de la interpretación jurídica. Comenzó exponiendo el método de interpretación tradicional basado en el fenómeno de la codificación que marcó la época moderna actual del derecho positivo, pero la novedad de los Códigos dejaba intacto, en lo que había realmente de esencial, la libertad de interpretación jurídica. En general, este método de investigación de las reglas del derecho positivo tiene dos aspectos importantes: a) el reconocimiento e interpretación propiamente dicha de las fuentes del derecho aplicables, y b) la búsqueda, por encima de las fuentes, de los principios vivificantes y fecundos, necesarios al funcionamiento total del organismo de derecho privado.

De la crítica negativa al método tradicional Gén⁷² sacó dos resultados:

⁷² Gén⁷², Francois, *Ultima Verba*; París: R. Pichon, R. Durand-Azulas, Mars. 1951, pp.12-14.

⁷³ Ob cit., *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif Essai Critique*, 1954. Seconde édition revue et mise au courant. París: L.G.D.J, 2t, T I, p.23 s

- i) por una parte, es necesario renunciar, aun bajo nuestro régimen de codificación, a ver en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas
- ii) por otra parte, el sistema de concepciones abstractas y de construcciones puramente lógicas parece importante para proporcionar a la investigación científica otra cosa que no sea un instrumento de descubrimiento, sin valor objetivo, que pueda sugerir soluciones, e incapaz en sí mismo de demostrar lo bien fundado ni de poner a prueba el mérito intrínseco y la verdad duradera de estas construcciones.

Estas palabras de Gény expresadas en 1880 no parece que sean oscuras e ininteligibles a nuestra comprensión y sensibilidad finisecular; más aún, en su "Esquema de un plan de reconstrucción del método y de una teoría de las fuentes", él afirma rotundamente que, fuera del caso en que una fuente de derecho formal zanje los problemas de interpretación -frente a lo cual "toda voluntad individual debe ceder"- y considerando que la ley escrita no nos proporciona todas las soluciones que requiere la práctica, y puesto que la lógica del derecho es impotente para darnos la clave de los problemas de la vida social, Gény sostiene que es este el momento de dejar en libre curso a la actividad individual del intérprete, quien deberá escrutar él mismo las exigencias de la naturaleza de las cosas y las condiciones de vida. Gény plantea entre otras tesis, dos que son lapidarias respecto del método tradicional:

- i). Que la ley encuentra su propio campo de desarrollo, en el medio moral, social, económico, que es como la atmósfera del mundo jurídico;
- ii) la idea de la fecundidad de la ley escrita es una ilusión racionalista de fines del siglo XVIII, y se caracteriza porque representa a la ley como la imagen de una obra divina; como una revelación perfecta y completa, del derecho positivo, debiendo, a priori, bastarse a sí misma, vaciada en un sistema de exactitud matemática.

Por el contrario, Gény recomienda tomar el texto legal como una entidad desgajada de su fuente directa, permitiendo la evolución de la ley subordinada, esencialmente, al medio social. Una consecuencia de esta posición es la de olvidarse de la intención del legislador y dejar de torturar el texto para tratar de sacar otra cosa en lugar de lo que el legislador quiso poner en la ley. Sin embargo, una cosa es que la ley, una vez puesta en vigor, se separe de la persona del legislador y otra muy distinta es que no se reconozca en la ley lo que el legislador ha dejado en ella su pensamiento y su querer. Gény da por sentado que existe la parte irrefutable de la actividad consciente y reflexiva del hombre en la formación del derecho.

La ley escrita es pues la "expresión de una voluntad inteligible"; es decir, que al contener la ley una actividad consciente y reflexiva, ella no puede concebirse como un producto inmediato y directo del medio social, lo que haría confundirla con el derecho espontáneo o derecho de la costumbre. Sin embargo, aun concediendo todo esto, la posición de Gény es la opuesta porque la ley no es más que uno de los numerosos elementos de la interpretación jurídica, vista en su conjunto. Insuficientemente por sí misma para satisfacer todas las exigencias de las relaciones humanas que ameritan reconocimiento jurídico; la ley admite otras fuentes formales de derecho positivo, a falta de las cuales queda todavía un lugar para ser ocupado por la libre investigación científica.

En esta perspectiva, es vano oponer la interpretación gramatical a la lógica puesto que una y otra se complementa y tampoco es necesario proponer al intérprete una escogencia, un poco pueril, entre el texto y el espíritu de la ley, puesto que el texto interviene como manifestación auténtica y solemne del espíritu. Y el lenguaje no es más que un instrumento cargado -se debe suponer- de pensamientos conscientes y reflexivos y que, las palabras traducen fielmente su pensamiento y su querer.

Viene enseguida el trabajo de una nueva y sistemática investigación sobre la Teoría General de la Interpretación se diseña a partir de la obra de Emilio Betti.⁷⁴ La teoría de la interpretación jurídica se encuentra en esta, por eso el análisis de Betti pone de relieve varios puntos que se pueden entroncar con las actuales aproximaciones, subraya la interpretación jurídica en función normativa en el marco del entender para obrar o mejor dicho para decidir, o sea, para tomar partido respecto de los preceptos a observar, o en orden a dogmas, valoraciones morales o situaciones psicológicas a tener en cuenta.

La interpretación será una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a formas representativas. La interpretación jurídica tiene tres funciones:

- i) una función cognoscitiva que consiste en el reconocimiento de la ley o de otra fuente del derecho;
- ii) una función normativa que busca obtener máximas de decisión y de acción práctica y
- iii) la función reproductora o representativa, es decir que se entiende como medio de un fin ulterior que es el hacer entender a un círculo de destinatarios.

En la dialéctica del proceso interpretativo surge, según Betti, la antinomia entre la subjetividad del entender y la objetividad del sentido a atribuir, y esta dialéctica corre paralela a la dialéctica de todo proceso cognoscitivo con la antinomia entre la actualidad de sujeto y la alterada del objeto. La fuente de la jurisprudencia civilística le permite a Betti detectar los tipos de cánones hermenéuticos:

⁷⁴ Betti, Emilio. La interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Traducción y prólogo de José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p.95

- i) uno correspondiente a los cánones del objeto, como son: la inmanencia o autonomía. Esto significa que la forma representativa, la ley, debe ser entendida según su propia ley de formación conforme a su interior necesidad y racionalidad;
- ii) el segundo canon del objeto es la totalidad o coherencia referido a la correlación existente entre las partes constitutivas del discurso;
- iii) el tercer canon es el de la interpretación supletiva, es decir, se trata de integrar la valoración normativa en su racionalidad, desarrollando ulteriores secuencias con ello coherentes, o por el contrario, en caso de falta de racionalidad, limitando su aplicación;

También están los cánones hermenéuticos del sujeto:

- i) la actividad del entender por el cual el intérprete es llamado a recorrer por sí mismo el proceso creativo;
- ii) el canon de la adecuación del entender, o canon de la correspondencia o consonancia hermenéutica; este canon manda que el intérprete y el objeto por entender, vibren en perfecto unísono.

Obra igual en esta escuela, la clara conciencia de la función pedagógica de la Teoría de la Interpretación, pues es una teoría particularmente adaptada a educar a los jóvenes el sentido de respeto hacia las opiniones de los demás.

Para la misma época, Hans-Georg Gadamer asumió que la hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. En ella se tiene el modelo de la relación entre pasado y presente que se está buscando. Cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. Es decir que la preocupación del juez es el significado jurídico de la ley y no el significado histórico de su promulgación. Intenta diferenciar a sujetos intérpretes diferentes y

próximos a la vez: el jurista, el historiador, el teólogo y el filólogo. Entre el jurista y el teólogo hay algo que los emparenta y esto es el texto mismo, pues la acción interpretadora se mantiene enteramente atada al sentido del texto. Ni el jurista ni el teólogo ven en la tarea de la aplicación una libertad frente al texto. Gadamer ha reconocido que la hermenéutica jurídica ejerce una especie de función modélica' en cuanto la ley necesita siempre de la interpretación para su aplicación práctica⁷⁵.

De hecho o que importa a todos los estudiosos del derecho es qué texto, qué ley, qué norma o principio del derecho hay que interpretar para poder construir un esquema racional que de cuenta de esta específica práctica interpretativa en la que, según todos los autores citados, se resalta el hecho de entender las relaciones que sostiene el discurso y la vida, como lo expuso Giuseppe Capograssi, para quien interpretar significa acomodar la norma a la vida; hacer que la norma asimile a la vida: la vida está en el movimiento mismo inicial y característico de la labor interpretativa, afirmada como el fin de la norma.

Sin embargo en este proceso, persiste la permanente oscilación entre la razón y la voluntad en la determinación de las soluciones jurídicas de los problemas prácticos de la vida social, a la que se ha yuxtapuesto otra cuestión derivada y heredera de la tradición, la de si hay o no métodos que nos garanticen la interpretación correcta, por lo que nuevamente emerge la disputa entre el racionalismo y el voluntarismo en la actividad interpretativa jurídica científica y judicial. Precisamente, Hans Kelsen en el último capítulo de su Teoría Pura del Derecho (1960)⁷⁶ replanteó la cuestión en los siguientes términos: hay varios momentos y clases de interpretación de la ley, todos ellos responden a la

⁷⁵ Gaamer. Verdad y Método, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992, T II, p.333. Para esta visión de la hermenéutica jurídica véase Manuel Calvo García Los fundamentos del método jurídico: una versión crítica, en especial el capítulo VII. "La Nueva hermenéutica jurídica, Madrid: Editorial Tecnos.S.A., 1994.

⁷⁶ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Versión castellana de la 21 edición de 1960 de Roberto Vernengo, México: UNAM. 1951. p.349.

caracterización de la interpretación como un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. Así se procede, por ejemplo, en el caso de la producción de una sentencia judicial o de una resolución administrativa; en los tratados internacionales o aplicación del derecho internacional consuetudinario; en el caso de la interpretación de normas individuales en tanto deben recibir aplicación. En el caso de los individuos que les toca acatar el derecho tiene que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ello su sentido; y por último, la ciencia jurídica, cuando describe un derecho positivo, tiene que interpretar normas.

Esto permitió a Kelsen distinguir dos grandes ámbitos de interpretación de la ley:

- i) la interpretación por los órganos jurídicos de aplicación
- ii) la interpretación que realiza la ciencia del derecho y las personas privadas.

Kelsen sólo se refiere a la interpretación efectuada por el órgano de aplicación del derecho, esa es la respuesta a lo que él mismo considera la tesis de la interpretación de la jurisprudencia tradicional. ¿Qué afirma esta tesis?:

- i. La interpretación no debe limitarse a determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse, sino que puede esperarse de ella el satisfacer otra función más, inclusive se inclina a ver en ello su función principal.
- ii. Esa función principal consistiría en que la interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar el marco establecido; y, bajo esta fuerte creencia en la existencia de un método la teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar solo una decisión correcta, y que la corrección jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la misma. Y que para que esta creencia de la jurisprudencia tradicional tenga

un sustento en el proceso de interpretación, hay que concebir a este como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento y comprensión; como si el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.

Esta jurisprudencia tradicional se funda en el “como si” kelseniano, es decir una teoría basada en supuestos no justificados, a la que le sigue la conclusión obvia de la insistencia en los llamados métodos de interpretación, los que no cumplen con encontrar la correcta interpretación y por ello no hay nada que zanje válida y objetivamente el conflicto entre voluntad y expresión. Particularmente, en el caso de contradicción de normas, aun habiendo determinado las posibilidades lógicas extraídas del derecho positivo, todas quedarían en pie de igualdad, puesto que resulta inútil pretender fundar jurídicamente una de esas posibilidades con exclusión de las otras, pues ni siquiera los argumentos a contrario o de analogía permiten descubrir criterio alguno para resolver cuándo debe recurrirse a uno o al otro.

También ocurre con el principio de la estimación de intereses, que no deja de ser una mera fórmula, pues precisamente el conflicto de intereses está necesitado de una interpretación para su solución y todo lo que puede hacer la interpretación, en la medida de que carece de este método único y revelador de la decisión correcta, es dejar abierta varias posibilidades.

Entonces, la pregunta es ¿Cual de esos intereses escogerá la interpretación?, esto sólo lo decide la sentencia judicial, por lo que, para Kelsen, la teoría tradicional de la interpretación se enreda en un autoengaño lleno de contradicciones. ES decir que la pregunta de cuál sea la posibilidad correcta en el marco del derecho aplicable, no es según los supuestos previos ninguna pregunta

dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma de creer, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta⁷⁷.

Para cerrar, la tesis general sobre la interpretación del derecho realizada por los órganos de aplicación del derecho es la siguiente: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación del derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la investigación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior, o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable. De ahí que este rasgo volitivo, dice Kelsen, sea el causante de que interpretación del derecho efectuada por el órgano de aplicación se distingue de toda otra interpretación, principalmente de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica. En ese caso, la interpretación que adopta la forma de una ley o la interpretación de un órgano que produce una norma individual, ambas son auténticas interpretaciones y ambas son creadoras de derecho. La función de la interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados de una norma jurídica y, en este sentido, no debe exceder sus objetivos y por ello tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido correcto.

Aquí realmente se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica, ideal que puede tener grandes ventajas desde el punto de vista político. Esa seguridad jurídica sólo

⁷⁷ Aquí, según Kelsen el legislador como el juez son, ambos, creadores de derecho con mayor o menor libertad.

puede ser lograda por un acto arbitrario desde el punto de vista cognoscitivo: haciendo que se restrinja a un mínimo la multiplicidad de sentidos inevitable. Sólo así, definiendo positivamente el significado de las leyes positivas se lograría el grado mayor de seguridad jurídica. Pues al parecer de quien escribe este texto, la cuestión de garantizar la seguridad jurídica está muy cercana a la posición de Humpty Dumpty: Cuando yo empleo una palabra, esa palabra significa lo que yo quiero que signifique, ni más ni menos⁷⁸ -lo que en otros términos implica que cada ley tenga un glosario-.

Procede entonces preguntarse si la Teoría Pura del Derecho aboga por la autoridad como criterio para decidir el significado de las normas jurídicas, a lo que se debe responder que la tesis postula un canon de interpretación relativo al sujeto, en este caso el juez -u otro órgano de aplicación del derecho- qué es un sujeto cognoscente-volitivo -provisto de un comprender y de un querer-que es el elemento final que cierra el sistema de derecho positivo, y este sujeto se ubica en el sistema recubierto de una neutralidad axiológica.

Ahora, no puede desconocerse y resultaría demasiado extenso explicarlo, que Kelsen asume una posición anticognoscitiva en la teoría de la interpretación de las normas jurídicas, por lo que otros autores le han criticado desde diversas escuelas, exponiendo tesis contrarias como la de Carlos Cossio, inclinado por un método empírico-dialéctico que postula una comprensión conceptual-emocional de la relación de la ley con los hechos del caso⁷⁹, es más otros, como Julio C. Cueto-Rúa -según lo cita Carrió-, en su *Judicial Methods on interpretation of the law* -texto no traducido a español- afirma que el juez puede echar mano de todos los métodos o instrumentos que sean consistentes con la justicia, esto es una teoría de la

⁷⁸ Carrol, Lewis, Alicia a través del espejo. Edición y Traducción de Luis Moristany. Barcelona: Plaza & Janes Editores, 1986.p215.

⁷⁹ Carrión, Roque La producción de la sentencia, en, Enciclopedia Jurídica. OMEBA, 1.996 Tomo VII. Apéndice Driskill S.A. Buenos Aires, pp.857-875 en donde realizo un análisis comparativo entre la teoría de la interpretación del derecho de Kelsen y Cossio.

interpretación más completa y satisfactoria, es decir, una teoría de la comprensión de el significado de la justicia⁸⁰.

No puede dejarse la investigación del todo, hay que repensar a propósito de la interpretación de la ley, pues desde mediados del siglo pasado el giro lingüístico que caracteriza a las expresiones del pensamiento filosófico y metodológico contemporáneos han hecho su presencia en este tema, como ocurre con la controversia sobre las palabras de la ley, que se ubica en las relaciones entre el Derecho y el Lenguaje de Genaro Carrió⁸¹.

Sumados a esos estudios de la interpretación clásica y moderna se traen a colación las líneas de investigación provenientes de distintos horizontes epistemológicos: de la lógica de los enunciados normativos -lógica deóntica-; de la teoría de la ideología; de la sociología del conocimiento; del renacimiento del iusnaturalismo crítico regulativo; de la teoría del discurso ideal -teoría de la acción comunicativa-; de la retórica; de la teoría de la decisión racional; de la teoría de los actos de habla, de la semiótica jurídica, entre otras. Esto significa que no es pacífica la reflexión teórica sobre la interpretación jurídica que ha de ser argumentativa, que en principio carece de una semiótica del proceso de interpretación de los signos representativos del derecho. Sin embargo, tal semiótica comenzó a diseñarse, desde cierta perspectiva, en 1944 y ha continuado desarrollándose de forma independiente de los estudios dogmáticos del derecho positivo⁸².

⁸⁰ Cueto-Rúa, Julio C., Judicial Methods of Interpretation of the law. Louisiana: Louisiana State University, 1981 p.276-277.

⁸¹ Soler, Sebastián. Interpretación de la Ley. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962 y Las palabras de la ley. México: FCE., 1969. CARRIO, Genaro R., Notas sobre Derecho y Lenguaje Buenos Aires: Abeledo.Perrot., 1971 y Algunas palabras sobre las palabras de la ley. Buenos Aires: Abeledo Perrot., 1.971.

⁸² Para un Panorama actual de la semiótica Jurídica veáse CARRION WAM, Roque. -Semiótica Jurídica, en, Enciclopedia Jurídica OMEBA,1.992 Tomo VI. Apéndice. Driskill S.A. Buenos Aires, pp.582-594 y Semiótica Jurídica, México: UNAM, 1989.

Para finiquitar, lo que debe orientar los estudios de derecho es el reiterado y diario ejercicio de la praxis de la hermenéutica jurídica, para lo cual se requiere no solo conocer la ley, es decir describir los supuestos horizontes de interpretación sino que, además, hay que ubicar la ley en un plano mucho mas amplio, cuál es el de la cultura, el de la constitución normativa, esto es en un extenso ámbito, pues tanto el constituyente como el legislador escogen los tópicos que quieren reconstituirllos como situaciones determinadas normativamente. De aquí que el canon del sujeto interprete, el juez y todo aplicador de la ley, debe estar ubicado en el contexto jurídico y vívido de la cultura, pues los verba de la ley no son solamente indeterminadas, ambiguas, oscuras, más o menos polisémicas, sino que, como todo lenguaje natural de donde proviene, posee una inevitable textura abierta y, aunque existan expertos en redactar leyes al punto que recortan al máximo la letra de la ley para hacerla decir lo que se quiere que diga; a pesar del esfuerzo de una interpretación literal que provea de un marco o un punto de partida para la interpretación de los textos jurídicos la interpretación puede ser llevada a cabo según distintas orientaciones y figuras argumentativas, unas y otras, se eligen por razones que en última instancia son de índole extralingüística⁸³.

Baste con recordar que una interpretación judicial es distinta de un esfuerzo intelectual científico de interpretación de la ley, por lo que la argumentación jurídica positiva se resquebraja para permitir el ingreso de una visión más amplia que implica poner al derecho en el ámbito de una racionalidad práctica abierta a la ética y a la política, orientada hacia la composición de la materialidad de los intereses en conflicto.

⁸³ Haba, Enrique P. En torno al concepto de interpretación literal, en Revista de Ciencias Jurídicas 1.977. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, N° 33, Septiembre- Diciembre, p.154.

5 ACCIONES POPULARES RESUELTAS POR LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA EN 2008.

5.1 UBICACIÓN TEÓRICA DE LOS ARGUMENTOS JUDICIALES

Para efectos de continuar el trabajo interpretativo que aquí se ha dado conviene referir el modo en que los jueces civiles del circuito de Bucaramanga ejercen la función de administrar justicia respecto de los derechos colectivos que son demandados a través de acciones populares⁸⁴. Estos funcionarios, obligados a expresarse diciendo que la decisión debe constituir una derivación razonada del derecho vigente, so pena de anular la sentencia por carecer de un elemento esencial para que pueda ser reconocida como acto jurisdiccional. VER ANEXO DOS.

No es fácil la tarea de fundamentar esas decisiones, pues no se satisface a menos que la sentencia contenga alguna argumentación que vincule el contenido de la decisión con lo que el juez —o la comunidad jurídica - identifica como derecho vigente, la determinación de los requisitos formales que ha de cumplir la argumentación resulta problemática.

Como se ha iterado, el requisito de que las sentencias judiciales sean fundadas expresamente en el derecho vigente conlleva la vinculación con ciertos ideales políticos relativos a la función que corresponde a los jueces, los cuales se enmarcan en la doctrina política de la separación de poderes, en cuanto esta

⁸⁴ Subyace este acápite la respuesta al problema jurídico: ¿Cuál es la fundamentación jurídica contenida en las decisiones judiciales en acciones populares, proferidas por los Jueces Civiles del Circuito de Bucaramanga en el año 2008?.

doctrina requiere que la función de los jueces se circunscriba a resolver los casos particulares de acuerdo con las reglas generales sancionadas por el poder legislativo.

Es decir que en el análisis que aquí se escribe, lo que importa es la argumentación judicial cuyo objeto es el “razonamiento justificativo” que realizan los jueces “a favor del carácter correcto o aceptable de sus decisiones” y no, como aclara Manuel Atienza⁸⁵, “las razones que permitirían explicar -a través de un estudio de tipo psicológico, sociológico, ideológico, etc- esas decisiones”, pues toda sentencia, para la autora de este trabajo, si bien representa una expresión del proceso mental de su autor, que precede al fallo formal, es apenas una pequeña muestra de ese proceso, en ocasiones tan exigua que resulta imposible evidenciar las *verdaderas razones* que llevaron al juzgador a decidir en un sentido y no en otro. Y es precisamente, esa muestra del complicado y difícil proceso mental que conduce al juez a dictar una decisión, lo que se estudia desde el punto de vista de la argumentación, ya que ella contiene todos los elementos que a ésta interesan, aun cuando, no pocas veces del resultado de la evaluación argumentativa que de ella se haga afloran las *razones* que el autor se guardó.

Ocorre pues que ese estudio del fallo judicial bajo el punto de vista de la argumentación pueda conducirnos a encontrar indicios de que, las premisas que obran formalmente como sustento de la decisión no sirven más que para encubrir los *motivos* y las *razones* que reposan en la psiquis del juzgador y que, por alguna razón, éste no puede o no quiere ofrecer como legítimas en el plano formal de la sentencia; en otras ocasiones nos ofrece la prueba del desorden mental de quien produce la sentencia, pudiendo ser revelador de ignorancia o desconocimiento de la materia tratada, del expediente o de ambas cosas a la vez, con o sin *razones* ocultas.

⁸⁵ Atienza Manuel. El derecho como Argumentación. Editorial Ariel. Barcelona. 2.006. p. 97 -115

Atienza destaca cuatro características *modélicas* del juez, en una construcción ideal que están presentes en el razonamiento judicial y lo diferencian del razonamiento legislativo, entre otros, pese a que tales características no coincidan con el comportamiento de los jueces, tal como los conocemos, a saber:

- 1) Los jueces son funcionarios independientes, expertos en derecho, no responsables políticamente, que desarrollan su función de manera estable. Los jueces no representan ningún interés de algún sector o clase social y por lo tanto están regidos por el principio de imparcialidad.
- 2) Por lo general, los jueces actúan como órganos unipersonales o en el contexto de órganos colectivos formados por pocos miembros. De allí que en la mayoría de sus decisiones se alcanza un consenso por la vía deliberativa.
- 3) En cuanto al tipo de argumentación, el modelo básico utilizado por los jueces es el de la subsunción. Es decir, lo que se trata es de establecer si determinados hechos caen o no bajo la descripción de una norma para adjudicarles o no determinada consecuencia jurídica, lo que excepcionalmente podría suponer una enorme complejidad. En todo caso, el modelo de toma de una decisión judicial supone una drástica reducción de la complejidad mediante el mecanismo de la subsunción.
- 4) La argumentación judicial parece estar dirigida a la obtención de la respuesta correcta al caso y la coherencia parece ser esencial para ello, entendida ésta como un criterio conservador, integrador, que mira hacia el propio sistema, lo que supone que su razón de ser es la conformidad con el ordenamiento jurídico.

También el español, distingue tres concepciones o formas de ver la argumentación a partir de las cuales ésta puede entenderse, siendo la argumentación jurídica en general una combinación peculiar de elementos provenientes de todas ellas, sin que esto signifique que dentro de la misma no puedan distinguirse diversos campos o perspectivas en las que una u otra de esas concepciones juega un papel preponderante, esto es:

1) La concepción formal, fincada en la lógica deductiva. La argumentación se concibe como una serie de enunciados sin interpretar, abstracción hecha del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión, ya que lo que suministra son esquemas de los argumentos, lo que supone que: i) Si las premisas son verdaderas la conclusión es necesariamente verdadera, ya que la única forma de control es la forma lógica; y ii) Los argumentos no deductivos - inductivos, probabilísticos, abductivos, etc- pueden convertirse en deductivos si se les añaden ciertas premisas, convirtiendo así el esquema deductivo como mecanismo de control más usado.

2) La concepción material, donde lo esencial no es la forma de los enunciados sino aquello que los hace verdaderos o correctos, por eso se debe determinar en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre otro. La validez de las premisas depende de cómo es o como debe ser el mundo, lo cual es ajeno a las reglas de inferencia de la lógica formal. Expone una teoría de las premisas, de las razones para creer en algo o para realizar alguna acción.

3) La concepción pragmática, que observa la argumentación como un tipo de actividad dirigida a lograr la persuasión de un *auditórium* o a interactuar con otro u otros para lograr algún acuerdo respecto de algún problema teórico o práctico. Supone necesariamente una actividad social y en ella se distinguen dos enfoques: i) El de la retórica, cuyo propósito es el de persuadir a un *auditórium* que en la argumentación permanece o asume un papel básicamente estático; ii) El de la dialéctica en el cual la argumentación tiene lugar o acontece entre participantes que interactúan constantemente, dependiendo el éxito de la argumentación de que efectivamente se llegue al acuerdo respetando ciertas reglas.

Con esas mismas concepciones explica las falacias, de modo que no se hable únicamente de falacias formales y no formales, sino, para mayor precisión, de

falacias formales, falacias materiales y falacias pragmáticas -retóricas y dialécticas-. La falacia, como se sabe, es un razonamiento incorrecto pero persuasivo, engañoso, cuya incorrección puede resultarle a alguien difícil de percibir.

Resulta importante tener en éste caso presente lo que Atienza afirma frente al uso de las falacias en las sentencias judiciales:

i) la falacia formal radica en la violación de una regla de inferencia válida según la lógica -deductiva o inductiva-, lo que acontece, por ejemplo, cuando se afirma el consecuente -violación de la regla de la lógica deductiva- o cuando se hace una generalización precipitada -violación de una regla de la inducción-. La falacia no se contrae simplemente a que el argumento resulte ineficaz en la persuasión, sino que se recurra con cierta eficacia a un procedimiento contrario a la buena retórica, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se abusa del argumento de autoridad.

ii) la falacia material supone que la construcción de las premisas se ha efectuado utilizando un criterio sólo aparentemente correcto, lo que se evidencia, por ejemplo, en las falacias de ambigüedad o de la falsa analogía. Ocurre cuando se viola una de las reglas del debate, por ejemplo, cuando se evade una pregunta existiendo la obligación de responderla.

iii) la falacia pragmática, el engaño tiene lugar por la violación, de forma más o menos oculta, de una de las reglas de quienes argumentan en el marco de un discurso retórico o dialéctico.

En consecuencia, la sentencia, independientemente de lo escasa o poca motivación, se nos presenta como una serie de enunciados y argumentos que terminan mostrando un silogismo, cuando menos. Se afirma que en la sentencia el juez normalmente construye múltiples silogismos que, a la postre, se muestran

necesarios para justificar el silogismo que encierra la solución concreta del caso que se erige como norma individual y concreta. Es decir, que además de la estructura formal del silogismo, la sentencia revela, a propósito de éste, una nueva norma que es precisamente el mandato que surge de subsumir los hechos en la norma general y abstracta. Todo ello supone que el juez realiza un proceso discursivo dirigido a la justificación de una solución. Por eso se afirma igualmente que el razonamiento que conduce a la sentencia es: problemático, práctico, valorativo y retórico.

El tercer razonamiento permite fundar este estudio, por lo que es preciso recordar lo que significa la retórica.

Con la aparición de los Sofistas en Grecia (S. V.a.c.) tiene lugar el nacimiento de la retórica y probablemente su principal exponentes fue Gorgias de Leontini (S V. a.c.), quien en uno de los diálogos de Platón titulado “Gorgias o de la Retórica” respondiendo a Sócrates afirma que la retórica es autora de la persuasión que tiene lugar ante los tribunales y en las restantes reuniones de ciudadanos... y que tiene que ver con lo justo y lo injusto. En el mismo diálogo, Sócrates pregunta a Gorgias ¿qué clase de persuasión es la que produce la retórica?, a lo que éste respondió que aquella, evidentemente, de la cual nace el creer, no de la que instruye. Gorgias también afirma que el objeto de la retórica es poder persuadir mediante el discurso, hablando ante un tribunal, a los jueces en el consistorio, a los miembros del consejo, en la Asamblea Popular, a los miembros de la misma, y en fin, en cualquier reunión de trascendencia ciudadana, a los que asistan a ella, y expresa, ante una pregunta de Sócrates, que el principal objeto de la retórica es la de producir la persuasión en el espíritu de los oyentes. En este mismo diálogo Gorgias destaca que la retórica no es la única que produce persuasión, también lo hacen otras artes, y que existe la persuasión que proporciona la creencia sin la

ciencia y la que depara la ciencia, pero que sólo un orador está capacitado para hablar contra toda clase de personas y sobre cualquier asunto

En este diálogo queda definida la retórica así como delimitado su objeto a la luz el pensamiento sofista. Se le concibe entonces como el arte de la persuasión por excelencia, dirigido a la creencia y no al saber, siendo su objeto el persuadir por medio del discurso. El discurso del que se ocupa es el que concierne a la oratoria, es decir, el que se produce por medio de la palabra hablada.

A Platón esta retórica no le sirvió para la medicina y por eso propuso una retórica educativa, a la que se le ha visto identificada con la filosofía y, por lo tanto, sin objeto propio.

Aristóteles, en cambio, sí le asigna a la retórica un objeto específico cuando la define como "la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer"⁸⁶. Por lo tanto, deduce de la tópica la consideración de los argumentos probables -que son los que precisamente tienen la capacidad de persuadir- y suministra las reglas para el uso estratégico de tales argumentos, ahí la validez de las relaciones no reside en sus propiedades internas, sino en su eficacia persuasiva dentro de la estructura del discurso y que éstos subrayan así el carácter técnico, instrumental, de la retórica⁸⁷. Por ello la indiferencia por la verdad, que los sofistas formulan en forma negativa: El error no existe, entonces todo es verdadero, lo cual implica que en temas de la retórica, toda argumentación es válida y que si se procede con habilidad y elocuencia toda argumentación se puede imponer, de donde en la imposibilidad de discernir entre verdad y error, todo saber se convierte en opinión,

⁸⁶ Aristóteles, Retórica. Introducción, Traducción y Notas por Quintin Racionero. Biblioteca Clásica Gredos 142. Editorial Gredos. Madrid 1.990. p. 173.

⁸⁷ Perelman, Chaim. La Lógica jurídica y la nueva retórica. Traducción del Francés por Luis Díez - Picazo. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1979. p. 139.

toda afirmación admite su negación, toda tesis encierra su antítesis, toda proposición constituye materia de controversia.

Muchos fueron los contradictores de Aristóteles, al punto que la retórica casi desapareció principalmente con el dogmatismo racionalista iniciado por Descartes, que tuvo su solidificación en el siglo XIX. Siendo la razón el eje central, que lo es todo, obviamente que ninguna o muy poca relevancia podía tener una disciplina cuyo objeto hasta ese momento era simplemente la persuasión.

A mediados del siglo XX la retórica tiene un renacer que se inicia, entre otros, con los trabajos de Perelman, quien partiendo de Aristóteles introduce lo que él denomina "La Nueva Retórica" dando lugar así a una renovada conceptualización de esta disciplina. Afirma este autor que la retórica "tiene por objeto el estudio de técnicas discursivas que tratan de provocar y de acrecentar la adhesión de los espíritus a tesis que se presentan para su asentimiento"⁸⁸.

No obstante, según Perelman esta definición debe concretarse mediante cuatro observaciones que permitan precisar su alcance, a saber:

a) La retórica trata de persuadir por medio del discurso. No hay retórica cuando se recurre a la experiencia para obtener la adhesión hacia una afirmación. Plantea igualmente que también quedan excluidos de la retórica la violencia y las caricias, pero, que sirviéndose la retórica del lenguaje resulta muy difícil eliminar las amenazas y las promesas;

b) La demostración y las relaciones de la lógica formal con la retórica. Plantea que la prueba demostrativa, que analiza la lógica formal, es más que persuasiva, es convincente, pero a condición de que se admita la veracidad de la premisas de que parte. Desde luego, este aserto se robustece en las palabras de Ulrich Klug,

⁸⁸ Ob. Cit., pág 139-141

para quien la lógica formal es aquella parte de la teoría de la ciencia que nos proporciona la técnica para las demostraciones científicas"⁸⁹;

c) La adhesión a una tesis puede ser de una intensidad variable;

d) La retórica no se refiere tanto a la verdad como a la adhesión; pues, las verdades no cambian su condición porque se les acepte o no, siguen siendo verdades; pero, la adhesión es siempre la adhesión de una o varias inteligencias a las que nos dirigimos. Es decir, de un auditorio.

Lo que permite afirmar que para la argumentación judicial lo importante de la retórica antigua es su tópico, es decir, todo aquello que concierne a la técnica misma de la argumentación. En la actualidad, la retórica no se reduce al discurso oral, que al parecer era el método fundamentalmente concebido por los sofistas. El discurso reviste múltiples y variadas formas. Es decir, el discurso se presenta como una tesis que puede estar dirigida a uno o a múltiples destinatarios, que es lo que se denomina auditorio, determinado o indeterminado, presente o futuro. Por eso es importante analizar la evidencia que nos presenta Pérelman acerca de los géneros que respecto de la oratoria distinguió Aristóteles. El filósofo se refirió al género deliberativo, al judicial y al epidíctico. Los dos primeros están referidos o presuponen una controversia política o un litigio Judicial, mientras que el epidíctico no lleva a ninguna decisión especial y sólo representan un espectáculo en donde el papel del agente no consiste en tomar una decisión, sino en apreciar el talento del orador.

Sin embargo, Pérelman destaca que, en la práctica es posible transformar en espectáculo o en obra literaria cualquier género de discurso. No puede negarse que en los últimos tiempos la retórica ha adquirido una relevancia notable. El

⁸⁹ Klug, Ulrich, *Lógica jurídica*. Publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.V. Volumen XXV. Caracas, 1961, p. 16.

dogmatismo racionalista que llegó a arrinconarla está siendo abandonado, o cuando menos revisado. La evidencia de que mucho del pensamiento humano permanece en las dimensiones de lo incierto, de lo razonable y de lo valorativo, enseña que no es posible arribar siempre a nociones incontrovertibles. De allí que, en ese campo, es la persuasión la que va a jugar un papel preponderante. La retórica vuelve entonces a reclamar su espacio. Desde luego no es lícito que el juez, como órgano imparcial, busque la persuasión por la persuasión y menos si recurre a toda clase de razonamientos engañosos pero persuasivos para encubrir un proceder apartado de su ministerio. Nada justifica que el juez en la sentencia pierda la condición de árbitro y lo encubra con falacias o que desatendiendo sus deberes no se cuide de su ignorancia.

Las decisiones judiciales están constituidas por una serie de enunciados y argumentos que el juez va relacionando para arribar a una determinación. En esa determinación el juez está limitado por el objeto u objetos que las partes someten a su conocimiento, al menos en la justicia ordinaria gobernada por el principio dispositivo, pero es libre de escoger las razones jurídicas, para justificar su decisión. Esto no implica que el juez esté facultado para recurrir a *cualquier* argumento, ya que los argumentos deben estar referidos a los hechos, afirmaciones y alegatos que resultan controvertidos y al derecho que considere aplicable. Sus límites son los hechos afirmados por las partes y la ley, o mejor dicho, el derecho vigente. Al juez no le está dado, por lo menos formalmente, imponer su propia justicia. Tampoco le está dado, so pretexto del conocido principio *iura novit curia* escoger la solución jurídica que mejor le parezca si con ello cambia el objeto mismo de la controversia, ya que tal actuación sería ilícita por comportar un abuso y una extralimitación de atribuciones, que hacen ilegal e ilegítima su actuación, recuérdese que la justicia del juez no es justicia personal, sino justicia vinculada por la ley.

Precisamente el carácter argumentativo de la sentencia implica que el juez tiene una cierta libertad al decidir, pues se mueve en el mundo de lo opinable, de lo necesario, devienen de un imperativo legal. Además, la aceptación o no que las partes manifiesten respecto del fallo en nada modifica su validez formal y material.

Sólo el pronunciamiento de otro órgano jurisdiccional, competente para ello, puede enervar la eficacia de un fallo.

La mayor o menor adhesión que se manifieste en relación a la sentencia, incidirá necesariamente en la calificación del órgano y, más allá, en su idoneidad, realzando o comprometiendo su legitimidad material, que, como se sabe, concierne al respeto que la comunidad de justiciables le tenga, puesto que la legitimidad formal sólo atañe al cumplimiento de las formalidades por parte de la autoridad competente en el acto de su designación. Sin embargo, la perduración del respeto hacia el órgano y la decisión proferida es posible en tanto la calidad del fallo sea reconocida por la comunidad. No basta decir lo que muchos quieren escuchar, es necesario hacerlo válidamente y decirlo bien.

En la noción de Perelman, la sentencia se muestra como una tesis que el juez elabora y que presenta, primero a las partes, en forma inmediata y directa, luego a instancias superiores, en forma mediata e indirecta. En cuanto a las partes, la presentación de la sentencia por parte del juez siempre será directa y obligatoria si aquéllas no resolvieron antes componer la litis en los casos que les son permitidos; pero, por lo que concierne a las instancias superiores, salvo que exista la consulta legal, es necesario que para ello se interpongan los recursos correspondientes.

La lógica -en el ámbito de la concepción formal de la argumentación- proporciona, a través del estudio del silogismo, entre otras herramientas, el camino a seguir para

establecer si el fallo descansa en una estructura válida y por lo tanto legalmente aceptable desde el punto de vista de su construcción, del esquema, estrictamente formal, y diferenciar desde esa perspectiva el argumento válido del no válido. La justificación de la sentencia debe encontrarse en la sentencia misma y ello supone, en primer término, que no adolezca de falacias formales. Por nobles que sean o puedan ser las *razones ocultas*, que no por ello sobreentendidas, o por loables que puedan resultar en un tiempo determinado, e incluso, por lo accidentalmente cierta que pueda resultar la conclusión, no es admisible una sentencia que descansa en la violación de las reglas de inferencia válidas de la lógica -deductivas o inductivas-, aunque no lo parezca.

Para el juez, las normas, los hechos y las afirmaciones de las partes se le presentan como objetos valorables. Por tanto, la decisión no deviene como resultado de un mecanismo de demostración formal. Más aún, la experiencia enseña que, probablemente, sin faltar a sus deberes y sin apoyarse apriorísticamente en motivos ocultos, en ocasiones el juez arriba intuitivamente a la conclusión que estima justa.

Sin embargo, en el proceso de confección formal del fallo el juez se ve precisado por la ley a escoger las premisas que le den soporte, es decir, a motivarlo. La motivación de la sentencia no solo es un requisito de ley sino además una garantía contra la arbitrariedad judicial.

No obstante, es preciso destacar que si bien la motivación es una característica típica del desempeño judicial en la actualidad, que se expresa como una garantía de los ciudadanos frente al poder que detentan los órganos jurisdiccionales como integrantes del poder público, consubstancial al debido proceso, propia de los estados democráticos, lo cierto es que su adquisición por la conciencia jurídica es relativamente reciente.

Recuérdese que en Colombia, al estilo kelseniano, se puede afirmar que en la sentencia se individualiza una norma para las partes, que viene dada en la determinación definitiva del juez; pero, para llegar a ella el juzgador debe realizar, previamente, un proceso discursivo que se monta en sucesivos esquemas silogísticos, de lo cual resulta que la conclusión del silogismo final es la que expresa la norma concreta. Si se dijera que la construcción del silogismo obedece a la existencia de premisas pre-impuestas, donde el juez no tiene ningún margen de valoración o de escogencia, que sujetan su actuación a una suerte de escalones consecutivos que necesariamente debe transitar, el proceso de producción de la sentencia sería puramente mecánico. Esto negaría todo papel a la concepción material y a la concepción pragmática (la retórica) de la argumentación y reduciría el fallo a una categoría puramente lógica.

El juez decide cuál norma escoger y no está limitado por la alegación que en este sentido hagan las partes. Tampoco la sujeción del juez al *thema decidendum* significa un corsé que lo prive de seleccionar las premisas fácticas. El juez también decide cuál hecho estima probado y por tanto subsumible en la norma y cuál no, pero previamente decide si el hecho fue invocado o no, si la parte tenía la carga de alegarlo o no, y si era objeto de prueba o no. Lo que no le está dado al juez es variar, cambiar o sustituir las afirmaciones fácticas y las pretensiones deducidas por las partes. En suma, al juez no le está permitido fijar por su cuenta el objeto del proceso, al menos en un sistema dispositivo. Es decir, en lo fáctico, en un proceso dispositivo como el vigente, el juez no puede fijar el objeto del proceso, esto es, aquello sobre lo cual habrá de pronunciarse en el mérito.

El objeto del proceso, el *thema decidendum*, viene rigurosamente determinado por las afirmaciones fácticas de las partes. Además, reducir la sentencia a la simple individualización mecánica de una norma supondría aceptar irremediablemente, contra toda evidencia, que el sistema jurídico es perfecto, que no tiene deficiencias ni lagunas de ninguna especie. Particularmente sobre ese asunto el juez debe

tener en cuenta que hay presunciones *juris tantum* y presunciones *juris et de iure*, que frecuentemente resultan de una disposición legal, pero pueden ser también de origen jurisprudencial, como la presunción de legalidad de los actos de la Administración, la presunción de constitucionalidad de los reglamentos que orienta su interpretación o la inversión de la presunción en materia de actividades peligrosas donde se causa daños a terceros. En tanto que las *iuris et de iure*, no admiten la prueba en contrario, pueden ser de origen legislativo o jurisprudencial, se crea una regla de derecho nueva, que extrae unas determinadas consecuencias jurídicas de un estado de hecho dado, esto es, indica que la realidad jurídica constituye un freno inadmisibles para una buena administración de justicia.

Pero en este estudio se entiende que la retórica es la disciplina que estudia las técnicas argumentativas dirigidas a provocar la adhesión, que si bien no se ocupa de la verdad o no de las premisas, permite ordenar el pensamiento para su justificación, existiendo ciertas reglas a las que debe obedecer para no incurrir en falacias pragmáticas. Esto enfrentado al carácter contradictorio del proceso es sólo potencial ya que es carga de las partes materializar su actuación y llevar los alegatos al juez, quien, por demás, no está sujeto a lo que digan de las partes para la selección de las premisas mayores. Mientras las partes presentan una visión parcial de las cosas, el juez debe, por el contrario, mostrar una tesis integral, acabada y definitiva. El juez, por ser imparcial, no tiene interés procesal, o lo que es lo mismo, no participa en el proceso como contradictor pretendiendo una satisfacción jurídica determinada. La naturaleza contradictoria del proceso no significa que en caso de contumacia del demandado, por ejemplo, el juez esté privado de decidir.

Sobre estas cuestiones, en ocasión pretérita, Alchourrón⁹⁰ identificó las siguientes razones por las que el juez opta por tomar una decisión:

- a) El argumento de la igualdad (formal): cuando los jueces se limitan a aplicar las reglas generales promulgadas por el congreso, todos los casos del mismo tipo recibirán la misma solución.
- b) El de la democracia: en aquellos países en los que los miembros del congreso son elegidos democráticamente, lo cual usualmente no ocurre con los miembros de la judicatura, una separación tajante permite el control democrático del modo de resolver los desacuerdos entre los miembros de la comunidad.
- c) El de la certeza y seguridad: sólo por medio de una estricta división de poderes la gente está en condiciones de conocer sus derechos y obligaciones por anticipado respecto de las decisiones judiciales.

Es decir, que toda decisión que no sea justificada tal como se exige es considerada arbitraria, en el sentido de que los derechos u obligaciones adjudicados han sido establecidos ex post facto por el juez. También Alchourrón denomina ‘concepción del Sistema Maestro’ a la concepción jurídica que surge del modelo ideal según el cual las decisiones de los casos particulares serán tomadas en concordancia con un conjunto de reglas generales previamente determinado y públicamente conocido. La caracteriza mediante tres principios, que denomina, respectivamente, ‘de inexcusabilidad’, ‘de justificación’ y ‘de legalidad’, los cuales son luego resumidos en la siguiente formulación: “los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema”.

Esa exigencia puede o no satisfacerse, eso depende del postulado de completitud que indica: “en todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para

⁹⁰ Alchourrón, Carlos E., On law and logic. Publicado en Ratio Juris 9 Volumen N° 4, diciembre de 1996, pág. 331 a 348 traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Serio A. Militello

resolver todo caso posible”, para aclarar inmediatamente que “la verdad o falsedad del postulado depende principalmente de cómo se interprete la noción de justificación y cómo se identifiquen los elementos del sistema jurídico. La primera, relacionada con las argumentaciones de los jueces en sus sentencias cumple dos condiciones: el contenido de una decisión debe ser una consecuencia lógica de las premisas que la fundamentan, y las premisas normativas empleadas en la justificación deben ser generales, por lo tanto, la fundamentación de una sentencia normativa es su derivación del sistema normativo -sistema que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas-.

¿Qué hacen los jueces para tomar ese tipo de decisiones?, pues comienzan por formular la clasificación o subsunción del caso individual en algún caso genérico; luego proceden a la determinación de la solución genérica que el sistema normativo correlaciona al caso genérico y finalmente logran la derivación de la solución para el caso individual mediante las reglas de inferencia del sistema. Entonces, para que el contenido de una decisión resulte justificado o no parece depender de dos factores: cuáles sean las reglas de inferencia del sistema de que se trate, y cómo se analice la estructura lógica de los enunciados que figuran en las premisas y en la conclusión del razonamiento justificante del juez.

Las consecuencias normativas consisten en acciones descritas también de modo genérico y caracterizadas deónticamente como obligatorias, prohibidas o permitidas. El razonamiento justificatorio consiste en una especie de silogismo donde una de las premisas es una norma general, la otra es un enunciado descriptivo que afirma la presencia de las circunstancias fácticas mencionadas en la norma, y la conclusión consiste en una norma categórica cuyo contenido es una particularización de la consecuencia normativa prevista en la norma general.

La relación entre las premisas y la conclusión es deductiva, de modo que la verificación de las circunstancias fácticas mencionadas en la norma general es condición suficiente para que se siga la conclusión.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que como lo señaló MacCormick⁹¹, en algunos casos se puede justificar una decisión judicial por medio de un argumento puramente deductivo:

“dado que los tribunales hacen ‘hallazgos fácticos’ y que estos, sean realmente correctos o no, cuentan para los propósitos jurídicos como verdaderos; dado que las normas pueden (al menos a veces) ser expresadas en la forma ‘si p entonces q’, y dado que, al menos a veces, es el caso que los hechos encontrados son inequívocamente instancias de ‘p’; se sigue que a veces es el caso que una conclusión jurídica puede ser derivada válidamente por lógica deductiva de una formulación normativa y una proposición de hecho que sirven como premisas, y, consiguientemente, una decisión judicial que hace efectiva esa conclusión normativa está justificada por referencia a tal argumento”

5.2 ACTORES QUE OBTUVIERON SENTENCIAS EN ACCIONES POPULARES EN 2008.

Claro es que la protección de derechos no incumbe exclusivamente al estado o al ciudadano, tratándose de derechos colectivos identificados precisamente por la inidoneidad de su objeto a ser considerado en el ámbito exclusivamente individual, bien por su naturaleza misma o bien porque así se desprende del desarrollo normativo que se haya hecho sobre ellos, sin perjuicio de que, ciertamente, se refieran al sujeto, pero no como individuo, sino como miembro de la comunidad de referencia —la cual puede coincidir con la generalidad de los ciudadanos—intrínsecamente, deben poseer la virtualidad de comprometer en su ejercicio a toda la sociedad. Se trata de derechos que responden a la urgencia de satisfacer necesidades colectivas y sociales, y que son ejercidos por los miembros de los grupos humanos de una manera idéntica, uniforme y compartida. Esto es, quienes ejercen

⁹¹ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978

los derechos colectivos son los individuos, pero, por una parte, no lo hacen de manera exclusiva y excluyente, y, por otra, no lo hacen por ser sus titulares directos, sino porque pertenecen a la comunidad que se identifica por el respectivo interés.

Precisamente la existencia de un interés colectivo determinado no excluye la posibilidad de que cada miembro de la colectividad que es titular de dicho derecho, sea titular de un derecho particular que resulte afectado por la misma situación que vulnera o amenaza el derecho colectivo. Sin embargo, la titularidad de un derecho no puede deducirse de las consecuencias de su afectación. O sea que no puede identificarse primero el perjudicado con la violación de un derecho y luego identificarlo como su titular, como si la titularidad de un derecho surgiera con su vulneración, pues ello conlleva errores graves como el de afirmar que el titular de un derecho colectivo es el individuo que resultó lesionado con ocasión de la vulneración del mismo.

El carácter público de la acción popular supone una legitimación por sustitución que se deriva de la función social de esa institución: Lo primero que debe explicarse es que en este tipo de acciones hay un ente —o persona— que lleva el problema al juez, y otro, distinto, que es la colectividad, titular de los derechos colectivos comprometidos en el caso. Ello lleva a la segunda cuestión: ¿a qué título actúa el primero? La respuesta, está en la legitimación por sustitución, en la que un sujeto —sustituto—, actuando en su propio nombre e interés, pretende en el proceso la tutela jurisdiccional de un derecho o interés legítimo de otro sujeto —sustituido—. El primero, no actúa para él mismo, sino para la comunidad que es titular del interés difuso comprometido. En definitiva lo que se produce es un desplazamiento de la legitimación, como lo llama Silguero⁹². Así deviene de la ley 472 de 1998 y otras referidas en el capítulo tres de éste trabajo, al disponer que

⁹² Silguero Estagnan, Joaquín. La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos. Editorial Dykinson. Madrid, 1995. P. 165.

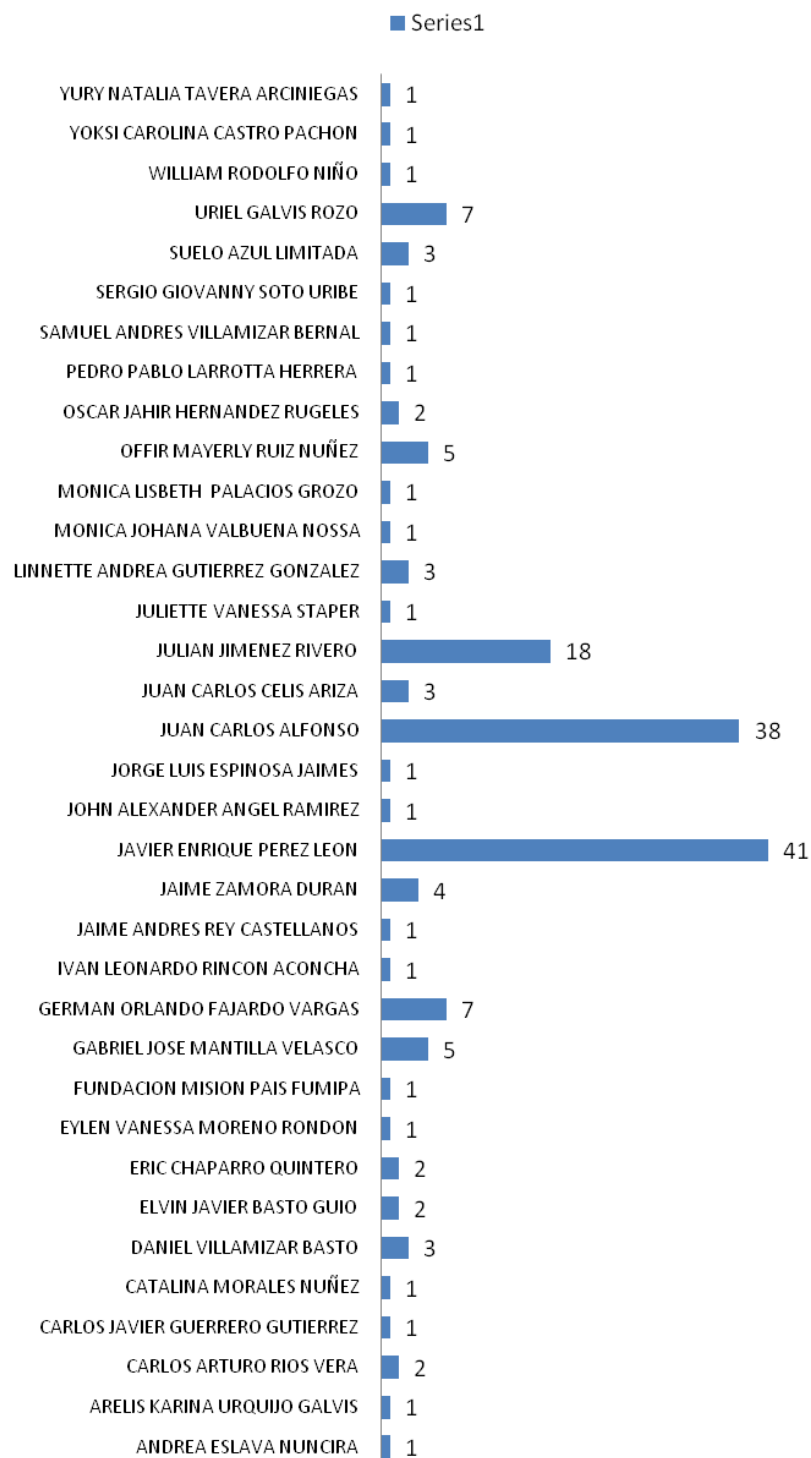
cualquiera puede ejercer la acción, sin hacer más precisiones. Esto explica la acción popular tiene efectos por fuera del proceso consistentes en la legitimación del sistema -objeto de la función pública de la sociedad- y, que, por otra, el ejercicio de la acción popular es una manera eficaz de participación -derecho y deber de todos-, cualquiera puede y, en teoría, debe ejercer la acción mencionada cuando encuentre que se amenaza o vulnera un derecho colectivo.

Entonces, es cierto que con la vulneración de un derecho colectivo resulta comprometido el bienestar de los individuos que pertenecen a la comunidad de referencia, a lo que solamente apuntaron en Bucaramanga TREINTA Y CINCO (35) ciudadanos, dos de los cuales son colectivos denominados FUMIP AIS y SUELO AZUL LIMITADA, constituida por dos personas naturales denominadas ARELIS KARINA URQUIJO GALVIS y JAVIER PÉREZ LEÓN; cuatro son abogados titulados pero demandaron como simples ciudadanos, ellos son DANIEL VILLAMIZAR, GABRIEL MANTILLA, LINNETTE ANDREA GUTIERREZ GONZALEZ y JUAN CARLOS CELIS ARIZA, en tanto los demás que ejercitaron su derecho de acceso a la administración de justicia son personas naturales de los cuales se desconoce otra profesión u oficio, cuya participación esta distribuida como consta en el gráfico siguiente.

De algunas razones que impiden conocer la cualificación de los actores y las que los motivan a incoar acciones populares como las aquí desatadas se pueden relevar:

- Inasistencia de los actores a hacer el seguimiento personal del proceso constitucional, esto es a revisar estados, retirar notificaciones y citaciones para pruebas, aportar las pruebas que en el proceso se decretan o las que ellos tengan en su poder y a elevar peticiones que favorezcan el trámite del proceso;
- Inasistencia a la celebración de las audiencias de pacto de cumplimiento.

ACTORES QUE OBTUVIERON SENTENCIAS EN ACCIONES POPULARES EN 2008



Esa inasistencia procesal, de acuerdo a lo que se advierte en los expedientes de las ciento sesenta y cuatro (164) acciones populares, se debe a factores como:

- Las pruebas de la existencia del hecho generador de la vulneración de los derechos colectivos devienen de autoridades policivas y son acompañadas con la demanda, tales como: i) respuestas a derechos de petición anticipada y directa que ha hecho el actor a la administración local, fotografías que obran dentro de los procesos policivos que se surten contra los demandados como presuntos vulneradores o violadores de esos derechos; ii) declaraciones extrajudiciales donde se da cuenta de la existencia de los hechos generadores que soportan las demandas; iii) sanciones administrativas que se han impuesto con antelación a los actores demandados o los requerimientos que se les han hecho previo procedimiento policivo.
- La falta de formación jurídica de los actores, por lo que desconocen que no basta con demandar sino que deben concurrir a probar las afirmaciones contenidas en la demanda y que los hechos por sí solos no se prueban.
- La falta de controversia sobre las pruebas aportadas y argüidas por los demandados.

La única vocación que demuestran los actores populares en su mayoría con esas falencias, es la de procurar el ingreso de un cuantioso incentivo económico y unas costas con la oficiosidad del juez o con el abandono del proceso por parte del demandado.

Excepcionalmente, son los procesos seguidos por los abogados los que en tiempo y fundamento legal son controvertidos y dejan de ser una mera actuación unilateral de la administración de justicia para pasar a ser un proceso

constitucional valioso y donde las partes enriquecen el debate para construir un derecho ciudadano más ajustado a las vivencias y exigencias locales.

Por contraste, las ausencias y carencias en la participación de los actores llevan a los directores del proceso en primera instancia a decretar la no prosperidad de las pretensiones y por ello si concurren en apelación los actores afirmando que fue por su intervención –limitada exclusivamente a presentar la demanda y notificación de la demanda – que cesó la vulneración de los derechos colectivos o que por esa causa se allanó el actor a cambiar las condiciones en que se generó lo demandado. Razón que regularmente es aceptada por el fallador de segunda instancia favoreciendo la pretensión económica del accionante.

5.3 DERECHOS COLECTIVOS PRIVILEGIADOS EN SENTENCIAS DE ACCIONES POPULARES

Ha de aclararse que los jueces civiles del circuito solamente conocen en principio las demandas que se incoan contra personas particulares, independientemente de que al estudiar el hecho generador deba integrar el litisconsorcio y por esa causa vincular entidades públicas para que en caso de imponerse una responsabilidad ellas puedan controvertir lo demandado y concurrir a probar el grado de responsabilidad que se les imputa.

Tradicionalmente, los precedentes judiciales sobre acciones populares devienen de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado, los primeros como órgano que determina la constitucionalidad de las normas o el amparo final de los derechos de las personas y el segundo en calidad de órgano de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa cuando aun no estaban en funcionamiento los jueces administrativos del circuito, eso ocurre porque el tratamiento constitucional de los derechos de las personas siempre ha sido muy horizontal. Es decir, al

reglamentarse las acciones populares, se estableció por su especialidad y celeridad en la necesidad del amparo que las decisiones de trámite e impulso proferidas por el juez de conocimiento solamente serían susceptibles del recurso de reposición, es decir que el mismo juez que profirió una decisión debe recabar sobre ella en el evento que le sea discutida y que solamente la decisión final – esto es la sentencia que pone fin a la instancia- es susceptible de ser revisada por el superior - esto es, por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga Sala Civil – Familia- quedando éste como órgano de cierre, pues no se previeron recursos de casación o revisión para los trámites constitucionales de acciones populares.

De contera, frente a la argumentación que soportan las ciento sesenta y cuatro (164) sentencias en acciones populares producidas por los diez jueces civiles del circuito de esta ciudad, durante el año dos mil ocho, se puede concluir que su fundamentación corresponde aparentemente con una concepción deductivista, esto es que es consecuencia deductiva de ciertas premisas normativas jurídicas generales –artículo 88 de la Constitución Política, ley 472 de 1998, artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, ley 9 de 1989, decreto 1504 de 1997– y fácticas –enunciados descriptivos regularmente denunciados por los actores populares y rebatidos por los accionados – como se evidencia en las relaciones que obran en el anexo 1.

Tratándose de las acciones incoadas ante los juzgados civiles del circuito de esta ciudad, los razonamientos dependen de qué tipo de vulneración se imputa y qué hecho genera esa argumentación fáctica en unos actores particulares, para que el juez entre a argumentar su decisión, pues debe confortar la norma constitucional y la legal, tanto con los hechos descritos por el demandante como los probados dentro de la acción, esto es lo que permite al juez construir una sentencia razonada.

A continuación se presentan los derechos que resultaron invocados frente a hechos tan particulares como los avisos y vallas, los escombros y cercamientos de

antejardines y la construcción de rampas o escaleras, para luego dejar ver los argumentos que de esas justifican las sentencias aludidas.

DERECHO O INTERES COLECTIVO DEMANDADO COMO VULNERADO	HECHO GENERADOR DE LA AGRESION
Realización de construcciones y edificaciones respetando las disposiciones jurídicas	Rampa
Goce de un ambiente sano / goce del espacio público / defensa del patrimonio público.	Rural vallas
goce del espacio público / goce de un ambiente sano	Rural vallas
Acceso a la infraestructura de servicios / consumidores / seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.	Servicio de gas natural vehicular / la demanda supera la oferta, falta de estaciones de servicio de gas, mangueras en mal estado / los anteriores hechos no pudieron ser demostrados en el proceso / no concede incentivo
Goce de un ambiente sano / realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. / Seguridad pública.	Ubicación de vallas en cubierta del inmueble / condena en costas a la parte vencida.
Goce de un ambiente sano	Valla de publicidad exterior visual y pancartas colgadas en poste de energía eléctrica / se trata de una trasgresión de normas policivas que regulan la exhibición de publicidad visual y no ante la vulneración de un derecho colectivo / no concede incentivo.
Goce del espacio publico / goce de ambiente sano	Valla publicitaria / se probó la existencia de la misma con la visita realizada por la oficina de espacio público de la alcaldía / concede incentivo
Goce del espacio público / goce de un ambiente sano	Valla publicitaria ubicada en ante jardín / hecho superado / reconocimiento de incentivo
Goce de un ambiente sano	Vallas, avisos, pasacalles, puestos en postes y andenes. Inexistencia de prueba determinante.
Goce de un ambiente sano / goce y utilización del espacio público	Violación del espacio público / colocación de imágenes y pancartas publicitarias en antejardines y andenes / procede incentivo aun cuando ya hay un hecho superado.
goce del espacio público, utilización y defensa de los bienes de uso público / goce de un ambiente sano	Voladizo

Resulta evidente que las acciones estuvieron orientadas a proteger exclusivamente tres derechos:

- El goce de un ambiente sano
- La realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes -referidos a la seguridad pública-.
- Acceso a la infraestructura de servicios/ consumidores / seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente -referidos a la seguridad pública-.
- goce del espacio público – colocación de imágenes, pancartas publicitarias en antejardines y andenes, pasacalles, avisos, vallas-

Esto se explica por el proceso acelerado de urbanismo y cambio generacional que caracteriza a la ciudad, donde la situación de carencias socioeconómicas enfrentada a la posesión exagerada de recursos económicos enfrenta la economía familiar al avance de los urbanizadores, unos y otros recurren a la publicidad de sus pequeñas ofertas y grandes construcciones, invaden temporal o permanentemente espacios que fueron cedidos a lo público o que por naturaleza lo son, para desarrollar su economía y proyectos, expuestos ambos al “foco del actor popular”.

Esa contradicción la enerva la administración local quien entra a variar, a finales de 2007, la reglamentación sobre la marcha y acelerado crecimiento todo lo que tiene que ver con el plan de ordenamiento territorial y la publicidad, dejando sin piso jurídico los actos demandados como vulneradores de los derechos colectivos antes citados, pues la amnistía administrativa permite que los demandados recaben sobre su actuación y acondicionen al derecho ciudadano, de orden

municipal, los hechos generadores de vulneración accionada, en atención a la autoridad que los cuida, los administra y regla.

5.4 ARGUMENTOS MÁS USADOS POR LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA EN SENTENCIAS DE ACCIONES POPULARES

Había anticipado en este escrito que la exigencia de motivación de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho, deviene del ordenamiento jurídico. Concretamente, es el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia el que establece el imperativo que me ocupa en estas líneas, siguiendo a Manuel Atienza⁹³, es preciso anotar que en éstas acciones todos los casos parecen fáciles a los jueces, pues su argumentación es una cuestión de lógica -un razonamiento ordenado, una decisión como condenar a X a la pena Y, partiendo de un argumento deductivo (el llamado silogismo judicial), que tendría la construcción lógica siguiente: “todo el que realice actos de la clase Z debe ser condenado a la pena Y, X ha realizado actos de la clase Z; por lo tanto X debe ser condenado a la pena Y-.

Algunas sentencias recurren a la citación normativa, exhaustiva y extensa – indistintamente para conceder las peticiones de los actores y de los demandados- es decir que los jueces usaron argumentos normativos que se apegan a los textos, tales como:

“Es cierto que el artículo 3 de la Ley 140 de 1994 y artículos 577 y 584 del Decreto 089 de junio 9 de 2004 (Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Bucaramanga), prohíben la colocación de publicidad visual exterior en áreas que constituyan espacio público, prohibición que por lo menos hasta la calenda de presentación de la demanda que dio origen a éste trámite, no estaba siendo atendida por la parte accionada, pues como se acreditó en los documentos virtuales aportadas con la demanda (f. 2) y se corroboró, en parte, con la inspección judicial efectuada por el Despacho (f. 58 – 59), se pudo verificar la existencia de la publicidad objeto de litis, la que fue removida “recientemente” y en su lugar pintada la pared de color negro”.

⁹³ Atienza, Manuel, El sentido del Derecho, Barcelona, 2003, 2ª edición, p. 255.

"... No existe duda que la infracción a las normas medioambientales ocurrió y con los cambios operativos en el tipo de publicidad, se produjeron por requisición de la autoridad municipal luego de instaurarse la acción popular en ciernes y con ocasión de ella, hecho que está debidamente documentado en esta actuación. (...) el Decreto 089 de 1995 desapareció en sus efectos con la expedición del Decreto Municipal 264 del 27 de diciembre de 2007 que dada la aplicación de los principios de favorabilidad y de legalidad, por tratarse de asuntos punitivos, deviene la retroactividad de la norma últimamente citada. Según el expresado criterio, con el otorgamiento de un término de seis meses a los propietarios de establecimientos de comercio, entidades e instituciones para que se adecuen los elementos de publicidad instalados por los empresarios y comerciantes en fachadas, locales y demás inmuebles que ocupen, permite considerar que la derogatoria de las sanciones es retroactiva y por ende, cubre a la sociedad accionada en el presente asunto. Se trata de una especie de amnistía, durante un lapso perentorio que va del 27 de diciembre de 2007 al 27 de julio de 2008 y el cual, sin duda alguna cubre la situación jurídica objeto de controversia"

En otras sentencias los argumentos se dejan implícitos, pero igualmente son de carácter deductivo y normativo, esto es, se recurre a silogismos con tanta frecuencia que no es necesario transcribir la norma para soportar la conclusión:

"... Es claro que la sociedad demandada al momento de interponer la acción popular si se encontraba contraviniendo las normas legales, reguladoras de la publicidad visual exterior en Bucaramanga y coetaneamente atentando contra derechos colectivos de la estirpe señalada. Se tomaron las medidas correspondientes y se ordenó a la sociedad demandada quitar la valla de la zona verde del andén".

Cuando se recurre a la mera inducción, tomando la norma y ajustando la premisa fáctica a las preceptivas de esa, no se dejan de lado los precedentes horizontales, aunque devengan de otra jurisdicción:

".. Surge con meridiana claridad que el demandando si bien colocó publicidad visual exterior en la fachada de su sede comercial en los dos muros ... la redujo a un gran aviso a lado y lado que no sobrepasa el 30% del área total de las respectivas fachadas, cuya dimensión se encuentra permitida por las normas de la ley 140 de 1994 y el Decreto 089 de 1995 del municipio de Bucaramanga". "Se acreditó dentro de la actuación que los hechos relacionados con la publicidad exterior fueron objeto de reciente definición Judicial del juzgado 13 Administrativo de Bucaramanga, ..." "

En otros se suma al argumento normativo al de la autoridad - la oficina asesora de planeación del municipio de Bucaramanga observó- que la aplica, sin excederse en el contenido de la misma:

"... en un local comercial o proyecto inmobiliario, solo se permite un aviso de identificación y para el caso el 14 de marzo de 2006, la oficina asesora de planeación del municipio de Bucaramanga observó en el lugar seis (6) avisos, de donde se infiere que si solo uno puede ser el aviso de identificación obligatorio, los otros 5 se enmarcan dentro de la categoría de vallas. De esta forma, no es de recibo lo dicho por la apoderada de la accionada, respecto a que si no se ha hecho la asignación de cupos para la ubicación de vallas, no le es exigible obtener el permiso para su exhibición, pues es claro que esa omisión no se constituye en una patente de corzo para la proliferación indiscriminada de vallas. ... "(subrayas fuera de texto)

Ahora si bien los jueces acatan su obligación de argumentar, también hay que relevar que en algunos casos el intérprete judicial civil, además recurre a las generalizaciones como un remedo de argumento, constituyéndose esa falacia en uso regular de la aplicación normativa para remitir al estamento territorial policivo la carga de las sanciones a los ciudadanos que se destacan por las vulneraciones de los derechos colectivos:

" todos los pasacalles, tengan o no permisos para ser instalados, vulneran el espacio publico, afectan el paisaje urbano y contaminan, de ahí que las normas atinentes al tema de los pasacalles contemplan como estos instrumentos (generalmente de tela) deben ser temporales, deben permitir el paso del aire y requieren permiso previo de autoridad de policía. El hecho de que sea posible otorgar tales permisos, indica que el derecho colectivo puede ser restringido y que el asunto se dejo en manos de las autoridades policivas. De modo pues que si alguien coloca un (1) pasacalle, como en el caso que generó este proceso, sin el debido permiso, se hará acreedor de sanciones de carácter policivo, simplemente, si todos los pasacalles violan el derecho colectivo, tengan o no permiso, el asunto se reduce al permiso. Y si falta este, la solución no ha de buscarse ante un juez, mediante acción popular, pues no sería posible retirar los pasacalles que cuenten con el debido permiso, sino ante la autoridad policiva para que haga cumplir la norma respectiva y sancione, si fuere el caso".

Pero excepcionalmente, el juzgador incluye en los fallos un argumento más moderno que es el de la ponderación de derechos, aplicado regularmente en

acciones constitucionales diversas a la popular, pero lo integra con uno deductivo tipo silogismo categórico del modo AOO

"... Con fundamento en las pruebas que obran en la actuación, tales como el material fotográfico allegado con la demanda, que no fue tachado de falso en la oportunidad correspondiente, es claro que la valla en cuestión, entorpecía la visión de los transeúntes respecto de una porción del parque y, además afecta el entorno, pues se halla situado en zona verde, a la altura de las miradas, lo cual trasgredió la norma citada con anterioridad, en materia paisajística y ecológica- En las fotografías se observa con claridad que el espacio público se utilizó para fines privados, particularmente comerciales, de publicidad. Un contrato autorizó a la demandada a hacerlo, pero tal contrato es posterior a la demanda y, además, el mismo no puede entenderse como patente de corso que le confiere a la demandada todas las potestades para instalar vallas de esa altura, con las cuales indiscutiblemente tapa la visión del paisaje que brinda el parque, sus jardines y caminos y altera su diseño arquitectural. De manera que, aun si el contrato hubiese sido anterior, para el juzgado, una ponderación de los intereses en juego la lleva a concluir que si hubo y habría vulneración. De acuerdo con lo expuesto, es posible concluir que el demandado se encontraba contraviniendo las disposiciones legales a que se ha hecho alusión en la presente acción y, en consecuencia, la determinación de la primera instancia estuvo signada por el acierto"

Fundamento de las decisiones en este tipo de sentencias, que se presenta soportado en la valoración probatoria, también son los argumentos inductivos, donde se parte de un hecho particular para la consecución o conclusión de un hecho general:

"... frente a la no proclamación de certeza de la vulneración al derecho colectivo alegado, pues no se ve por ninguna parte en que forma se estén afectando realmente los derechos de la colectividad, por contera la Acción de amparo por ausencia del objeto esta llamada al fracaso, insistiéndose en la falta de acreditación de los presupuestos por parte del accionante. En tal sentido no es viable acceder a la pretensión del actor en cuanto al reconocimiento del incentivo previsto en la ley 472 de 1998 para el accionante, pues para ello se requeriría de la prosperidad de la acción, lo cual no se da en el caso bajo estudio".

El juzgador civil de este circuito va más allá, inmerso en las condiciones de Montesquie, aplica la ley en los procesos constitucionales para argüir en qué consiste la afectación al paisaje -argumentos de definición-, desborda la norma e impone mayores cargas al actor porque debe conocer de la semántica, la semiótica, el sentido y la referencia de la publicidad, a principios de libre competencia económica, de derechos sociales y a deberes ciudadanos, pues

supone que quien ejerce la labor de ser adalid de los derechos humanos debe conocer no solo la praxis de la vulneración sino la filosofía de los mismos y su estructuración, no porque él haya construido esa teoría sino por que la replica del superior quien en segundas instancias expone las razones por las cuales no concede las pretensiones del actor popular, invocadas frente a esos casos de publicidad, haciendo entonces uso de los argumentos de autoridad:

"... La mera verificación de que el demandado incurrió en tal conducta no es suficiente para que se estime violado un derecho colectivo, con la prosperidad de una acción popular, la cual, obviamente no fue creada para solucionar problemas policivos. El caso bajo estudio se trata de unos avisos que si encontraban fijados en el inmueble y que de manera alguna obstaculizan la visión paisajística, pues resulta imposible encontrar detrás de dichos avisos "un paisaje, un árbol, una zona verde", los cuales el actor pueda echar de menos a raíz de la ubicación de la publicidad referida. Ahora si los avisos son feos, si muestran colorines que no armonizan con el entorno arquitectónico de la zona -si en realidad existe éste y merece ser protegido-, son aspectos gaseosos, imposibles de valorar, pues los cánones estéticos del demandante seguramente no coinciden con los de las autoridades urbanas, o con los de un arquitecto paisajista, o con los del juez. Además, si se interpusiesen a los comerciantes unas categorías estéticas para la promoción de sus establecimientos, con toda seguridad se hollarían otros derechos constitucionales no menos importantes como el de la libre competencia económica. Los avisos ubicados por el accionado no tienen la dimensión suficiente ni algún grado especial de agresividad como para estimar que se trata de vulneración de derechos colectivos".

En conclusión esos son los más usados argumentos que conllevan a una decisión regularmente nugatoria de las pretensiones de los actores populares, en torno al incumplimiento de las cargas procesales y más precisamente "la carga probatoria".

Todo lo explicitado se evidencia en la siguiente sentencia -que deviene del prototipo por no decir la minuta matriz de las demandas de acciones populares- de todas las presentadas y resueltas en el año 2008:

(...) Resuelve el Despacho en esta oportunidad, la acción popular promovida por xx contra xxx lo cual se procede bajo los siguientes lineamientos:
(...) El 20 de Octubre de 2006 el ciudadano xx (f.8) instauró demanda en defensa de los derechos colectivos presuntamente amenazados o vulnerados (goce de un ambiente sano), al encontrar que jurídicamente ese objeto publicitario se desmidió en la afectación

al paisaje urbanístico del sector y el medio ambiente sano afectado por la contaminación visual descrita, con el propósito de obtener las siguientes pretensiones:

1. que se declare que la parte accionada, mediante la instalación de su publicidad exterior, ubicada sobre la fachada del bien inmueble identificado con la nomenclatura calle 45 - 29 -27 violó la reglamentación consignada en el decreto 089 de julio 8 de 2005 de la alcaldía de Bucaramanga.
2. que se ordene a la parte accionada el inmediato desmonte del aviso publicitario, relativo al establecimiento comercial de su propiedad.
3. que se ordene a la parte accionada, acomodar su publicidad exterior visual en aras de defender los intereses colectivos afectados por la presente situación.
4. Que se ordene a la parte accionada el pago de los incentivos previstos (sic) en el capítulo XI de la Ley 472 de 1998, a favor de la parte demandante, así como también las costas de ley.

Sirven de soporte a sus pretensiones los siguientes, HECHOS:

Primero: La persona cuestionada, ha decidido con su accionar y en el –sic- desarrollo de su actividad comercial, abrir un establecimiento comercial en la calle 45 – 29-27.

Segundo: este establecimiento comercial, con matrícula 81366 del 2000/06/12, posee un aviso publicitario sobre la fachada del bien inmueble mencionado que supera con creces el 30% de lo –sic- permitido de la normatividad municipal.

Tercero: para que un aviso publicitario exterior pueda permanecer sobre la fachada de un bien inmueble en la ciudad de Bucaramanga, no puede superar el 30% de la misma fachada.

Cuarto: el aviso publicitario se encuentra vulnerando los derechos colectivos, sin permiso de las autoridades locales.

(...)

ii. Carga de la prueba en Acciones Populares.

El principio de la carga de la prueba en tratándose de acciones populares, esta consagrado, en el artículo 30 de la Ley 472 de 1.998, el cual delantamente no riñe con lo consagrado en el artículo 177 del C. de P. C. y el artículo 1757 del C. C., normativa conforme a la cual, le corresponde al demandante probar los hechos en los cuales fundamenta, en este caso, el agravio a los derechos colectivos.

Sobre el tema, el Consejo de Estado, ha sentenciado en providencia del N° 3932 del 17 de mayo de 2.007 expediente radicado N° 2005-03932-01, Magistrada Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio, lo siguiente:

“Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 472 (en perfecta consonancia con la regla general contenida en el artículo 177 del CPC (26), la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor, regla que sólo es atenuada por el mismo precepto respecto de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito...”.

En este orden de ideas y de cara al asunto propuesto, correspondía al Actor Popular, demostrar con rendida prueba, no solo la conducta en que incurrió la demandada y que en su sentir es atentatoria de los derechos colectivos al goce de un medio ambiente sano, sino probar que efectivamente, ella significa un menoscabo a los derechos de la estirpe señalada.

iii. Análisis del caso concreto.

1. De la publicidad visual exterior.

Con fundamento en las pruebas que fueron decretadas en oportunidad (f. 78 – 79, 111, 113, 118) y que obran en la actuación, es cierto que el artículo 3 de la Ley 140 de 1993, prohíbe la colocación de publicidad visual exterior en áreas que constituyan espacio público, prohibición que por lo menos hasta la calenda de presentación de la demanda que dio origen a éste trámite, no estaba siendo atendida por la parte accionada, como se acreditó en el documento fotográfico aportado con la demanda (f. 3) sin que se pueda determinar en qué época fue tomado, sin embargo esa conducta presuntamente ilegal fue enderezada por la demandada a motu propio antes de que se surtiera la notificación personal a la pasiva, antes de llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, y de proferir esta sentencia, como lo afirmó la demandada y descalifico el actor; pese a que sin señalar en qué consistía la vulneración del decreto 089 de 2005, artículo 6 numeral 1, la Defensoría del espacio público de Bucaramanga en comunicación que data de enero 11 de 2007 afirmó que existía un aviso publicitario de la demandada anexando para ello un registro fotográfico ininteligible (f. 22-26) y luego otra de 16 de marzo de 2007 donde se registra el aviso y la cita normativa de su prohibición sin verificar las medidas de la fachada (f. 37 - 39).

De la inspección judicial practicada en el inmueble objeto de fijación de la publicidad exterior visual estática (f.1-2 cuaderno 3) deviene que el aviso publicitario no se halla instalado como lo enrostra el registro gráfico del folio 3 del cuaderno 1, que la fachada ha sido modificada e integra 3 puertas y ventanas de vidrio junto con el inmueble que antes tuvo por nomenclaturas la 29-27, 29-33 siendo estos integrantes de un solo inmueble que además registra las nomenclaturas 29-19 y 29-39. En el mismo predio operan y publicitan otros establecimientos comerciales no llamados en esta acción. Se precisa que a pesar de que el aviso supuestamente usado por la demandada en el año 2006 no está fijado, verificada su presunta instalación no violaría el decreto 089 de 2005 si se refiere a la totalidad del inmueble, no así si se refiere al espacio utilizado exclusivamente para las oficinas de la demandada. Hoy el aviso que publicita a la accionada no ocupa ni siquiera el 3% de la fachada total. Hechos que fueron corroborados por la perito quien tardíamente entregó el dictamen para su discusión junto con las certificaciones policivo administrativas de rigor, pero que no varió la confirmación de lo inspeccionado, por lo que atendiendo lo prevenido en los artículos 37 numeral 4, 237 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, se le reconocerá validez en esta actuación (f. 5-18 cuaderno 3); esto en concordancia con lo afirmado por el señor GERARDO IVAN DAVILA PEREIRA (f. 3-4 cuaderno 3) quien sin controversia alguna ratifico el espacio usado por la accionada dentro del inmueble objeto ya identificado.

Concluyese necesariamente que para el momento de la demanda no se tuvo en cuenta el total de la fachada del inmueble donde funciona Alianza Inmobiliaria S.A., esto es un espacio de 18.95 metros de longitud sobre la calle 45, por 6 metros de altura, sino la que

daba acceso a la puerta con nomenclatura 29 -27 de la calle 45, que correspondía a un espacio de 4.12 metros de longitud sobre la calle 45, por 6 metros de altura por lo que resulta equívoco el referente físico para aplicar el decreto municipal 089 de 2005 (f. 84 - 107), modificado por el 264 de 2007 (f. 84 - 107), que en todo caso le otorgaba a la accionada seis meses –hasta 26 de junio de 2007- para adecuar la publicidad a la ley vigente en la localidad so pena de ser sancionada y desmontada la que violara la norma en cita.

(...) el proceso esta ayuno de prueba que lleve a certeza que con antelación a esta calenda hay afrenta al derecho colectivo al goce de un medio ambiente sano; en efecto, no hay probanza que indique que entre octubre de 2006 y hoy efectivamente la publicidad que la demandada usara no gozaba de permiso legalmente otorgado por la autoridad competente, es decir que esa causaba el agravio denunciado, como no sea la sola manifestación del actor popular.

No se demuestra ni se demostró en el decurso de la acción constitucional, que la comunidad se haya visto afectada nugatoriamente, o amenace violar los derechos e intereses colectivos para que se pueda hablar de la contaminación visual por publicidad exterior estática, para que pueda accederse a la protección implorada. Se reitera, ninguna prueba en tal sentido se adjuntó.

De manera, que con lo que obra en el plenario no se satisface el presupuesto necesario para la procedencia de la acción popular, pues basta reiterar que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 472, 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. No quiere decir, que la sola afirmación de que se vulneran o se amenacen dichos derechos da lugar a la protección de manera automática, pues debe demostrar fehacientemente que la publicidad exterior visual estática objeto del debate causan invasión al espacio público, en los términos en que se indicó anteriormente.

En este asunto, el actor solo probó la infracción en la cual supuestamente incurrió la demandada al momento de instaurar la demanda sin corroborar cual era el espacio real de la fachada del inmueble arrendado y ocupado por la demandada en la calle 45 con carrera 29 de ésta ciudad, no acreditó la violación o la amenaza a los derechos e intereses colectivos de la comunidad por la mentada publicidad exterior visual estática, lo cual sin lugar a dudas da al traste con la protección invocada, pues se reitera que el expediente se encuentra desprovisto de pruebas en este sentido.

Se sabe que la infracción en la cual supuestamente pudo haber incurrido la accionada es de competencia de las autoridades municipales, quienes conforme a los documentos adosados al expediente ya tomaron cartas en el asunto (f. 31), razón por la cual no es necesario ordenar compulsar copias, para lo pertinente. (...)

Súmese a lo anotado que, las pretensiones relacionadas con las entidades encargadas de la protección de espacio público, no son propias de esta clase de pleitos, sino más bien de la acción de cumplimiento regulada en la Ley 393 de 1997.(...)”

Es importante advertir que la tesis de MacCormick parece obvia porque está presentada como un caso de aplicación de la regla del *modus ponens*. Sin embargo, para que esta regla pueda aplicarse es necesario que la premisa

normativa tenga determinada forma lógica. Esto –la forma de la premisa normativa– constituye un aspecto esencial de la concepción deductivista. Ahora que, la identificación de las premisas normativas no constituye, desde luego, una operación lógica, ni consiste exclusivamente, en identificar los textos sancionados por el legislador, sino en interpretar su sentido –aun usando el indicio–, para lo cual el juez puede ser guiado por consideraciones de variada índole, por ejemplo:

“(…) el hecho de que el actor estime que hay contaminación por publicidad exterior visual estática y por ende estime vulnerado el derecho al goce de un medio ambiente sano, no quiere decir que se quebranten los derechos e intereses colectivos de la comunidad, pues estos exigen un tratamiento uniforme para todos, es decir, que la comunidad se sienta afectada o amenazada con la citada publicidad, para hacer procedente la protección reclamada, pero amén de lo advertido no hay prueba que lo sustente”.

Ahora bien, cualesquiera sean las razones por las que pueda considerarse desacertada la interpretación de un texto legal, parece claro que se trata de un problema relativo a la selección de las premisas, y no a la estructura formal del razonamiento justificatorio. Aunque sea correcto que para establecer las premisas de un argumento se debe recurrir muchas veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, ello no comporta obstáculo alguno a la idea de que el paso de las premisas a la conclusión puede ser siempre reconstruido como una inferencia deductiva, lo que ocurre en otro caso de los referidos en la tabla de sentencias proferidas:

(…) Concluyese necesariamente que para el momento de la demanda no se tuvo en cuenta el total de la fachada del inmueble donde funciona Alianza Inmobiliaria S.A., esto es un espacio de 18.95 metros de longitud sobre la calle 45, por 6 metros de altura, sino la que daba acceso a la puerta con nomenclatura 29 -27 de la calle 45, que correspondía a un espacio de 4.12 metros de longitud sobre la calle 45, por 6 metros de altura por lo que resulta equívoco el referente físico para aplicar el decreto municipal 089 de 2005 (f. 84 - 107), modificado por el 264 de 2007 (f. 84 - 107), que en todo caso le otorgaba a la accionada seis meses –hasta 26 de junio de 2007– para adecuar la publicidad a la ley vigente en la localidad so pena de ser sancionada y desmontada la que violara la norma en cita.

Dada una decisión judicial, siempre es posible construir un silogismo en el que el contenido de la decisión resulte implicado por ciertas premisas normativas y fácticas, a menos que existan restricciones claras respecto de los métodos admisibles para la

obtención de las premisas. Sin embargo, planteada la cuestión de esa manera, puede también apreciarse que la defensa de la concepción deductivista tiene autonomía con respecto a los ideales en que se enmarca la llamada ‘concepción del Sistema Maestro’ a los que me referí párrafos arriba de este apartado, como ocurre en este caso al asegurar:

(..) ante la inexistencia de los hechos generadores de la violación del goce de un medio ambiente sano, no hay lugar a que se acojan las pretensiones deprecadas en el libelo genitorio de la lid, esto habida cuenta que los derechos colectivos invocados como vulnerados se encuentran plenamente salvaguardados; en otros términos: al no existir la causa que motivó la impetración de ésta acción popular, sería un imposible jurídico dar aplicación al artículo 2 de la Ley 472 de 1998, valga decir, “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior”; igualmente no podría erigirse una sentencia en los términos del artículo 34 ibídem.

Ello es así porque las reglas son accesibles a los ciudadanos a través de los textos legislados, esto es, de las formulaciones normativas emitidas por el legislador. Sin embargo, el legislador no controla la interpretación que de tales textos hagan los jueces, ni el conocimiento de ellos por los ciudadanos garantiza que estos puedan conocer el alcance de sus derechos y obligaciones antes de que los textos sean interpretados por los jueces. Por último, nada garantiza que los jueces coincidan en la interpretación –ni que identifiquen los mismos textos como relevantes– o aun que cada juez los interprete siempre de la misma manera. Es claro, por consiguiente, que la concepción deductivista de las sentencias es compatible con la frustración de los ideales de democracia, igualdad y certeza que dan apoyo a la doctrina de la separación de poderes. Con todo, debe remarcarse que lo expresado en el párrafo anterior no pretende ser una crítica a la concepción deductivista. En ese sentido, es del caso destacar que los autores que he identificado como sus defensores paradigmáticos nunca sostuvieron que de hecho los ideales del Sistema Maestro se cumplieran, ni mucho menos, que la concepción deductivista garantizara su cumplimiento.

Se presentan, sin embargo, cambios extremos en las argumentaciones de las sentencias que estos jueces han proferido en cuanto al acceso a inmuebles por parte de personas discapacitadas, como se evidencia en los siguientes textos:

(...) la demanda fue presentada directamente por un ciudadano que pretende la protección de los derechos colectivos de la población minusválida del municipio de Bucaramanga pretendiendo la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos con rampas de acceso a lugares públicos para Discapacitados que les permita disfrutar como usuarios autónomos los servicios financieros que se ofrecen, los cuales arguye el actor, han sido conculcados por el BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. Sucursal de la calle 52 – 34- 23 al colocar a la entrada del establecimiento unas escaleras que se convierten en barrera arquitectónica que limita la movilidad y acceso de las personas minusválidas específicamente a quienes tienen discapacidad física y se movilizan en sillas de ruedas.

(...) A voces del artículo 44 de la ley 361 de 1997 se entiende por accesibilidad como la condición que permite a cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general, y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en estos ambientes, al igual que se entiende por barrera física todas aquellas trabas, irregularidades y obstáculos físicos que limiten o impidan la libertad o movimiento de las personas. Es decir, que la accesibilidad es un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado, dentro de los cuales se ubica sin duda la prestación de los servicios financieros trasladadas a manos de particulares y por lo tanto éstos deben acatar la normatividad que rige la materia de accesibilidad, máxime cuando el artículo 1º de la ley 12 de 1987 establece que los lugares de los edificios públicos y privados que permiten el acceso al público en general deben diseñarse y construirse de manera tal que facilite el ingreso y tránsito de personas cuya capacidad motora o de orientación esté disminuida por la edad, la incapacidad o la enfermedad, y concretamente indica que a tal imperativo deben acogerse los bancos y demás establecimientos del sector financiero. Por contera, si se trata de una construcción ya existente como acontece en el presente caso, ésta debe adaptarse a los nuevos postulados que rigen la protección al conglomerado discapacitado si la misma no es apta para cumplir tal fin; en caso de serlo, deberá mantenerse como está.

(...)

Sin hesitación alguna, dan cuenta las fotografías que aportó el actor tomadas el 6 de marzo de 2008 y visibles a folio 7 del cuaderno 1 que la entrada al banco citado con el numero 34 - 23 tiene un andén alto de aproximadamente diez centímetros de escalera por el lado oriental, entre veinte y diez en desnivel por el sur y de veinte centímetros por el lado occidental, que ocupan el andén dos columnas exteriores y ante portón de la puerta de vidrio ala que se accede por otra escalera de diez centímetros de alta en la entrada, además, que el mismo cuenta con una puerta de acceso de 2 abas, diseñada en vidrio grueso y soportada en material de aluminio.

Espacio arquitectónico, que sin duda alguna, fue reformado con posterioridad a la admisión del libelo genitor, acondicionándolo a los requerimientos del actor y según lo disponen las normativas arriba citadas, lo que deviene del referente gráfico allegado extemporáneamente por la accionada y visible a folios 47 y 48 del cuaderno 1.

En conclusión y pese al poco acervo probatorio la prueba documental es relevante y permite otorgar credibilidad jurídica y probatoria a la barrera arquitectónica que impedía que una persona discapacitada pudiese ingresar al mentado banco.

(...)

Aquí las premisas fácticas que datan de 2008, se ajustan a las normativas y reglamentarias que datan de 1989 a 2005 para concluir forzosamente que hubo vulneración de los derechos colectivos y que no habiendo ajustado la construcción a la norma, debía ampararse el derecho incoado en nombre de terceros y por ende hacer prosperas las pretensiones económicas del actor, pero no las preventivas, porque en ese sentido la acción prestó efectividad al derecho y el trasgresor rehabilitó su conducta antes de proferirse la sentencia.

Y sin embargo otro de los jueces de conocimiento de primera instancia, en un caso semejante que:

XX (mismo actor popular) presentó demanda de acción popular contra el XXX reclamando la protección de los derechos colectivos relacionados con la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la seguridad y salubridad públicas, y el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al tener como único acceso unas escaleras ubicadas frente a sus puertas en la Calle 52 No. 34-05, sin rampa alguna o elemento arquitectónico que permita la entrada correcta y segura de una persona con discapacidad física, por ejemplo un minusválido con silla de ruedas.

(...) de conformidad con el material probatorio recaudado es claro para ese Despacho que la conducta del accionado va en contravía a lo dispuesto por la Ley 361 de 1997, siendo claro que la conducta de la entidad demandada fue omisiva al no adecuar las instalaciones para el acceso de las personas discapacitadas en el termino que dispuso claramente la ley 361 de 1997, desconociendo de esa forma la ley en mención, como lo evidencia el hecho de que al momento existan unas escaleras y no una rampa que permita y así mismo facilite la accesibilidad de todo el público entre el cual se encuentra personas con limitación física.

(...) el Banco ... ha incurrido en violación de preceptos constitucionales y legales, amenazando derechos e intereses colectivos tal como el goce del espacio público, la seguridad y salubridad pública y el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, razón por la cual es responsable a pesar de no ser propietario del inmueble donde se encuentra ubicado el establecimiento accionado, toda vez que este es quien presta un servicio al público en general y por tanto las instalaciones son abiertas al mismo.

(...) no probadas las excepciones propuestas por la parte accionada, por ende,... el Banco Popular vulneró los derechos colectivos al goce del espacio público y de

la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollo urbano respetando las disposiciones jurídicas, al omitir la construcción de la rampa que permita el acceso de las personas discapacitadas que requieran los servicios del establecimiento bancario.

Consecuencialmente, se ordena al Banco Popular accionado adecuar las escaleras instalando para ello la rampa de acceso para los discapacitados en un término de tres meses a partir de la notificación (...)

En la segunda instancia, por petición del accionado, se arguye:

(...) Revisadas las pruebas que obran en el diligenciamiento, observa la Sala, que las fotografías presentadas con el libelo demandatorio se refieren a las escaleras mencionadas por el accionante, como único acceso a la entidad demandada y a los folios 23 y 24, el informe presentado por el Departamento Administrativo de la Defensoria del Espacio Publico, en el que da cuenta que se encuentran una gradas, que inician desde la zona del andén, imposibilitando el acceso a las personas discapacitadas.

Antes de cualquier consideración, resulta necesario señalar el concepto de espacio público conforme a la legislación colombiana. En el Decreto 1504 de 1998 se dispuso:

“Artículo 2: El espacio publico es el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados destinados por naturaleza, usos o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes”. (Decreto 1504 de 1998)

Precisamente en la ley 9° de 1989 (...)

A su vez, es conveniente recordar lo estipulado por el Decreto 1504 de 1998, que reglamenta el manejo del espacio público en los Planes de Ordenamiento Territorial, más exactamente en su artículo 5, numeral 2, literal i:

El espacio público está conformado por el conjunto de los siguientes elementos constitutivos y complementarios

i) Los componentes de los perfiles viales tales como: áreas de control ambiental, zonas de mobiliario urbano y señalización, cárcamos y ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, alamedas, rampas para discapacitados, andenes, malecones, paseos marítimos, camellones, sardineles, cunetas, ciclopistas, ciclovías, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento, bermas, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles.

Además, es del orden recordar que mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan otras disposiciones, se ordenó la eliminación de barreras arquitectónicas; según se dispuso mediante su artículo 52, que será también de obligatorio cumplimiento para las edificaciones e instalaciones abiertas al público que sean de propiedad particular, quienes dispondrán de un término de cuatro años contados a partir de la vigencia de la presente ley, para realizar las adecuaciones correspondientes.

“Las rampas para discapacitados forman parte del espacio público (art. 5 Dto. 1504/98), porque conforman los perfiles viales de las áreas requeridas para la circulación peatonal, destinadas por su naturaleza, uso o afectación a la satisfacción de las necesidades colectivas que trascienden los límites individuales de los habitantes.”

(...) según el H. Consejo de Estado el termino de 4 años mencionado en el párrafo anterior, se cuenta a partir de la vigencia del Decreto 1538 del 17 de Mayo de 2005, que reglamentó la Ley 361 de 1997, porque en dicho decreto se expidieron las normas técnicas pertinentes para hacer las respectivas adecuaciones a las edificaciones, tal como se evidenció en la providencia dictada por dicha corporación el 10 de mayo de 2007 con ponencia del H. Consejero Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Deviene entonces que al descender al caso concreto, se observa que para la fecha de la presentación de la acción popular, esto es el 27 de agosto de 2007, aun no habían transcurrido los 4 años concedidos para la adecuación de las estructuras, según el Decreto 1504 de 2005, como tampoco dicho término había fenecido cuando el Juzgado profirió el fallo impugnado.

(...) si bien el Banco popular no es el dueño del inmueble donde funcionan las oficinas, tal circunstancia no lo eximen en principio de hacer la adecuación a la escalera de ingreso al Banco; pero para que ello sea posible deben ser demandados tanto el propietario de la edificación como el municipio de Bucaramanga; dado que la refacción o adecuación del espacio público donde está la citada escalera requiere necesariamente de la intervención de la autoridad municipal.

Las reflexiones que anteceden conllevan a declarar probada la primera excepción propuesta por la parte demandada, decisión que conduce a revocar el fallo del Juzgado y a negar la acción popular, sin que sea necesario hacer pronunciamiento de fondo respecto de los demás medios de defensa. (...)

Lo que evidencia que apegados a las normas –citadas caóticamente, inclusive- y a la interpretación gramatical, esto es exegética de esas, el juzgador consideró que había vulneración de los derechos enunciados por el actor, pero no tuvo en cuenta la realidad de esta sociedad, los inmuebles son de propietarios que cuando

se entregan en arriendo pueden o no autorizar las mejoras necesarias que se van adecuando al desarrollo territorial, pues no de otra manera se explica que con el desarrollo local el estado vaya comprendiendo que debe adecuar los espacios públicos o de acceso público para todos los usuarios, porque entre los del sector financiero pueden o no haber discapacitados que requieran la rampa para usar las instalaciones del banco, pese a las innovaciones tecnológicas de la web.

Ahora que el censor de cierre en la jurisdicción civil, para estos asuntos, tampoco fue más allá de las falencias legales, se limito a citar como otro estrado interpretó la aplicación de la reglamentación de la ley -argumento de autoridad- y se apartó sin fundamentación legal alguna de la interpretación deductivista que venía trayendo el caso:

(...) las rampas para discapacitados que forman parte del espacio público son las que conforman los perfiles viales de las áreas requeridas para la circulación peatonal, destinados por su naturaleza, uso o afectación, a la satisfacción de las necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de los habitantes.

La Ley 361/1997 establece los mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones, con el fin de suprimir y evitar toda clase de barreras físicas en el diseño y ejecución de las vías y espacios públicos y del mobiliario urbano, así como en la construcción o reestructuración de edificios de propiedad pública o privada. En esta ley se destaca que la accesibilidad es un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado y por lo tanto deberá ser tomada en cuenta por los organismos públicos o privados en la ejecución de dichos servicios (art. 46).

Respecto de la eliminación de barreras arquitectónicas en las edificaciones abiertas al público que se vayan a construir, o en las ya existentes, el artículo 47 de la Ley 361 de 1997 establece lo siguiente:

“La construcción, ampliación y reforma de los edificios abiertos al público y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles a todos los destinatarios de la presente ley. Con tal fin, el Gobierno dictará las normas técnicas pertinentes, las cuales deberán contener las condiciones mínimas sobre barreras arquitectónicas a las que deben ajustarse los proyectos, así como los procedimientos de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de estas disposiciones.

Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva, de acuerdo con las disposiciones previstas en el inciso anterior,

de tal manera que deberá además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales.

(...).” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

(...) En suma, la regla que rige el caso es que el término concedido por la para adecuar las construcciones, de 4 años, se cuenta no desde la vigencia de la LEY sino desde la vigencia de su DECRETO REGLAMENTARIO, esto es, desde 17/05/2005 término que aun no ha vencido, en consecuencia, no puede decirse que el demandado está desconociendo la ley.

(...)

“La accesibilidad es un bien público que se ha venido consagrando en términos de derecho ciudadano en las últimas dos décadas, a través del cual toda persona, sin importar su edad, género, raza, sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales, tiene derecho a interactuar socialmente y a desarrollar sus aptitudes y potencialidades en las diversas esferas de la actividad cotidiana, y a hacer uso y disfrutar libremente de todos los servicios que presta y ofrece la comunidad”.

Las NORMAS UNIFORMES SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su cuadragésimo octavo período de sesiones, mediante RESOLUCIÓN 48/96, del 20 de diciembre de 1993. El art. 5 de estas normas es del siguiente tenor:

“Los Estados deben reconocer la importancia global de las posibilidades de acceso dentro del proceso de lograr la igualdad de oportunidades en todas las esferas de la sociedad. Para las personas con discapacidades de cualquier índole, los Estados deben:

- a) Establecer programas de acción para que el entorno físico sea accesible.
- b) Adoptar medidas para garantizar el acceso a la información y la comunicación.”

Tal como quedó explicado... a nivel nacional la LEY 361/1997 y el DECRETO 1538/2005 regulan el tema de la accesibilidad. A nivel local se tiene: El DECRETO 089 DE 2004, por medio del cual se compilan los Acuerdos 034 de 2000, 018 de 2002 y 046 de 2003 que conforman el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Bucaramanga, y el Decreto 214 de 2007 por el cual se compilan los acuerdos municipales No. 006 de 2005 y 048 de 2006.

3.3.1 El art. 52 de la LEY 361/1997 contiene los siguientes ámbitos de aplicación:

- En cuando al sujeto obligado (ámbito personal): los propietarios particulares de las edificaciones e instalaciones abiertas al público.
- En cuando a su contenido: impone la obligación de realizar las adecuaciones correspondientes para garantizar la accesibilidad, de acuerdo a la misma ley y sus **disposiciones reglamentarias**. Esta obligación debe cumplirse en un término de cuatro (4) años, que se cuentan a partir de la vigencia de la Ley (11/02/1997).

El DECRETO 1538/2005 reglamentó parcialmente la LEY 361/1997 y por su ámbito personal se aplica a los propietarios de edificios, establecimientos e instalaciones de propiedad pública o privada, abiertos y de uso al público.

El art. 8 del DECRETO 1538/2005 señaló las características que deben tener los edificios abiertos al público, y en el tema que nos ocupa (la rampa de acceso) dijo:

... serán de obligatoria aplicación, en lo pertinente, las siguientes Normas Técnicas Colombianas para el diseño, construcción o adecuación de los edificios de uso público:

b) NTC 4143: "Accesibilidad de las personas al medio físico. Edificios, rampas fija,

De este recorrido legislativo se sigue que si el propietario de un edificio abierto al público tiene la obligación de construir una rampa, ésta debe cumplir las especificaciones de la NORMA TECNICA COLOMBIANA NTC 4143 del 31/05/2004, que señala "las dimensiones mínimas y las características generales que deben cumplir las rampas que se construyan en edificaciones para facilitar el acceso de todas las personas". En ese documento se grafican las rampas por su longitud, pendiente, anchura, descanso y cada una de las características mínimas que debe contener la construcción de las citadas rampas.

(...) no toda omisión en la construcción de una rampa en un inmueble en el que exista un local comercial se constituye en un hecho violatorio del derecho a la accesibilidad, ni en un acto discriminatorio con quienes tienen limitaciones de movilidad. Habrá que analizar cada caso en particular para determinar con precisión la tensión de intereses que envuelve. Así, piénsese, por ejemplo, en un hospital que no tiene rampa de acceso, o en una entidad del sector financiero, o en un centro comercial... en estos casos es clara la violación del derecho de accesibilidad. Ahora pensemos en la modista del segundo piso de una construcción sin rampa, ni ascensor... ¿le obligaría el sistema jurídico a construir la rampa? En el terreno de la hipótesis no. Y acá es importante hacer las siguientes dos (2) precisiones: la primera de ZAGREBELSKY: "...incluso en el campo del derecho positivo, es decir, en el campo donde la ecuación justicia = legalidad parece mas obvia, la pretensión de reducir al ser humano a un simple observador de las normas falla en su propósito. El juez que es sólo un escrupuloso observador pasivo de la ley no es un buen juez". La segunda, las decisiones de los jueces deben atender la ley, así se hace realidad el imperio de la ley, garantía de las libertades; pero también tiene que atender la realidad, esa en la que se encuentra el hombre situado, de carne y hueso, para cuyos derechos se hace realidad el imperio de la ley. (...)"

Fuerza concluir, que las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen normas tanto individuales como generales, no otra cosa deviene de estas últimas, cuando no solamente se hace una reconstrucción deductivista sino que se apela a las reglas de la razón y de la integración normativa. Aquí no solamente se prueba la existencia del inmueble, la norma, el derecho de los usuarios discapacitados sino también las obligaciones ciudadanas.

Se desestima en estos asuntos de lo colectivo la posibilidad de formular interpretación per se, es decir de imputar una responsabilidad objetiva, en tanto la sola configuración del acto de desobedecimiento de las normas de construcciones y urbanismo, del incumplimiento de las disposiciones legales frente al espacio público se considera una violación de los derechos colectivos o de los intereses colectivos –pese al yerro, por lapsus gramatical- de considerarlos bienes públicos-. Teniendo como única forma de desvirtuar tal imputación que se demuestre que dicho acto no existió, no lo cometió y no fue superado dentro del término de tramitación del proceso porque entonces debe soportar las cargas onerosas del incentivo a favor del actor.

CONCLUSIONES

El trabajo de aplicación realizado integra el conocimiento jurídico y social a la experiencia judicial en la construcción de ciudadanía desde la reconstrucción de la argumentación de las sentencias de acciones populares proferidas en el 2008 permitió establecer con certeza que los argumentos utilizados por los jueces civiles del circuito de Bucaramanga se orientan principalmente por los deductivos de carácter normativo –silogísticos-, de definición, inductivos, de autoridad, ponderación.

La cualificación de los actores populares no se puede hacer en el curso de los procesos constitucionales porque ellos no concurren más que a presentar las demandas y excepcionalmente a alegar de conclusión, por lo que de los cuerpos de las sentencias examinadas no se pudo concluir esta condición.

En verdad del análisis cualitativo de la información recaudada solamente se pudo advertir que todas las argumentaciones tienden a favorecer la aplicación de las normas y excepcionalmente a crear derecho a través de las definiciones que sobre cada derecho colectivo que se demanda como vulnerado, siendo que el privilegiado surge de la vulneración de las normas del plan de ordenamiento territorial local en cuanto toca con la publicidad en cualquiera de sus condiciones.

Otra razón por la que la argumentación de las sentencias no es más prolija se debe a que no hay una verdadera depuración de los derechos colectivos en el ámbito de lo privado y las normas sobre acciones populares dando cabida a la demanda de su amparo solamente por fotografías o acciones policivas que

demuestran la ineficacia el estado local más no la vulneración propiamente dicha de los derechos de la sociedad o de un colectivo determinado.

En coherencia con la realidad procesal, no se pueden hacer estudios de aplicación jurídica contando únicamente con las sentencias, pues estas son en apariencia copias de todas las demás y los argumentos, aunque se contienen numerosos en cada una, se reducen tanto en complejidad como en calidad, por lo que ninguna creación jurídica se expone en las 164 analizadas, tarea que no solo es reprochable a los jueces de instancia, sino que se debe a los hechos descritos por los demandantes, pues nada distinto resulta del gráfico que da cuenta de los actores populares que pululan en este circuito judicial y de los descriptores y restrictores que se dejan contar en el numeral 5.3 de este trabajo.

Queda otro espacio que labrar para determinar si en verdad las normas sobre acciones populares son eficaces, son válidas o si apenas son un remedo de posibilidad para hacer efectiva la protección de los derechos e intereses colectivos, la que puede erigirse en un estudio de casos puntuales que permitan al juez analizar tanto al actor, como la motivación, la participación y los hechos descritos y probados para poder argüir en derecho y con fundamento en teorías del mismo, más modernas, que se salgan del mero espíritu de la ley y pasen a ser más cercanas a la vida comunitaria y globalizada en la que se desarrollan ciudades como Bucaramanga. Claro, ese estudio debe hacerse desde la racionalidad de quiénes son los jueces que toman esas decisiones, qué formación ciudadana y jurídica tienen, porque en todos se evidencia que manejan muy bien la norma procesal y administrativa, pero la formación constitucional en estos asuntos se da parcamente.

BIBLIOGRAFIA

Alchourrón, Carlos E., On law and logic. Publicado en Ratio Juris 9 Volumen Nº 4, diciembre de 1996, Traducido por Jorge L. Rodríguez con la colaboración de Serio A, Militello

Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Aristóteles, Retórica. Introducción, Traducción y Notas por Quintin Racionero. Biblioteca Clásica Gredos 142. Editorial Gredos. Madrid 1.990.

Atienza Manuel. El derecho como Argumentación. Editorial Ariel. Barcelona. 2.006

El sentido del Derecho, Barcelona, 2003, 2ª edición

Beccaria, Cesare De los delitos y de las penas. Edición de Franco Venturi. Traducción de Joaquín Jordá Catalá, Barcelona: Editorial Bruguera. S.A., 1983.

Betti, Emilio. La interpretación de la ley y de los actos jurídicos. Traducción y prólogo de José Luis de los Mozos, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975

Blume Fortini, Ernesto, La defensa de la Constitución a través de la ordenanza municipal, Lima, Editorial Grijley, 1998.

Bobbio, Norberto (1987), Teoría General del Derecho. Temis, Bogotá, Pág. 147

Caballero Sierra Gaspar y Marcela Anzola Gil, Teoría constitucional, Bogotá, Temis, 1995, pp. 3-4.

Calamandrei Piero. Instituciones de derecho procesal Civil. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1.973.

Calvo García, Manuel, Los fundamentos del método jurídico: una versión crítica, en especial el capítulo VII. "La Nueva hermenéutica jurídica (Madrid: Editorial Tecnos.S.A., 1994).

Camacho, Azula. Manual de Derecho Procesal, Tomo III, De los procesos civiles, agrarios, de familia y acciones populares. Editorial Temis, Cuarta Edición. Página 534.

Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, versión castellana de Francisco Ayala. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.

Carrió, Genaro R., Notas sobre Derecho y Lenguaje, Buenos Aires: Abeledo Perrot., 1971 y Algunas palabras sobre las palabras de la ley. Buenos Aires: Abeledo Perrot., 1.971.

Carrión Wam, Roque. -Semiótica Jurídica, en, Enciclopedia Jurídica OMEBA. (1.992) Tomo VI. Apéndice. Driskill S.A. Buenos Aires, pp.582-594 y Semiótica Jurídica (México: UNAM, 1989).

La producción de la sentencia, en, Enciclopedia Jurídica. OMEBA, (1.996) Tomo VII. Apéndice Driskill S.A. Buenos Aires.

Carrol, Lewis, Alicia a través del espejo. Edición y Traducción de Luis Moristany. Barcelona: Plaza & Janes Editores, 1986.

Chinchilla Herrera, Tulio Elí, 1999. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá, Temis.

Cueto -Rúa, Julio C., Judicial Methods of Interpretation of the law. Louisiana, Louisiana State University, 1981.

De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional Sistema de Fuentes. ARIEL, Barcelona, 1989.

Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Edición Española. Madrid. Primera edición, 1975. Tomo 6, p. 230.

Gadamer, Hans-Georg. Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1997.

Verdad y Método. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1992, T II

Gény, Francois (1951). Última verba. París: R. Pichon, R. Durand - Azulas, Mars.

Giannini, M. S., 1970, Diritto amministrativo, Giuffrè, Milano. Citado por Antonio María Peña Freire. La garantía en el estado constitucional de derecho. Editorial Trotta. Madrid: 1997.

Guido, Fassó, Historia de la Filosofía del Derecho. La Edad Moderna, Madrid, Ediciones Pirámide, S.A., 1982 T2.

Francisco Corpaci, Ideología e Política in Cesare Beccaria Milano, Dott. A Guiffré, Editore, 1965.

Haba Enrique P. En torno al concepto de interpretación literal, en Revista de Ciencias Jurídicas, 1977. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, N° 33, Septiembre- Diciembre.

La voluntad del legislador ¿Ficción o realidad?, en Revista de Ciencias jurídicas. Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica. N° 32. Mayo - Agosto, 1977.

Hart, H. L. A., Definition and Theory in Jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 1953.

Jiménez de Parga Manuel, Méthode d 'interprétation et Sources en droit privé positif Essai Critique, 1954. Seconde édition revue et mise au courant. París, L.G.D.J., 2T.

Regímenes Políticos Contemporáneos, Madrid, Editorial Tecnos, 1965.

José Luis Colomer, La Teoría de la Justicia de Immanuel Kant, Madrid: C.E.C., 1995.

José Nicolás Matienzo, Lecciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1926.

Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. Versión castellana de la 21 edición de 1960 de Roberto Vernengo, México: UNAM. 1951

Kriteller, Paul Oskar. El pensamiento Renacentista y sus fuentes. México: FCE, 1982.

Klug, Ulrich, lógica jurídica. Publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.V. Volumen XXV. Caracas, 1961.

Linares Quintana, Segundo V, Tratado de ciencias del derecho constitucional, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1987 tomo 3

López Calera, Nicolás. 2000 ¿Hay derechos colectivos?. Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos. Barcelona: Ariel.

Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel S.A., Barcelona. 1976.

Sistema del derecho romano actual. Versión castellana de Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid, Centro Editorial de Góngora, 6 vol.

MacCormick, Neil, Legal Reasoning and Legal Theory, Clarendon Press, Oxford, 1978.

Montesquie. De l'Esprit des Lois. Oeuvres Complètes. París: Aux éditions de Seuil, 1964.

Nieto, Alejandro. La Administración sirve con Objetividad los Intereses Generales, en Estudios Sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo III, Editorial Civitas. 1991, pp. 2.189 y 2.190.

Novák, Leszek, "De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation Juridique- en, Etudes de Logique Juridique, publiées par Ch. Perelman, (Bruxelles: Etablissements Emile Bruylant, 1.967) vol III.

Olano Valderrama Carlos Alberto y Hernán Alejandro Olano García, Derecho constitucional general e instituciones políticas –Estado social de derecho. 3 edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.

Pascualucci, Paolo "Il mito rousseauiano del legislaadoe, en Revista Internazionale di Filosofia del diritto. IV serie -LV -1.978. Milano: Dott. A. Giuffré. Editore.

Perelman, Chaim. La Lógica jurídica y la nueva retórica. Traducción del Francés por Luis Díez -Picazo. Editorial Civitas, S.A. Madrid 1979. p. 139.

Plachy, Adolfo. La teoría della Interpretazione. Genesi e historia della hermenéutica moderna. Milano: Dott A.Giuffré Editore, 1974.

Robles, Gregorio, Los temas de la filosofía jurídica” en Introducción a la Teoría del Derecho, Madrid: Debate, 1993.

Romagnoli Sergio. Firenze: Sansoni, 1958.

Silguero Estagnan, Joaquín. La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos. Editorial Dykinson. Madrid, 1995.

Soler, Sebastián. Interpretación de la Ley. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962
Las palabras de la ley. México: FCE., 1969.

Tamayo Jaramillo, Javier. Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. Editado por Baker & McKenzie. Bogotá, enero de 2001.

Vanberg Viktor y R. Wippler, “El renacimiento de la idea del contrato social y la sociología” en L. Kern & H.P. Muller, La Justicia: Discurso o Mercado, Barcelona: Gedisa, 1992

Vonglis, Bernard La letire et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique. París: Sirey, 1962

Wilson Woodrow, El gobierno del Congreso: estudio sobre la organización política americana. Traducido por Julio Carrié. Buenos Aires Tall J. Peuser, 1902

Zagrebelsky, Gustavo. Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia. Traducido por Marina Gascón como El derecho dúctil. Ley, derechos justicia. Valladolid, 1995.

Decisiones judiciales

Autos y Sentencias del Consejo de Estado:

Auto AP 3001, sección cuarta

Auto AP 306, sección cuarta

Auto AP 9357 sección segunda

Auto AP 023, sección primera

Auto AP 005, sección tercera.

Sala Plena, Sentencia del 21 de enero de 2003.

Sección Tercera. Sentencia AP-001 de junio 29 de 2000. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.

Sentencias Corte Constitucional:

SU-067 de 1993

T-406 de 1992

C-587 de 1992

T-437 de 1992

SU 063 de 1993

SU-067 de 1993

T - 102 de 1993

SU 257 de 1997

C-536 de 1998

C-560 de 1999

T-664 de 1999

C-377 de 2002

T-206 de 2003

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de 16 de agosto de 2007,
Expediente No. 25875 31 84 001 1994 00200 01.

ANEXO UNO . SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA ESTUDIADAS

**PROCESOS DE ACCION POPULAR
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
FECHA: ENE-01-2008 A DIC-31-2008**

RADICACION	FECHA PRESENTACION	DEMANDADO	DEMANDATE	DESPACHO JUDICIAL
68001310300120050025800	2005/11/02	PLAZOLETA Y ALMACENES GINO PASSCALLI NR. 1	LINETTE ANDREA GUTIERREZ GONZALEZ	Juzgado 001
68001310300120060000400	2006/01/12	MARIA NUBIA MEJIA DE DIAZ	DANIEL VILLAMIZAR BASTO	Juzgado 001
68001310300120060001800	2006/01/27	HERNANDEZ GOMEZ CONSTRUCTORA S A REP. POR RODOLFO HERNANDEZ SUAREZ	ELVIN JAVIER BASTO GUIO	Juzgado 001
68001310300120060008600	2006/04/05	CONARING LIMITADA	ELVIN JAVIER BASTO GUIO	Juzgado 001
68001310300120060013000	2006/06/08	LUZ MARINA ROJAS TIBAMOSO	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120060013700	2006/06/12	INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA FRAGANCIA LTDA	OFFIR MAYERLY RUIZ NUÑEZ	Juzgado 001
68001310300120060017000	2006/07/12	JORGE ORTIZ E.U. EMPRESA UNIPERSONAL	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120060018000	2006/07/21	MADERABLES LTDA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120060021400	2006/08/17	EXXON MOBIL S.A.	JOHN ALEXANDER ANGEL RAMIREZ	Juzgado 001
68001310300120060022200	2006/08/24	CAMARGO HERMANOS Y CIA LTDA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120060022400	2006/08/24	CORTES ESPERANZA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 001
68001310300120060032100	2006/12/05	MARVAL SA	SUELO AZUL LIMITADA	Juzgado 001
68001310300120060032300	2006/12/06	LEMUS DE CASTRO AURA ROSA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120060032800	2006/12/13	LUZ HELENA GODOY PATIÑO	GABRIEL JOSE MANTILLA VELASCO	Juzgado 001
68001310300120070002100	2007/02/02	CONSTRUCTORA DE CONDOMINIOS LIMITADA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120070005800	2007/03/16	CODIESEL SA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120070005900	2007/03/16	MULDIAL DE COLISIONES LTDA	GABRIEL JOSE MANTILLA VELASCO	Juzgado 001
68001310300120070009500	2007/04/30	LUZ HELENA MONCADA LAPEIRA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 001
68001310300120070009900	2007/05/03	ULLOA ARAQUE LIMITADA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 001

68001310300120070011100	2007/05/22	CENTRO DE DIAGNOSTICO AUTOMOTRIZ CDA REVITEC S.A.	ANDREA ESLAVA NUNCIRA	Juzgado 001
68001310300120070011400	2007/05/23	HALCON PLASTICOS LTDA	OFFIR MAYERLY RUIZ NUÑEZ	Juzgado 001
68001310300120070012100	2007/05/31	TODO ASEO LIMITADA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 001
68001310300120070012400	2007/06/01	REPRESENTACIONES Y DISTRIBUCIONES NOSOTROS LTDA	OFFIR MAYERLY RUIZ NUÑEZ	Juzgado 001
68001310300120070015300	2007/07/05	INDUSTRIAS PARTMO S.A.	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 001
68001310300120070015400	2007/07/05	YEDY MAURICIO CHAPARRO CASTILLO	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 001
68001310300120070019200	2007/08/03	IRGEN CABALLERO RANGEL	MONICA JOHANA VALBUENA NOSSA	Juzgado 001
68001310300120070024300	2007/09/24	INFANTILES FLIPER S.A.	URIEL GALVIS ROZO	Juzgado 001
68001310300120070025100	2007/10/03	INDUSTRIA MADECEL LTDA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 001
68001310300120080002100	2008/01/30	SISTEMAS Y COMPUTADORES LTDA	SUELO AZUL LIMITADA REP. POR ARELIS KARINA URQUIJO GALVIS	Juzgado 001
68001310300220020076400	2002/12/11	EDIFICIO CAMARA DE COMERCIO DE BUCARAMANGA	SAMUEL ANDRES VILLAMIZAR BERNAL	Juzgado 002
68001310300220050000600	2005/01/14	COOPERATIVA MULTIACTICA DE LOS TRABAJADORES DE SANTANDER LIMITADA COMULTRASAN	OSCAR JAHIR HERNANDEZ RUGELES	Juzgado 002
68001310300220050019300	2005/08/30	CONSTRUCTORA HERAD LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 002
68001310300220050021100	2005/09/15	LUZ MARINA SANDOVAL MURILLO	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 002
68001310300220060002000	2006/01/26	GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.	ERIC CHAPARRO QUINTERO	Juzgado 002
68001310300220060016700	2006/07/11	SOLSALUD E.P.S. S.A.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 002
68001310300320050023700	2005/10/11	EDIFICIO CENTRO COMERCIAL SANANDRESITO LIMITADA	CARLOS ARTURO RIOS VERA	Juzgado 003
68001310300320060021300	2006/08/23	CENTRAL COOPERATIVA FINANCIERA PARA LA PROMOCION SOCIAL COOPCENTRAL LTDA COOPCENTRAL LTDA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 003
68001310300320060025300	2006/09/28	LUIS ALBERTO SALAZAR MACHADO	GERMAN ORLANDO FAJARDO VARGAS	Juzgado 003

68001310300320060026200	2006/10/11	HOTEL D LEON, Representado por SOFÍA RUEDA DE LEON.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 003
68001310300320060026600	2006/10/13	PROYECTARTE LTDA.	GERMAN ORLANDO FAJARDO VARGAS	Juzgado 003
68001310300320060029100	2006/11/15	FABRICA ITALO COLOMBIANA DE BATERIAS FAICO LTDA.	GABRIEL JOSE MANTILLA VELASCO	Juzgado 003
68001310300320060031500	2006/12/12	ASIA CHINA, Representando legalmente por ZHEN YUEYIN	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 003
68001310300320070002900	2007/02/02	CONSTRUCTORA CINCO ESTRELLAS LTDA, Representada Legalmente por el señor HUGO ANTONIO PABÓN RINCÓN.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 003
68001310300320070010300	2007/05/03	AUTOSERVICIO MERCANTIL PLUS, REP. POR IRGEN CABALLERO RANGEL	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 003
68001310300320070010400	2007/04/03	CLINICA ODONTOLOGICA COLMENA, Rep. Por JOSE ALBERTO SUAREZ MOLINA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 003
68001310300320070012700	2007/05/28	LUBRICANTES LA 61, Rep. por ELVIA GUIZA DE VARGAS	JUAN CARLOS CELIS ARIZA	Juzgado 003
68001310300320070013400	2007/06/01	BANCO DAVIVIENDA S.A., Rep. NESTOR MANTILLA RODRIGUEZ.	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 003
68001310300320070013800	2007/06/06	BANCO DE BOGOTA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 003
68001310300320070016500	2007/07/10	ALMACEN KILO-METROS CALLE 36 # 13-20, Rep. por RODRIGO BARBOSA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 003
68001310300320070017000	2007/07/13	DEPENSA SAN AGUSTIN, representada por IRMA GUTIERREZ DE CHINCHILLA.	OFFIR MAYERLY RUIZ NUÑEZ	Juzgado 003
68001310300320070017100	2007/07/13	TORRESCAR S.A.	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 003
68001310300320070017200	2007/07/13	ABC DECORACIONES, Rep. por PLUTARCO AYALA.	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 003
68001310300320070017900	2007/07/18	MADERAS Y ACCESORIOS DE SANTANDER S. A. - MADERAC-, propietario de NOCHE Y LUNA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 003
68001310300320070018500	2007/07/24	BANCOLOMBIA S A. OFICINA DE FLORIDABLANCA	URIEL GALVIS ROZO	Juzgado 003
68001310300320070020300	2007/08/13	CASA TELAS LDTA, como propietaria del Establecimiento BODEGA DECORATIVA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 003

68001310300320070020800	2007/08/16	FERRETERIA LA CASITA, Rep. ARNULFO BALLESTEROS LEON.	URIEL GALVIS ROZO	Juzgado 003
68001310300320070024900	2007/09/28	ASOCIACION PROBIENESTAR DE LA FAMILIA COLOMBIANA - PROFAMILIA-	YOKSI CAROLINA CASTRO PACHON	Juzgado 003
68001310300320070025100	2007/10/02	DINAMOTOR DEL ORIENTE MGB S. A.	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 003
68001310300320070025200	2007/10/02	DISTRIBUCIONES PAPELERIA NACIONAL LTDA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 003
68001310300320070026800	2007/10/18	DISTRIBUIDORA RAYCO S. A.	JULIETTE VANESSA STAPER	Juzgado 003
68001310300320070027300	2007/10/23	MULTIJUEGOS LTDA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 003
68001310300320070029700	2007/11/20	HERMES RUEDA RUEDA, propietario del Establecimiento de Comercio ALMACEN LA 108	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 003
68001310300420040021900	2004/07/22	INVERSORA HOTELERA COLOMBIANA SA	CARLOS ARTURO RIOS VERA	Juzgado 004
68001310300420060001900	2006/01/26	INVERSIONES LA PENINSULA LTDA	ERIC CHAPARRO QUINTERO	Juzgado 004
68001310300420060003100	2006/02/07	LEONIDAS SARMIENTO PEREZ	DANIEL VILLAMIZAR BASTO	Juzgado 004
68001310300420060007900	2006/03/31	MARIA GUILLERMINA MARTINEZ RAMIREZ	MONICA LISBETH PALACIOS GROZO	Juzgado 004
68001310300420060014500	2006/06/15	CONSTRUCTORA MARDEL S.A.	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 004
68001310300420060021100	2006/08/23	CHEN HUAN REN	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300420060021800	2006/08/29	ORLANDO FUENTES SANCHEZ	GERMAN ORLANDO FAJARDO VARGAS	Juzgado 004
68001310300420060025900	2006/04/03	TITI JULIANA BERNAL RODRÍGUEZ	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300420060031300	2006/12/04	HERNANDEZ GOMEZ CONSTRUCTORA S A REP. POR RODOLFO HERNANDEZ SUAREZ	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300420060032200	2006/12/12	DENG BAOYI	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 004
68001310300420070001000	2006/12/11	FERNANDO SEPULVEDA ARENAS	GABRIEL JOSE MANTILLA VELASCO	Juzgado 004
68001310300420070002300	2007/02/06	PROYECTOS HOTELEROS Y TURISTICOS DE COLOMBIA S.A.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300420070006400	2007/03/15	EMBOTELLADORA DE SANTANDER SA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300420070009000	2007/04/25	INVARCO S. A.	PEDRO PABLO LARROTTA HERRERA	Juzgado 004

68001310300420070016400	2007/07/10	FRAPA LIMITADA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 004
68001310300420070017100	2007/07/13	PELETERIA DEL ORIENTE S.A.	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 004
68001310300420070018500	2007/07/30	HECHO EN COLOMBIA	URIEL GALVIS ROZO	Juzgado 004
68001310300420070018900	2007/08/01	ALVARO HERNANDEZ	URIEL GALVIS ROZO	Juzgado 004
68001310300420070020200	2007/08/09	RUTH MILENE USUANA ORDOZ	JUAN CARLOS CELIS ARIZA	Juzgado 004
68001310300420070022000	2007/09/05	TRANSPORTES PIEDECUESTA S.A. REP. POR ALVARO PABON AYALA	GERMAN ORLANDO FAJARDO VARGAS	Juzgado 004
68001310300420070024600	2007/10/02	BRIGLIT LICED PARRA GOMEZ	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 004
68001310300420070025400	2007/10/05	SEVERO HERNANDEZ	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 004
68001310300420070025500	2007/10/05	ELECTROAGRO LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 004
68001310300420070028600	2007/11/08	CONSTRUCTORA ALEJANDRO DOMINGUEZ PARRA S.A.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300420070028800	2007/11/08	HERNANDEZ GOMEZ CONSTRUCTORA S. A . - HG CONSTRUCTORA S. A.-	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300420070030200	2007/11/26	MERCADEFAM S.A.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 004
68001310300520050020000	2005/09/08	ALCIRA ARENAS PINILLA	DANIEL VILLAMIZAR BASTO	Juzgado 005
68001310300520060012900	2006/06/07	CARMEN SOFIA PRADA GOMEZ	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 005
68001310300520060021200	2006/08/23	MUNDO AVICOLA REPRESENTACIONES LTDA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 005
68001310300520060031600	2006/12/13	MI PAIS LIMITADA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 005
68001310300520070002400	2007/02/02	CONSTRUCTORA PRESTIGIO S A	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 005
68001310300520070002500	2007/02/02	ALEYDA JOHANA AYALA RODRIGUEZ	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 005
68001310300520070010400	2007/05/03	CENTRO TAXIS S.A.	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 005
68001310300520070011900	2007/05/17	URBANIZADORA DAVID PUYANA SA	IVAN LEONARDO RINCON ACONCHA	Juzgado 005
68001310300620050025000	2005/11/01	COMPAÑIA DE SEGUROS BOLIVAR S A	LINETTE ANDREA GUTIERREZ GONZALEZ	Juzgado 006
68001310300620060012800	2006/05/04	EDUARDO ROJAS TIBAMOSO	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 006
68001310300620060014200	2006/06/07	AFIGRAFICAS LTDA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 006
68001310300620060022200	2006/08/14	SANAUTOS SA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 006

68001310300620060027900	2006/10/03	DISCOLANTA BUCARAMANGA LTDA	GERMAN ORLANDO FAJARDO VARGAS	Juzgado 006
68001310300620060028500	2006/10/10	claudia colmenares moreno	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 006
68001310300620060029200	2006/10/18	HERNANDEZ GOMEZ CONSTRUCTORA S.A.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 006
68001310300620060033800	2006/12/06	HERNANDEZ GOMEZ CONSTRUCTORA S A REP. POR RODOLFO HERNANDEZ SUAREZ	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 006
68001310300620070002700	2007/02/08	JAVIER SANTOS SILVA	CARLOS JAVIER GUERRERO GUTIERREZ	Juzgado 006
68001310300620070004500	2007/02/23	HENRY OSMA VEGA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 006
68001310300620070006900	2007/03/29	LIZETT CHANTAN SALAMANCA REY	JORGE LUIS ESPINOSA JAIME	Juzgado 006
68001310300620070009600	2007/05/04	HECTOR JAVIER SANCHEZ GARZON	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 006
68001310300620070012300	2007/06/04	ALMACENES GANE LTDA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 006
68001310300620070014500	2007/07/04	PINTUMEZCLAS BUCARAMANGA LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 006
68001310300620070014700	2007/07/05	EMPERATRIZ CRISTANCHO CRISTANCHO	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 006
68001310300620070014900	2007/07/05	ORLANDO SERRANO GOMEZ	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 006
68001310300620070016500	2007/07/16	ODIN LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 006
68001310300620080005600	2008/02/27	BANCO GNB SUDAMERIS COLOMBIA	FUNDACION MISION PAIS FUMIPA	Juzgado 006
68001310300720050001300	2005/01/25	CONJUNTO RESIDENCIAL METROPOLIS 1	OSCAR JAHIR HERNANDEZ RUGELES	Juzgado 007
68001310300720050024400	2005/11/01	PROMOTORA SOTOMAYOR SA	LINETTE ANDREA GUTIERREZ GONZALEZ	Juzgado 007
68001310300720050025200	2005/11/10	TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.	WILLIAM RODOLFO NIÑO	Juzgado 007
68001310300720060001500	2006/01/24	EMBOTELLADORA DE SANTANDER SA	EYLEN VANESSA MORENO RONDON	Juzgado 007
68001310300720060016000	2006/06/22	EXXON MOBIL DE COLOMBIA SA	YURY NATALIA TAVERA ARCINIEGAS	Juzgado 007
68001310300720060022600	2006/08/24	TOSCANA S.A.	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 007
68001310300720060022700	2006/08/24	MARIA EMILCE GOMEZ GARRIDO	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 007
68001310300720060023900	2006/09/06	BAR RESTAURANTE LA BARDA LTDA	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 007
68001310300720060027700	2006/10/11	HOTEL SAN JUAN LTDA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 007
68001310300720060028000	2006/10/17	TITI JULIANA BERNAL RODRÍGUEZ	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 007

68001310300720060031200		MARVAL LTDA	ARELIS KARINA URQUIJO GALVIS	Juzgado 007
68001310300720070002100	2007/02/02	GLOBAL CONSTRUCCIONES LTDA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 007
68001310300720070005100	2007/03/08	ARDISA SA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 007
68001310300720070005700	2007/03/16	J.J. CONSTRUCCIONES LTDA.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 007
68001310300720070018400	2007/08/03	FERNANDO GALVIS PEREZ	URIEL GALVIS ROZO	Juzgado 007
68001310300820060017600	2006/07/12	BANCO DE BOGOTA SA.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 008
68001310300820060017700	2006/07/12	CENFER SA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 008
68001310300820060023600	2006/08/30	UNION DE CABLEOPERADORES DEL CENTRO CABLECENTRO S. A.	GERMAN ORLANDO FAJARDO VARGAS	Juzgado 008
68001310300820060026800	2006/10/03	CABLES ELECTRICOS DE SANTANDER CEDSA SA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 008
68001310300820060027300	2006/10/09	FRESKALECHE SA	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 008
68001310300820070017500	2007/07/16	MUNDIAL DE COLISIONES LTDA	JAIME ZAMORA DURAN	Juzgado 008
68001310300820070017600	2007/07/16	ALMACEN TODO RENOL- MENDIVELSO DURAN GRATINIANO	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 008
68001310300820070027800	2007/10/18	RESTAURANTE EL PAISA E.U.	JULIAN JIMENEZ RIVERO	Juzgado 008
68001310300820070030500	2007/11/20	GASEXPRESS ORIENTE LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 008
68001310300920060021900	2006/08/18	RANCHO CHARLES	JUAN CARLOS CELIS ARIZA	Juzgado 009
68001310300920060030700	2006/11/01	FIBERGLASS COLOMBIA S. A.	GERMAN ORLANDO FAJARDO VARGAS	Juzgado 009
68001310300920070004300	2007/02/26	SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR SA	CATALINA MORALES NUÑEZ	Juzgado 009
68001310300920070006300	2007/03/16	FENIX CONSTRUCCIONES S.A.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 009
68001310300920070010200	2007/05/03	EURO MONEY EXCHANGE	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 009
68001310300920070012600	2007/05/31	LUIS GERARDO TORRES PEÑA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 009
68001310300920070013500	2007/06/08	BANCO DE BOGOTA	JAIME ANDRES REY CASTELLANOS	Juzgado 009
68001310300920070017000	2007/07/16	PEDRO MORALES RONCANCIO -ALMACEN Y TALLERES CICLOCONCORDIA-	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 009
68001310300920070017100	2007/07/16	EDDY HERRERA CACERES	SERGIO GIOVANNY SOTO URIBE	Juzgado 009

68001310300920070023300	2007/09/13	BANCO POPULAR S. A.	JAIME ZAMORA DURAN	Juzgado 009
68001310300920070025500	2007/10/08	ZORAIDA GOMEZ HERRERA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 009
68001310300920070025600	2007/10/08	MARTHA ISABEL LEON RUEDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 009
68001310300920080004400	2008/02/22	CARLOS ORLANDO SOLANO BARRERA	SUELO AZUL LIMITADA REP. POR ARELIS KARINA URQUIJO GALVIS	Juzgado 009
68001310301020060025400	2006/10/18	INDUSTRIA DE EJES Y TRANSMISIONES S.A.	JAVIER ENRIQUE PEREZ LEON	Juzgado 010
68001310301020060028600	2006/11/16	NELSON MANTILLA	GABRIEL JOSE MANTILLA VELASCO	Juzgado 010
68001310301020070001800	2007/01/26	JHONNY ALCIBIADES CESPEDES GARRIDO	JAIME ZAMORA DURAN	Juzgado 010
68001310301020070005100	2007/03/05	BANCO SANTANDER COLOMBIA SA	JAIME ZAMORA DURAN	Juzgado 010
68001310301020070010100	2007/05/04	SUPERMERCADO MAS X MENOS S.A.	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 010
68001310301020070012500	2007/05/31	FERRETERIA SANTANDER LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 010
68001310301020070012600	2007/05/31	URIPIELES LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 010
68001310301020070013100	2007/06/04	ALMACENES EXITO	OFFIR MAYERLY RUIZ NUÑEZ	Juzgado 010
68001310301020070015400	2007/07/04	ESPUMAS DE SANTANDER LTDA	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 010
68001310301020070015700	2007/07/05	GALDYS HELENA DELGADO LOPEZ	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 010
68001310301020070017400	2007/07/17	ANDRES FERNANDO RENDON BARAJAS	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 010
68001310301020070019700	2007/08/08	ROSA JANETH PLATA HERNANDEZ	URIEL GALVIS ROZO	Juzgado 010
68001310301020070025900	2007/10/08	EUDORO CAMACHO MARTINEZ	JUAN CARLOS ALFONSO	Juzgado 010

ANEXO DOS. DIAPOSITIVAS DEL TRABAJO REALIZADO

ACCIONES POPULARES EN BUCARAMANGA EN EL AÑO 2008

RETÓRICA SOBRE DERECHOS COLECTIVOS EN LAS SENTENCIAS DE LOS JUECES CIVILES DEL CIRCUITO

Universidad
Industrial de
Santander



Wilma Cecilia Duarte Boada
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Problema Jurídico

¿Cuál es la fundamentación jurídica contenida en las decisiones judiciales en acciones populares, proferidas por los Jueces Civiles del Circuito de Bucaramanga en el año 2008?

Wilma Cecilia Duarte Boada
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



Hipótesis

La tutela jurídica en sentencias de acciones populares depende del tipo de argumentación de los operadores judiciales, de los sujetos activos de la acción y del derecho colectivo que se privilegia.

Wilma Cecilia Duarte Booda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



Objetivos

- Establecer el concepto, carácter y fuerza normativa de la Constitución Política de 1991, como soporte de los derechos colectivos.
- Estudiar desde el constitucionalismo colombiano las definiciones que existen sobre los derechos colectivos.
- Determinar el referente histórico de las acciones populares como mecanismo de defensa de los derechos colectivos.
- Identificar el marco de acción de la ley 472 de 1998 frente a particulares.
- Analizar la argumentación jurídica de las decisiones de los jueces civiles del circuito de Bucaramanga, proferidas en el año 2008, en materia de acciones populares.

Wilma Cecilia Duarte Booda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



1. Referente neoconstitucional de lo colectivo

La Constitución Política de 1991, como soporte de los derechos colectivos



Wilma Cecilia Duarte Boda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



2. Definiciones de los derechos colectivos

Para su comprensión y protección debe considerarse :

1. El equilibrio que debe existir en la interpretación individual privatista con una correlativa interpretación pública colectivista.
2. El interés general puede contener las condiciones de posibilidad para la satisfacción de derechos e intereses individuales y sociales.
3. Las situaciones colectivas se expresan en dos tipos de enunciados: normas primarias y secundarias.
4. El interés general frente al particular –según se prefieran–, los enunciados colectivos se formulan como límites a los derechos o situaciones ventajosas de índole individual y aun social.
5. Derechos e intereses colectivos que constituyen la condición de posibilidad de derechos individuales, fundamentales o subjetivos.

Wilma Cecilia Duarte Boda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



3. ley 472 de 1998 frente a particulares

Tres elementos claramente establecidos: el interés público, base de la acción; el interés privado del actor -recompensa buscada; y finalmente, la recompensa.

Antes de la Constitución de 1991:

Ley 472 de 1998:

Cargas públicas

Cargas de particulares

Wilma Cecilia Duarte Boda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



4. Antecedentes de la interpretación judicial

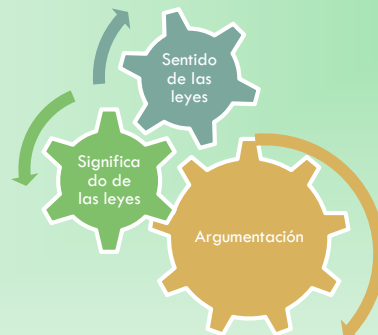


Wilma Cecilia Duarte Boda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



... de la interpretación judicial

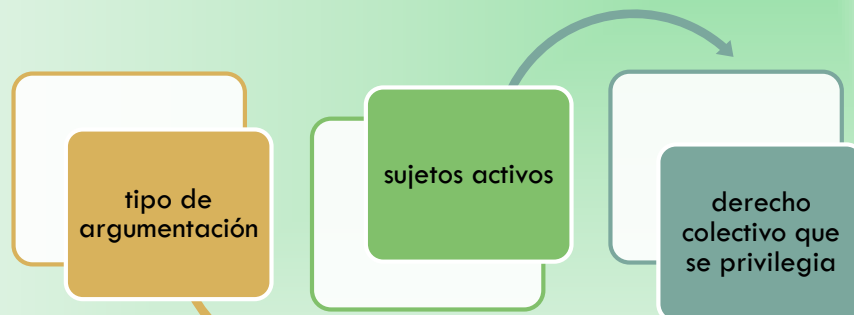


Wilma Cecilia Duarte Booda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



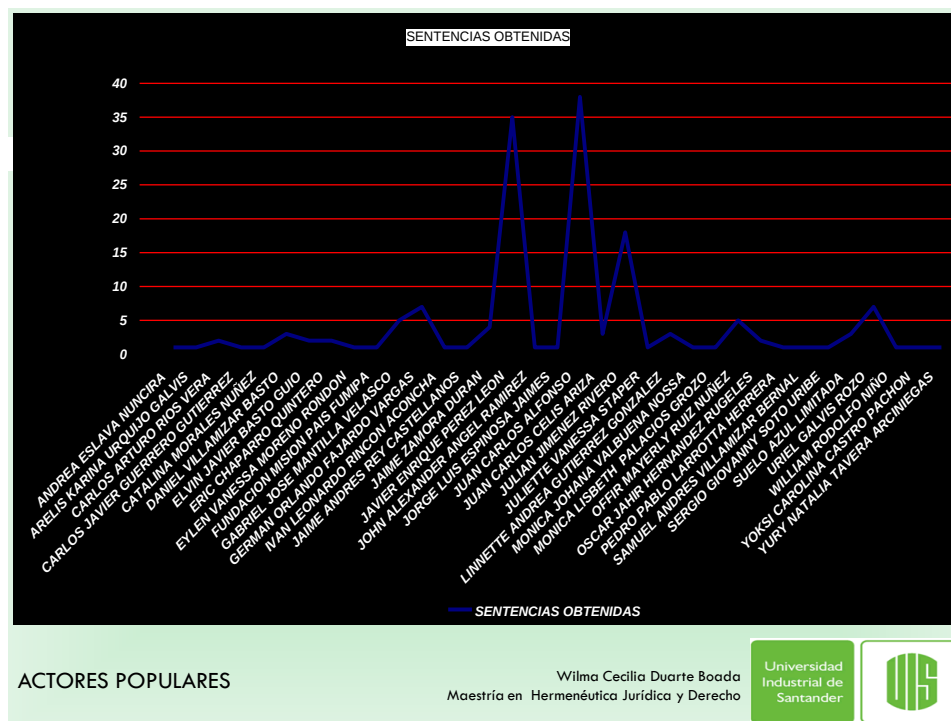
5. Acciones populares resueltas por los jueces civiles del circuito de Bucaramanga en 2008.



Wilma Cecilia Duarte Booda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander





DERECHO O INTERES COLECTIVO DEMANDADO COMO VULNERADO	HECHO GENERADOR DE LA AGRESION
Realización de construcciones y edificaciones respetando las disposiciones jurídicas	Rampa
Goce de un ambiente sano / goce del espacio público / defensa del patrimonio público.	Rural vallas
goce del espacio público / goce de un ambiente sano	Rural vallas
Acceso a la infraestructura de servicios / consumidores / seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.	Servicio de gas natural vehicular / la demanda supera la oferta, falta de estaciones de servicio de gas, mangueras en mal estado / los anteriores hechos no pudieron ser demostrados en el proceso / no concede incentivo
Goce de un ambiente sano / realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. / Seguridad pública.	Ubicación de vallas en cubierta del inmueble / condena en costas a la parte vencida.
Goce de un ambiente sano	Valla de publicidad exterior visual y pancartas colgadas en poste de energía eléctrica / se trata de una trasgresión de normas policivas que regulan la exhibición de

DERECHO O INTERES COLECTIVO DEMANDADO COMO VULNERADO	HECHO GENERADOR DE LA AGRESION
Realización de construcciones y edificaciones respetando las disposiciones jurídicas	Rampa
Goce del espacio público / goce de ambiente sano	Valla publicitaria / se probó la existencia de la misma con la visita realizada por la oficina de espacio público de la alcaldía / concede incentivo
Goce del espacio público / goce de un ambiente sano	Valla publicitaria ubicada en ante jardín / hecho superado / reconocimiento de incentivo
Goce de un ambiente sano	Vallas, avisos, pasacalles, puestos en postes y andenes. Inexistencia de prueba determinante.
Goce de un ambiente sano / goce y utilización del espacio público	Violación del espacio público / colocación de imágenes y pancartas publicitarias en antejardines y andenes / procede incentivo aun cuando ya hay un hecho superado.
goce del espacio público, utilización y defensa de los	

En sentencias ...



Wilma Cecilia Duarte Booda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



6. Conclusiones



ajenidad los juzgadores
respecto del
neoconstitucionalismo –
formación del operador-

Argumentos deductivos, de
autoridad y definición +
falacias de generalización
(los argumentos se reducen
tanto en complejidad como
en calidad)

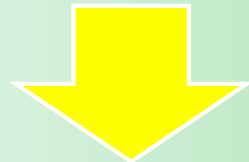


Wilma Cecilia Duarte Booda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander



... Conclusiones



Depurar los derechos
colectivos en el ámbito
de lo privado y las
normas sobre acciones
populares

cualificación de los
actores populares y su
gestión procesal hacen
fallidos los amparos
constitucionales



Wilma Cecilia Duarte Booda
Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho

Universidad
Industrial de
Santander

