

ACCION POPULAR - Es un mecanismo de protección principal / ACCION POPULAR - Procede para demandar la legalidad de actos administrativos o contratos estatales siempre y cuando éstos sean la fuente de la vulneración amenaza o peligro frente a los derechos o intereses colectivos / ACCION POPULAR CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS O CONTRATOS ESTATALES - Procede siempre que se acredite la necesidad de remover el acto administrativo del mundo jurídico

En ese orden de ideas, resulta viable que el Consejo de Estado en su condición y calidad de juez natural de las acciones o pretensiones populares pueda estudiar si la limitación introducida en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, vulnera otro tipo de principios y/o normas de rango constitucional y, por lo tanto, sea oportuno advertir esa circunstancia con el objetivo de establecer un criterio unívoco en relación con la procedencia de la acción o pretensión popular para anular actos administrativos y/o contratos estatales siempre que se demuestre que éstos son la fuente de violación o amenaza de los derechos colectivos invocados en la demanda. Lo anterior, máxime si se trata de una acción...de rango constitucional...son instrumentos autónomos cuya finalidad es la protección de derechos. Inclusive, la acción popular, a diferencia de la tutela, tiene una característica esencial que consiste en que se trata de un medio de protección principal, es decir, no es subsidiario, ni su ejercicio se supedita al ejercicio de otros medios de control...Contrario a lo señalado por las entidades e instituciones demandadas, la acción o pretensión popular es un mecanismo procesal constitucional que permite sin limitación o restricción alguna demandar la legalidad de actos administrativos o contratos estatales, siempre y cuando éstos sean la fuente de la vulneración, amenaza o peligro frente a los derechos o intereses colectivos cuya protección se solicita. Para arribar a esa conclusión, que es idéntica antes o después de la ley 1437 de 2011, se presentan los argumentos y razones que la fundamentan: i) Las acciones, medios de control o pretensiones populares son instrumentos procesales consagrados directamente por el Constituyente para la protección y amparo de los denominados derechos o intereses colectivos...Esta disposición asignó a la ley la competencia para regular las acciones populares, sin que esa específica circunstancia mute o transforme la calidad o naturaleza de este tipo de mecanismo, es decir, desconocer su condición de instrumento procesal constitucional encaminado a la protección de los derechos colectivos...La acción o pretensión popular lejos de ser un mecanismo suspensivo, lo cual la equipararía a una medida cautelar, busca definir con efectos de cosa juzgada –en los términos del artículo 35 de la ley 472 de 1998– un supuesto de protección efectiva a los derechos o intereses colectivos, para lo cual el juez puede adoptar medidas de diversa índole, todas relacionadas con obligaciones de: dar, hacer, no hacer, y de garantía...En otros términos, la pretensión popular a diferencia de un medio de control ordinario, habilita al fallador a adoptar una serie de medidas preventivas y resarcitorias, todas ellas en consonancia con el principio de reparación integral contenido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998... De otra parte, es inexistente el temor infundado que para la censura de legalidad de los actos administrativos y contratos estatales existe un juez natural, una pretensión y un procedimiento específico, ya que, tratándose de acciones o pretensiones populares de las cuales conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se cumple a cabalidad con el principio del juez natural, comoquiera que el juez del acto o del contrato es el mismo de la acción o pretensión popular... La jurisprudencia de esta Sección ha sostenido la procedencia de las acciones populares contra actos administrativos o contratos estatales, siempre que se acredite un criterio finalístico, esto es, la necesidad de remover el acto administrativo del mundo jurídico con miras a la protección efectiva de los derechos colectivos vulnerados o amenazados

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA / LEY 1437 DE 2011 / LEY 472 DE 1998 / LEY 446 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Sobre las características de la acción popular ver, Consejo de Estado, sentencia del 5 de octubre de 2007, exp. AP 2003-3357, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón y sentencia del 19 de abril de 2007, exp. AP 2004-1897, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Respecto de la definición, alcance y aplicación del criterio finalístico ver, Consejo de Estado, sentencia del 21 de mayo de 2008, exp. 2005-1423, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

ACCION POPULAR - Naturaleza contenido y finalidad / ACCION POPULAR - Es una acción principal y autónoma / ACCION POPULAR - Alcance de las decisiones del juez popular

La acción o pretensión popular, dada la importancia y relevancia jurídica de los bienes que protege, tiene trámite preferente, salvo las excepciones consagradas legalmente...así mismo, tal y como se manifestó y, a diferencia de otras acciones de rango constitucional...ostenta un carácter autónomo y principal, motivo válido para afirmar que su ejercicio no depende de la existencia de otro mecanismo de defensa, de un trámite administrativo independiente, o de lo que pueda decidirse en otro proceso judicial, aún sea de naturaleza ordinaria. En tanto que la acción constitucional es autónoma y principal, no es viable que se formulen reparos para su ejercicio, diferentes a los que corresponden a las reglas procesales propias para su admisibilidad...por consiguiente, no resulta viable, ni legítimo, que se haga pender la admisión de la acción o pretensión popular de la procedencia o no de otras acciones, medios de control o pretensiones principales o subsidiarias, por cuanto la acción popular tiene como objetivo específico y puntal el proteger a los derechos o intereses colectivos invocados en la demanda. En ese contexto, es posible que la conducta de alguna persona que lesiona o trasgreda un derecho o interés colectivo pueda ser revisada vía otras acciones constitucionales u ordinarias, principales o subsidiarias, pero, en todos los casos, procederá la acción popular para el juzgamiento de los hechos y conductas que lesionan o amenazan el respectivo derecho colectivo. En esa perspectiva, el juez de la acción popular, como juez de rango constitucional, cuenta con una serie de prerrogativas al momento de proferir su decisión, para que, ante la constatación efectiva de una vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, pueda disponer que se adopten todas las medidas pertinentes y necesarias para la protección de los mismos. Dichas órdenes pueden reflejar obligaciones de hacer, de no hacer, indemnizatorias, de realización de conductas reparatorias o resarcitorias... Lo anterior no significa una invasión a la órbita de competencias de las demás autoridades o entidades públicas, ni concretamente, de las que ejercen función administrativa, ya que se trata, simplemente, del ejercicio claro del poder discrecional que se le concede por la Constitución y la ley al juez constitucional, para que, si encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, proceda a determinar las medidas procedentes y conducentes que deben ser adoptadas para que cese la conducta lesiva...Entonces, la garantía y protección efectiva de los derechos colectivos se logra a partir de reconocer la autonomía y soberanía de la acción o pretensión popular, sin que se pueda sujetar su procedencia y viabilidad al ejercicio previo o coetáneo de los demás medios de control de la actuación de la administración pública

NOTA DE RELATORIA: Acerca de la naturaleza y contexto de la acción popular ver, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia AP-148 de 1 de febrero de 2001, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza M

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Noción / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Presupuestos / SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PUBLICA - Aceptión

La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado –o norma en blanco– implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada...su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial que esté encargado de su aplicación. En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa...y ii) como derecho de naturaleza colectiva...En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social... El concepto de orden público se garantiza el ejercicio de los derechos y libertades públicas, razón por la que en aras de materializarlo es necesario que existan: i) el poder de policía, ii) la función de policía, y iii) la actividad de policía, ya que estas tres manifestaciones del poder público son las encargadas de velar por el mantenimiento y conservación de la seguridad, tranquilidad, paz y salubridad públicas...De modo que, las nociones de seguridad y salubridad públicas se orientan al mantenimiento del orden público, concepto éste que no puede ser entendido desde una perspectiva gendarme o restrictiva de derechos, sino que, por el contrario, en una dimensión progresista y garantista lo que pretende es promover las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, seguridad y de salud para el goce efectivo de los derechos individuales y colectivos...En esa perspectiva, los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas son derechos subjetivos que se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y, por consiguiente, faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad

NOTA DE RELATORIA: Acerca del concepto de Moralidad administrativa ver, Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994 y Consejo de Estado Exp: 35501 de 21 de febrero de C.P. Enrique Gil Botero. Sobre el significado y alcance del derecho a la seguridad y salubridad pública ver, Corte Constitucional sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Consejo de Estado Exp. 1996-9617, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Respecto de los presupuestos del principio de moralidad administrativa ver Corte Constitucional sentencias C-492 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero

PROTECCION DE ANIMALES Y ESPECIES VEGETALES - Marco normativo / ANIMALES Y ESPECIES VEGETALES - Son sujetos de derechos / PROTECCION DE ANIMALES Y ESPECIES VEGETALES - Los humanos pueden servirse de los animales para su supervivencia compañía e investigación pero sin vulnerar los derechos que les asisten a los mismos

En criterio de esta Corporación, en los términos del literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, existe un reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos directos y autónomos a favor de los animales y las especies vegetales en nuestro territorio nacional. Esa finalidad, resulta incuestionable si se analiza la nueva normativa contenida en la ley 1638 de 2013, que prohíbe el uso de animales silvestres en circos o espectáculos circenses, es decir, de nuevo el

legislador les asignó derechos a seres vivos distintos al ser humano, de manera concreta, los derechos a no ser maltratados y a no vivir en condiciones precarias. Así las cosas, para el legislador colombiano los animales y las especies vegetales (v.gr. los bosques, la Amazonía, los páramos, las fuentes y recursos hídricos, etc.) son sujetos de derechos y, por lo tanto, a través de la acción popular cualquier persona puede solicitar su protección actuando como agente oficioso de esas entidades, sin que se pueda afirmar que se trata de un derecho colectivo – subjetivo perteneciente a la sociedad; por el contrario, se trata del reconocimiento expreso por parte del Constituyente y del legislador colombiano de atribuir valor en sí mismos a los animales y a las especies vegetales, para lo cual, en cada caso concreto, el juez deberá elaborar un juicio de ponderación o proporcionalidad entre los intereses en pugna u oposición. En otros términos, no es necesario que los animales o las especies vegetales sean consideradas personas jurídicas o morales para que puedan comparecer a la administración de justicia en busca de que se protejan sus derechos reconocidos por la propia comunidad, ya que existen los mecanismos procesales constitucionales idóneos para garantizar el amparo de los respectivos derechos...Ahora bien, no quiere significar lo anterior que se sacrifique el desarrollo de la humanidad ni su supervivencia a partir del respeto de los derechos de los animales, la fauna y la flora; a contrario sensu, se reconoce expresamente que los seres humanos necesitan o requieren de otros animales para la supervivencia, así como de la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables para garantizar el desarrollo sostenible de la población...En efecto, no es posible reconocer dignidad plena a los animales y a las especies vegetales porque eso impediría que el ser humano pudiera valerse de ellos en términos de supervivencia, de su ayuda para la búsqueda y experimentación científica de curas o tratamientos para combatir enfermedades terminales o mortales que atentan contra la salud pública, así como la posibilidad de domesticarlos y convivir con ellos en un espacio que no fuera el propio de libertad plena, razón por la que deviene justificable que se empleen en ocasiones para mejorar el bienestar de la humanidad...En otras palabras, los humanos pueden servirse de los animales para su supervivencia, para su compañía, para investigación, en actividades laborales o recreativas, pero sin vulnerar los derechos que les asisten, en especial de no ser tratados simplemente como objetos o cosas, de no ser sometidos a tratos crueles, degradantes, a ser mantenidos en malas condiciones de salud y libertad, a su sacrificio con el menor dolor y sufrimiento posible, a jornadas laborales adecuadas con condiciones que respeten su integridad y descanso, a no ser objeto de sufrimientos innecesarios cuando se experimente con ellos en el campo científico, a garantizar un mínimo de libertad y espacio, a garantizar su adecuada alimentación y cuidado

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 / LEY 1638 DE 2013

MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE - Es el ente encargado de reglamentar los costos derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables / CORPORACIONES AUTONOMAS REGIONALES - Son los autorizados para el recaudo de la tasa por concepto de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Se vulnera cuando las entidades del Estado omiten cumplir sus deberes / ACCION POPULAR - No es el medio idóneo para que se ordene la reapertura de procesos de índole sancionatoria y penal

Del acervo probatorio se aprecia, de manera inexorable, la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a los derechos de los animales, en el caso concreto, el derecho de los primates o micos de la especie

Aotus vociferans, que se asientan en territorio colombiano. En efecto, aparece probado que en la expedición de las licencias o permisos otorgados a la FIDIC, para la captura y experimentación científica en la especie Aotus vociferans, no han existido estudios ni antecedentes administrativos que brinden soporte a los mismos. En otros términos, se ha entregado una habilitación a una fundación de carácter particular para emplear un recurso natural renovable, sin que se cuente con la información necesaria...En efecto, de los informes oficiales transcritos –tanto del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como de Corpoamazonía– se desprende que ha existido una absoluta permisividad por parte de las autoridades públicas en la expedición y renovación de los actos administrativos relacionados con la experimentación científica e investigativa de la especie aotus vociferans cuyo asentamiento se encuentra en el trapezio amazónico. De igual forma, la FIDIC conociendo la normativa que rige la materia ha hecho caso omiso de los deberes y obligaciones a los cuales se encuentra obligada por el uso de la fauna silvestre colombiana... Así las cosas, se evidencia una trasgresión a la moralidad administrativa por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible pues con su omisión de reglamentación ha contravenido el ordenamiento jurídico superior permitiendo que un particular no asuma los costos derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. De igual forma, Corpoamazonía ha promovido y fomentado el desconocimiento de la normativa superior, lo que ha producido, en consecuencia, la vulneración a los derechos de los simios aotus vociferans, al permitir su caza indiscriminada, sin el cumplimiento de los requisitos legales...Lo anterior, máxime si la obligación legal de reglamentación de la tasa objeto de estudio se encuentra, desde el año 1993, en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 5, numeral 29, ley 99 de 1993). El recaudo de esa tasa corresponde, por su parte, a la respectiva corporación autónoma regional, en los términos del numeral 13 del artículo 31 de la misma ley. Como se aprecia, la inactividad de la administración pública riñe con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, toda vez que la omisión reglamentaria (mora en la potestad reglamentaria) ha afectado y continúa lesionando los derechos colectivos mencionados, así como el derecho de los animales que son empleados en las labores de investigación...si bien, dentro del acervo probatorio reposan pruebas que pretenden abrir la discusión sobre la posible existencia de la especie aotus nancymae de origen colombiano, lo cierto es que esa circunstancia no queda demostrada y, por el contrario, el hecho de que se hayan encontrado animales dentro de las visitas realizadas por Corpoamazonía lo que demuestran es que se han cazado primates de una especie sobre la cual no existe habilitación por parte de la autoridad ambiental. En otros términos, sin importar la similitud genética o biológica que exista entre las dos especies, lo cierto es que existe el incumplimiento por la FIDIC, ya que se encuentra probado que ha empleado micos aotus nancymae para investigación científica dentro de su laboratorio, para lo cual no cuenta –ni ha contado– con habilitación administrativa. De otra parte, es importante precisar que la acción popular no es el medio idóneo para que se ordene la reapertura de procesos de índole sancionatoria y penal; no obstante, sí es posible en esta sede judicial anular los actos administrativos habilitadores y, por lo tanto, ordenar y exhortar a las entidades públicas y a los particulares que se ajusten a los parámetros jurídicos internacionales e internos en relación con la caza, captura y manipulación de animales silvestres con fines investigativos y médicos

FUENTE FORMAL: DECRETO 1806 DE 1974 / LEY 84 DE 1989

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil trece (2013)

Número de Radicación: 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP)

Actor: ANGELA MARIA MALDONADO RODRIGUEZ Y OTROS

Demandando: MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, FUNDACION INSTITUTO DE INMUNOLOGIA DE COLOMBIA Y OTROS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el de apelación adhesiva de la demandante contra la sentencia proferida el tres de mayo de 2012, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en la que se decidió:

“Primero: DECLÁRASE no probada la excepción de **inepta demanda** formulada por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, según se explicó en la parte motiva de esta decisión.

“Segundo: DECLÁRASE que existió vulneración al derecho e interés colectivo consagrado en el literal c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998 por parte de la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC); de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía) y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, según se explicó en la parte motiva.

“Tercero: En consecuencia de lo anterior **adóptense las siguientes decisiones:**

“1. Ordénase que la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía) revoque dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, las Resoluciones 028 del 13 de mayo de 2010 “Por medio de la cual se otorga permiso de estudio de diversidad biológica a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia – FIDIC, para el proyecto “Captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano” y la No. 0632 del 29 de junio de 2010 por la cual resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 0028 del 13 de mayo de 2010, a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC), por lo expuesto en esta providencia.

“2. Ordénase a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía, (Corpoamazonía) para que en el evento de no haberse realizado y con total acatamiento al debido proceso, se adopten las decisiones a que haya lugar en relación con las investigaciones disciplinarias internas, que se ordenaron con ocasión del vencimiento de términos en la investigación administrativa seguida contra la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia, con radicación No. 108 de 2005.

“3. Solicítese a la Procuraduría General de la Nación, que dentro del marco de sus facultades examine si hay lugar a seguir alguna acción en contra de los funcionarios que adelantaron la investigación la (sic) Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC), con radicación CFA 1074-08 y archivada a través de la Resolución 1252 del 1º de julio de 2009, expedida por la directora de licencias, permisos y trámites ambientales del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

“4. En igual sentido solicitar a la Procuraduría General de la Nación que examine si hay lugar a iniciar acción disciplinaria contra los servidores públicos que no han regulado a la fecha, las tarifas mínimas para que las Corporaciones Autónomas Regionales recauden las contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas por concepto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, consagrada en el numeral 1º del artículo 31 de la ley 99 de 1993.

“5. Abstenerse de solicitar la investigación de naturaleza penal por la caza de la especie *Aotus nancymaae* por parte de la FIDIC, al obrar copia de la Resolución inhibitoria proferida por la Fiscalía Seccional 03 de Leticia (Amazonas) adiada el 16 de junio de 2010, a favor del señor Manuel Elkin Patarroyo Murillo, quien es el director general de la FIDIC, por los punibles de ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables y experimentación ilegal en especies animales o vegetales, no sin advertir, que los actores tienen plena capacidad para interponer directamente denuncia penal, de considerar que existe ilícito a indagarse.

“6. Prevéngase a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía) y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, que en el evento de volverse a emitir permiso a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC) relacionado con el aquí (sic) se ordenó revocar, se adelante en total acatamiento del ordenamiento jurídico, en especial con sustento técnico del número y especie de la fauna a capturarse, de las condiciones de su movilización, confinamiento y repoblamiento, como de la implementación de un zocriadero de los especímenes objeto de estudio. E igualmente, los efectos en la salubridad pública de la comunidad habitante de la zona geográfica autorizada por la liberación a su entorno, de las especies inoculadas para la obtención de una vacuna contra la malaria y esplecnotomizados, todo lo anterior con seguimiento de protocolos debidamente reconocidos que existan para tales efectos.

“Y de expedirse nuevo permiso del que se está tratando, adelanten oportuna y efectivamente las funciones de control y vigilancia para el

cabal cumplimiento de las obligaciones que se le impongan al autorizado.

“7. Otórgase al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible un término de 3 meses para que expida la reglamentación a fin de establecer las tarifas mínimas de que trata el artículo 31 de la ley 99 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1608 de 1978.

“8. Solicítase a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios ejercer sus funciones de prevención e intervención, en el evento de otorgase un nuevo permiso a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia, de que trata la presente acción popular.

“9. Confórmase el Comité de Verificación de que trata el artículo 34 de la ley 472 de 1998 integrado por la Magistrada de instancia; los actores populares; un delegado de la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios; un delegado de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía); un delegado del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; un delegado del Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas (SINCHI) y un delegado del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, comité que hará seguimiento al proceso de cumplimiento de las órdenes emitidas en la presente sentencia.

“Cuarto: NIÉGASE el incentivo económico pretendido por los actores, acorde con lo explicado en precedencia.

“Quinto: REMÍTASE copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.” (fls. 948 a 952 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite de la primera instancia

El 13 de abril de 2011, los señores: Ángela Maldonado Rodríguez y Gabriel Vanegas Torres instauraron acción popular contra la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia “FIDIC”, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [hoy de Ambiente y Desarrollo Sostenible], la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía “CORPOAMAZONÍA”, y la Procuraduría General de la Nación para asuntos Ambientales y Agrarios con el fin de que se protejan los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, y la seguridad y salubridad públicas presuntamente afectados

como consecuencia del desconocimiento por parte de los demandados de los principios, normas y deberes de proteger la diversidad e integridad del ambiente

Los actores populares formularon las siguientes pretensiones, en el escrito de demanda:

“1. Que se ordene revocar el permiso vigente de estudio con fines de investigación científica otorgado al FIDIC.

“2. Que se ordene adoptar sanciones civiles, administrativas y penales a que haya lugar por las irregularidades cometidas tanto por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, como por Corpoamazonía en los procesos sancionatorios ambientales adelantados en contra del FIDIC los cuales fueron adelantados y resueltos de manera antijurídica, y posiblemente con desviación de poder.

“3. Que se esclarezca la legalidad de los permisos de caza científica de fauna listada desde 1977 en el apéndice II de la CITES.

“4. Que se determine si se cumplido o no (sic) con los trámites y requisitos legales de importación o introducción al país de individuos, especímenes o productos de la fauna silvestre.

“5. Que se aclare la legalidad de la captura y experimentación en especies no autorizadas.

“6. Que se compruebe la legalidad de la movilización de especímenes por personas que no contaron con el respectivo salvoconducto para ello.

“7. Que se esclarezca si en estos permisos existió caza comercial la cual evidentemente nunca estuvo autorizada.

“8. Que se determine si existió –y existe– tráfico ilegal de fauna transfronteriza.

“9. Que se explique si se cumplió o no con la obligación de pagar la tasa de repoblación exigida por la ley, montos pagados, fechas de pagos, y la manera y forma en que se han invertido dichos dineros por parte del FIDIC.

“10. Que se ordene aclarar si en el marco de dichos permisos de investigación y caza científica se ha accedido a recursos genéticos, y en caso afirmativo aclarar si se cumplió con los requisitos legales por parte del FIDIC para acceder a los mismos.

“11. Que se ordene aclarar si el FIDIC cumplió con la obligación de conformar un “comité de ética”, impuesta por la Corporación desde el año 2006, el cual tenía como finalidad supervisar las actividades y procedimientos encaminados al cuidado y bienestar de los monos, y

decidir sobre la pertinencia del sacrificio de estos animales, cuando se les haya causado enfermedad o lesión incurable. En caso afirmativo que se alleguen las actas trimestrales desde el 2006 hasta la fecha.

“12. Que se ordene adoptar los correctivos y las medidas administrativas, disciplinarias, sancionatorias, y penales pertinentes, suficientes y necesarias, tendientes a preservar la moralidad administrativa, la eficacia, efectividad y vigencia del ordenamiento jurídico, la seguridad y salubridad pública, y la efectividad del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

“13. Que se indague sobre los resultados de la investigación en malaria del FIDIC y preguntar por qué razón, si su efectividad es del 90% no se comienza a experimentar en humanos. Aquí creemos pertinente que se contacten expertos en el campo de elaboración de vacunas en malaria, medicina humana y otros campos donde se utilizan animales para la investigación biomédica como pueden ser:

“a. Doctor Sócrates Herrera Valencia: centro de investigaciones Caucesco, Cali, Valle...

“b. Doctor Emilio Yunis Turbay: servicios médicos Yunis Turbay y Cia...

“c. Doctor José Arturo Gutiérrez-Triana: Max-Planck-Institute for Medical Research...

“14. Que se ordene el establecimiento de una colonia en cautiverio para continuar legalmente con la experimentación biomédica por parte del laboratorio. Y que además una vez implementado el criadero en cautiverio de *Aotus* spp., se sigan protocolos internacionales sobre el manejo de dicha colonia (anexo 32).

“15. Que se reconozca en caso de ser condenadas las entidades demandadas lo ordenado por los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998.” (fls. 37 a 39 cdno. ppal. 1º).

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fl. 4 a 18 cdno. ppal. 1º):

1.1. Que desde 1984 se han proferido por parte del INDERENA y CORPOAMAZONÍA, varios actos administrativos que se detallan a continuación,

mediante los cuales se ha otorgado permiso a la FIDIC para el desarrollo del proyecto investigativo denominado “*vacuna sintética para la malaria producida por el plasmodiumfalciparum en el departamento del Amazonas*”, para lo cual a lo largo de diversos períodos se ha permitido la caza y captura de la especie de primates *Aotus vociferans*. Las resoluciones son las siguientes: i) 1205 de 1984, ii) 0737 de 1994, iii) 0202 de 1999, iv) 1339 de 2002, v) 00066 de 2006, vi) 00028 de 2010, y vii) 0632 de 2010, esta última por la que se amplió el permiso por un término de 5 años y el número de especímenes a capturar a 4.000 *Aotus vociferans*.

1.2. Con la expedición de los actos referidos, se desconoció el régimen de obligaciones y prohibiciones generales en relación con la fauna silvestre, establecida en el Código de Recursos Naturales, Decreto 1608 de 1978 y Decreto 309 de 2000, relativa a la investigación científica de la diversidad biológica, tal y como se demostrará de aquí en adelante.

1.3. Corpoamazonía no ha llevado el registro discriminado y pormenorizado que exige la ley, lo que genera que exista una patente de corso para actividades de caza comercial no autorizada, desarrolladas por personas no habilitadas para ello (v.gr. la población indígena de la zona).

De modo que existe una permanente movilización de especímenes por personas que no cuentan con el respectivo salvoconducto para ello que garanticen la legalidad de la obtención; de igual forma, ha existido tráfico de especies en cantidades no permitidas, como se desprende de los documentos que integran los expedientes administrativos sancionatorios adelantados por CORPOAMAZONÍA.

1.4. Para el otorgamiento de estos permisos jamás se contó con estudios científicos y técnicos serios y validados por la comunidad científica – ambiental. De allí que, CORPOAMAZONÍA carecía y carece de elementos que le brinden certeza para determinar si las cuotas de obtención de individuos, especímenes o productos de la fauna silvestre autorizados de caza excedían –o exceden– la capacidad de recuperación del recurso natural.

En la actualidad, es imposible llevar un inventario o cálculo de la existencia de *Aotus vociferans* presente en la región, así como un monitoreo de las consecuencias de los métodos empleados para el desarrollo de la actividad sobre los individuos o productos que se van a obtener, la especie a la que pertenecen, las demás especies que se relacionan con ella y el medio ambiente en general.

1.5. La médica veterinaria Lina María Peláez, investigadora que trabajó con el doctor Manuel Elkin Patarroyo, en su carta de renuncia adiada el 10 de julio de 2005, puso de presente, lo siguiente: “el daño ecológico que causan las personas que sin previo entrenamiento capturan en forma indiscriminada a los micos de la especie *Aotus nancymaae* y arrasan con los bosques primarios; la falta de permiso para experimentar con esta especie, pues el permiso es para otra; el incentivo para el tráfico indiscriminado de especies silvestres, ya que cualquiera viene a vender los micos, y la falta de resultados...”

1.6. En ese sentido, cabe preguntarse cómo es posible y justificable que se adolezca de un monitoreo estricto y científicamente aceptable por parte de las autoridades ambientales involucradas en este asunto sobre los daños ecológicos ocasionados a los ecosistemas nacionales y transfronterizos por los métodos de capturas utilizados.

1.7. De otro lado, se ha permitido la liberación masiva de *Aotus spp.*, provenientes de Colombia, Perú y Brasil en territorio colombiano sin aplicar el más mínimo protocolo, con desconocimiento de las guías de liberación emitidas por la IUCN, los cuales deberían ser seguidos en cualquier proceso de liberación de primates acompañado por la autoridad ambiental, en este caso, CORPOAMAZONÍA.

En efecto, la FIDIC bajo la supervisión de CORPOAMAZONÍA, ha liberado ejemplares de la especie *A. nancymaae* y *A. nigriceps* en territorio colombiano, en número desde 20 hasta 253 animales. Estos hechos vulneran el artículo 135 del Decreto 1608 de 1978, sobre la normativa para el repoblamiento de especies cazadas para la investigación científica.

Como lo confirma el estudio entregado por la misma FIDIC, no se obtuvieron avistamientos de *A. vociferans* durante el análisis, lo que sugiere que debido a la caza científica de esa especie desde 1984, las poblaciones residentes pudieron presentar un caso de extirpación local, y tal vez pudo ser desplazada por los individuos de *A. nancymaae* liberados durante los últimos 25 años.

1.8. La Asociación Primatológica Colombiana, organización sin ánimo de lucro que reúne a los expertos en primates a nivel nacional, se ha acercado a CORPOAMAZONÍA con la finalidad de proponer un proyecto investigativo con el género *Aotus* en el sur de la amazonía, con el fin de participar y contribuir académicamente en la búsqueda de la información que no se tiene para emitir permiso de captura de monos nocturnos y su posterior liberación.

1.9. Es incierto si la FIDIC realizó los pagos de tasas o la reposición de los individuos o especímenes obtenidos para el mantenimiento de la renovabilidad del recurso. De igual forma, existe evidencia de acceso genético pero no se ha solicitado ese permiso ante el Ministerio de Medio Ambiente.

1.10. Se desconoce si la FIDIC cumplió o no con la obligación impuesta por CORPOAMAZONÍA, desde 2006 de conformar un comité de ética integrado por un médico veterinario, un funcionario de esta última entidad, un representante de la sociedad protectora de animales, y otro de la fundación.

1.11. Es injustificable que no se haya exigido, desde un principio, el montaje de un zocriadero para que de esta forma el doctor Patarroyo y la FIDIC se surtieran de los animales a investigar y experimentar, de acuerdo a lo establecido en los artículos 142 a 144 del decreto 1608 de 1978.

1.12. La FIDIC no cuenta con los respectivos permisos CITES que demuestren la introducción legal al país de animales provenientes de Brasil y Perú, como lo manifestaron tanto el Ministerio de Agricultura de Perú y el IBAMA de Brasil.

La demanda fue admitida en auto del 25 de abril de 2011 (fl. 215 a 220 cdno. ppal. 1º), el 22 de septiembre de ese mismo año se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 606 a 609 cdno. ppal. 1º) y, por último, en proveído del 5 de diciembre siguiente se corrió el traslado para alegar de conclusión (fl. 822 cdno. ppal. 2º).

2. Contestaciones de la demanda

2.1. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial [hoy de Ambiente y Desarrollo Sostenible]

Se opuso a las súplicas de la demanda, para lo cual propuso la excepción de inepta demanda por ausencia de responsabilidad. En su criterio, el Ministerio no es responsable de la violación de los derechos colectivos aducidos en el libelo demandatorio, máxime si en cumplimiento de sus deberes legales y luego de adelantado el respectivo trámite sancionatorio ambiental contra la FIDIC se concluyó que no existió ninguna violación de las normas que rigen la materia, razón por la que se imponía la decisión de archivar la actuación administrativa (fls. 234 a 243 cdno. ppal. 1º).

2.2. Procuraduría General de la Nación

Sostuvo que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas, comoquiera que la Procuraduría en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, ha obrado conforme a derecho, razón por la que es improcedente la acción popular. De otro lado, manifestó que es preciso que exista un nexo causal entre la conducta desplegada por la administración y el perjuicio causado o la amenaza de los derechos colectivos, es decir, que el daño o peligro que pende sobre los derechos tiene que ser producto del comportamiento de la entidad, situación que se echa de menos en el caso concreto. Por último, precisó que no es cierto que la Procuraduría Delegada para asuntos Ambientales y Agrarios no haya adoptado los correctivos y medidas administrativas, disciplinarias y sancionatorias como se manifiesta en la demanda, sino que, por el contrario, ha actuado con diligencia realizando los requerimientos y advertencias correspondientes a las entidades ambientales involucradas (fls. 263 a 280 cdno. ppal. 1º).

2.3. Fundación Instituto de Inmunología de Colombia

Solicitó se negaran las súplicas del libelo demandatorio, ya que no es cierto que la fundación haya utilizado los permisos concedidos por las autoridades administrativas para fines comerciales, toda vez que el manejo de los especímenes tiene como fin único la investigación en el cuidado de la salud humana. De modo que, puntualizó, los primates son capturados con métodos adecuados, luego empleados para las pruebas, y devueltos a su hábitat en perfectas condiciones. De otra parte, indicó que las capturas realizadas por indígenas se encuentran ajustadas a las exigencias normativas, a diferencia de lo sostenido en la demanda.

En criterio de la FIDIC, los actores incurren en varias contradicciones, una de ellas al afirmar que para la expedición de los permisos jamás se contó con estudios científicos ajustados al ordenamiento jurídico cuando ellos mismos citan uno de ellos (elaborado en el año 2008).

Asimismo, manifestó que no son ciertos –por no estar probados fáctica y científicamente– los señalamientos relacionados con los siguientes aspectos: i) la liberación de primates Aotus en territorio colombiano de especies presuntamente

provenientes de Perú y Brasil, ii) el impacto en la sanidad y salubridad pública como consecuencia de las liberaciones de animales que han sido empleados en la investigación, iii) la inexistencia de un comité de ética.

Por último, estimó improcedente la pretensión de crear un criadero de primates para los fines de la investigación, comoquiera que los niveles de reproducción en cautiverio son bajos y, posteriormente, sería imposible liberar los animales porque no sabrían como subsistir en la selva, lo que obligaría a su sacrificio (fls. 302 a 311 cdno. ppal. 1º).

2.4. Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía – CORPOAMAMZONÍA

Refutó los hechos y fundamentos de la demanda, para lo cual sostuvo que nunca se ha permitido o avalado la caza de primates con fines comerciales, sino que, por el contrario, se han concedido diversos permisos a la FIDIC con fines de caza científica y de estudio de diversidad biológica. Por otra parte, en su criterio, la acción popular no es el mecanismo idóneo para cuestionar la legalidad de los actos administrativos que han otorgado los permisos a la FIDIC, así como tampoco permite que se abran procesos disciplinarios, administrativos o penales.

Manifestó, de igual forma, que todos los permisos han sido otorgados en el marco de la normativa legal vigente (Decreto 1608 de 1978 y decreto 309 de 2000), sin que se haya desconocido la convención CITES sobre comercialización de especies. De igual forma, precisó que las personas autorizadas para realizar capturas, movilización y entrega a la FIDIC de especímenes de *Aotus Vociferans*, fueron seleccionadas y reportadas a la autoridad ambiental por parte de los representantes legales de las comunidades indígenas (Caruacas); aunado a lo anterior, sólo se reciben animales los días viernes con la presencia de la autoridad ambiental.

En lo relacionado con el cobro de la tasa de repoblación de que trata el artículo 219 del decreto 1608 de 1978, manifestó que no se ha efectuado el mismo, pues a partir del artículo 5 de la ley 99 de 1993, se estableció que sería el Ministerio de Ambiente el ente encargado de fijar el monto tarifario mínimo de las tasas por el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y de protección del

medio ambiente, entidad que hasta el momento no ha proferido esa reglamentación (fls. 328 a 336 cdno. ppal. 1º).

3. Coadyuvancia

La Contraloría Departamental del Amazonas presentó escrito de coadyuvancia, con apoyo en el artículo 24 de la ley 472 de 1998, para poner de presente los siguientes aspectos: i) se ha observado la presencia de personas de origen peruano y brasileño en las instalaciones donde se encuentran los especímenes en cautiverio, ii) la entrega de micos *Aotus* a la FIDIC se realiza por personas que no están autorizadas, iii) no se advierte la realización de estudios de monitoreo, estructura y dinámica de las poblaciones de especie empleada, iv) la especie autorizada para el desarrollo de los estudios fue la *Aotus vociferans*, sin embargo se tiene que en los laboratorios de la FIDIC se encuentran otras especies caracterizadas por los cuellos rojizos y anaranjados, los cuales corresponden a *Aotus nancymaae* y *Aotus nigriceps*, v) se colige un posible tráfico de especies que tienen origen en Perú y en Brasil, tal y como se desprende de la lectura de la Convención CITES, vi) no se cuenta con un plan de liberación de los micos, tal y como lo establece la Resolución No. 066 de 2006, es decir, tres meses después de ser capturados, vii) los permisos otorgados no cuentan con estudios de densidad de población, natalidad, mortalidad, migración, emigración, impacto y liberalización, viii) para la caza de los primates se usa el sistema de tala selectiva, es decir se tala alrededor del árbol donde se encuentra el animal para que éste quede atrapado y no tenga alternativa de escape, lo que constituye una tala indiscriminada de bosque, ix) si bien la captura fue para especies adultas, en ningún momento se reguló qué sucedería con las crías, pues una de las características de estas especies es la convivencia en manadas, x) en los permisos otorgados no se obligó a pagar al beneficiario tasas de repoblación y tampoco la contribución al establecimiento de zoocriaderos (fls. 349 a 356 cdno. ppal. 1º).

La coadyuvancia fue admitida en auto del 22 de septiembre de 2011 (fls. 606 a 609 cdno. ppal. 1º).

4. Audiencia especial de pacto de cumplimiento

De conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la ley 472 de 1998, se citó a las partes y al agente del Ministerio Público, con el fin de llevar a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, la cual fue programada para el 27 de julio de 2011.

La audiencia se declaró fallida debido a la ausencia de fórmulas de arreglo entre las partes interesadas (fls. 386 a 392 cdno. ppal. 1º).

5. Alegatos de conclusión

Corrido el respectivo traslado (fl. 823 cdno. ppal. 2º), intervinieron en esta etapa la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Agente Delegado del Ministerio Público, para puntualizar lo siguiente:

5.1. Procuraduría General de la Nación: las pretensiones de la acción popular exceden las funciones constitucionales y legales asignadas al ministerio público que, lejos de dirigir la gestión administrativa de los distintos organismos, ejerce una función preventiva. De modo que las situaciones fácticas que constituyen el fundamento de la demanda no emanan o tienen como causa el proceder de la entidad, ya que no otorga o concede los permisos ambientales, ni ejerce una actividad de coadministración frente a las autoridades administrativas (fls. 823 a 826 cdno. ppal. 2º).

5.2. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: de las pruebas aportadas al proceso está acreditado que el ministerio no ha vulnerado ningún derecho colectivo, puesto que si ello ocurrió, corresponde a CORPOAMAZONÍA responder, ya que fue esa entidad la que concedió la licencia para la caza de determinado número de especímenes tipo *Aotus vociferans*. Así las cosas, la parte actora desde un punto de vista eminentemente subjetivo afirma que la entidad vulneró los derechos colectivos indicados en la demanda, pero no se aportó ningún argumento probatorio que permita colegir esa circunstancia; dentro de las pruebas recaudadas no obra una sola que advierta la responsabilidad del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. En efecto, la noción básica de nexo causal indica que el daño debe ser consecuencia directa de la actividad desplegada por el demandado, lo que ha sido denominado causalidad física, contrastada ésta con el otro postulado que ha sido reiterado por la jurisprudencia y la doctrina como es la causalidad jurídica. En el caso concreto se echa de menos el nexo causal entre

la violación de los derechos colectivos y la actuación de la entidad (fls. 827 a 829 cdno. ppal. 2º).

5.3. Agente Delegado del Ministerio Público: rindió concepto para señalar que no es posible afirmar que las autoridades demandadas, encargadas de la vigilancia y control en cuanto al cumplimiento de las normas ambientales, hayan desconocido sus funciones puesto que es notorio que han desplegado todas las herramientas que se requieren y que la ley les atribuye para investigar los hechos que se debaten. Por consiguiente, indicó que la acción popular no es el mecanismo idóneo para alcanzar los fines perseguidos por los actores populares, ya que en el ordenamiento existen los mecanismos y acciones adecuadas para dejar sin efecto los actos administrativos que presuntamente se encuentran viciados de ilegalidad e imponer las sanciones a que hubiere lugar (fls. 831 a 842 cdno. ppal. 2º).

5. La providencia apelada

El 3 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En apoyo de ese corolario, afirmó:

“(…) Lo examinado hasta el momento le permite aseverar a la Sala que en efecto la Fidic, funcionarios de Corpoamazonía y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, incurrieron en actuaciones y omisiones que se alejaron de la protección al ecosistema en donde operaba la actividad científica para hallar una vacuna contra la enfermedad de la malaria, que involucraba la caza de especímenes *Aotus vociferans*, fauna además que es de carácter fronterizo, dado que se desarrolla en el denominado trapecio amazónico colombiano que limita con los países de Brasil y Perú.

“Igual ha quedado demostrado que la Fidic ha dejado de cancelar al Estado colombiano la tasa de repoblación a que obliga el Decreto 1608 de 1978.

“(…) Pese a todo lo anterior Corpoamazonía no sólo le concede el permiso requerido sino que lo extiende de 2 a 5 años, con fundamento en que el artículo 1º del Decreto 309 de 2000, trae como límite máximo ese término, pero olvidando que la aplicación del mismo no es automática e implica una competencia que debe ser fundada en los criterios de protección al medio ambiente permite e igualmente, con fundamento en la ampliación del término incrementa la cuota de animales a ser cazados de 1600 a 4000, sin ningún fundamento técnico que soporta la cantidad de animales, que

nuevamente lo aleja del deber de protección concebido en la Constitución Política en los términos que atrás se reseñaron.

“(…) Así las cosas la Sala estima que no solo existieron hechos ya consolidados que afectaron el derecho e interés colectivo consagrado en el literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998 invocado, sino que aún persiste en la fecha, dado el reconocimiento realizado por Corpoamazonía en sus Resoluciones 028 y 632 de 2010 que se modificaron, cuya existencia resulta violatoria de las normas que precedían a su expedición y que de suyo constituye la causa para este momento, de la vulneración del derecho colectivo a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de las áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situaciones en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente, lo que habilita a esta colegiatura a ordenar como lo han solicitado los accionantes, que Corpoamazonía proceda a revocar los actos administrativos que otorgaron permiso a la Fidic, por ser actos manifiestamente opuestos a la ley y no estar conforme con el derecho e interés colectivo y entendiéndose debidamente garantizado el derecho de defensa y contradicción para que proceda su revocatoria.

“Respecto al derecho colectivo a la moralidad administrativa, si bien es cierto que se ha develado que los actos administrativos aquí analizados no se ajustan al ordenamiento legal vigente, por carencia de algunos de los requisitos exigidos para su expedición, no halla esta Sala en sede popular ni encargados de su expedición de favorecimiento personal o de terceros, elemento este necesario que permite encontrar su vulneración.

“Ahora en cuanto a la vulneración al derecho colectivo a la seguridad y salubridad públicas, invocados por los actores, el mismo fue alegado sin que hubiese tenido desarrollo alguno o prueba encaminada a su demostración, razón por la cual no se tendrá como desconocido o amenazado.

“Previo a emitirse las órdenes con ocasión de la presente decisión, se analizará que de lo obrante y estudiado en el plenario, no se halla que la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios, tuviese responsabilidad en la vulneración al derecho e interés colectivo que se protegerá...

“De manera que la Sala encuentra que se quebrantó y se encuentra amenazado el derecho e interés colectivo previsto en el literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, toda vez que está vigente un permiso para la caza de animales al año 2015, concedido por

Corpoamazonía a la Fidic, por lo que como medida de restitución se ordenará que Corpoamazonía proceda a revocar los permisos otorgados mediante las Resoluciones 028 del 13 de mayo y 632 del 29 de junio de 2010.

“A su vez se ordenará que Corpoamazonía y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible adelanten dentro de la órbita de sus competencias las actuaciones administrativas sancionatorias a que haya lugar...” (fls. 886 a 951 cdno. ppal. 2ª instancia).

6. La apelación

Inconformes con la decisión, las demandadas, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia la apelaron para solicitar su revocatoria.

6.1. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: fundamentó su discordancia en los siguientes términos (fls. 965 a 968 cdno. ppal. 2ª instancia):

i) El Código de Recursos Naturales no determinó la autoridad competente para fijar las tarifas de las tasas y participaciones que reguló. El legislador extraordinario, mediante Decreto ley 133 de 1997, artículo 38, asignó al INDERENA las funciones de fijar y recaudar el monto de las tasas y derechos que deban cobrarse por concepto del aprovechamiento y para el mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales, cuando su administración y manejo no corresponda a otra entidad de derecho público. Luego, no es cierto lo que se afirma en la demanda que al no estar fijadas actualmente las tarifas mínimas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, no puedan ser exigibles por las corporaciones autónomas regionales, como es Corpoamazonía, puesto que esta última debió aplicar los acuerdos proferidos por la Junta Directiva del INDERENA.

ii) Por lo anterior, es que se solicita sean revocados los ordinales 4º y 7º de la sentencia apelada, para, en su lugar, negar las súplicas de la demanda frente al Ministerio de Vivienda y Desarrollo Sostenible o, en su defecto, ampliar el término concedido para expedir la reglamentación de las tarifas mínimas de que trata el artículo 31 numeral 13 de la ley 99 de 1993.

6.2. FIDIC:

i) Los actores populares formularon pretensiones que, principalmente, van encaminadas a dejar sin efectos varios actos administrativos, en aras de remover

el permiso con el que cuenta la FIDIC para adelantar la investigación científica contra la malaria. Esas peticiones no son procedentes bajo el objeto de la acción popular, ya que ésta persigue la protección de derechos e intereses colectivos, razón por la que la acción se torna improcedente.

ii) El Tribunal de primera instancia hizo referencia a lo señalado en la ley 1437 de 2011, para analizar la legalidad del acto administrativo, pero olvidó que tal cuerpo normativo sólo puede ser aplicado a los procedimientos y actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se hayan instaurado con posterioridad a su entrada en vigencia; por consiguiente, tal preceptiva no puede ser aplicada al asunto *sub examine*.

iii) En relación con la valoración probatoria, el fallador de primera instancia incurrió en varios yerros de hecho, ya que apreció el acervo probatorio de forma fragmentada, sin que existiera en el proceso prueba que permita arribar a la conclusión de que se violaron los derechos colectivos indicados en la demanda.

iv) El respeto de la política ambiental que ha seguido la FIDIC no fue examinado por la Sala, toda vez que para el otorgamiento de los permisos la entidad ha tenido que demostrar ante las autoridades administrativas que se cumplen los protocolos impuestos por el orden jurídico. De modo que la FIDIC se ha ajustado al cumplimiento de las leyes nacionales e internacionales, así como a los protocolos que se siguen para la consecución de los primates y de los cuales se desprende el hecho de que se ha respetado el medio ambiente para trabajar por la salud humana.

v) Como es de público conocimiento, consecuencia de la lamentable decisión judicial, se produjo el cierre del laboratorio de la FIDIC ubicado en Leticia, que luego de más de tres décadas de trabajo paralizó sus actividades de investigación en pro de la humanidad.

6.3. Recurso de apelación adhesiva de la parte demandante:

i) Es equivocada la decisión de primera instancia al decir que, pese a que se demostró el quebranto del principio de legalidad en materia ambiental, no se acreditó que se hubiese vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, por no haberse evidenciado un elemento subjetivo de los funcionarios involucrados con miras al favorecimiento de intereses personales o de terceros.

ii) Así mismo, sería pertinente que se condenara a la Procuraduría General de la Nación, ya que el argumento según el cual la Delegada para asuntos Ambientales y Agrarios no cumple con una función disciplinaria se cae de su propio peso, máxime si es innegable que la entidad cuenta con amplias competencias en materia de protección y preservación ambiental, en las que se encuentran labores de contenido preventivo, de control de la gestión ambiental, de intervención ante las autoridades administrativas y judiciales, y de naturaleza disciplinaria.

iii) Aunado a lo anterior, es preciso que se declare que se accedió por parte de la FIDIC a recursos genéticos sin que se contara con permiso especial para esos efectos.

iv) Así mismo, con la decisión de segunda instancia es importante que se compulsen copias a la Fiscalía General de la Nación, para que investigue el delito de tráfico de fauna.

v) En los permisos y renovaciones ha primado la idea de que la investigación comprende el progreso y mejora en las condiciones de vida, lo cual se convierte en razón suficiente para afectar el medio ambiente –y otros derechos colectivos– y atender con ligereza o simple formalidad las exigencias normativas de protección de la fauna silvestre y otros postulados constitucionales y legales.

vi) Los intereses colectivos fueron trasgredidos por el desconocimiento de parámetros éticos y morales en relación con la administración del Estado. Es más, sin lugar a dudas se puede afirmar que los quebrantos a intereses colectivos causados por, y en, el ejercicio de este permiso jamás se hubiesen presentado de no haber sido por la arbitrariedad y la inmoralidad administrativa de las entidades públicas involucradas.

viii) Es inaudito e injustificable que se hayan autorizado capturas y experimentación de especies listadas en el apéndice II del CITES sin ningún tipo de restricción y control.

ix) Pese a los múltiples procesos sancionatorios ambientales adelantados en contra de la FIDIC, por la comisión de los siguientes comportamientos irregulares: capturar especies no autorizadas, exceder la cuota anual autorizada, realizar recolecciones en sitios no avalados, comercializar especies sin autorización para ello, no presentar un plan de liberación de *Aotus vociferans*, por la liberación de monos que no eran aptos física, clínica ni comportamentalmente, por no rendir

informes de actividades ni de los primates en la estación, etc., la única sanción impuesta es una multa de \$2'484.500,00 (contenida en la Resolución No. 251 del 26 de noviembre de 2009 proferida por Corpoamazonía).

7. Admisión del recurso de apelación

El 18 de octubre de 2012, el *a quo* concedió los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Sostenible y la FIDIC (fl. 1053 a 1060 cdno. ppal. 2ª instancia) y fueron admitidos por esta Corporación en auto del 28 de febrero de 2013 (fl. 1135 cdno. ppal. 2ª instancia).

En proveído del siete de noviembre de 2013, se admitió el recurso de apelación adhesiva interpuesto por la parte demandante (fl. 1157 cndo. ppal. 2ª instancia).

8. Alegatos de conclusión en la segunda instancia

En auto del 18 de julio de 2013, se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión (fl. 1271 cdno. ppal. 2ª instancia). En esta etapa intervinieron los actores populares, la FIDIC y el Agente Delegado del Ministerio Público.

La parte demandante reiteró los planteamientos desarrollados en el recurso de apelación adhesiva (fl. 1276 cdno. ppal. 2ª instancia).

La FIDIC, de otro lado, insistió en la improcedencia de la acción popular para obtener la nulidad de los actos administrativos que otorgaron el permiso de investigación, ya que ello atentaría contra los principios constitucionales contenidos en los artículos 29 y 228 de la Carta Política, así como lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011, en la que se declaró exequible el artículo 144 de la ley 1437 de 2011. Además, puntualizó en que se ha obrado dentro del marco de legalidad ambiental, ya que se han otorgado los permisos investigativos con sujeción a las disposiciones que regulan la materia, sin que se hubiere alterado el equilibrio ecológico y el manejo racional de los recursos naturales renovables. Así mismo, manifestó que la FIDIC ha comprobado la presencia de primates *Aotus vociferans* y *Aotus nancymae* en las áreas de la Amazonía colombiana autorizadas para su desarrollo, razón por la cual ha capturado con esos fines algunos *Aotus nancymae* dada la dificultad de identificación genética. Por último, con apoyo en el documento titulado "estudio del

género *aotus* al sur de la Amazonía colombiana fase 1", producto del Convenio 10F/2011 suscrito entre la Universidad Nacional, el SINCHI y el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Sostenible, se afirmó que la investigación es concluyente en relación a la presencia de *Aotus Nancymaae* en territorio colombiano, lo que desvirtúa la afirmación temeraria de los demandantes, en relación con un presunto tráfico ilegal de especies en el trapecio amazónico (fls. 1278 a 1307 cdno. ppal. 2ª instancia).

Por su parte, la Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación solicitó la revocatoria parcial de la sentencia apelada, con fundamento en lo siguiente (fls. 1316 a 1334 cdno. ppal. 2ª instancia):

i) Ocurrió una vulneración al derecho colectivo al equilibrio ecológico pero respecto de la captura y colecta de la especie *aotus nancymaae* puesto que en ningún momento se confirió permiso de investigación científica sobre esta especie del recurso de fauna; además, no puede excusarse la fundación con el argumento de la dificultad de reconocimiento de las especies puesto que precisamente al conferirse un permiso de investigación científica respecto de unas especies concretas es obligación de quien obtiene el permiso el cerciorarse de que los individuos recolectados pertenezcan a esa categoría.

ii) Se advierte una inactividad del Ministerio de Ambiente en relación con el cobro de la tasa de repoblación por utilización de la fauna; la omisión en la reglamentación de la tasa establecida en la ley 99 de 1993, ha permitido el uso de recursos naturales no renovables sin el debido cobro de los servicios ambientales.

iii) No obstante lo anterior, es procedente revocar de manera parcial la decisión de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos que otorgaron los permisos de investigación a la FIDIC, ya que se trata de una facultad o potestad que es ajena al juez de la acción popular. Sin perjuicio de lo anterior, se debe declarar la violación del derecho colectivo al equilibrio ecológico por parte de la FIDIC, ya que su labor de recolección, caza, manejo y liberación de primates ha excedido los parámetros definidos en los actos administrativos habilitadores, sin que se pueda suspender el permiso otorgado frente a la especie autorizada.

iv) Por último, en relación con la orden impartida al Ministerio de Vivienda y Desarrollo Sostenible, es procedente su confirmación.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) naturaleza, contenido y finalidad de las acciones populares, 3) Los derechos colectivos invocados en la demanda, 4) hechos probados y 5) estudio de la controversia y conclusiones.

1. Competencia de la Sala y normativa aplicable a la materia

Se tiene competencia para conocer, en segunda instancia, de los recursos de apelación interpuestos, por las siguientes razones:

El artículo 57 de la ley 1395 de 2010, adicionó un numeral al artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“14. De las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional.”

De acuerdo con lo anterior, es evidente que el legislador modificó la normativa contenida en el artículo 16 de la ley 472 de 1998¹, que asignaba el conocimiento de las acciones populares en primera instancia a los Juzgados Administrativos, y la segunda a los Tribunales Administrativos del país. De tal forma que, desde la entrada en funcionamiento de los jueces administrativos el 1º de agosto de 2006, éstos iniciaron el conocimiento de las acciones populares que antes estaban asignadas a los Tribunales en primera instancia.

Así las cosas, de conformidad con el referido precepto, el Consejo de Estado perdió la competencia para decidir los recursos de apelación interpuestos contra sentencias de acciones populares. Esta fue la razón para que la ley 1285 de 2009,

¹ “De las Acciones Populares conocerán en primera instancia los jueces administrativos y los jueces civiles de circuito. En segunda instancia la competencia corresponderá a la sección primera del Tribunal Contencioso Administrativo o a la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial al que pertenezca el Juez de primera instancia.

Será competente el juez del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular. Cuando por los hechos sean varios los jueces competentes, conocerá a prevención el juez ante el cual se hubiere presentado la demanda.

“PARAGRAFO. Hasta tanto entren en funcionamiento, los juzgados administrativos, de las acciones populares interpuestas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerán en primera instancia los Tribunales Contencioso-Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado.”

estableciera un instrumento denominado “mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo”, cuya finalidad consiste en la unificación de la jurisprudencia en este tipo de acciones de rango constitucional².

En relación con el contenido y alcance del citado mecanismo, que se refiere y circunscribe a las acciones populares cuya segunda instancia se tramitó ante los Tribunales Administrativos, es importante remitir a las consideraciones contenidas en el Acuerdo No. 117 de 2010, proferido por la Sala Plena de esta Corporación, que adicionó el siguiente párrafo al artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999:

“Párrafo. De la selección para su eventual revisión de las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del proceso en las acciones populares o de grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancias conocerán todas las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sin atender a su especialidad, previo reparto efectuado por el Presidente de la Corporación. Seleccionado el asunto para su revisión, la Sala Plena de lo Contencioso decidirá sobre la misma.

“De la insistencia de que trata la parte final del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 conocerá la misma Sección que resolvió sobre su no selección, a menos que a petición de cualquier Consejero la Sala Plena de lo Contencioso decida resolverla.

La Secretaría General una vez realizado el reparto respectivo procederá a enviar un informe a cada despacho en el que se indiquen los aspectos esenciales del asunto cuya revisión se solicita.

En relación con el contenido y alcance del instrumento de revisión eventual, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se pronunció en auto del 14 de julio de 2009, exp. AG 2007-244³.

Como se aprecia, con la promulgación de la ley 1395 de 2010, existen dos tipos de competencia asignadas a esta Corporación en relación con las acciones populares: i) la que se refiere al mecanismo de revisión eventual de las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del proceso, cuya competencia está delimitada en la ley 1285 de 2009 y reglamentada en el Acuerdo No. 117 de 2010, y ii) la definición en segunda instancia de las acciones populares cuyo conocimiento correspondió, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos en virtud de la reforma introducida por la ley 1395 de 2010,

² Artículo 11 de la ley 1285 de 2009, que adicionó el artículo 36A a la ley 270 de 1996, esta última la ley estatutaria de la administración de justicia.

³ M.P. Mauricio Fajardo Gómez

disposición que reactivó la competencia del Consejo de Estado para conocer, de éstas.

En consecuencia, con el artículo 57 de la ley 1395 de 2010, se generaron los siguientes efectos: i) se volvió a asignar al Consejo de Estado la posibilidad de conocer –no sólo a través del mecanismo de revisión eventual cuyo propósito exclusivo es la unificación de la jurisprudencia; instrumento que, se insiste, no constituye una tercera instancia– de acciones populares, ii) la competencia en segunda instancia se circunscribe a las acciones que han sido decididas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, es decir, aquellas que hayan sido interpuestas contra una entidad del orden nacional, y iii) la asignación y distribución de estos procesos está regulado en el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 (modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003), que radicó el conocimiento de las acciones populares en segunda instancia en las Secciones Primera y Tercera, de la siguiente forma:

“(…) Sección Primera

“(…) 7. Las acciones populares con excepción de las que se atribuyen a la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo.

“(…) Sección Tercera

“(…) 13. Las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa.”

En esa línea de pensamiento, la competencia para conocer del presente caso se encuentra asignada a esta Subsección, perteneciente a la Sección Tercera, por cuanto la demanda y el recurso de apelación se relaciona de manera directa con el derecho colectivo a la moralidad administrativa⁴.

⁴ “El artículo 1º del Acuerdo No. 140 de 2010, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, adicionó los artículos 14A, 14B, 14C, y 14D, al Acuerdo No. 58 de 1999. Esas disposiciones establecen:

“**14A. División y funcionamiento de la Sección Tercera.** La Sección Tercera se dividirá en tres (3) Subsecciones, que se denominarán A, B y C, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) Consejeros. En caso de retiro de un Consejero, quien lo reemplace ocupará su lugar en la respectiva Subsección.

“**14B. Competencia de cada Subsección.** Cada Subsección decidirá los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las Subsecciones sesionarán conjuntamente:

1. Para adoptar los Acuerdos que fijen temas bajo los cuales se agruparán los procesos, para los fines de los artículos 63A de la Ley 270 y 115 de la Ley 1395, o las normas que las sustituyan o modifiquen.

Es así como, la única competencia en materia de acciones populares –y de grupo– que quedó radicada en cabeza de la Sala Plena de la Sección Tercera se refiere a la decisión sobre la selección eventual y la insistencia para la eventual revisión de las sentencias o de los autos que pongan fin al proceso, proferidas en segunda instancia por los Tribunales Administrativos.

De manera que las acciones populares cuyo conocimiento quedó asignado en virtud de la ley 1395 de 2010, corresponden ser decididas por cada Subsección, siempre que se relacionen con un contrato estatal o con el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Ahora bien, con la expedición de la ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA” se reguló de manera especial este medio de control, en los siguientes términos:

“Artículo 144. *Protección de los derechos e intereses colectivos.* Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

“Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, **sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.**”

2. Para decidir sobre la selección eventual y sobre la insistencia para la eventual revisión de las sentencias o de los Autos que pongan fin al proceso, proferidas en segunda instancia por los Tribunales Administrativos en las acciones populares y de grupo.

3. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, cuando así lo decida la Sección a petición de cualquiera de sus miembros.

4. Para decidir un asunto, a través de Auto o sentencia, cuando así lo decida la Sección por solicitud de cualquiera de sus miembros.

5. Para asuntos administrativos de competencia de la Sección.

“14C. La Sección elegirá cada año un Presidente y un Vicepresidente. El Vicepresidente será de una Subsección diferente a la del Presidente y lo reemplazará en caso de falta temporal o absoluta. El Presidente también presidirá la Subsección a la cual pertenezca e igual ocurrirá con el Vicepresidente; la Subsección restante designará, de entre sus integrantes, a quien la coordine.

“14 D. Las Subsecciones funcionarán con una Secretaría común. En caso necesario podrán designarse Secretarios ad hoc para las Subsecciones.”

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

En este orden, en la ley 1437 de 2011 se reguló el medio de control popular, esto es, la pretensión encaminada a la protección de los derechos e intereses colectivos que a título enunciativo aparecen en el artículo 4º de la ley 472 de 1998. De igual forma, en la misma normativa contenciosa administrativa se fijaron las competencias para el conocimiento en primera y segunda instancia de este tipo de procesos, de conformidad con los artículos 152.16 y 155.10 del CPACA.

De modo que, en materia de pretensiones populares es preciso que el juez efectúe una integración normativa y hermenéutica entre las disposiciones de la ley 1437 de 2011 y las contenidas en la ley 472 de 1998, en esta última en todos aquellos aspectos que no estén regulados en la primera, esto es, de manera concreta en los tópicos relativos a la pretensión considerada en sí misma y a las competencias funcionales para su conocimiento.

Por otra parte, en relación con la aplicación temporal de la ley 1437 de 2011, el artículo 308 de esa codificación no da lugar a anfibologías, al puntualizar:

“Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Se destaca).

En esa perspectiva, el presente asunto no se encuentra regido por la ley 1437 de 2011, ya que la demanda fue interpuesta el 13 de abril de 2011, antes de que iniciara su vigencia la nueva codificación.

Así las cosas, y por ende bajo la misma lógica, no deviene aplicable al asunto concreto lo establecido en el artículo 144 del CPACA, precepto en el que se establece la improcedencia de que el juez de la pretensión popular anule actos administrativos o contratos estatales como medida idónea para la protección de derecho colectivo, expresión normativa que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011⁵; ahora bien, lo anterior no es óbice para que el Consejo de Estado, por ser el juez natural del asunto, y ante el planteamiento de algunos de los sujetos procesales en relación con la aplicación o no del referido precepto, determine si es viable definir si el mismo puede regular la materia o si, *a contrario sensu*, se trata de una norma que dada su vigencia en el tiempo no puede servir de basamento para definir la controversia en estudio.

Aunado a lo anterior, nada impide que se defina si es posible confrontar la constitucionalidad del artículo 144 del CPACA con otros principios y reglas constitucionales distintas a las analizadas por el Tribunal Constitucional, a efectos de determinar si esa restricción legislativa es o no acorde con los postulados trazados por el Constituyente en materia de la protección y garantía de los derechos colectivos, en la medida que la cosa juzgada constitucional que recae sobre la citada disposición es de carácter relativa, tal y como lo ha sostenido la misma Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“La regla general es la cosa juzgada constitucional absoluta, que comprende todos los posibles motivos o razones de inconstitucionalidad, y que la excepción, que como tal debe ser expresamente señalada en la sentencia, bien sea en su parte resolutive o bien sea en su parte motiva, es la cosa juzgada relativa, que se refiere únicamente a uno o más motivos determinados de inconstitucionalidad y, por consiguiente, deja abierta la posibilidad de nuevas demandas contra la misma disposición, por otros motivos o razones.”⁶

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta decisión, se resolvió, entre otros aspectos, lo siguiente: “(...) **TERCERO.- Declarar EXEQUIBLE** la expresión “... sin que en uno u otro evento, pueda el juez, anular el acto o contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”, contenida en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, por los cargos analizados en esta providencia.” (Negrillas del original – Subraya adicional).

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1059 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Lo anterior, comoquiera que la confrontación que efectuó la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011, tal y como se desprende de la parte resolutive y de la *ratio decidendi* desarrollada en la parte motiva, se circunscribió a las normas invocadas por el demandante como violadas, esto es, los artículos 29 y 229 superiores sobre el debido proceso y el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia.

En ese orden de ideas, resulta viable que el Consejo de Estado en su condición y calidad de juez natural de las acciones o pretensiones populares pueda estudiar si la limitación introducida en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, vulnera otro tipo de principios y/o normas de rango constitucional y, por lo tanto, sea oportuno advertir esa circunstancia con el objetivo de establecer un criterio unívoco en relación con la procedencia de la acción o pretensión popular para anular actos administrativos y/o contratos estatales siempre que se demuestre que éstos son la fuente de violación o amenaza de los derechos colectivos invocados en la demanda.

Lo anterior, máxime si se trata de una acción [ahora denominada medio de control o pretensión por el CPACA] de rango constitucional, regulada expresamente en el artículo 88 superior y, por lo tanto, al igual que ocurre con la acción de tutela – artículo 86 de la C.P.– son instrumentos autónomos cuya finalidad es la protección de derechos. Inclusive, la acción popular, a diferencia de la tutela, tiene una característica esencial que consiste en que se trata de un medio de protección principal, es decir, no es subsidiario, ni su ejercicio se supedita al ejercicio de otros medios de control.

En esa perspectiva, en este acápite es imprescindible que se defina con certeza si la Subsección cuenta o no con competencia para, de manera eventual, anular los actos administrativos proferidos por las autoridades ambientales habilitadores que han otorgado el permiso de investigación a la FIDIC.

Contrario a lo señalado por las entidades e instituciones demandadas, la acción o pretensión popular es un mecanismo procesal constitucional que permite sin limitación o restricción alguna demandar la legalidad de actos administrativos o contratos estatales, siempre y cuando éstos sean la fuente de la vulneración, amenaza o peligro frente a los derechos o intereses colectivos cuya protección se

solicita. Para arribar a esa conclusión, que es idéntica antes o después de la ley 1437 de 2011, se presentan los argumentos y razones que la fundamentan:

i) Las acciones, medios de control o pretensiones populares son instrumentos procesales consagrados directamente por el Constituyente para la protección y amparo de los denominados derechos o intereses colectivos, tal como lo establece sin hesitación alguna el artículo 88 de la Constitución Política:

“ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

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

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

Esta disposición asignó a la ley la competencia para regular las acciones populares, sin que esa específica circunstancia mute o transforme la calidad o naturaleza de este tipo de mecanismo, es decir, desconocer su condición de instrumento procesal constitucional encaminado a la protección de los derechos colectivos indicados en el artículo 88, así como aquellos que enuncie el legislador.

En esa medida, mal hace el intérprete al equiparar acciones o pretensiones constitucionales como la tutela, la popular o la de grupo, con las de tipo ordinario cuyo objetivo principal no es la protección de un derecho fundamental o colectivo, sino en principio la definición de un litigio objetivo –de pura legalidad– o subjetivo –en el que se debaten derechos e intereses particulares–.

ii) El grave problema que se genera en relación con la naturaleza de las acciones populares se ha desprendido del contenido y alcance que el tribunal constitucional le imprimió, en varias sentencias, al artículo 2º de la ley 472 de 1998, en relación con los efectos de aquéllas, al entender que las mismas pueden ser: preventivas, **“suspensivas”**, o restitutorias (resarcitorias).

La acción o pretensión popular lejos de ser un mecanismo “suspensivo”, lo cual la equipararía a una medida cautelar, busca definir con efectos de cosa juzgada –en los términos del artículo 35 de la ley 472 de 1998⁷– un supuesto de protección efectiva a los derechos o intereses colectivos, para lo cual el juez puede adoptar medidas de diversa índole, todas relacionadas con obligaciones de: dar, hacer, no hacer, y de garantía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 *ibídem*⁸.

En otros términos, la pretensión popular a diferencia de un medio de control ordinario, habilita al fallador a adoptar una serie de medidas preventivas y resarcitorias, todas ellas en consonancia con el principio de reparación integral contenido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

iii) Y si bien, de manera reciente se avaló la posibilidad de que en las pretensiones o medios de control ordinarios se decreten medidas de justicia restaurativa, lo cierto es que ello constituye una facultad excepcional, siempre que se verifique la

⁷ **Artículo 35°.-** Efectos de la Sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-622 de 2007, en el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior.

⁸ **Artículo 34°.-** Sentencia. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular **podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante.** Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

“La condena al pago de los perjuicios se hará “in genere” y se liquidará en el incidente previsto en el artículo 307 del C.P.C.; en tanto, se le dará cumplimiento a las órdenes y demás condenas. Al término del incidente se adicionará la sentencia con la determinación de la correspondiente condena incluyéndose la del incentivo adicional en favor del actor.

“En caso de daño a los recursos naturales el juez procurará asegurar la restauración del área afectada destinando para ello una parte de la indemnización.

“En la sentencia el juez señalará un plazo prudencia, de acuerdo con el alcance de sus determinaciones, dentro del cual deberá iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminará su ejecución. En dicho término el juez conservará la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de conformidad con las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil y podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo.

“También comunicará a las entidades o autoridades administrativas para que, en lo que sea de su competencia, colaboren en orden a obtener el cumplimiento del fallo.”

necesidad de restablecer el núcleo esencial de un derecho constitucional o convencional.

Por el contrario, la regla general en las acciones constitucionales, máxime si se persigue *per se* la protección y amparo de un derecho constitucional (v.gr. la protección al medio ambiente, la moralidad administrativa, el patrimonio público, etc.) es que el juez cuente con amplias facultades al momento de adoptar la decisión más idónea que permita hacer cesar la vulneración, impedir la amenaza o peligro, o restablecer el estado de cosas.

A modo de ejemplo, en sentencia del 5 de octubre de 2007, exp. AP 2003-3357, la Sección Primera de esta Corporación, ante la comprobación de la imposibilidad de retornar las cosas al estado anterior –y la gravedad que ello supondría para el patrimonio público– adoptó la siguiente medida conmemorativa para resarcir el derecho colectivo vulnerado:

“Lamentablemente, en el presente caso, la Sala encuentra que ésta vulneración no es resarcible debido a que la modificación del inmueble fue tal, que aún disponiendo demoler la nueva construcción y ordenando reconstruir la plaza como era originalmente, con las implicaciones económicas y sociales que esto conllevaría, forzosamente se considera que el derecho colectivo al patrimonio histórico y cultural de la nación fue vulnerado de manera irreversible, entre otras, porque con una orden de tal naturaleza, se estaría atentando contra otro derecho colectivo como es el patrimonio público.

“Sin embargo, y puesto que como quedó demostrado, existió una violación al derecho colectivo invocado en la demanda, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, por haberse probado que existió una amenaza de los derechos colectivos invocados por el actor y en consecuencia declarará que existió una vulneración por parte de la Alcaldía Municipal de Medellín, por lo que se le condenará al pago del incentivo únicamente a favor del demandante, puesto que el recurrente intervino en el proceso en calidad de coadyuvante⁹.

“Igualmente se ordenará a la Alcaldía poner en un lugar visible y en un tamaño grande, una placa que advierta que dicha estructura fue remodelada en su totalidad y que difiere de su diseño original.

“Adicionalmente se compulsarán copias a la procuraduría, contraloría y a la fiscalía con el fin de que se revisen las actuaciones

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, 21 de febrero de 2007, Rad. No 2005-00355.

Véase también, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA, C.P. FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA 30 de abril de 2004, Rad. No 2002-0076.

llevadas a cabo por la Administración de ese entonces, en cabeza del señor Luis Pérez Gutiérrez como alcalde del Municipio demandado en la época de los hechos.”¹⁰

iv) En esa línea de pensamiento, yerra la hermenéutica que limita la acción popular a la constatación de la vulneración del derecho colectivo a causa de un acto o contrato estatal pero se limita a ordenar su suspensión, sin adoptar de manera definitiva una solución que cese la afectación o amenaza al interés colectivo.

La jurisprudencia contencioso administrativa ha definido las características de la acción popular, en los siguientes términos¹¹:

“Es una acción pública¹², esto es, como mecanismo propio de la democracia participativa¹³, puede ser ejercida por *“toda persona”* y además, para afianzar un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los Personeros y los servidores públicos.

“Es una acción principal, carácter que, de una parte, la dota de autonomía e identidad propias y resulta especialmente importante en tanto no permite que el juez eluda pronunciamiento de fondo alegando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y, de otra parte, permite su compatibilidad con otras acciones.”¹⁴

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de octubre de 2007, exp. AP 2003-3357, M.P. MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2007, exp. AP 2004-1897, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Desde las discusiones que se presentaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente ya se ponía de presente el carácter público de la acción popular: “... se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir”. (Gaceta Constitucional No. 19. Marzo 11 de 1991, Pág. 3).

¹³ “Dentro del marco del Estado Social de Derecho consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.” (Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999).

¹⁴ “Ni del texto del artículo 88 de la Constitución Política ni del de norma alguna de la Ley 472 se desprende que la acción popular tenga carácter subsidiario y que sólo proceda cuando no exista otra acción para ventilar judicialmente aspectos relacionados con el mismo tema. Para su procedencia basta que se pretenda la protección de un derecho colectivo vulnerado o amenazado por la acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, **independientemente de que, mediante el ejercicio de otra acción, también se puedan formular otras pretensiones y, consecuentemente, en caso de prosperidad de las mismas puedan**

“Tiene como finalidad única la protección de los derechos e intereses colectivos.

“La acción popular se rige por la prevalencia del derecho sustancial¹⁵ y el principio *iura novit curia*¹⁶.

“La acción popular se puede ejercer tanto para evitar daño contingente, para hacer cesar el peligro o la amenaza a un derecho colectivo, o para hacer cesar la vulneración sobre él¹⁷. No obstante lo anterior, ha de precisarse que esta acción no ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes¹⁸, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.” (Negritas adicionales).

resultar protegidos derechos colectivos.” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Auto AP-495 del 14 de junio de 2002. (Se destaca).

¹⁵ “Estando de por medio el ejercicio de acciones constitucionales, su inadmisión solo puede realizarse en los casos expresamente señalados en la ley, como quiera que el juez está obligado a asegurar la vigencia del principio constitucional de efectividad de los mecanismos de protección instituidos por la Constitución Política para garantizar los derechos e intereses colectivos y de acatar el mandato que el legislador instituyó en el artículo 5° de la ley 472 de 1998, conforme al cual su trámite se desarrolla con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial de modo que promovida la acción es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria”. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniégas Andrade, Auto del 14 de marzo de 2002).

¹⁶ “De acuerdo con el artículo 18 de la ley 472 de 1998, para promover una acción popular se debe presentar una demanda que cumpla, entre otros, con el requisito de indicar el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado. Ello no significa que el juez deba negar la protección de un derecho colectivo, sin más, por el sólo hecho de que no fue señalado expresamente en la demanda. El juez no puede modificar el petitum de la demanda y los hechos que le sirvan de fundamento. Pero, si de tales hechos se deriva que hay un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente, el juez, en cumplimiento de su deber de administrar justicia y procurar la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, deberá aplicar la ley como corresponda a lo alegado en la demanda y probado en el proceso, protegiendo el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado. Se trata solamente de la aplicación del antiguo principio *da mihi factum dabo tibi jus*, además de que, dado que la aplicación de la ley se debe hacer conforme a los hechos expuestos, conocidos por el demandado, no se vulnera su derecho de defensa. En otros términos, resulta imperioso la aplicación del principio *iura novit curia* a los procesos de la acción popular”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001).

¹⁷ Ley 472 de 1998, Art. 2°.

¹⁸ Sobre el particular esta Corporación ha sostenido: “...debe indicarse que la causa petendi del actor se dirige a que se declare que el TLC crea un marco jurídico supranacional que desvirtúa el Estado de Derecho, modificando la Constitución; luego se solicita que se declare que adolece de objeto ilícito, para finalmente pedir que se ordene al Presidente que no lo suscriba. Subsidiariamente, solicita el actor que se ordene a los demandados incluir una cláusula en el Tratado, en virtud de la cual, siempre que haya incompatibilidad entre el Tratado y la Constitución Política de 1991 primará ésta, sin que ello implique para el país sanciones de carácter jurídico o económico.

Tales pretensiones, así plasmadas, no se dirigen a la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, como aparentemente lo presenta el actor, sino que, en realidad, constituyen el deseo de éste dirigido a que se declare la inconstitucionalidad del Tratado, lo cual implica que dicha causa petendi no corresponde a la de una acción popular sino a la de una acción de inconstitucionalidad, para la cual no es competente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. (Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 6 de Julio de 2.006, Referencia 250002327000 2005 01725 01 (AP).

En ese orden de ideas, la acción o pretensión popular es de naturaleza constitucional y principal (art. 88 C.P.), cuyo objetivo es definir con autonomía e independencia si existe una vulneración, amenaza o peligro respecto de un derecho o interés colectivo, para que se adopten jurisdiccionalmente todas las medidas preventivas o resarcitorias –inclusive de tipo pecuniario– para la protección eficaz de la garantía conculcada o amenazada.

v) De otra parte, es inexistente el temor infundado que para la censura de legalidad de los actos administrativos y contratos estatales existe un juez natural, una pretensión y un procedimiento específico, ya que, tratándose de acciones o pretensiones populares de las cuales conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se cumple a cabalidad con el principio del juez natural, comoquiera que el juez del acto o del contrato es el mismo de la acción o pretensión popular.

Aunado a lo anterior, si bien, existen pretensiones y procedimientos disímiles en uno y otro proceso, lo cierto es que en ambos escenarios se surten a cabalidad los principios – derechos al debido proceso, de defensa y contradicción, y son procedentes todos los recursos ordinarios, extraordinarios y mecanismos de revisión y unificación en aras de garantizar la coherencia del sistema jurídico.

Así las cosas, no se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política porque la entidad demandada tendrá, en el proceso de pretensión popular, las mismas oportunidades de defender la legalidad del acto o del contrato, así como la inexistencia de la vulneración del derecho colectivo que se le reprocha.

vi) La jurisprudencia de esta Sección ha sostenido la procedencia de las acciones populares contra actos administrativos o contratos estatales, siempre que se acredite un criterio finalístico, esto es, la necesidad de remover el acto administrativo del mundo jurídico con miras a la protección efectiva de los derechos colectivos vulnerados o amenazados. La Sala discurrió en los siguientes términos que, por su pertinencia, se transcriben *in extenso*:

“1. LA ACCIÓN POPULAR Y EL ACTO ADMINISTRATIVO

“Al interior de la Corporación se han dado varias discusiones sobre la procedencia de la acción popular para cuestionar la legalidad de

los actos administrativos, cobijados con la presunción de legalidad y, en caso de ser ilegales, anularlos.

“Nada diferente se advierte en la evolución jurisprudencial que, a lo largo de la vigencia de la ley 472 de 1998, ha acompañado el debate, al interior de las distintas Secciones del Consejo de Estado. Se han dado cuatro vertientes en el manejo de este tema: i) tesis restrictiva; ii) tesis amplia; iii) tesis intermedia y, iv) tesis de criterio finalístico.

“1.1. La tesis restrictiva, no permite la discusión de la legalidad del acto administrativo en la acción popular, bajo el entendido de que para ello existen las acciones contencioso administrativas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta etapa está acompañada de los siguientes precedentes jurisprudenciales:

“En sentencia de la Sección Segunda¹⁹, donde la demanda se instauró con el fin concreto de “hacer cesar” la ejecución de unas obras de “peatonalización o semipeatonalización” sobre algunas vías, orden impartida a través de decreto municipal del Alcalde de Riosucio (Antioquia), el Consejo de Estado advirtió la falta de prueba de la vulneración del derecho colectivo que fue, en últimas, la razón que le llevó a confirmar la denegatoria de las pretensiones; pero, con referencia al acto administrativo municipal indicó:

“(…) Observa la Sala que el Tribunal de instancia, señaló que la acción popular no es la vía pertinente para lograr la invalidez de un acto, como lo es el Decreto en mención, para lo cual señaló el actor en el recurso de apelación que ya había realizado la demanda del mismo. Razón por la cual considera la Sala que en virtud de que existe una actuación pendiente el actor deberá estar a la espera de lo resuelto dentro del proceso de nulidad de esta acto, pues como bien lo dijo el Tribunal, la presente acción no es la que corresponde para efectuar la nulidad de un acto administrativo, cualquiera que él sea (…).”

“En otra de las Secciones se compartió el mismo criterio. Tal es el caso de la sentencia de 19 de julio de 2001, de la Sección Cuarta²⁰, que revocó la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda, que deprecó la orden para que se implementaran, de inmediato, todas las medidas necesarias para retirar de operación aérea del Aeropuerto Internacional El Dorado, todas las aeronaves que contaminan por ruido. En esta oportunidad, se dijo:

“(…) observa la Sala que la verdadera intención de los actores es dejar sin efecto el acto administrativo contenido en el Decreto 2564 de 1999, proferido por el Presidente de la República, que amplió en tres años más el deber de la Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil para que se adoptaran las medidas de restricción de los vuelos de las aeronaves que estuvieran en la primera y segunda generación de ruido.

¹⁹ Subsección B, 12 de julio de 2001, exp. AP 114, radicación número: 17001-23-31-000-2000-0981-01(AP-114).

²⁰ Exp. AP-047, radicación número: 25000-23-25-000-2000-0014.

“Considera la Sala que, además de que dicho acto administrativo tiene presunción de legalidad, mientras no exista una decisión judicial que lo suspenda o lo anule, el mismo contiene la acción de la autoridad dirigida a quebrantar los efectos dañinos que produce el funcionamiento de las aeronaves por su configuración anticuada o por su deterioro en el tiempo, originada en la utilización de las mismas, sin proveer a su cambio oportuno (...)”.

“Esa misma Sección²¹ confirmó la sentencia denegatoria de pretensiones, en el caso en que se solicitó la nulidad de un acuerdo municipal, que creó un gravamen por la prestación del servicio de alumbrado público. Se descalificó la procedencia de la acción popular, frente al acto administrativo, con los siguientes argumentos:

“(...) el cobro se realiza con fundamento en el Acuerdo 090 de 1987, que goza de presunción de legalidad, por lo que si el demandante estima que este acto administrativo es contrario al artículo 13 de la Constitución Nacional, no era procedente que acudiera a la acción popular, la cual busca la protección de derechos de la colectividad y no ha sido establecida para definir la legalidad de los actos administrativos, cuando existen otras acciones como la pública de nulidad, incluso con medidas como la suspensión provisional del acto administrativo, que protegen adecuadamente la supremacía de las normas constitucionales y legales, en caso que sea procedente.

“Si bien, la Acción Popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial, tampoco se ha querido con ella instituir un sistema paralelo, que desconozca las acciones judiciales ordinarias, con mayor razón cuando éstas protegen adecuada y oportunamente la supremacía de la Constitución.

“No se observa que la parte demandada haya vulnerado derechos relacionados con los consumidores y usuarios, ni la moralidad administrativa, pues el recaudo del Impuesto del Servicio de Alumbrado Público se ha realizado con fundamento en disposiciones del Concejo Municipal, que gozan de presunción de legalidad”

“En sentencia de 3 de diciembre de 2001²², la Sección Cuarta confirmó la denegatoria de las pretensiones, dirigidas a ordenar a un Instituto Departamental de Tránsito y Transporte que revocara cualquier acto administrativo que reglamentara el cobro por concepto de la información del “estado de cuenta por la información de los vehículos”. Dijo sobre la improcedencia de discutir la legalidad del acto administrativo que:

“Para la Sala es claro que el ente demandado no ha vulnerado los derechos e intereses colectivos invocados, pues dicho cobro se ha hecho con fundamento en la Ordenanza 023 de 1994, expedida por la Asamblea Departamental, la cual goza de presunción de legalidad

²¹ Exp. AP-085, radicación No. 68001-23-15-000-2000-1684-01. En similar sentido ver sentencia de la Sección Cuarta de 9 de febrero de 2001, exp. AP-001, radicación No. 76001-23-31-000-2000-0256-01.

²² Exp. AP-102.

por no haber sido declarada nula, ni haber sido suspendida provisionalmente.

“En consecuencia no era procedente que el accionante acudiera a la acción popular, la cual busca la protección de derechos de la colectividad y no ha sido establecida para definir la legalidad de los actos administrativos, cuando existen otras acciones como la pública de nulidad, incluso con medidas como la suspensión provisional del acto administrativo, que protegen adecuadamente la supremacía de las normas constitucionales y legales, en caso que sea procedente.

“Si bien, la Acción Popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial, tampoco se ha querido con ella instituir un sistema paralelo, que desconozca las acciones judiciales ordinarias, con mayor razón cuando éstas protegen adecuada y oportunamente la supremacía de la Constitución.

“No se observa que la parte demandada haya vulnerado derechos relacionados con los consumidores y usuarios, ni la moralidad administrativa, pues el recaudo aludido se ha realizado con fundamento en disposiciones de la Asamblea Departamental, que gozan de presunción de legalidad”.

“En la Sección Tercera²³, también se consideró que era improcedente la acción popular frente a los actos administrativos, bajo la idea de que: “si el demandante estimó que el acto administrativo de otorgamiento de licencia de construcción para la comunidad de Timiza, antes especificada, es ilegal no es la acción popular la que puede servir para atacarlo; existe otro mecanismo ordinario de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa (art. 85 C.C.A)”.

“Para un sector de la doctrina²⁴, esta posición jurisprudencial es criticada así: “La posición asumida por la tesis judicial restrictiva y los argumentos en que se apoya son cuestionables como pretendemos demostrar, lo que nos permitirá concluir que en desarrollo de una acción popular sí se puede anular un acto administrativo e incluso decretar la suspensión provisional, todo enmarcado en que la función judicial en la acción popular, en cuyo trámite el juez obra como juez constitucional, es esencialmente diferente a la que cumple como juez contencioso de las acciones ordinarias.... Aceptar que a través de la acción popular sí se puede anular un acto administrativo..., no implica vulnerar el principio de la competencia judicial, pues precisamente la jurisdicción contencioso administrativa... es la que estaría calificando la validez del mismo [se refiere al acto administrativo]”.

1.2. La tesis amplia, defiende la procedencia de la acción sin ninguna cortapisa o condicionamiento frente al análisis de la legalidad del acto administrativo, y admite la anulación del mismo. Esta posición se advierte en los siguientes pronunciamientos:

²³ Exp. AP-159.

²⁴ BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe, “Acción Popular y nulidad de los actos administrativos”, Legis Ed. 2004. 1ª edición. Págs. 83, 93 y 94.

La Sección Cuarta, en la sentencia de 7 de abril de 2000²⁵, decidió una demanda en la que se pretendía que el juez popular ordenara al Banco de la República determinar el valor de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, sólo con base en el Índice de Precios al Consumidor IPC. Tácitamente se deja entrever la aceptación de la acción popular, incluso, frente a la anulación del acto administrativo, cuando señala que es irrelevante, para la procedencia de dicha acción, la posibilidad de instaurar una demanda en ejercicio de las acciones contencioso administrativas:

“(…) el artículo 9º de la Ley 472 de 1998 establece que “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”. De lo anterior, así como de otros artículos de la misma ley, se desprende que las decisiones en esta clase de acciones son básicamente declarativas, y por ello, son procedentes contra actos de la administración, aún mediando que contra ellos procedan las acciones contenciosas administrativas”.

“La Sección Quinta, en providencia de 9 de noviembre de 2001²⁶, confirmó la sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda, mediante la cual se pedía la protección de una especie animal (Chigüiros). En esta oportunidad el Consejo de Estado admitió, expresamente, la procedencia de la acción popular frente a los actos administrativos:

“Por ello, lo primero que la Sala deberá averiguar es si la acción popular procede para evitar daños mayores, hacer cesar la amenaza o restituir las cosas a su estado anterior, cuando los hechos se originan en un acto administrativo.

“Para la Sala es claro que la acción popular procede para proteger los derechos colectivos que resultan afectados por un acto administrativo, pues el artículo 15 de la Ley 472 de 1998 dispone que “la jurisdicción contencioso administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las acciones populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas” (subrayas no originales). Nótese que la norma se refiere a tres posibles causas de la acción popular contra entidades públicas, puesto que distingue el origen de la afectación en acciones, omisiones y actos de la administración. De consiguiente, procede la acción popular para proteger los derechos e intereses colectivos que resultan afectados con la expedición de un acto administrativo.

“Conforme a lo anterior, en el presente asunto se evidencia que la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia abandonó su función de cuidado y preservación de la especie animal silvestre denominada chigüiro, pues otorgó licencia ambiental para fines comerciales a un particular que no aseguraba la conservación y reproducción de la especie y, por el contrario, colocaba en riesgo la

²⁵ Exp. AP- 026.

²⁶ Exp. AP-194.

fauna silvestre. Por lo tanto, al expedir el acto administrativo sin el debido cuidado y sin que se hubieran exigido todos los requisitos legalmente señalados, la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquia favoreció la afectación de los derechos colectivos que se pretenden proteger en esta acción popular. De consiguiente, la acción popular procede contra esa entidad administrativa y, en este sentido, se confirmará la decisión impugnada”.

“1.3. La tesis intermedia, admite la procedencia de la acción, pero condicionada al límite de la decisión, siendo viable suspender los efectos del acto, pero no la anulación, que sólo corresponde al juez de la acción ordinaria.

“Esta tesis se recogió en la sentencia de la Sección Tercera, de 6 de octubre de 2005²⁷, en la cual, como consecuencia de la protección del derecho al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, se ordenó al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias abstenerse de ejecutar, seis meses después a la fecha de notificación de la sentencia, el decreto distrital mediante el cual se restringió la circulación de vehículos automotores, en algunas calles y parques de Cartagena. En esta providencia se afirmó que dentro de las facultades previstas en el artículo 34 de la ley 472 de 1998 no se incluyó la de anulación de los actos administrativos, porque tal decisión no se encuentra o deriva de la facultad de impartir órdenes de hacer o no hacer “lo cual no impide que pueda entrar a revisar su legalidad, cuando la vulneración del derecho colectivo se acusa precisamente como consecuencia de la ilegalidad del acto, sin que en ese caso su decisión pueda superar la orden de suspender los efectos del mismo”.

“En esta providencia también se analizaron los antecedentes de la ley, y el sentido gramatical de la expresión “hacer o no hacer”, contenida en el art. 34, para concluir que el juez constitucional carece de competencia para anular actos administrativos, aunque vulneren o amenacen vulnerar derechos e intereses colectivos. Así mismo, se advirtió que el artículo 10 de la ley 472 de 1998 es indicativo de la improcedencia de la anulación del acto administrativo, al disponer que no es necesario, previamente, agotar la vía gubernativa, presupuesto procesal de la acción contencioso administrativa

“1.4. La tesis con criterio finalístico, admite la acción pero teniendo en cuenta la finalidad que persiga el actor, de tal suerte que sólo puede anularse el acto administrativo que amenace o transgreda el derecho colectivo, siendo improcedente cuando se trata de un estudio de legalidad, propio de las acciones contencioso administrativas, en las que se enerva las presunciones del acto administrativo bajo el límite de la jurisdicción rogada.

“De este criterio fue la Sección Tercera, sentencia de 18 de mayo de 2000²⁸, en la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda, tendientes a anular una negativa de licencia ambiental para la

²⁷ Exp. AP 00135.

²⁸ Exp. AP-038DM.

construcción de un trapiche panelero. En esa oportunidad la Sala consideró, desde la particularidad del caso, que la demanda no era de recibo, porque se dirigió con idéntico fin que una acción contencioso administrativa de ilegalidad del acto, lo que calificó de pérdida de los cauces constitucionales de la acción popular. Textualmente en esa decisión se dijo:

“De otra parte, ese acto administrativo se presume legal mientras no exista una decisión judicial que lo suspenda o lo anule, providencia que deberá adoptarse por vía diferente a la acción popular y dentro de un juicio procesalmente impulsado por quienes tengan la legitimidad para ello.

“Se advierte entonces que la acción aquí instaurada perdió sus cauces constitucionales y legales, pues en el fondo se persigue idéntico fin pero a través de la acción equivocada”.

“En el mismo sentido, la Sección Segunda, Subsección A, en la sentencia de 5 de julio de 2001²⁹, confirmó el rechazo *in limine* de la demanda, con la cual se pretendía la declaratoria de nulidad de la elección del Director de una Corporación Autónoma Regional, y la convocatoria, en el menor tiempo posible, de la elección del nuevo Director, porque se consideró que, en realidad, la finalidad de la demanda era presentar las pretensiones propias de un acción ordinaria, concretamente, la acción electoral, sin que se descalificara o se negara la procedencia de la acción popular frente a actos administrativos:

“(…) En el caso aquí debatido es incuestionable que el demandante no puede ejercitar una acción de este tipo, pues, como lo muestra la demanda con toda nitidez, lo que pretende en realidad es obtener la anulación del acto por medio del cual se eligió Director General de la Corporación Autónoma Regional (...), sin previa convocatoria de los grupos indígenas que habitan en jurisdicción de la Corporación, omisión que el actor considera invalidante de la decisión electiva.

“Se trata, entonces, de una cualquiera de las acciones ordinarias que la ley consagra la que debe escogerse, a criterio del demandante, para ser ejercitada en este evento, pero nunca de la acción popular, ya que ésta, por su propia naturaleza, no es la indicada para perseguir propósitos diferentes al amparo de derechos o intereses colectivos.

“Así las cosas, es decir, en presencia de una demanda como la que aquí se ha presentado, que no se arregla en lo más mínimo ni a la naturaleza de la acción popular ni a los requisitos que se exigen para su admisión y trámite, mal haría el juez del conocimiento en darle curso, a sabiendas de que no será posible hacer pronunciamiento de fondo, ni para acoger ni para negar las súplicas demandatorias.

²⁹ Exp. AP-107.

“Entre otras razones para rechazar in limine una demanda como ésta, dirá la Sala que se impone darle prevalencia a los principios fundamentales de la acción popular (L.472/98, art. 5º), entre los cuales se destacan, para estos efectos, los de economía, celeridad y eficacia, ninguno de los cuales se garantizaría, admitiendo, a título de acción popular, una demanda que, tal como está concebida, no reviste el fondo ni la forma procesal de este instrumento constitucional defensor de derechos o intereses colectivos.

“Lo cierto de todo es que, para la Sala, en medio de las distintas posiciones descritas, la ley de acciones populares permite que proceda este medio de defensa, ante la acción u omisión de las autoridades o de los particulares que ejerzan función administrativa, lo cual contempla la posibilidad de que se presenten, incluso, contra los actos administrativos, que constituyen una de las principales manifestaciones activas o de acción de las autoridades públicas.

“En síntesis, para esta Sala, con fundamento en la ley, es viable analizar la legalidad de los actos administrativos, al interior de la acción popular, pero condicionado a que esa manifestación de voluntad sea causa directa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo, criterio que se comparte y reitera en esta oportunidad, y que responde a la tesis que acepta la procedencia de la acción popular frente a la manifestación de voluntad de la administración, cuando con ésta se vulneran derechos o intereses colectivos.

“Además, agrega ahora la Sala, variando la jurisprudencia vigente, resulta posible para el juez declarar, incluso, la nulidad del acto administrativo transgresor de derechos colectivos, en aplicación de los poderes del juez de la acción popular, previstos en los artículos 2 y 34 de la ley 472 de 1998 y, haciendo suyos los argumentos de quienes en su oportunidad, salvaron³⁰ o aclararon el voto³¹ a

³⁰ El Consejero de Estado, doctor Alier Hernández, salvó el voto a la sentencia de 6 de octubre de 2005, dentro del expediente AP-00135. Se opuso, entre otros temas, a la restricción de los poderes del juez de la acción popular, pues ello implicaría la subordinación de dicha acción a otras acciones, sin consultar la finalidad de las acciones populares, ni el contenido y trascendencia de los derechos o intereses colectivos, y el ordenamiento jurídico colombiano como “sistema”, pues sólo tal entendimiento impide que el artículo 34 de la ley “-y la ley, en general- se interprete aisladamente, como un apéndice separado del resto del ordenamiento, dejando al margen cualquier consideración de las potestades que, desde que la jurisdicción contencioso administrativa ha sido tal, le han sido atribuidas para la protección de derechos tanto de carácter individual como de carácter general”. Se apoyó también en el artículo 10 de la ley de acciones populares para contradecir la argumentación de la decisión mayoritaria bajo el entendido de que la vía gubernativa sólo es para las acciones que se dirigen exclusivamente a lograr la nulidad del acto, lo cual no se predica de la acción popular y agregó: “(...) no significa que no se puedan anular los actos, siendo estos ilegales y cuando, además, estos violan o amenazan los derechos colectivos. Por el contrario, la deducción lógica debe ser esta: el artículo 10 prevé la posibilidad de que los actos administrativos violen los derechos colectivos y, por eso mismo, autoriza que sean controlados en ejercicio de la acción popular, para lo cual no es requisito agotar la vía gubernativa, de donde se sigue que, al ser sometidos al análisis de su contenido y efectos, sea posible anularlos, si es el caso, para proteger los mentados derechos”.

La entonces Consejera de Estado, María Elena Giraldo Gómez también salvó el voto a la providencia precitada, porque, a su juicio, la anulación de actos administrativos mediante acción popular procede en virtud de la facultad legal del juez de restituir las cosas al estado anterior, prevista en el artículo 2 de la ley 472 de 1998 y bajo la apreciación concreta, para el caso que se analizó, de no

aquellas decisiones que limitaban el poder del juez popular a la sola suspensión de los efectos.

“Se añadirá a lo anterior, que la concurrencia o paralelismo entre la acción popular y la acción contencioso administrativa ordinaria, frente a un acto administrativo, no debe constituirse en cortapisa para el trámite y prosperidad de ninguna de ellas, pues, se reitera, habrá que atender a la finalidad de cada una de esas acciones.

“En este sentido, son significativas las palabras del ex - constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, quien dice sobre el tema que³²:

“(…) nada obsta entonces para que, si además se cumplen los requisitos necesarios para que sea procedente una acción popular – y en especial el de que la actuación o la omisión de una autoridad pública o un particular hayan lesionado o puesto en peligro un derecho colectivo-, la sentencia pueda incluir la decisión de anular un acto administrativo o la de ordenar su revocación. Para ello basta simplemente con que, por otro lado, ese acto administrativo haya sido la causa eficiente de la violación del derecho colectivo y que su anulación o la orden de su revocación sean el medio idóneo y necesario para conjurar la amenaza o para hacer cesar la violación del derecho o para volver las cosas a su estado primigenio (…)

“...no puede olvidarse, por una parte, que los dos tipos de acciones tienen finalidades muy distintas, ya que mientras las unas están erigidas para guardar la integridad del orden jurídico o para velar por los derechos particulares de los ciudadanos, según el caso, las otras lo están concretamente para tutelar los derechos colectivos. Y, por otra parte, que las acciones populares son autónomas y principales –y no subsidiarias como la tutela-, y por lo tanto que su ejercicio no tiene por qué ceder ante el de una acción contencioso administrativo ni está supeditado al previo recorrido y agotamiento de ésta...”.

“Tampoco puede admitirse que la concurrencia de ambas acciones - popular y ordinaria contencioso administrativa- lleve a un evento de prejudicialidad, porque una no influye ni depende de la otra, de ahí que la prosperidad de la acción popular frente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo, por violentar los derechos colectivos, no puede ser óbice para que el juez contencioso administrativo se abstraiga de pronunciarse sobre la legalidad del acto que se hace

ser jurídico que ante una conducta comprobada como vulneradora del derecho colectivo por medio de acto administrativo, la orden judicial sea simplemente de “abstenerse a ejecutar”.

³¹ El Consejero de Estado Mauricio Fajardo aclaró su voto a la sentencia de 2 de junio de 2006, exp. AP-01089, quien abogó por la permisión de la declaratoria de nulidad del acto administrativo por acción popular bajo el criterio de la jurisdicción unificada, en tanto es el mismo juez contencioso administrativo el que conoce de ambas demandas, por lo que “no resulta extraña a la misma sino que, al revés, le es connatural y simplemente sirve y la fortalece. Por tanto, cuando el juez administrativo decida una acción popular -si se me permite la expresión- lo debe hacer con su ropaje natural, esto es con la plenitud de las atribuciones que le han sido conferidas como órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por consiguiente, puede juzgar actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones y contratos estatales, sin que ello afecte las particularidades, fines y propósitos de las acciones populares”.

³² “La Protección Constitucional del Ciudadano”, Legis ed. 1ª edición. Bogotá. 2004, págs. 225 a 226.

mediante las acciones contenciosas, previstas en los artículos 84 y 85 del C. C. A.; más aún, cuando la acción popular no está contemplada para restablecer el derecho particular, como acontece en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ni para proteger, en abstracto, el ordenamiento jurídico, finalidad propia de la acción de nulidad, que no puede asumir el juez popular³³.

“Se puede decir, sin ambages, que la acción popular, tal como está concebida en la Constitución y la ley, proyecta sus posibilidades hacia la protección de valores superiores y de interés universal, que sobrepasan los intereses particulares o individuales e, incluso, de mera protección abstracta del ordenamiento jurídico, sin entrar en contradicción con el objeto de las demás acciones contenciosas. Esto, en virtud del mandato constitucional y legal que impuso la protección de esta categoría de derechos.”³⁴

Y, en relación con la posibilidad de declarar la nulidad absoluta del contrato estatal, la misma Sala puntualizó:

“4.3.6. De otra parte, en relación con la posibilidad con que cuenta el juez, vía acción popular, de decretar la nulidad de un contrato estatal, esta misma Sección ha puntualizado:

“...con los contratos también pueden amenazarse o vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos. Y también ha concluido que las acciones populares no pueden tener idéntico objeto procesal al de las acciones de controversias contractuales, precisión que no significa que las conductas de acción o de omisión en la actividad contractual no puedan ser la causa jurídica de amenaza o quebranto de los derechos e intereses colectivos; porque es bien distinto el objeto procesal de las acciones de controversias contractuales que siempre persiguen y de alguna forma la satisfacción de derechos e intereses subjetivos.”³⁵

“... cuando en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirarla, entre ellos, el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la ley 80 de 1993) y además, pueden verse comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad y el patrimonio públicos, que son protegidos a través de la acción popular.

³³ El siguiente planteamiento hecho por Luis Felipe Botero en la obra ya citada en nota al pie 6 sobre el paralelismo de situaciones de legalidad-derechos colectivos resulta interesante: “No toda ilegalidad de un acto administrativo implica la lesión de un derecho colectivo, pero toda lesión de un derecho colectivo sí implica la ilegalidad del acto administrativo cuando el efecto producido por el acto es causa adecuada de la lesión. Ahora, no toda lesión del derecho colectivo por parte de un acto administrativo es causal de nulidad del mismo. En este último caso, como se explicó, la ponderación de intereses puede inducir al juez al convencimiento de que el remedio anulatorio es más perjudicial o ineficaz para la protección del derecho colectivo, por lo que deberá optar por otro mecanismo de protección. La divergencia entre ilicitud y lesión es clara,...”. Pág. 132.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. 2005-355, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 2004-118, M.P. María Elena Giraldo G.

“3. La ley 472 de 1998 no señala expresamente que los contratos de la administración pública puedan ser objeto del examen de legalidad a través del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, el contrato es un instrumento para la inversión de los dineros públicos y como esta acción busca la protección de derechos colectivos que pueden resultar afectados por las actuaciones de los servidores públicos, se impone concluir que por la vía de la acción popular puede ser posible revisar la legalidad de un contrato estatal cuando éste pone en peligro o viola algún derecho colectivo.

“En este sentido, el art. 40 de la ley 472 de 1998 indica que *“para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”*. Esto significa que las irregularidades en que puede incurrirse en la actividad contractual pueden vulnerar derechos colectivos, que podrán traducirse en sobrecostos, sin que ello signifique que cuando éstos se presenten necesariamente se viole el patrimonio público, ya que será el juez en cada caso en particular, el que determine si se configura o no esa trasgresión.

“(…) En consecuencia, la afirmación hecha por la Corte Constitucional en la sentencia C-088 de 2000 de que a través de las acciones populares no pueden ser debatidas ni decididas controversias de tipo contractual, constituye un *obiter dicta* o dicho al pasar y por lo tanto, carece de fuerza obligatoria. En este orden de ideas, el juez de la acción popular es quien tiene competencia para definir los eventos en los cuales para protección del derecho o interés colectivo hay lugar a examinar la legalidad de un contrato estatal.

“4. De acuerdo con el art. 44 de la ley 80 de 1993 debe procederse a la nulidad, entre otras causales, de los contratos que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (num. 2) o desviación de poder (num.3), causales en las que pueden incurrir los contratos que lesionen derechos colectivos como el de la moralidad o el patrimonio público.

“Cabe destacar, así mismo, que en la legislación colombiana la nulidad de los contratos por tales razones ya estaba prevista en las normas de derecho común, ya que el artículo 1518 del C.C. señala que los hechos moralmente imposibles por estar prohibidos por las leyes, ser contrarios a las buenas costumbres o al orden público vician la declaración de voluntad.

“Así mismo, el artículo 1742 ibídem, subrogado por el art. 2º de la ley 50 de 1936, facultaba al Ministerio Público para pedir la nulidad absoluta del contrato “en interés de la moral o de la ley”.³⁶

³⁶ Para Georges Ripert “Por mucho que los redactores del Código Civil francés hayan deseado separar el dominio del derecho del de la moral, no han logrado eliminar completamente la necesaria apelación a las buenas costumbres. Si el artículo 60. del Código Civil puede explicarse como una simple aplicación del valor obligatorio de las leyes de orden público en cuanto por ese

“La doctrina extranjera ha admitido que “cuando el contrato se ha celebrado mediante manejos inmorales, o en forma deshonesto, o exterioriza un favoritismo escandaloso, puede afirmarse que existen razones de legitimidad para revocarlo o anularlo, ya que la legalidad y la moralidad de la actividad administrativa no marchan ni pueden marchar divorciados”. En ese orden de ideas, “un contrato viciado de inmoralidad en su celebración o en sus fines, es tan nulo como un contrato que padece un vicio de ilegitimidad, y su revocación podrá disponerse en sede administrativa, si la inmoralidad es manifiesta, o su anulación en sede judicial, si requiere un juzgamiento, previa comprobación de la existencia del vicio mediante una investigación al respecto” (se subraya)³⁷³⁸

“Como se aprecia, resulta perfectamente viable la posibilidad con que cuenta el juez de declarar la nulidad de un contrato cuando éste amenace o vulnere claramente un derecho o interés colectivo. En tal sentido, la Sala precisa y reitera la jurisprudencia,³⁹ según la cual el juez de la acción popular puede, entonces, decretar la nulidad absoluta del contrato siempre que constate efectivamente la amenaza o vulneración de un derecho de naturaleza colectiva.

“En efecto, la Sala en la citada oportunidad manifestó:

“En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente...”⁴⁰

“Por ende es posible que la conducta que resulte lesiva de los derechos colectivos sea, precisamente, una de naturaleza contractual, es decir un acuerdo de voluntades cuya celebración y ejecución produce una clara amenaza o trasgresión a derechos o intereses de rango colectivo.

precepto la regla moral no se impone al respeto sino después de su consagración legal, los artículos 900 y 1172 sobre la condición, 1133 sobre la causa, 1387 sobre las convenciones matrimoniales limitan expresamente el poder contractual por el necesario respeto de las buenas costumbres. En virtud de estos textos se confía a los tribunales un derecho de inspección, que consiste precisamente en asegurar la observancia de la regla moral. El juez, constituido en guardián de la moral pública, debe censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales”. La regla moral en las obligaciones civiles. Bogotá, Ediciones. Gran Colombia, 1946, pág. 41.

³⁷ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980. pág. 556.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 2000-1059 (AP-518), M.P. Ricardo Hoyos Duque.

³⁹ Posición jurisprudencial contenida en la sentencia de 5 de octubre de 2005, exp. 2001-1588, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁰ *Ibíd.*

“Negar la posibilidad con que cuenta el juez constitucional – concretamente de las acciones populares-, para declarar la nulidad de un contrato que quebranta derechos colectivos, supone el desconocimiento de los principios y valores reconocidos constitucionalmente, en los cuales, el nuevo paradigma de aplicación del derecho radica en la realización material y efectiva de los derechos fundamentales, individuales, sociales o colectivos.

“4.3.7. Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a la protección del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, decretará la nulidad del contrato número 003 de 2003 celebrado entre EMPUGAR E.S.P. y la Cooperativa Colombiana de Contadores Públicos Contables y, por último, se dispondrá que se realicen las respectivas restituciones mutuas a que haya lugar, de conformidad con el contenido del artículo 1746 del Código Civil, en tanto que el régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según el artículo 31 de la ley 142 de 1994, es el privado.”⁴¹

“En relación con la protección solicitada al derecho colectivo a la moralidad administrativa, la Sala denegará dicha pretensión, en tanto no se probó, por parte de la actora, que existiera un quebrantamiento respecto del mismo.”⁴²

En similar dirección a las decisiones referidas –criterio finalístico– la Sección, en decisión posterior discurrió de la siguiente forma:

“De conformidad con lo expuesto hasta el momento, en aquellos casos en los cuales la legalidad del objeto jurídico cuestionado es la causa, o un factor determinante, para la indagación acerca de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, el juez válidamente podrá hacer el análisis correspondiente y tomará las decisiones a que haya lugar, debido a que en tal escenario confluyen en un mismo punto de relevancia jurídica los intereses colectivos y los intereses subjetivos propios de las acciones ordinarias.

“En observancia de lo anterior, la Sala considera que el juez popular podrá declarar la nulidad del acto o contrato, siempre que concurren dos elementos:

“se pruebe la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, y

“se pruebe que los actos administrativos están incursos en alguna de las causales de nulidad prescritas en el artículo 84 del código contencioso administrativo.”⁴³

⁴¹ “Art. 31.- Modificado por el art. 3º de la ley 689 de 2001.- Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.”

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. 2004-690, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴³ “Artículo 84.- Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

“En tal sentido, en los casos en los cuales se pretende la protección de un derecho colectivo y al mismo tiempo se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, una vez hecho el análisis del material probatorio, el juez puede llegar a las siguientes conclusiones:

“que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, caso en el cual se procederá con la suspensión o anulación del acto administrativo correspondiente, para amparar los derechos colectivos;

“que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal: en este supuesto no sería posible jurídicamente suspender o anular el acto o contrato por cuanto las reglas propias de la legalidad indican que el objeto jurídico es válido; no obstante, el juez deberá adelantar las medidas pertinentes, se reitera, diferentes a la suspensión o anulación del objeto jurídico, para evitar la amenaza o hacer cesar la vulneración.

“que no se amenazan ni vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, evento en que no será posible suspender o anular el acto administrativo, dado que la razón de ser de la acción popular es la protección de los derechos colectivos y no de la legalidad, pues para el amparo de ésta existen las acciones ordinarias;

“que no se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal, hipótesis que dará lugar, claramente, a desestimar las pretensiones.

“En consecuencia, habrá de verificarse en cuál de las especies relacionadas encuadra el presente caso, con la aclaración fundamental de que el análisis correspondiente debe partir de los derechos colectivos cuya protección se invoca en la demanda, y que la indagación posterior respecto de la legalidad del acto puede no ser adelantada cuando quiera que se concluya que no ha habido vulneración o amenaza a los derechos colectivos.”⁴⁴

Como se aprecia, la tesis vigente de la Sección Tercera en relación con la facultad del juez popular para anular actos administrativos o contratos estatales, admite su posibilidad siempre y cuando se verifique que a partir de esa manifestación de la actividad estatal se desprenda una vulneración o amenaza a los derechos colectivos, razón por la que el juez en su libre apreciación podía adoptar la medida más idónea para la protección del interés colectivo respectivo, entre las que se

“Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.”

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2008, exp. 2005-1423, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

encontraban suspender los efectos del acto o contrato o, en su defecto, proceder a su anulación.

vii) A diferencia de lo sostenido por un sector minoritario de la doctrina y jurisprudencia, el legislador sí tuvo en cuenta al momento de proferir la ley 472 de 1998, la posibilidad o no de anular actos o contratos estatales, por cuanto en el artículo 40 de esa normativa se establecía:

“Para los fines de este artículo [se refería al incentivo económico que fue derogado por la ley 1425 de 2010] y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y el contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso”

A partir de la hermenéutica de la norma se desprendía con suficiencia la importancia que revistió para el legislador, la protección al patrimonio público y la moralidad administrativa en sede de la actividad administrativa de celebrar y gestionar contratos estatales.

Asimismo, se determinaba una competencia adicional para el juez de la acción popular, esto es, la posibilidad de ordenar la “recuperación” de lo pagado en exceso en eventos de sobrecostos y otras irregularidades en materia de contratación.

Y, si bien, la disposición en comento fue derogada por el artículo 1º de la ley 1425 de 2010, cuyo objetivo consistió en la eliminación o supresión del incentivo económico en las acciones populares, lo cierto es que el sentido teleológico del precepto referido no desapareció, es decir, se mantiene el *logos* de que en materia de acciones o pretensiones populares la competencia del juez es tan amplia que, inclusive, puede adoptar órdenes resarcitorias con fines de recuperación; una posición contraria haría nugatorio cualquier intento por proteger el patrimonio público en aquellos escenarios en que se vulnera por irregularidades o sobrecostos en la actividad pública⁴⁵.

⁴⁵ “En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta,

viii) De modo que resulta ilógico que el juez de la acción o pretensión popular – acción o pretensión autónomas– advierta la lesión a un interés colectivo derivado de un acto administrativo o contrato estatal, y se limite a suspender los efectos de los mismos sin poder definir de manera definitiva y concreta, la necesidad de anular o remover la fuente de la violación o de la amenaza.

Entonces, si bien, es sensato que se imponga un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la pretensión o del medio de control, salvo que exista un perjuicio irremediable, en los términos del inciso final del artículo 144 y el artículo 161 del CPACA⁴⁶, lo cierto es que hacer pender la protección efectiva del derecho colectivo del ejercicio de las acciones ordinarias desencadena un efecto perverso sobre el interés colectivo, ya que sería darle primacía al principio de legalidad desconociendo que los derechos constitucionales así como los reconocidos en los tratados regionales o universales de derechos humanos –inclusive de índole colectivo, cultural y social– se integran al bloque de constitucionalidad (art. 93 C.P.) y, por ende, prevalecen sobre reglas de pura legalidad.

Además, como argumento adicional es importante poner de presente que el juez de la acción o pretensión ordinaria no puede –en virtud del principio de jurisdicción rogada que opera en materia contencioso administrativa– abordar el análisis oficioso de cualquier violación del derecho colectivo por parte del respectivo acto o contrato estatal. En esa medida, quedaría supeditada la protección dada por el juez de la pretensión popular (v.gr. suspender los efectos) a la decisión que adoptara el juez ordinario, pero este último, a su vez, no podría estudiar *ex officio*.

en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, exp. 2001-1588, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴⁶ “(...) Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de sus funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.”

“Art. 161.4 (...) Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.”

ix) La interpretación de las disposiciones relativas a la efectividad de derechos constitucionales –sin importar su categoría o naturaleza– se rige por el principio *pro personae* –antes conocido como *pro homine*– lo que significa que frente a toda posible hermenéutica en relación con un principio, norma o regla jurídica de derecho interno debe preferirse aquella que garantice en mayor medida la efectividad de los derechos humanos, así como a favor del individuo, sujeto o colectividad titular del mismo.

En efecto, sobre el particular el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, determinan sin ambigüedad alguna que siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos, en los siguientes términos:

“Artículo 5:

“1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

“2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

“Artículo 29. Normas de Interpretación:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

“a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

“b) **limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;**

“c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

“d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” (Negrillas fuera del texto

original).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Corte Idh" ha sostenido en relación con este principio exegético:

"106. Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. **En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.**"⁴⁷ (Negrillas adicionales).

Esta postura fue acogida de los planteamientos desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos "TEDH", ya que, en sentencia del 25 de abril de 1978, el tribunal de Estrasburgo precisó:

"Asimismo, la Corte debe recordar que el Convenio es un instrumento vivo que, como ha subrayado acertadamente la Comisión, debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales."⁴⁸

De modo que, tal como lo ha sostenido la doctrina de los derechos humanos desde hace varios lustros, la expedición, suscripción y ratificación de múltiples tratados de derechos humanos –bien que hagan parte o no del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los derechos humanos– ha desencadenado una nueva hermenéutica que implica la articulación de las normas de derecho positivo con los principios y reglas contenidos en las disposiciones relativas a la protección y garantía de los derechos humanos en todas sus dimensiones y generaciones.

⁴⁷ Corteidh caso Masacre de Mapiripán vs Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005. Así mismo, se pueden consultar las siguientes decisiones: Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 181; Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 184, y Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Cuando la Corte Interamericana ha indicado el alcance del principio pro homine frente a las restricciones de los derechos humanos, ha expresado: "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46.

⁴⁸ TEDH, sentencia del 25 de abril de 1978, caso Tyrer vs The United Kindom, párrafo 31. (Traducción libre del original).

En efecto, sobre el particular resulta ilustrativo el pensamiento del profesor Pérez Luño, quien pone de presente lo siguiente:

“Ya no es adecuado para una interpretación actual del sistema de los derechos fundamentales el planteamiento positivista, cifrado en una actitud mecánica basada en conclusiones silogísticas, sino que se hace necesaria una mayor participación del intérprete en la elaboración y desarrollo de su estatus.”⁴⁹

Por lo tanto, mal haría esta Corporación en limitar los efectos del instrumento procesal idóneo para solicitar, en el plano interno o nacional, la protección de los derechos colectivos, sociales y culturales, los cuales no sólo están reconocidos expresamente en el texto constitucional, sino que, de igual forma, se integran al núcleo duro o estricto (*strictu*) del bloque de constitucionalidad⁵⁰, en tanto que las disposiciones que los protegen y promueven no son de derecho blando (*soft law*) sino que, al contrario, han sido cuerpos normativos ratificados por Colombia.

Colombia ratificó, mediante la ley 318 de 1996⁵¹, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también conocido como "Protocolo de San Salvador", normativa que en relación con el medio ambiente, determina:

“ARTICULO 11. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO.

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

“(…) ARTICULO 19. MEDIOS DE PROTECCIÓN.

⁴⁹ Pérez Luño, Antonio E. “Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución”, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, p. 285.

⁵⁰ Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado: “La Corte ha señalado que forman parte del bloque de constitucionalidad aquellas reglas y principios que, sin figurar expresamente en la Carta, tienen rango constitucional (bloque de constitucionalidad en sentido estricto) o al menos representan parámetros de constitucionalidad (bloque de constitucionalidad en sentido lato) que permiten controlar la constitucionalidad de las leyes y de las normas de inferior jerarquía, por cuanto la propia Constitución, por medio de cláusulas de remisión, confiere fuerza jurídica especial a esas reglas y principios. Entre las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad se encuentran algunos tratados, respecto de los cuales la Corte ha sido muy clara en señalar que no todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad sino únicamente los tratados de límites y aquellos que reconocen derechos humanos. A su vez, se ha afirmado que la conformación del bloque remite a todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. De ahí, que no sólo lo conformen el articulado de la Constitución y los tratados internacionales referidos, sino algunas disposiciones de leyes orgánicas y de leyes estatutarias.” Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2009, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵¹ Ley declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

“2. Todos los informes serán presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en el presente artículo. El Secretario General enviará copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

“3. El Secretario General de la Organización de los Estados Americanos transmitirá también a los organismos especializados del sistema interamericano, de los cuales sean miembros los Estados Partes en el presente Protocolo, copias de los informes enviados o de las partes pertinentes de éstos, en la medida en que tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos, conforme a sus instrumentos constitutivos.

“4. Los organismos especializados del sistema interamericano podrán presentar al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del presente Protocolo, en el campo de sus actividades.

“5. Los informes anuales que presenten a la Asamblea General el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el presente Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes.

“6. En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8o. y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados Partes, las que podrá incluir en el informe anual a la Asamblea General o en un informe especial, según lo considere más apropiado.

“8. Los consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo.”

De otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, también protege y promueve el respeto por el medio ambiente como derecho social y, por consiguiente, digno de protección por parte de los Estados, para lo cual éstos deberán diseñar los mecanismos idóneos que permitan una protección real y efectiva a las garantías allí señaladas.

De modo que, de nada sirve el reconocimiento expreso –nacional e internacional– de los derechos sociales, colectivos y culturales, sino existen medios idóneos, que en plazos razonables, permitan resolver de manera principal y definitiva la vulneración o amenaza que pende sobre los mismos.

En esa perspectiva, las interpretaciones –administrativas y judiciales– que afectan o limitan el contenido y alcance de los derechos e intereses colectivos, así como los mecanismos para su protección, devienen inconstitucionales o contraconvencionales, es decir, desconocen de manera abierta los compromisos internacionales que ha asumido Colombia en el marco internacional en materia de derechos humanos; la consecuencia, bajo esta premisa, es que se impone un replanteamiento de la acción o pretensión popular, para entenderla en su real dimensión, esto es, como un instrumento procesal idóneo para la garantía de derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente.

Al respecto, la doctrina ha sostenido: “la necesidad del establecimiento de métodos hermenéuticos especiales para los derechos fundamentales, en gran medida nace por el hecho que el denominado sistema normativo de derechos humanos —que es un conjunto de normas constitucionales/legales/convencionales y consuetudinarias internas e internacionales— enuncia el contenido y el alcance de los derechos y libertades protegidos, así como los criterios para su restricción y suspensión legítima, pero esos enunciados son un piso y no un techo de su contenido y alcance para su ejercicio, así como un techo y no un piso para su restricción. Es decir, que en gran medida lo que justifica la existencia de métodos diversos de interpretación y aplicación, es que las de derechos humanos son normas con contenido y características especiales. Asimismo, porque como señala el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antonio Cançado Trindade: “las

normas jurídicas del derecho de los derechos humanos deben ser interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del derecho público clásico.⁵²

De allí que, el contenido y alcance, así como la hermenéutica que se le imprime a las disposiciones relativas a los derechos humanos –y entre ellas a los derechos sociales, colectivos, económicos y culturales– tiene que ser constitucional y convencional, ya que se trata de una obligación superior, en los términos de constitucionalismo moderno, entendiendo por ellas: *“[las] que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional”*⁵³.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional –que tratándose de acciones o pretensiones populares ha limitado su contenido y alcance– en relación con los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales que se vinculan al bloque de constitucionalidad, y que ese tipo de medios de control prohíjan, ha desarrollado los principios de “integración normativa” y de “referente interpretativo”, como se lee a continuación⁵⁴:

“Si bien es cierto que las normas que se integran al bloque de constitucionalidad tienen la misma jerarquía que los preceptos de la Carta Política, también lo es que existen diversas formas para su incorporación al ordenamiento jurídico. Además, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto⁵⁵.”

⁵² “El principio pro personae en la administración de justicia” Karlos Castilla, profesor investigador de la Unam. El recurso se encuentra en la siguiente página web (consultada el 22 de octubre de 2013): <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/ard/ard2.htm#P3>

⁵³ DE ASIS Roig, Rafael “Deberes y Obligaciones en la Constitución”, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 453.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia del 22 de julio de 2009. M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.

⁵⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-028 de 2006 y C-355 de 2006. En la primera de esas providencias la Corte precisó: “Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional [Convención Americana de Derechos Humanos] forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”.

En cuanto a la forma de incorporación de los tratados al bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado dos vías:

“(i) La primera consiste en la *“integración normativa”* en virtud de lo dispuesto en el primer inciso del artículo 93 de la Constitución⁵⁶. Para ello se requiere que un tratado ratificado por Colombia reconozca derechos humanos cuya limitación se prohíba en los estados de excepción⁵⁷. Desde esta perspectiva su incorporación es *directa* y puede comprender incluso derechos que no estén reconocidos en forma expresa en la Carta.

“En este punto conviene precisar que, de conformidad con el artículo 101 Superior, también hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados que definen los límites del Estado⁵⁸. Así mismo, por mandato del artículo 214-2 de la Constitución, se incluyen aquí las normas convencionales y consuetudinarias de derecho internacional humanitario⁵⁹. Además, otras normas como los artículos 44 y 53 de la Carta autorizan la inclusión de tratados en el bloque de constitucionalidad respecto de temas específicos como los derechos de los niños.

“(ii) La segunda forma de incorporación de tratados al bloque de constitucionalidad es como *“referente interpretativo”* y opera al amparo del inciso segundo del artículo 93 de la Carta⁶⁰. En este sentido la jurisprudencia ha reconocido que algunos tratados de derechos humanos cuya limitación no está prohibida en los estados de excepción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, aunque por una vía de incorporación diferente; es decir, no como referentes normativos directos sino *“como herramientas hermenéuticas para juzgar la legitimidad de la normatividad interna”*⁶¹. Al respecto, en la Sentencia C-067 de 2003, que examinó una norma del código disciplinario relacionada con la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos, esta Corporación explicó lo siguiente:

“Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el

⁵⁶ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. (Art.93-1 CP).

⁵⁷ Los principales derechos que no pueden suspenderse en los estados de excepción se consagran en el artículo 4º de la Ley 137 de 1994 (estatutaria de los estados de excepción), el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁸ Así lo reconoció la Corte en la Sentencia C-1022 de 1999, al sostener que los “tratados de fronteras que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, como ya lo había indicado la sentencia C-400 de 1998, cuando precisó que esos acuerdos internacionales, junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un status y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano”.

⁵⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007, entre otras.

⁶⁰ “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. (Art.93-2 CP).

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003.

caso del derecho a la libertad de movimiento – forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados”⁶². (Resaltado fuera de texto).

“De esta manera la Corte ha precisado que el artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas diferentes para la incorporación de tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad y su alcance frente al control constitucional:

“El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al bloque de constitucionalidad inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

“El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

“En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia”⁶³. (Resaltado fuera de texto).

“En síntesis, en virtud del doble sistema de incorporación de una norma a través del bloque de constitucionalidad, el inciso primero del artículo 93 cumple una función *integradora* de los tratados de derechos humanos cuya limitación se prohíbe en estados de excepción, mientras que el inciso segundo del mismo artículo

⁶² En sentido similar, en la Sentencia T-483 de 1999 la Corte sostuvo: “Según el inciso segundo del art. 93 de la Constitución, los derechos y deberes consagrados en ésta se interpretarán, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ello significa, que para efectos de interpretar los referidos derechos las normas de los tratados en referencia tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad, como lo ha reconocido la Corte en diferentes pronunciamientos (C-295/93, C-179/94, C-225/95, C-578/95, C-358/97, T-556/98)”.

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001.

cumple una función *interpretativa*, en tanto “*constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos*”⁶⁴. Esto último corresponde al principio de interpretación más favorable en materia de derechos humanos o principio *pro homine*, que en varias ocasiones ha servido de base para adelantar el examen de constitucionalidad de normas de derecho penal⁶⁵.

“Sin embargo, la Corte debe precisar que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad bajo la previsión del artículo 93 de la Carta Política, pues es claro que no todos ellos involucran el reconocimiento y la protección de derechos humanos, al menos en forma directa.”

x) De la mano del control de constitucionalidad se encuentra el control de convencionalidad, instrumentos jurídico – normativos que tienen como finalidad garantizar la plenitud del orden normativo superior y, por lo tanto, permitir la efectividad de los sistemas universales y regionales de derechos humanos bajo los estándares de mínima garantía y respeto.

En efecto, luego de la posguerra los Estados vieron la necesidad de establecer en sus cuerpos constitucionales –que hasta la fecha eran simplemente unas reglas sobre organización de las autoridades públicas– cuerpos (*corpus*) dogmáticos, es decir, se convirtió en imperativo que en los textos superiores de cada nación se fijaran unos catálogos de garantías mínimas que eran irrenunciables y, aunado a lo anterior, frente a los cuales el Estado asumía una doble connotación no sólo de protección (dimensión de negativa o abstención) sino también deberes de garantía y promoción (dimensión positiva o social).

Desde esa panorámica, tanto el TEDH como la Corteidh han sostenido en múltiples decisiones que existe un control difuso –no concentrado– en cabeza de todos los funcionarios judiciales de los países que hacen parte del sistema universal y regional de derechos humanos, de no sólo realizar una lectura del ordenamiento jurídico que sea acorde con los principios y reglas constitucionales, sino, de igual forma, con las disposiciones establecidas en las respectivas

⁶⁴ Ídem. Ver también las sentencias C-551 de 2003 y C-038 de 2004, entre otras.

⁶⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-251 de 1997, C-251 de 2002 y C-148 de 2005, entre otras.

convenciones o tratados de derechos humanos, así como con la jurisprudencia y doctrina establecida por los tribunales internacionales.

En otros términos, el control de convencionalidad garantiza que la hermenéutica y aplicación de las leyes internas se realice de manera acorde con la Constitución Política (control de constitucionalidad difuso), y con los convenios y reglas internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificadas por los Estados (control de convencionalidad).

El control de constitucionalidad que se encuentra atribuido a todos los jueces de la República se encuentra en el artículo 4º de la Constitución Política, mientras que el control de convencionalidad halla su fundamento en el artículo 93 de la misma carta política.

Este tipo de preceptos (art. 4º y 93) son normas de integración normativa y referente interpretativo, en la medida que asignan en cabeza de todos los jueces la obligación o el deber de garantizar la coherencia del sistema jurídico, en los siguientes términos: i) toda norma jurídica que trasgreda o vulnere la Constitución Política o los tratados sobre derechos humanos debe ser inaplicada al caso concreto, en virtud de los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad, ii) si existen varias interpretaciones posibles frente a una misma regla de derecho, prevalecerá aquella que sea más garantista de los derechos humanos y, por lo tanto, la que desencadene un efecto útil para su protección, iii) la jurisprudencia de los tribunales internacionales encargados de la aplicación de los convenios o tratados de derechos humanos, constituye una guía hermenéutica principal en la solución de los casos concretos, iv) los tratados y convenciones de derechos humanos ratificadas por el Estado constituyen derecho viviente que se integra al derecho interno en virtud del bloque de constitucionalidad, v) el derecho viviente de los derechos humanos se determina porque el contenido y alcance de las disposiciones convencionales se establece a partir de la dinámica jurisprudencial de los tribunales internacionales, así como por las condiciones particulares (individuales, sociales y políticas) del país o Estado en el que se aplican los preceptos.

Entonces, el control de convencionalidad permite verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos, es decir, constituye una forma de indagar si los países miembros del sistema

interamericano han violado o no las convenciones pactadas. Por lo tanto, su objeto se consolida como la verificación de la efectividad de los derechos y garantías contenidas en esos instrumentos supranacionales.

Pues bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia de este principio al resolver el “caso Almonacid Arellano vs Chile”, en sentencia que utilizó por vez primera esta noción; no obstante, aclaró que la esencia del mismo ya venía siendo parte de pronunciamientos previos, pues su objeto y perspectiva iba ínsita desde los primeras condenas internacionales al reprochar la violación de derechos humanos. En la sentencia en cuestión, caso de la muerte del profesor y militante del partido comunista Luis Alfredo Almonacid Arellano, al inicio de la dictadura militar en 1973, se conmina al Estado Chileno, no sólo a la reparación de las víctimas indirectas –familiares del señor Almonacid, sino que se compelió a una readecuación de las normas internas a las disposiciones de la convención interamericana, de tal manera que se armonizaran con este ordenamiento, pues iban en contravía de las nociones de justicia y verdad, así como del cumplimiento del artículo 1.1 de ese cuerpo normativo, al impedirse la investigación de los delitos cometidos en ese lapso, dada la amnistía reconocida a los miembros del Estado que fueron partícipes de tales hechos. Las órdenes impartidas por la Corte estuvieron cimentadas en el principio que se estudia, cuyo uso se llevó a cabo bajo las siguientes consideraciones:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

“(…) 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados de 1969. (Subrayado y resaltado de la Sala).

Siguiendo esa misma línea, pasados unos meses, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, profirió la sentencia del “caso trabajadores cesados del congreso”⁶⁶, que trató de la reestructuración del Congreso de Perú en 1990, en la que se impedía demandar las resoluciones que los desvinculaban del servicio. En esta decisión se consideró que algunas normas internas del país demandado iban en contravía de lo dispuesto en el artículo 1.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pues mermaban el efecto útil de esta última, al impedirles instrumentos jurídicos viables y procesos judiciales a los afectados con la cesación laboral en el Congreso. Para ello, se hizo uso del control de convencionalidad entre la normativa peruana y la convencional, y al respecto se dijo:

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. **En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.** Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

“129. En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo” (Subrayado y negrillas adicionales).

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. “Caso trabajadores cesados del congreso vs Perú.

Ahora, si bien el principio en estudio estuvo originado en pronunciamientos que plantearon un conflicto normativo interno e internacional, con el transcurrir de su uso, fue extendiendo su marco de acción a asuntos que no suponían tal conflicto jurídico, y también tenía lugar, ante un mero desconocimiento de una norma convencional, a través de prácticas u omisiones estatales. Es decir, este control no solo comprende una inspección objetiva de determinada norma, sino que se extiende a condenar prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención o a prácticas que desconozcan derechos reconocidos. Esa nueva comprensión de este principio viene contenida en la sentencia interamericana que resolvió el “caso Heliodoro Portugal vs Panamá”⁶⁷, la cual tuvo como hecho la desaparición forzada de un disidente político del Estado, situación frente a la cual se sostuvo:

“179. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”⁶⁸. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos⁶⁹, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*)⁷⁰.

180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁷¹. **Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado**

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 12 de Agosto de 2008.

⁶⁸ Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68; Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 17, párr. 55, y Caso La Cantuta, supra nota 16, párr. 170.

⁶⁹ Cfr. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros), supra nota 78, párr. 87; Caso La Cantuta, supra nota 16, párr. 171, y Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 17, párr. 56.

⁷⁰ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, supra nota 10, párr. 37; Caso La Cantuta, supra nota 16, párr. 171, y Caso Zambrano Vélez y otros, supra nota 17, párr. 56.

⁷¹ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros, supra nota 17, párr. 207; Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 10, párr. 118, y Caso Salvador Chiriboga, supra nota 6, párr. 122.

por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos⁷².
(Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Asimismo, toda vez que este control no sólo se agota en la verificación de cumplimiento de normas convencionales, sino que también se extiende a la verificación de la interpretación que de ellas se ha llevado a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único cuerpo colegiado autorizado para ello.

El fundamento normativo internacional del control de convencionalidad se encuentra en: (i) el principio *pacta sunt servanda*, (ii) el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, y (iii) la imposibilidad de alegar el derecho interno como excusa para su desconocimiento (arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada en Colombia por la ley 32 de 1985).

En esa lógica, el control de convencionalidad lleva aparejado un cambio en la mentalidad de los derechos humanos, ya que esa obligación abstracta de respeto por los tratados y convenciones internacionales en cabeza del Estado, se traslada a las autoridades públicas internas, en el sentido de que exista un deber normativo de obligatorio cumplimiento en velar porque el razonamiento y la hermenéutica jurídica que se relaciona con casos de derechos humanos tenga en cuenta no sólo las normas constitucionales, sino también la Convención Americana de Derechos Humanos “CADH” y demás instrumentos relacionados con la promoción y protección de DDHH.

La doctrina extranjera ha descrito el instituto en comento, en los siguientes términos:

“En este contexto, el control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar –de oficio– una serie de razonamientos que

⁷² Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 10, párr. 124, y Caso Boyce y otros, supra nota 20, párr. 113.

permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. **Lo anterior puede conducir, en un caso extremo, a que un juez inaplique una norma interna cuando esté en contradicción con una norma internacional.**⁷³ (Se destaca).

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2011, por primera vez, reconoce en Colombia la exigibilidad del control de convencionalidad y su aplicación en el orden interno, en los siguientes términos⁷⁴:

“En definitiva la línea argumentativa adoptada por la Corte Constitucional resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH. Así en el “Caso Almonacid Castellanos vs. Chile” sostuvo que (...)

“12. Y ese es el Derecho convencional viviente porque, luego de dicha Opinión, la Corte IDH ha sostenido esa misma interpretación de una manera consistente, consolidada y relevante. Así, ha reconocido en varias ocasiones que sólo son admisibles como restricciones a los derechos reconocidos por la Convención, las autorizadas por esta última que además aparezcan fundamentadas en una ‘ley’, tal y como esta fue caracterizada por la Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986 antes mencionada: lo ha hecho, por ejemplo, al tratar en concreto sobre el derecho a la privacidad,⁷⁵ el derecho a la libertad física,⁷⁶ el derecho a ser juzgado sólo por juez competente,⁷⁷ y también al definir las condiciones de convencionalidad de las restricciones a la libertad de expresión.⁷⁸ Con lo cual la Corte Interamericana ha decidido que no son válidas las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana, cuando provienen de una norma que no satisface las condiciones establecidas en su definición de ‘ley’.

“13. Con todo, cabría preguntarse si también se desconoce el Derecho convencional viviente cuando la restricción está dispuesta por una ley penal con todos los atributos exigidos por la Corte Interamericana, pero es una ley penal altamente imprecisa que sólo ha logrado superar un cierto nivel de indeterminación gracias a que ha sido concretada por las decisiones judiciales internas de un Estado parte de la Convención. En esos casos, ¿puede decirse que la restricción del derecho viola el principio de legalidad de las restricciones, tal y como este ha sido configurado por la Corte

⁷³ CARBONELL, Miguel “Introducción al control de convencionalidad”, 2011, recurso consultado el 22 de octubre de 2013, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/>

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia C-442 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁵ Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193. Párrafo 77.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Párrafo 56.

⁷⁷ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. Párrafo 76.

⁷⁸ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177. Párrafo 52.

Interamericana? La respuesta es que al menos en el caso de tipos penales que restrinjan la libertad de expresión, sí lo vulnera. Por tanto, también nuestra legislación penal lo infringe, así haya sido, según la Sala, precisada por la jurisprudencia nacional. Y para llegar a esa conclusión hay al menos tres razones.”

En esa misma lógica y pensamiento, la CortelDH en la reciente decisión del 30 de noviembre de 2012, caso Santo Domingo (vs) Colombia, en relación con el control de convencionalidad manifestó⁷⁹:

“142. La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”⁸⁰. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad.”⁸¹”.

Asimismo, el Consejo de Estado desde el año 2007 ha utilizado sistemáticamente el control de convencionalidad –sin necesidad de acudir al citado *nomen iuris*– para hacer aplicables los deberes de protección y garantía del artículo 1º de la

⁷⁹ Corte IDH. Caso Santo Domingo vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2012. Párrafo 142.

⁸⁰ Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 66.

⁸¹ Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225. Véase asimismo Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 193.

Convención Americana de Derechos Humanos, así como el hacer prevalecer las disposiciones de la misma en aquellos eventos en que se constaten graves violaciones a derechos humanos; de igual forma ha aplicado la jurisprudencia de la CorteIDH a nivel interno, principalmente para seguir los criterios del principio de reparación integral, como también para juzgar a la luz de la misma el comportamiento del Estado frente a la producción de reprochables y execrables conductas configuradoras de daños antijurídicos. Por lo tanto, el Consejo de Estado, a través de la Sección Tercera, ha marcado la pauta y ha estado a la vanguardia, en Colombia, en relación con el denominado control de convencionalidad al hacer prevalecer e integrar normativamente la CADH así como la doctrina y la jurisprudencia de la CorteIDH⁸².

Como corolario de lo anterior, la Sala inaplicará –vía excepción de inconstitucionalidad y contraconvencionalidad– la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 144 de la ley 1437 de 2011 que determina: “sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato”, comoquiera que la misma deviene no sólo contraria al ordenamiento constitucional que inspiró este tipo de acciones o pretensiones, sino también porque introduce una limitación que hace nugatoria la protección efectiva de derechos reconocidos internacionalmente, al hacer depender el mecanismo idóneo y razonable para su amparo de la interposición de las acciones o pretensiones ordinarias.

Y, si bien, podría argumentarse frente al precepto inaplicado que se trata de una norma que no estaba vigente ni es aplicable al caso concreto, por tratarse de un proceso de acción popular iniciado con anterioridad a la vigencia de la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que esa disposición sí genera una hermenéutica o interpretación que alude al caso concreto (derecho viviente), ya que las partes alegaron y se refirieron a su eventual aplicación por el Tribunal de primera instancia en los respectivos recursos de apelación, por lo que la misma incide en la definición del asunto.

De igual forma, la citada disposición podría servir de fundamento exegético para concluir, de manera errada, que en los procesos iniciados antes de la entrada en

⁸² Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: del 19 de octubre de 2007, exp. 29273, del 20 de febrero de 2008, exp. 16996, , 28 de enero de 2009, exp. 30340, 26 de marzo de 2009, por la Sección Tercera del Consejo de Estado, exp. 17994, del 4 de mayo de 2011, exp. 19355 (sentencia de unificación de jurisprudencia), del 13 de junio de 2013, exp. 25180, entre otras.

vigencia la ley 1437 de 2011 –ante la ausencia de disposición que regule expresamente la materia en la ley 472 de 1998, y con independencia de la posición mayoritaria fijada por la jurisprudencia de esta Corporación– resulta inviable discutir o cuestionar la legalidad de actos administrativos o contratos estatales. Lo anterior, refuerza entonces la necesidad de retirar –al menos vía el control difuso– la aplicación e interpretación (viviente) de la norma en el caso concreto.

Existe, por lo tanto, una hipótesis que no queda comprendida dentro de la declaratoria de exequibilidad, y es cuando el acto o contrato desconoce normas o bienes constitucionales, hipótesis en la cual es deber del juez declarar la nulidad porque es una nulidad por inconstitucionalidad en vía de acción pública, la cual no queda excepcionada en la norma toda vez que ella deviene del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

Ahora, ya que en el asunto *sub examine* se discute la posible vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, se tiene competencia para decidir el asunto.

2. Naturaleza, contenido, y finalidad de las acciones [hoy pretensiones] populares

Con la Constitución Política de 1991, el Estado Colombiano adoptó la fórmula político – jurídica *Social de Derecho*, de tal forma que la persona o individuo reconocido como parte integral de la estructura social y política, pasó a ser el eje central de las estrategias, propósitos y funciones públicas, se adoptó así un modelo antropocéntrico de ordenamiento jurídico, comoquiera que el gran protagonista del mismo es la persona.

Así las cosas, el conjunto de derechos reconocidos positivamente, por el ordenamiento jurídico, en cabeza de los individuos y de la colectividad, se convierte en eje central del Estado, de tal suerte que el principio, del Estado Liberal de Derecho, de sujeción estricta de las autoridades y los particulares a la ley, empieza a ser matizado por otro principio de respeto y protección de los derechos y garantías reconocidas públicamente.

En esa perspectiva, la labor del juez adquiere una especial y particular relevancia, ya que asume la función de garante y protector de dichas prerrogativas –serie de derechos subjetivos individuales, sociales o colectivos– a través del conocimiento y decisión de las llamadas acciones o pretensiones constitucionales. Es por ello que la tarea del juez, a partir de la posguerra, adquiere una nueva concepción y dimensión, en la medida que deja de ser, simplemente, en términos de Montesquieu, *la boca que pronuncia las palabras de la ley*, para apoderarse de una labor activa en la cual, cualquiera que sea su jurisdicción o competencia, debe aplicar la ley bajo el prisma de la verdadera protección de los derechos; de tal suerte que el operador judicial no debe limitarse a la aplicación de postulados normativos –de forma silogística– sino que es su deber velar porque en la actividad de realización del derecho se satisfagan, de la mejor manera posible, todas las garantías constitucionales y legales del individuo y de la colectividad en la cual aquél se encuentra inmerso; opera, por consiguiente, un cambio de matiz en la método judicial, puesto que se entroniza la lógica de lo razonable, es decir, una cosmovisión del ordenamiento jurídico que permite al juez constitucional estructurar su decisión a partir no sólo de reglas de derecho, sino de principios, valores y derechos constitucionales.

Entonces, bajo ese nuevo paradigma, la Carta Política brindó una serie de herramientas jurídicas, principalmente las acciones o medios de control judiciales de rango constitucional, para que cualquier persona pudiera reclamar, ante los jueces de la república, la efectividad de los derechos individuales o colectivos; dentro de aquéllas encontramos las denominadas acciones o pretensiones populares (artículo 88 C.P.)⁸³, cuyo propósito es la protección, y preservación material y cierta de los derechos e intereses colectivos, ante la vulneración o amenaza – por acción o por omisión -de que pueden ser objeto por parte de los particulares – ejerzan éstos o no función pública-, o de las autoridades y entidades públicas.⁸⁴

⁸³ Establece el artículo 88 constitucional: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

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

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

⁸⁴ Acerca del reconocimiento constitucional de los derechos colectivos y de las acciones para su efectiva protección, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente: “La

Con fundamento en el artículo 88 ibídem, el legislador profirió la ley 472 de 1998, en donde erigió la acción popular como una de aquellas de naturaleza principal y autónoma, cuyo objetivo es la protección de los derechos e intereses colectivos, en la medida que pretenden evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio de que sean objeto los mismos (artículo 2º ley 472 de 1998).

La acción o pretensión popular, dada la importancia y relevancia jurídica de los bienes que protege, tiene trámite preferente, salvo las excepciones consagradas legalmente (artículo 6º ley 472 de 1998); así mismo, tal y como se manifestó y, a diferencia de otras acciones de rango constitucional –v.gr. acción de tutela– ostenta un carácter autónomo y principal, motivo válido para afirmar que su ejercicio no depende de la existencia de otro mecanismo de defensa, de un trámite administrativo independiente, o de lo que pueda decidirse en otro proceso judicial, aún sea de naturaleza ordinaria.

En tanto que la acción constitucional es autónoma y principal, no es viable que se formulen reparos para su ejercicio, diferentes a los que corresponden a las reglas procesales propias para su admisibilidad (artículos 18 ley 472 de 1998 y 161 de la ley 1437 de 2011); por consiguiente, no resulta viable, ni legítimo, que se haga pender la admisión de la acción o pretensión popular de la procedencia o no de otras acciones, medios de control o pretensiones principales o subsidiarias, por cuanto la acción popular tiene como objetivo específico y puntal el proteger a los derechos o intereses colectivos invocados en la demanda. Entonces, si bien podrían existir acciones o medios de control administrativos o judiciales para juzgar la conducta –activa u omisiva – de las entidades o autoridades públicas, o particulares que cumplen función administrativa en relación con determinados hechos; lo cierto es que la admisión y procedencia de la acción popular no dependerá, en ningún caso, de la interposición o iniciación de aquellas acciones o procedimientos.

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. Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sánchez.

En ese contexto, es posible que la conducta de alguna persona que lesiona o trasgrede un derecho o interés colectivo pueda ser revisada vía otras acciones constitucionales u ordinarias, principales o subsidiarias, pero, en todos los casos, procederá la acción popular para el juzgamiento de los hechos y conductas que lesionan o amenazan el respectivo derecho colectivo.⁸⁵

Ahora bien, dada la entidad de los bienes jurídicos que se salvaguardan con la acción o pretensión popular, el legislador dotó al juez de una gama de amplias potestades con el propósito de que tuviera verdaderos instrumentos para hacer cesar la vulneración o amenaza en contra de aquéllos, o para retrotraer las cosas al estado anterior a la vulneración realizada. Sobre el particular, el artículo 34 de la ley 472 de 1998 establece:

“Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular...” (negrillas adicionales de la Sala).

En esa perspectiva, el juez de la acción popular, como juez de rango constitucional, cuenta con una serie de prerrogativas al momento de proferir su decisión, para que, ante la constatación efectiva de una vulneración o amenazada de un derecho o interés colectivo, pueda disponer que se adopten todas las medidas pertinentes y necesarias para la protección de los mismos. Dichas órdenes pueden reflejar obligaciones de hacer, de no hacer, indemnizatorias, de realización de conductas reparatorias o resarcitorias.

Lo anterior no significa una invasión a la órbita de competencias de las demás autoridades o entidades públicas, ni concretamente, de las que ejercen función

⁸⁵ Sobre el particular, consultar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia AP-148 de 1º de febrero de 2001, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza M.

administrativa, ya que se trata, simplemente, del ejercicio claro del poder discrecional que se le concede por la Constitución y la ley al juez constitucional, para que, si encuentra acreditada la vulneración o amenaza de un derecho o interés colectivo, proceda a determinar las medidas procedentes y conducentes que deben ser adoptadas para que cese la conducta lesiva.

En esa nueva perspectiva el texto constitucional se reinventa como aquel catálogo de principios, valores y reglas mediante las cuales se rige la actividad no sólo de las autoridades públicas, sino también de los particulares.

En ese sentido, el profesor Gustavo Zagrebelsky ha precisado lo siguiente:

“La coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir... Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones y, por tanto, la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor en la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo a los más débiles, etc.”⁸⁶

De modo que, se itera, el ejercicio y la procedencia de la acción popular no puede depender de la interposición de las acciones o pretensiones ordinarias dispuestas en el Código Contencioso Administrativo, ya que se trata de instrumentos judiciales autónomos que encuentran su fundamento normativo en ordenamientos distintos. Las acciones populares –aunque su creación date desde la expedición del Código Civil– su principal desarrollo se produjo con la promulgación de la Constitución Política de 1991 y con la ley 472 de 1998. Por consiguiente, la subsidiariedad que en ocasiones se ha prohiado de la acción popular desconoce

⁸⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo “El derecho dúctil”, Ed. Trotta, Pág. 14 – 16.

el propósito fundamental para el cual fueron concebidas, esto es, el amparo independiente, autónomo y especializado de los derechos de naturaleza colectiva.

En consecuencia, la indebida amalgama que se ha generado entre acciones ordinarias y constitucionales –al seno de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo– ha generado que se trunque o se haga nugatoria, en diversas ocasiones, la protección efectiva al derecho colectivo reclamado.

Así las cosas, el hecho de que a un mismo “juez” se le asigne el conocimiento simultáneo de acciones de índole constitucional y legal (ordinarias), no conlleva a que ese operador judicial deba manejar bajo una igual égida las mismas. A *contrario sensu*, el análisis de cada mecanismo judicial depende de las facultades que se le hayan asignado en el plano constitucional o legal para los fines correspondientes, según el tipo de acción o pretensión que se esté decidiendo.

Entonces, la garantía y protección efectiva de los derechos colectivos se logra a partir de reconocer la autonomía y soberanía de la acción o pretensión popular, sin que se pueda sujetar su procedencia y viabilidad al ejercicio previo o coetáneo de los demás medios de control de la actuación de la administración pública.

3. Los derechos colectivos invocados en la demanda y en el recurso de apelación

3.1. El principio - derecho a la moralidad administrativa

La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado –o norma en blanco– implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.

Dada la *textura abierta*⁸⁷ que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial que esté encargado de su aplicación.

⁸⁷ HART, H.L.A. “El concepto del derecho”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Sobre este punto se puede consultar igualmente: “La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa”, AMAYA Olaya, Uriel, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 804.

En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)⁸⁸ y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.)⁸⁹.

i) Como *principio*⁹⁰ de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.

En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que lo trasgreda deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones desconozcan fundamentos éticos o morales –en términos de la función administrativa– pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

En ese contexto, resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la

⁸⁸ Art. 209.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...”

⁸⁹ Art. 88.- La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

⁹⁰ Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta ⁴, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto (Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón -negrillas del original).

moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.

Corresponderá por lo tanto, en cada caso concreto, establecer si la conducta de los servidores públicos o particulares que desempeñan función administrativa, se puede enmarcar dentro del campo ético que traza el principio objeto de análisis.

ii) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como *derecho colectivo* se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político – jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se fundamenta y estructura la organización estatal. En ese orden, el nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad⁹¹, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados – en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad.

En línea de pensamiento, es válido afirmar que el derecho bajo estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo –de abstinencia– o de carácter social –prestacional– sino que su naturaleza y fundamento son especiales

⁹¹ Cf. Tugendhat, E. "Lecciones de Ética", Ed. Gedisa, Pág. 338.

y claramente diferenciables de lo que se ha definido doctrinalmente como derechos netamente subjetivos (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad)⁹², y los denominados derechos sociales –que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal–⁹³. Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho).

Así las cosas, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)– sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia⁹⁴, o un actuar positivo⁹⁵ por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer

⁹² “(...) Este concepto de derecho individual coincide con el concepto de derecho subjetivo de la dogmática jurídica en la medida que todos los derechos individuales son derechos subjetivos y todos los derechos del individuo son derechos individuales... los términos derecho individual y derecho subjetivo son intercambiables.” ALEXY, Robert “El concepto y la validez del derecho”, Ed. Gedisa, Pág. 181.

⁹³ “Más bien, la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera como se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque la distinción que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la que se satisface el derecho. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo en los derechos de libertad, por cuanto en estos últimos la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta.” BERNAL Pulido, Carlos “El derecho de los derechos”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 302. Ver igualmente: ARANGO, Rodolfo “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Ed. Legis.

⁹⁴ Como por ejemplo, evitar la expedición de un acto administrativo o ley, o que se celebre un contrato, cuando en el respectivo procedimiento o trámite se ha desconocido el derecho a la moralidad administrativa (v.gr. Encontrar comprobado un claro evento de corrupción).

⁹⁵ V.gr. Ordenar el reembolso de sumas de dinero que han salido del patrimonio público a causa de una clara vulneración del derecho colectivo bajo estudio.

cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

De allí que, como corolario de lo anterior, es claro que la moralidad administrativa puede entenderse bajo la óptica de dos criterios normativos que, si bien parten del mismo fundamento teórico, en su concreción o aplicación tienen diversas proyecciones a saber:

a) La moralidad administrativa como principio: se consagra como esencial de la *función administrativa* y, por consiguiente, implica que todos los servidores públicos o funcionarios administrativos deben velar porque en el cumplimiento de sus tareas se respeten parámetros éticos de conducta que se comparten de manera consensual, por el conglomerado social.

b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce *función pública*, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado:

“En su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.”⁹⁶

De igual forma, el mismo Tribunal Constitucional en sentencia de unificación jurisprudencial, precisó:

“**9.6** El derecho a la moralidad administrativa ha sido objeto de amplio desarrollo a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues si bien su textura es abierta, su alcance se ha venido decantado a partir de la definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva, a partir de la aplicación a cada caso concreto de principios hermenéuticos y de sana crítica.

³ Corte Constitucional, sentencia C-046 de 1994.

“Así, el concepto de moralidad administrativa se vincula al ejercicio de la actividad administrativa bien a través de las autoridades instituidas para el efecto bien a través de particulares en ejercicio de funciones administrativas. Tales criterios se condensan en recientes pronunciamientos efectuados por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, entre ellos, el siguiente⁹⁷:

*“(...) En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre **está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa.***

***“De tiempo atrás se exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero,** que en palabras del Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos, ya mencionados por la Sala en sentencia de 26 de enero de 2005⁹⁸.*

“En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa.

(...) No obstante, también es claro que el derecho positivo puro no es la única referencia posible para analizar la moralidad administrativa. De hecho, los principios del derecho y los valores jurídicos, integrantes del sistema jurídico, también son una fuente interpretativa de esta problemática, de tal manera que si se los amenaza o viola, en condiciones precisas y concretas, puede afectarse el derecho colectivo a la moralidad administrativa. No obstante, el análisis específico debe hacerse en cada caso, donde el juez determinara si la afectación a los mismos vulnera este

⁹⁷ Expediente 35501 de 21 de febrero de 2007 de la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P. Enrique Gil Botero.

⁹⁸Sección Tercera, expediente AP 03113, actor Nidia Patricia Narváez Gómez.

derecho (...)'.

(...) De tal suerte que el análisis del derecho a la moralidad administrativa, desde el ejercicio de la función pública, y bajo la perspectiva de los derechos colectivos y de la acción popular, como mecanismo de protección de éstos, requiere como un primer elemento, que la acción u omisión que se acusa de inmoral dentro del desempeño público o administrativo, necesita haber sido instituido, previamente, como deber⁹⁹ en el derecho positivo, o en las reglas y los principios del derecho, y concurrir con el segundo elemento de desviación del interés general. (...)
(resaltado y subrayado fuera de texto)

“9.7 Como se observa, correspondía al juez popular no sólo efectuar un juicio de legalidad sobre la competencia que asistía al Consejo Superior de la Carrera Notarial para fijar la forma destinada a acreditar los requisitos del concurso frente a la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el artículo 189 numeral 11 de la Carta, sino, establecer si de tal ilegalidad se derivó un efectivo beneficio a terceros capaz de enervar la moralidad administrativa como derecho, principio y valor, es decir, si la conducta de estos altos dignatarios estructuró una verdadera desviación de poder.

“9.8 La decisión del Juez Popular en segunda instancia no guarda correspondencia con los requisitos de procedibilidad de la acción popular señalados por la Ley 472 de 1998; tampoco cumple con la finalidad que le asigna el artículo 88 Superior, cual es la protección de los derechos colectivos, ello por cuanto sus juicios se limitan a la legalidad del acto de convocatoria del concurso, legalidad cuya protección se encuentra radicada en cabeza de la Jurisdicción Contenciosa a través de las acciones públicas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho consagradas en su artículo 84. De esta manera si bien las acciones populares y las acciones contenciosas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho son conocidas por la Jurisdicción Administrativa, para el trámite de la acción popular el operador jurídico se abandona su ropaje de juez contencioso administrativo, para convertirse en juez popular que tiene a su cargo la finalidad de proteger derechos constitucionales colectivos. Por esa razón, las acciones públicas de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como la acción popular, deben instaurarse y resolverse en instancias diferentes, según la competencia funcional señalada para cada una, bien por la Ley 472 de 1998 bien por el Código Contencioso Administrativo.

⁹⁹ Para Von Ihering el concepto de deber se sustenta en la relación de las personas con los fines de la sociedad: “En el deber está la determinación o destino para algo fuera de él, señala por sobre sí el resultado que debe lograrse por su cumplimiento. No hay ningún deber por el deber mismo. Si por el cumplimiento del deber no se alcanzase nada en el mundo, sería absurdo prescribirlo; la justificación práctica del concepto del deber desde el punto de vista de la ética sólo puede ser hallada en lo bueno que debe transmitir. Al individuo se le puede gritar con Kant: cumple el deber por el deber mismo, es decir todo otro motivo que el de cumplir con el deber debe ser extraño, simplemente debe guiarte el sentimiento del deber. Pero el punto de vista de la ley de la costumbre, en tanto que prescribe el fin, es otro que el del sujeto en tanto que lo cumple, la ley de la costumbre prescribe el deber sólo a causa del resultado práctico que piensa lograr de ese modo, desde su punto de vista el concepto de deber es un concepto de fin” Pág. 508.

“9.9 De allí que cuando el juez popular limita su estudio a la pura y simple legalidad de un acto administrativo sin derivar de tal juicio una vulneración o amenaza debidamente probada a un derecho colectivo, extralimita su competencia funcional. Vale la pena mencionar que si bien la jurisprudencia impone el estudio de legalidad cuando se trata del derecho colectivo a la moralidad administrativa, también es cierto que dicho estudio *per se* no implica prueba de vulneración de este interés. De hecho, es posible encontrar un acto ilegal pero no por ello violatorio de la moralidad administrativa. Es por ello que el estudio de legalidad siempre debe ir acompañado de una prueba de desviación de poder en beneficio propio o de terceros y en detrimento del interés general o colectivo o de la constancia de una trasgresión grave de principios y valores constitucionales.

“En ese orden, el simple estudio de legalidad del acto administrativo sin demostrar su impacto sobre el derecho colectivo, desnaturaliza la esencia de la acción popular y desconoce la existencia de otras acciones creadas por la ley con tal finalidad.

“9.10 Así, el propósito que orienta la revisión de un acto administrativo que origina la afectación del derecho o interés colectivo no es la misma que se persigue a través de una acción administrativa. Mientras que en la primera se busca efectuar un análisis constitucional del interés afectado por medio de la constatación y demostración de la afectación del derecho colectivo, en la segunda, se efectúa un cotejo entre el acto administrativo y las normas que lo sustentan, pues el objeto de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho es la defensa del principio de legalidad.

“En otras palabras, por vía de la acción administrativa se efectúa el control de legalidad del acto y, por lo tanto, puede producirse la nulidad de éste. A su turno, en la acción popular la jurisprudencia se ha inclinado por aseverar que no es posible decretar la nulidad del acto administrativo en la medida en que no se define la legalidad del mismo, pero si suspender su ejecución o aplicación si de este se deriva la violación o amenaza directa de derechos e intereses colectivos. Si bien esta conclusión no ha sido pacífica en la jurisprudencia, lo cierto es que se ha llegado a aceptar la posibilidad de anular actos administrativos en acciones populares por vía de la aplicación directa del artículo 1742 del Código Civil, cuando el juez popular advierta una causal de nulidad absoluta en el acto, siempre y cuando, éste sea la causa de la amenaza o vulneración del derecho colectivo. Situación que no se advierte ni se prueba en el curso de la acción popular objeto de análisis en este proceso, lo que deja sin piso la anulación del aparte final del artículo 11, numeral 11 del Acuerdo 01 de 2006.”¹⁰⁰ (Negrillas, cursivas y subrayado del original – Subraya única de la Sala).

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao.

En consecuencia, se puede extractar o sintetizar el contenido y alcance que ha sido dado al principio – derecho a la moralidad administrativa, en los siguientes términos:

i) es posible que la moralidad se relacione con la ilegalidad, pero no es necesario que para acreditar una conducta que atente contra el citado derecho colectivo se demuestre indefectiblemente una actividad ilegal o ilícita, puesto que es factible que el comportamiento que afecta la moralidad lo haga en virtud del desconocimiento de principios o valores constitucionales. Como se precisó, no toda inmoralidad supone ilegalidad, ni toda ilegalidad conlleva una inmoralidad.

ii) uno de los principales escenarios en los que se enjuicia la moralidad administrativa tiene que ver con comportamientos ilegales de la administración, circunstancia por la cual el juez constitucional ostenta competencia para identificar el tipo de actuación administrativa que amenaza o vulnera el derecho (hecho, omisión, operación administrativa, contrato estatal o acto administrativo) para determinar si es necesario el análisis de legalidad de la misma, con el fin de proteger el derecho colectivo.

En otros términos, es posible que el juez de la acción popular tenga que remover una actuación de la administración pública, pero siempre que sea necesaria e indefectible para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa. En otros términos, el juez de la acción popular no puede realizar un análisis de legalidad dejando de lado el estudio de la vulneración o amenaza del derecho o interés colectivo¹⁰¹.

iii) el contenido de la moralidad, dada su textura abierta, está determinado por el ordenamiento jurídico, principalmente por los principios, valores y derechos constitucionales, normas que se integran a su vez, y en ciertas ocasiones, de postulados éticos (ética objetiva u eticidad), o postulados políticos.

Como se aprecia, la moralidad administrativa como principio – derecho colectivo al ser contemplada por el constituyente de manera abierta, refleja una visión no positivista de esa garantía colectiva, puesto que el ordenamiento no le delimitó su contenido y alcance, por lo que corresponde al juez de la acción popular fijarlo, para lo cual, se insiste, cuenta con los principios, valores y demás derechos de rango constitucional, así como el contenido ético (objetivo) de esos postulados

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. AP 2005-355, M.P. Enrique Gil Botero.

constitucionales, sin que esta última posibilidad permita imponer una ética hegemónica o una moral mayoritaria –lo cual sería discriminatorio y excluyente– sino la posibilidad de confrontar el comportamiento de la administración pública o de los particulares en ejercicio de función pública a partir de un mínimo ético exigible con fundamento en las normas constitucionales.

De allí que, resulta incontrastable que la más clara manifestación de la vulneración a la moralidad administrativa es la desviación de poder, o el ánimo subjetivo del obrar de un funcionario o agente estatal con el fin de satisfacer un interés personal o de un tercero. No obstante lo anterior, también es posible que se ampare la moralidad administrativa por comportamiento de las autoridades públicas, de la administración estatal o de particulares en ejercicio de función pública, cuando al margen de que no se obre de manera dolosa o mal intencionada, sí se constate que la actuación pública atenta contra los postulados contenidos en los principios, valores y derechos constitucionales, e inclusive contra la ética objetiva que reflejan esos preceptos axiológicos o mandatos de optimización¹⁰².

3.2. La seguridad y salubridad públicas

Los conceptos de seguridad y salubridad públicas están ligados al concepto de orden público, concepto que al margen de su indeterminación y abstracción, es posible circunscribirlo al conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que garanticen la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, así como la eficiencia de los derechos humanos¹⁰³.

En otros términos, el concepto de orden público se garantiza el ejercicio de los derechos y libertades públicas, razón por la que en aras de materializarlo es necesario que existan: i) el poder de policía, ii) la función de policía, y iii) la actividad de policía, ya que estas tres manifestaciones del poder público son las

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. AP 2004-640, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰³ “El orden público, en el Estado social de derecho, es entonces un valor subordinado al respeto a la dignidad humana, por lo cual el fin último de la Policía, en sus diversas formas y aspectos, es la protección de los derechos humanos. Estos constituyen entonces el fundamento y el límite del poder de policía. La preservación del orden público lograda mediante la supresión de las libertades públicas no es entonces compatible con el ideal democrático, puesto que el sentido que subyace a las autoridades de policía no es el de mantener el orden a toda costa sino el de determinar cómo permitir el más amplio ejercicio de las libertades ciudadanas sin que ello afecte el orden público.” Corte Constitucional, sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la misma dirección, se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 1996, exp. 1996-9617, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

encargadas de velar por el mantenimiento y conservación de la seguridad, tranquilidad, paz y salubridad públicas.

En relación con los citados conceptos jurídicos, y los límites materiales y formales que se les aplican, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado:

“El ejercicio del poder de policía se realiza a través de la expedición de la ley para delimitar derechos constitucionales de manera general y abstracta, y establecer las reglas que permiten su específica y concreta limitación para garantizar el control del orden público; mientras que con la función de policía se hace cumplir la ley por medio de actos administrativos y de acciones policivas.

“(…) El poder de policía toca con la facultad de producir la normativa policiva, esto es el conjunto de reglas imperativas tendientes a preservar el orden público en sus condiciones de seguridad, tranquilidad, moralidad, salubridad y ornato público; la función de policía tiene que ver con la aplicación particular y concreta de las reglas jurídicas por parte de las autoridades de policía que señale el órgano competente y la actividad de policía corresponde a la ejecución material de las órdenes expedidas por las autoridades en ejercicio de la función de policía.

“(…) El poder de policía que puede ejercer el legislador al dictar las leyes generales y abstractas que reglamentan el ejercicio de libertades, está sujeto al respeto de la Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El poder de policía que ejerce el legislador no puede entenderse como absoluto e ilimitado. El ejercicio de este poder debe cumplirse dentro de los estrictos límites constitucionales y expedir normas que limiten, sin suspender, el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

“(…) La función de policía que ejercen las autoridades del poder ejecutivo se debe desarrollar dentro del marco de legalidad que le impone la Constitución y la ley. La función de policía además de los límites constitucionales y de derecho internacional de los derechos humanos se encuentra sometida al principio de legalidad, a la eficacia y necesidad del uso del poder, a la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas, y al respeto del principio de igualdad, porque las medidas de policía no pueden traducirse en discriminaciones injustificadas de ciertos sectores de la población.

“(…) La actividad de policía que desempeñan los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, se encuentra limitada por los aspectos señalados para el poder y la función de policía. Además, el ejercicio de la actividad de policía requiere, en extremo, cumplir con el respeto de los derechos y libertades de las personas.

“(…) El ejercicio de las funciones otorgadas a los miembros de la Policía Nacional para la protección del orden público se desarrolla con el fin de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas. En desarrollo de esta función

la Policía Nacional puede aplicar medidas preventivas y correctivas sujetas al principio de legalidad y cuando se encuentra ante situaciones que exigen una acción inmediata para contrarrestar las agresiones que ponen en peligro los derechos y bienes de las personas, su acción debe ajustarse a los estrictos principios de proporcionalidad y razonabilidad del uso de la fuerza.”¹⁰⁴

De modo que, las nociones de seguridad y salubridad públicas se orientan al mantenimiento del orden público, concepto éste que no puede ser entendido desde una perspectiva gendarme o restrictiva de derechos, sino que, por el contrario, en una dimensión progresista y garantista lo que pretende es promover las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, seguridad y de salud para el goce efectivo de los derechos individuales y colectivos.

Sobre los conceptos de salubridad y seguridad públicas la Sección Primera de esta Corporación ha puntualizado:

“En diferentes ocasiones la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los conceptos de seguridad y salubridad públicas, lo cuales han sido tratados como parte del concepto de orden público. Uno y otro lo constituyen las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. **Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos.** Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria.”¹⁰⁵ (Se destaca).

En esa perspectiva, los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas son derechos subjetivos que se pueden garantizar desde una perspectiva de abstención (negativa o de impedir una conducta) o de promoción (activa o de realización de un comportamiento) en aras de asegurar las condiciones esenciales de salud pública y de tranquilidad que permitan la vida en comunidad y, por consiguiente, faciliten la convivencia pacífica entre los miembros de la sociedad.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-492 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En similar sentido se puede consultar la sentencia C-024 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de octubre de 2009, exp. 2005-00067, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

3.3. El derecho colectivo a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas de frontera, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

De la lectura del literal c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998 se desprende que esa disposición contiene una gama amplia o haz de garantías cuya protección se puede obtener por intermedio de la acción, medio de control o pretensión popular. Esos derechos son los siguientes:

- i) La existencia del equilibrio ecológico.
- ii) La preservación y restauración del medio ambiente.
- iii) La protección de áreas de especial importancia ecológica y de los ecosistemas ubicados en zonas fronterizas.
- iv) El manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales –renovables o no renovables– con el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución.
- iv) La conservación y protección de las especies animales y vegetales.

En el caso *sub examine*, según la demanda, se han vulnerado la preservación del medio ambiente, el equilibrio ecológico, la protección de ecosistemas ubicados en zonas de frontera, el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales – renovables– y la conservación y protección de las especies animales y vegetales.

En el artículo 80 de la Constitución Política se ordena al Estado planificar el uso, administración y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

De modo que, si bien el ordenamiento jurídico permite que las personas se aprovechen del medio ambiente, de los ecosistemas y de los recursos naturales renovables o no renovables, lo cierto es que para ello se deben fijar unos límites y

un marco dentro del cual se vele por el desarrollo sostenible y la conservación de los recursos utilizados.

Asimismo, Colombia ha ratificado multiplicidad de instrumentos internacionales que se refieren a la promoción del medio ambiente, la garantía del desarrollo sostenible, y la protección de fauna y flora.

Entre los principales tratados o convenios que versan sobre la materia se encuentran: i) PROTOCOLO DE KIOTO Ley Aprobatoria: Ley 629 de 2000. Fecha de Ratificación y Adhesión: Noviembre 30 de 2001. Entrada en Vigor para Colombia: Febrero 16 de 2005, ii) DECLARACIÓN DE RÍO. Firma/Adopción: Junio de 1972. Entrada en Vigor: CNUMAD Junio 13 de 1992, iii) CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE COMERCIO DE ESPECIES AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRES - CITES. Firma/Adopción: Marzo 3 de 1973. Entrada en Vigor: Julio 1 de 1975. Ley Aprobatoria: Ley 17 de 1981. Fecha de Ratificación y Adhesión: Agosto 31 de 1981. Entrada en Vigor para Colombia: Noviembre 29 de 1981, iv) PROTOCOLO DE MONTREAL. Firma/Adopción: Septiembre 16 de 1987. Entrada en Vigor: Enero 1 de 1989. Ley Aprobatoria: Ley 29 de 1992. Fecha de Ratificación y Adhesión: Diciembre 6 de 1993. Entrada en Vigor para Colombia: Marzo 6 de 1994, v) TRATADO DE COOPERACIÓN AMAZÓNICA – TCA. Firma/Adopción: Julio 3 de 1978. Entrada en Vigor: Febrero 2 de 1980. Ley Aprobatoria: Ley 74 de 1979. Fecha de Ratificación y Adhesión: Febrero 25 de 1980. Entrada en Vigor para Colombia: Agosto 2 de 1980.

La custodia del medio ambiente, de los ecosistemas y de los recursos naturales se ha convertido en las últimas décadas uno de los objetivos principales de los Estados, especialmente para aquellos que como Colombia tienen una gama amplia de diversidad silvestre.

En la declaración de Río se estableció como principio el desarrollo sostenible, cuyo objetivo básico es tomar conciencia del equilibrio que debe existir entre la idea de satisfacer las necesidades de las generaciones presentes, sin sacrificar los recursos de las generaciones venideras o futuras, para lo cual es preciso adoptar medidas de control en los ámbitos ecológico, económico y social.

En ese orden de ideas, el desarrollo sostenible sirve para fijar los límites en el crecimiento económico, para no tener que sacrificar de manera ilimitada los

recursos ambientales de los países. En otros términos, busca fijar el punto medio entre el desarrollo económico necesario para la satisfacción de las necesidades básicas, teniendo que sacrificar en la menor proporción el medio ambiente y los recursos naturales renovables o no renovables.

Por lo tanto, los conceptos de desarrollo sostenible y sustentable están fundamentados, y apuntan fundamentalmente a la importancia de pensar en las próximas generaciones y su derecho de relacionarse de manera armónica con la naturaleza.

En relación con la fauna silvestre, el Código de Recursos Naturales (decreto ley 2811 de 1974), establece:

“Artículo 249º.- Entiéndese por fauna silvestre el conjunto de animales que no han sido objeto de domesticación, mejoramiento genético o cría y levante regular o que han regresado a su estado salvaje, excluidos los peces y todas las demás especies que tienen su ciclo total de vida dentro del medio acuático.

“Artículo 250º.- Entiéndese por caza todo acto dirigido a la captura de animales silvestres, ya sea dándoles muerte, mutilándolos o atrapándolos vivos, y a la recolección de sus productos.

“Artículo 251º.- Son actividades de caza la cría, captura, transformación, procesamiento, transporte y comercialización de especies y productos de la fauna silvestre.

“Artículo 252º.- Por su finalidad la caza se clasifica en:

“a.- Caza de subsistencia, o sea la que sin ánimo de lucro tiene como objeto exclusivo proporcionar alimento a quien la ejecuta y a su familia;

“b.- Caza comercial o sea la que se realiza por personas naturales o jurídicas para obtener beneficio económico;

“c.- Caza deportiva, o sea la que se hace como recreación y ejercicio, sin otra finalidad que su realización misma;

“d.- Caza científica, o sea la que se practica únicamente con fines de investigación o estudios realizados dentro del país;

“e.- Caza de control, o sea la que se realiza con el propósito de regular la población de una especie cuando así lo requieran circunstancias de orden social, económico o ecológico;

f.- Caza de fomento, o sea la que se realiza con el exclusivo propósito de adquirir ejemplares para el establecimiento de zocriaderos o cotos de caza.

“Artículo 253º.- Entiéndese por territorio fáunico el que se reserva y alinda con fines de conservación, investigación y manejo de la fauna silvestre para exhibición.

“Artículo 254º.- Es zocriadero el área de propiedad pública o privada que se destina al mantenimiento, fomento y aprovechamiento de especies de la fauna silvestre con fines científicos, comerciales, industriales o de repoblación.

“Artículo 255º.- Es reserva de caza el área a que se reserva y alinda confines de conservación, investigación y manejo, para fomento de especies cinegéticas en donde puede ser permitida la caza con sujeción a reglamentos especiales.

“Artículo 256º.- Se entiende por coto de caza el área destinada al mantenimiento, fomento y aprovechamiento de especies de la fauna silvestre para casa deportiva.

“Artículo 257º.- Se entiende por veda de caza la prohibición temporal de cazar individuos de determinada especie en una región.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional en relación con la protección del medio ambiente y los recursos naturales, ha sostenido:

“La protección del ambiente sano y de los recursos naturales es un deber del Estado y de los particulares. En virtud de expreso mandato constitucional y de compromisos internacionales contraídos por Colombia (Convención sobre Diversidad Biológica, artículo 14), al Estado corresponde cumplir una serie de deberes específicos en materia ambiental, que ninguna ley, por importante que parezca, puede desconocer. El deber de prevención y control del deterioro ambiental se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema. No se compadece con el deber de protección ambiental que, por el deficiente funcionamiento de la administración, el mismo Estado, por vía de la ley, pueda obviar o prescindir del cumplimiento de expresos mandatos constitucionales y de compromisos internacionales.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ Corte Constitucional, sentencia C-328 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En similar sentido, se pueden consultar las siguientes sentencias: C-216 de 1993, C-073 de 1995, C-534 de 1996, C-229 de 1999.

Y de otro lado, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, conocida por su sigla "CITES", establece, entre otros aspectos, lo siguiente:

"Los Estados Contratantes,

"Reconociendo que la fauna y flora silvestres, en sus numerosas, bellas y variadas formas constituyen un elemento irremplazable de los sistemas naturales de la tierra, tienen que ser protegidas para esta generación y las venideras;

"Conscientes del creciente valor de la fauna y flora silvestres desde los puntos de vista estético, científico, cultural, recreativo y económico;

"Reconociendo que los pueblos y Estados son y deben ser los mejores protectores de su fauna y flora silvestres;

"Reconociendo además que la cooperación internacional es esencial para la protección de ciertas especies de fauna y flora silvestres contra su explotación excesiva mediante el comercio internacional;

"Convencidos de la urgencia de adoptar medidas apropiadas a este fin;

"Han acordado lo siguiente:

"Artículo I Definiciones

"Para los fines de la presente Convención, y salvo que el contexto indique otra cosa:

"a) "Especie" significa toda especie, subespecie o población geográficamente aislada de una u otra;

"b) "Especimen" significa: i) todo animal o planta, vivo o muerto; ii) en el caso de un animal de una especie incluida en los Apéndices I y II, cualquier parte o derivado fácilmente identificable; en el caso de un animal de una especie incluida en el Apéndice III, cualquier parte o derivado fácilmente identificable que haya sido especificado en el Apéndice III en relación a dicha especie; iii) en el caso de una planta, para especies incluidas en el Apéndice I, cualquier parte o derivado fácilmente identificable; y para especies incluidas en los Apéndices II y III, cualquier parte o derivado fácilmente identificable especificado en dichos Apéndices en relación con dicha especie;

"c) "Comercio" significa exportación, reexportación, importación o introducción procedente del mar;

"d) "Reexportación" significa la exportación de todo espécimen que haya sido previamente importado;

"e) "Introducción procedente del mar" significa el traslado a un Estado de especímenes de cualquier especie capturados en el medio marino fuera de la jurisdicción de cualquier Estado;

“f) “Autoridad Científica” significa una autoridad científica nacional designada de acuerdo con el Artículo IX;

“g) “Autoridad Administrativa” significa una autoridad administrativa nacional designada de acuerdo con el Artículo IX;

“h) “Parte” significa un Estado para el cual la presente Convención ha entrado en vigor.”¹⁰⁷

Quiere significar lo anterior que existe una conciencia global sobre la necesidad de ponderar el crecimiento económico y el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables de los Estados, frente a la protección del medio ambiente y la biodiversidad.

Ahora bien, el problema que advierte la Sala en relación con la regulación internacional y vernácula sobre la materia, es que siempre ha estado orientada hacia la protección del medio ambiente como un derecho colectivo, es decir, como un derecho de naturaleza subjetiva vinculado a una población o Estado específico.

En otros términos, no se reconoce un derecho propio en cabeza del medio ambiente y de los animales, sino que, por el contrario, se protege la biodiversidad y los recursos naturales en aras de garantizar, a su vez y de manera consecencial, los derechos de los seres humanos, de las generaciones presentes y futuras.

No obstante lo anterior, el literal c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998 reconoce no sólo la existencia de varios derechos colectivos, sino también garantías y valores propios de las especies animales y vegetales.

Se trata, por ende, del reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos a los animales y a las especies vegetales, tal y como se desarrollará a continuación.

3.4. El derecho de los animales y de las especies vegetales en Colombia

En la actualidad, con la modernidad y, por lo tanto, con el “triunfo” del humanismo en las ciencias sociales se llegó a la conclusión de que los animales y el medio

¹⁰⁷ <http://www.cites.org/esp/disc/S-Text.pdf> (página web consultada el 7 de noviembre de 2013).

ambiente no ostentan dignidad –atributo exclusivo del ser humano– y, por lo tanto, no son sujetos de derechos.

Es decir, se parte de una premisa según la cual “el animalismo” o la defensa de los derechos de los animales es una postura minoritaria, ya que la cultura hegemónica parte del reconocimiento exclusivo de derechos a favor de las personas.

Ahora bien, desde una perspectiva histórica – cristiana, se tiene que en la edad media se reconoció el derecho que tenían los animales como criaturas de Dios a la garantía de sus derechos, al grado tal que en múltiples ocasiones fueron citados a juicio a través de un representante (abogado o apoderado) que velaba por la protección de sus intereses en el juicio de índole canónico.

En efecto, en 1545 se celebró un juicio contra los mordihuís o gorgojo de las semillas, ya que los habitantes del pueblo de Saint-Julien (Francia) acudieron ante el juez episcopal con el fin de que, por vía de excomunión o de otro medio apropiado, se les condenara por los destrozos a los viñedos y otros cultivos de propiedad de los campesinos. El litigio fue ganado por los insectos, comoquiera que se adujo por parte de su apoderado judicial, el derecho de igual nivel que tenían los animales frente a los hombres, de aprovecharse y nutrirse de los vegetales que proveía la tierra¹⁰⁸.

En esa perspectiva, el humanismo, de la mano del triunfo del racionalismo y el empirismo francés, considera “una insensatez tratar a los animales, seres de la naturaleza y no de la libertad, como a personas jurídicas. Consideramos como algo evidente que sólo estas últimas son, por decirlo de algún modo, “dignas de un juicio”. La naturaleza es para nosotros letra muerta.”¹⁰⁹

En efecto, el reconocido humanista, filósofo, profesor y tratadista Fernando Savater, critica la postura animalista por pretender homologar a los animales con los humanos. Para ello plantea los siguientes interrogantes: ¿Son los animales tan humanos como los humanos animales? ¿Cuál es la actitud ética adecuada frente a las bestias? En su criterio, definir por ejemplo si las corridas de toros deben ser

¹⁰⁸ Cf. FERRY, Luc “Nuevo orden ecológico”, Ed. Tusquets, Barcelona, 1994, pág. 11 y s.s.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 19.

consideradas cívicamente inmorales o no es un problema de indagación ética que debe estar alejado de circunstancias emotivas folklóricas¹¹⁰. En otras palabras, para el intelectual donostiarro no puede predicarse un comportamiento ético frente a los animales, por la sencilla razón de que el ser humano –en virtud de su razón– no puede ser equiparado a las “bestias”, según el lenguaje por él empleado; se incurre, según él, en un antropomorfismo, es decir, atribuirle rasgos o características humanas a un sujeto u objeto que no los tiene o los posee.

De allí que, la gran crítica que se formula a los denominados “animalistas” o defensores de los derechos de los animales es que no es posible predicar una actitud moral o ética frente a ellos, por la simple pero poderosa razón de que carecen de razón y, en esa medida, no ostentan dignidad, es decir, el principio Kantiano según el cual la persona es un fin en sí mismo y, por lo tanto, no puede ser empleado como un medio para los fines de otros, principio filosófico, jurídico y político que ha inspirado la construcción teórica de los derechos humanos.

En otras latitudes, concretamente, en Estados Unidos, en el año de 1970 se presentó una querrela por parte de una organización ecologista denominada Sierra Club, con el objeto de proteger el valle silvestre de Mineral King (Sierra Nevada de California), que había sido concesionado por el servicio federal de bosques a la compañía Walt Disney para la construcción de hoteles, restaurantes y las áreas de juego similares a las de Orlando.

La querrela fue desestimada con el fundamento legal de que la organización Sierra Club no logró esgrimir o acreditar ningún interés legítimo que fuera lesionado con el proyecto, por cuanto no se demostró ningún derecho subjetivo que ameritara protección, salvo un valor abstracto de protección de la naturaleza.

El anterior caso sirvió de fundamento al profesor universitario Christopher Stone para que en el año de 1972 escribiera un interesante artículo en la revista de derecho de la Universidad del Sur de California intitulado: “Should trees have standing? Towards legal rights for natural objects”¹¹¹, en el que sostuvo que era inexorable reconocer y atribuir derechos legales a los bosques, océanos, ríos y a todos esos objetos llamados naturales.

¹¹⁰ Cf. SAVATER, Fernando “Tauroética”, Ed. Ariel, 2013, Barcelona, pág. 18 y 19.

¹¹¹ “Deberían los árboles tener estatus. Hacia los derechos legales para los objetos naturales”. (Traducción literal).

En criterio de Stone, se entiende por portador de derechos legales quien: i) puede incoar acciones jurídicas en provecho propio, ii) los jueces puedan tener en consideración la idea de un daño o un perjuicio infligido al propio ser y no a su propietario, poseedor o usuario, de modo que se calcule con independencia a la pérdida económica humana y iii) que la eventual indemnización le beneficie directamente a él, es decir, a una entidad no humana¹¹².

De modo que, la idea del profesor Stone va de la mano con lo que en la teoría del derecho de daños se ha denominado “el daño ambiental puro”, es decir, los perjuicios que se irrogan directamente al medio ambiente, con independencia de los derechos subjetivos de las personas que se vean afectadas. Para ejemplificar la hipótesis, el autor nos ilustra con el siguiente ejemplo: “(...) si Jones vive junto a un río, él tiene un derecho de propiedad sobre el agua que fluye para su uso doméstico, agrícola, etc. Si una fábrica contamina, Jones estará habilitado a demandar a la fábrica. De este modo se protegerá el río de manera indirecta. Pero nadie podrá decir que la ley está reivindicando los derechos del río. Los derechos amparados son los de Jones... Si existen daños y perjuicios, serán los de Jones. Si hubiera obtenido un amparo o medida cautelar, tendría la libertad de negociar de cualquier forma para renunciar a su reclamo contra la fábrica por el pago de una suma satisfactoria para él (sin importar los efectos en la ecología del río).”¹¹³

La crítica a la modernidad y al racionalismo empírico de Descartes, surge desde el utilitarismo y, precisamente, desde su principal exponente, ya que Jeremy Bentham quien con especial sindéresis, ante la liberación de los esclavos negros por parte de Francia y la retención de los mismos por el Reino Unido, puntualizó en su obra “Una introducción a los principios morales y la legislación”, lo siguiente:

“Tal vez llegue el día en que el resto del reino animal recupere esos derechos que jamás le habrían podido ser arrebatados si no fuera mediante la tiranía. Los franceses han entendido que la piel oscura no es una razón para abandonar sin recursos un ser humano a los caprichos del perseguidor. Tal vez se acabe un día por comprender que el número de piernas, la pilosidad de la piel o la extremidad del hueso sacro son razones igualmente insuficientes para abandonar una criatura sensible a la misma suerte. ¿Qué cosa debería trazar la línea de demarcación? ¿Acaso la facultad de razonar, o tal vez la

¹¹² El profesor Stone de manera reciente publicó un libro en el que amplió sus fundamentos y conclusiones académicas. Cf. STONE, Christopher “Should trees have standing. Law, morality and the environment”, Ed. Oxford University Press, 3ª edición, New York, 2010.

¹¹³ *Ibidem*.

facultad del lenguaje? Pero un caballo que ha alcanzado la madurez, o un perro, es, más allá de cualquier comparación, un animal más sociable y más razonable que un recién nacido de un día, de una semana e incluso de un mes. Supongamos, sin embargo, que sean de otro modo, ¿de qué nos sirve? La pregunta no es: ¿pueden razonar? Ni: ¿pueden hablar? Sino: ¿pueden sufrir?”¹¹⁴

De esta forma, uno de los pilares del “antiespecismo”, es decir, la tesis que sostiene la titularidad de derechos en cabeza de todo ser vivo susceptible de sentir placer o dolor, es el utilitarismo porque éste sostiene que una acción o comportamiento es bueno en términos morales o éticos cuando tiende a aportar la mayor cantidad de bienestar y felicidad para todos los seres que son sensibles, es decir, no se trata de un individualismo o hedonismo.

Así las cosas, el utilitarismo será la respuesta filosófica al antropocentrismo a ultranza que niega en cabeza de los animales la titularidad de derechos, razón por la que es viable concluir, de la mano de esta doctrina ética y moral, que el ser humano no es el único sujeto de derechos sino todo ser que es capaz de experimentar dolor o placer.

El tratadista Luc Ferry¹¹⁵ explica tres de las principales tesis filosóficas sobre la materia –más adelante se verá que no son las únicas formuladas en el mundo–:

i) La primera, la posición cartesiana, según la cual la naturaleza –reino animal– carece o adolece de derechos, puesto que el ser humano es el único ser con valor en sí mismo.

ii) La segunda, es la posición republicana y humanista (Rousseau y Kant), que presenta cuatro temas filosóficos que son esenciales: el hombre es el único ser que posee derechos, ya que es el único individuo que ostenta dignidad; el fin último de su actividad moral y política no es la felicidad, sino la libertad; esta última, se fundamenta en el principio del orden jurídico; pese a todo, el ser humano está vinculado a través de deberes específicos hacia los animales, en particular el de no infligirles sufrimientos inútiles.

iii) El utilitarismo, como tercera postura, señala que el hombre no es el único que posee derechos, sino toda entidad que es susceptible de experimentar el placer y el dolor. El fin absoluto y último de la actividad moral y política es la optimización

¹¹⁴ Obra citada por: FERRY, Luc. Ob. Cit. Pág. 68.

¹¹⁵ FERRY, Luc. Ob. Cit. Pág. 69.

de la cantidad de felicidad en el mundo, y no primordialmente la libertad. En consecuencia, será igual de ilícito hacer sufrir a un animal que a un ser humano.

Por último, las teorías de la justicia han intentado ofrecer soluciones a la problemática comentada. En efecto, Jhon Rawls en su obra "Teoría de la Justicia" reconoció derechos de compasión que se tendrían frente a los animales pero no derechos de justicia, en tanto que, ante la aparente ausencia de conciencia y razón, no podrían hacer parte del contrato social.

El error de Rawls como lo pone de presente la profesora Martha Nussbaum¹¹⁶ fue de índole empírica, ya que nunca comprendió la inteligencia del animal, así como tampoco sus capacidades de conciencia y lealtad. Por consiguiente, unos son los derechos de justicia y otros los de compasión, comoquiera que en estos últimos se está frente a una conducta que es censurable, o se parte de un hecho indebido pero que no se puede censurar o castigar (v.gr. el rechazo general hacia el uso y condiciones de los animales silvestres usados por los circos y espectáculos circenses, antes de que fuera proferida la ley 1638 de 2013).

En consecuencia, la crítica que se formula desde la teoría comparativista (Amartya Sen y Martha Nussbaum) de la justicia hacia la institucional (Rawls) es que esta última parte de un racionalismo Kantiano, es decir, que es necesaria la razón y la conciencia para participar del contrato social y, por lo tanto, para tener derechos.

De modo que, las tesis contractualistas sobre la justicia vienen siendo reformuladas por las denominadas tesis comparativistas que garantizan un mayor alcance de los principios de justicia social definidos en su momento por Jhon Rawls.

Conforme a esos planteamientos, los discapacitados, los animales y otros seres vivos tienen dignidad o valor en sí mismos, porque al margen de que no manifiesten su voluntad en el denominado contrato social, sí son sujetos que tienen un propósito vital y finalidad en la existencia, tanto así que entran en relación directa y permanente con el ser humano. Sin esta fundamentación estructurada en la noción de "capacidades", no sería posible, por ejemplo, reconocer derechos fundamentales en cabeza de las personas jurídicas, tales como la garantía constitucional al debido proceso.

¹¹⁶ NUSSBAUM, Martha "Las fronteras de la justicia", Ed. Paidós, Pág. 328.

La jurisprudencia de esta Sala en reciente oportunidad, sobre el particular puntualizó:

“De allí que, según la mencionada postura teórica, la dignidad ínsita al animal no permite asimilarlo a una cosa u objeto; por tal motivo, la responsabilidad derivada de los animales domésticos, domesticados o fieros no podría ser entendida como una especie de aquella que se refiere al hecho de las cosas. A *contrario sensu*, el principio de dignidad implícito en estos seres vivos haría que toda institución jurídica –incluida la responsabilidad extracontractual civil o del Estado– tuviera en cuenta esta condición, que serían fines en sí mismos, y que, por lo tanto, son susceptibles de ser titulares de derechos (v.gr. el derecho a no ser maltratado, el derecho a una muerte digna sin sufrimiento, entre otros).

“(…) Entonces, al margen de la discusión teleológica o fundamentalista sobre la dignidad humana (idealismo y racionalismo vs cristianismo), así como de su contenido y alcance de principio basilar en el reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos, es pertinente reconocer valor propio en los animales y otros seres vivos, y si bien resulta válido que el hombre en ocasiones emplee aquéllos para garantizar o mejorar su bienestar, o realizar actividades laborales o de recreación, lo cierto es que esta circunstancia no impide ni supone la negación de esa fundamentación filosófica que permite que la interpretación y hermenéutica del ordenamiento jurídico se efectúe bajo el reconocimiento de que son seres vivos dotados de valor propio y, por lo tanto, titulares de algunos derechos.”¹¹⁷

El anterior razonamiento, se encuentra en los planteamientos de la profesora Martha Nussbaum de la Universidad de Chicago, ya que en ese tópico ha sostenido:

“Nuestras decisiones afectan diariamente a la vida de las especies no humanas, y a menudo les causan grandes sufrimientos, los animales no son sólo parte del decorado del mundo; son seres activos que tratan de vivir sus vidas; y a menudo nos interponemos en su camino... Pero una justicia verdaderamente global no requiere que miremos al otro lado del mundo en busca de otros congéneres con derecho a una vida digna. También nos exige mirar –tanto en nuestra propia nación como en todo el mundo– a esos otros seres sensibles con cuyas vidas tan inextricable y complejamente entrelazadas están las nuestras...”¹¹⁸

Por último, una tesis intermedia es la defendida por la académica española Adela Cortina, para quien, en discrepancia de la posición comparativista de Sen y

¹¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de mayo de 2012, exp. 22592, M.P. Enrique Gil Botero.

¹¹⁸ NAUSSBAM, Martha “Las fronteras de la justicia”, Ed. Paidós, Barcelona, 2007, pág. 4 y 399.

Nassbaum, los animales cuentan con un valor propio que les hace titulares de algunos derechos y prerrogativas propias de los humanos¹¹⁹, sin que esa circunstancia pueda significar que respecto de ellos sea predicable el principio de dignidad, es decir, que no serían fines en sí mismos y, por lo tanto, no serían centros de imputación de toda la gama de derechos y prerrogativas propias de los seres humanos.

El problema de esta última postura consiste en que, de una parte, reconoce ciertos atributos de los animales como seres vivos, pero de otra, asume que sólo los seres humanos hacen parte del pacto social y, por ende, son la única especie “razón encarnada en un cuerpo”.

En Colombia, la Corte Constitucional¹²⁰ se ha ocupado de la materia pero no obstante reconocer un ámbito de protección de los animales, ha sostenido que ciertas tradiciones culturales –siempre que se practiquen de manera periódica y en sitios en los que esa costumbre se encuentra arraigada– pueden persistir con independencia del sufrimiento o trato irrogado a los animales. De manera concreta, se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 7 de la ley 84 de 1989, en relación con la permisión legal de las corridas de toros, el rejoneo, las becerradas y las peleas de gallos, bajo el entendimiento de que esas actividades serían permitidas siempre que se integraran a la cultura del respectivo distrito o municipio, y existieran escenarios específicos para su realización.

En este punto, la Sala destaca la incongruencia que se ha generado en la actualidad, ya que, desde un ángulo se protege a los animales que son empleados en los circos, así como se prohíben las peleas de perros, pero, del otro, se permite y protegen –tanto legislativa como judicialmente– actividades en las que la única finalidad consiste en someter a tratos crueles y degradantes a los animales que son obligados a participar en esas actividades. Y no se diga que se trata de escenarios que se integran al patrimonio cultural de la humanidad, porque de avalarse esta perspectiva no habría diferencia alguna entre “la noche estrellada” de Van Gogh y una temporada taurina en una plaza de toros.

¹¹⁹ Cf. CORTINA, Adela “Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos”, Ed. Taurus, Madrid, 2009, pág. 223 a 226.

¹²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-666 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto. De igual forma, la Corte Constitucional ha avalado la constitucionalidad del denominado Estatuto Taurino (ley 916 de 2004), en las sentencias C-1192 de 2005 y C-367 de 2006.

Es necesario que la humanidad cambie de paradigma en su visión con los animales, de tal forma que al igual que hoy no es permitida la esclavitud, el racismo, las olimpiadas en el imponente Coliseo Romano, etc., tampoco se permita someter a los animales –seres con sistemas nerviosos altamente desarrollados, similares en muchos eventos al de los humanos– a espectáculos en los que el humano satisface sus necesidades más primarias, y retorna a ese estado de naturaleza del que hablaba Hobbes en su Leviatan, al ver y disfrutar con el sufrimiento y sacrificio de seres animados capaces de experimentar placer, sufrimiento y lealtad.

Ahora bien, será prioritario que el Estado brinde soluciones laborales alternativas a todas las personas que trabajan en este tipo de espectáculos, pero que impida que se siga discriminando a los animales en atención al tipo de actividad en el que participan. Por consiguiente, será tanto inconstitucional e ilegal una actividad circense como aquella en la que se somete al maltrato, a la crueldad y a la humillación al animal.

Efectuado el anterior recorrido filosófico, ético y jurídico, corresponde a la Sala fijar su posición en relación con el siguiente problema jurídico: ¿es posible sostener la existencia de derechos autónomos y directos de los animales y las especies vegetales en Colombia?

En criterio de esta Corporación, en los términos del literal c) del artículo 4 de la ley 472 de 1998, existe un reconocimiento expreso por parte del legislador de derechos directos y autónomos a favor de los animales y las especies vegetales en nuestro territorio nacional. Esa finalidad, resulta incuestionable si se analiza la nueva normativa contenida en la ley 1638 de 2013, que prohíbe el uso de animales silvestres en circos o espectáculos circenses, es decir, de nuevo el legislador les asignó derechos a seres vivos distintos al ser humano, de manera concreta, los derechos a no ser maltratados y a no vivir en condiciones precarias.

Así las cosas, para el legislador colombiano los animales y las especies vegetales (v.gr. los bosques, la amazonía, los páramos, las fuentes y recursos hídricos, etc.) son sujetos de derechos y, por lo tanto, a través de la acción popular cualquier persona puede solicitar su protección actuando como agente oficioso de esas entidades, sin que se pueda afirmar que se trata de un derecho colectivo – subjetivo perteneciente a la sociedad; por el contrario, se trata del reconocimiento

expreso por parte del Constituyente y del legislador colombiano de atribuir valor en sí mismos a los animales y a las especies vegetales, para lo cual, en cada caso concreto, el juez deberá elaborar un juicio de ponderación o proporcionalidad entre los intereses en pugna u oposición.

En otros términos, no es necesario que los animales o las especies vegetales sean consideradas personas jurídicas o morales para que puedan comparecer a la administración de justicia en busca de que se protejan sus derechos reconocidos por la propia comunidad, ya que existen los mecanismos procesales constitucionales idóneos para garantizar el amparo de los respectivos derechos.

Ahora bien, no quiere significar lo anterior que se sacrifique el desarrollo de la humanidad ni su supervivencia a partir del respeto de los derechos de los animales, la fauna y la flora; *a contrario sensu*, se reconoce expresamente que los seres humanos necesitan o requieren de otros animales para la supervivencia, así como de la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables para garantizar el desarrollo sostenible de la población.

La posición que esta Sala acoge se nutre de las nociones de justicia comparativa y del concepto de utilitarismo, para lo cual se define que la mejor opción en términos del reconocimiento de derechos a seres vivos –distintos a los humanos– es aquella que está acorde con el consecuencialismo, la ordenación por suma, y la determinación del sujeto de experimentar placer o dolor, esto es: los actos que favorecen las mejores consecuencias conjuntas, para lo cual se suman los bienes individuales presentes en cada una de esas vidas diferenciadas, y la capacidad del ser específico de padecer dolor o sentir placer.

En otros términos, en esta ocasión no se reconocerá dignidad a los animales y a los seres vivos distintos a los humanos, pero sí un valor intrínseco (en sí mismo) tan elevado que es posible garantizar y proteger sus derechos a través de las acciones populares (v.gr. evitar someterlos a sufrimientos indebidos, a tratos crueles y degradantes, a maltratos, etc.).

En efecto, no es posible reconocer dignidad plena a los animales y a las especies vegetales porque eso impediría que el ser humano pudiera valerse de ellos en términos de supervivencia, de su ayuda para la búsqueda y experimentación

científica de curas o tratamientos para combatir enfermedades terminales o mortales que atentan contra la salud pública, así como la posibilidad de domesticarlos y convivir con ellos en un espacio que no fuera el propio de libertad plena, razón por la que deviene justificable que se empleen en ocasiones para mejorar el bienestar de la humanidad, en actividades de recreación o laborales, sin que esto constituya o refleje una negación a la existencia de un contenido mínimo de derechos que los protegen de la acción indiscriminada de los humanos.

En otras palabras, los humanos pueden servirse de los animales para su supervivencia, para su compañía, para investigación, en actividades laborales o recreativas, pero sin vulnerar los derechos que les asisten, en especial de no ser tratados simplemente como objetos o cosas, de no ser sometidos a tratos crueles, degradantes, a ser mantenidos en malas condiciones de salud y libertad, a su sacrificio con el menor dolor y sufrimiento posible, a jornadas laborales adecuadas con condiciones que respeten su integridad y descanso, a no ser objeto de sufrimientos innecesarios cuando se experimente con ellos en el campo científico, a garantizar un mínimo de libertad y espacio, a garantizar su adecuada alimentación y cuidado, etc.

Como se aprecia, la visión utilitarista no es absoluta ni impide que el ser humano se valga de los animales para sus actividades cotidianas, lo que censura es que entre mayor sea la capacidad de percibir placer o dolor por parte del animal (para lo cual habrá que verificar su sistema nervioso central) se realicen actos (v.gr. laborales, culturales, recreativos, folclóricos, etc.) que generen o infligen sufrimientos innecesarios para ellos.

A modo de corolario, será en cada caso concreto el juez de la acción o pretensión popular el que tendrá que ponderar los derechos e intereses en conflicto (v.gr. el derecho al trabajo vs. el derecho de los toros a no ser sometido a tratos crueles y degradantes) (el derecho a explotar una zona del país en actividades mineras vs. el derecho del respectivo hábitat, ecosistema, páramo o fuente hídrica) (el derecho a la libertad de culto vs. el derecho de los animales a ser sacrificados con sistemas o medios indoloros)¹²¹ para definir si de acuerdo con los criterios fijados

¹²¹ El Decreto 1500 de 2007: "Por el cual se establece el reglamento técnico a través del cual se crea el Sistema Oficial de Inspección, Vigilancia y Control de la Carne, Productos Cárnicos Comestibles y Derivados Cárnicos Destinados para el Consumo Humano y los requisitos sanitarios y de inocuidad que se deben cumplir en su producción primaria, beneficio, desposte, desprese, procesamiento, almacenamiento, transporte, comercialización, expendio, importación o

en esta decisión y, principalmente, el sistema o método utilitarista qué interés debe prevalecer, es decir: i) cuál es el acto que favorece las mejores consecuencias conjuntas, ii) la ordenación por suma de los bienes en juego y que resultarían beneficiados con una u otra decisión, y iii) la capacidad de los sujetos afectados de experimentar placer o dolor.

En este punto, y a modo de conclusión es importante destacar el pensamiento del ex presidente de los Estados Unidos, Abraham Lincoln defensor de los derechos de los animales: “Estoy a favor de los derechos de los animales al igual que de los derechos humanos. Es la única manera de ser un humano completo... Los animales merecen ser tratados con humanidad y no sufrir a manos de los seres humanos y si eso me convierte en un activista o un loco, así sea... No me importa mucho la religión de un hombre, cuyo perro y gato no es lo mejor para él.”¹²²

4. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al expediente, se destacan los siguientes aspectos:

4.1. Copia de la Resolución No. 632 de 29 de junio de 2010, en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución No. 28 del 13 de mayo de 2010, mediante de la cual se otorgó permiso de estudio en diversidad biológica a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia- FIDIC, para el proyecto “captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano”, que se cita *in extenso*:

“(...) artículo primero. Reponer parcialmente la resolución No. 0028 del 13/5/2010 y en consecuencia modificar los siguientes aspectos:
“Modifíquese el artículo primero de la resolución No. 0028 del 13/5/2010, el cual quedará así:

exportación.” Esta normativa en su artículo 30, numeral 3, establece: 3. Métodos humanitarios de sacrificio. Los animales deben ser sacrificados por métodos no crueles, que garanticen que éstos queden sin sentido o conocimiento antes de ser sacrificados. El sacrificio debe ceñirse a las técnicas correctas de aplicación, evitando riesgos innecesarios para el operador y sufrimiento del animal y el método deberá ser autorizado por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA -, de conformidad con la reglamentación que expida el Ministerio de la Protección Social.
“Con el fin de preservar la libertad de culto, la única excepción permitida para el sacrificio sin insensibilización, será en el caso de que los rituales religiosos así lo requieran. Esta práctica deberá ser supervisada y aprobada por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA -.

¹²² CASTRO Caicedo, Gustavo “Historias humanas de perros y gatos”, Ed. B, Bogotá, 2012, pág. 272 y 273.

“Artículo primero: otorgar permiso de estudio con fines de investigación científica en diversidad biológica por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, para el desarrollo del proyecto “captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el trapecio Amazónico Colombiano” promovido por el señor Manuel Elkin Patarroyo, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.046.783 de Girardot, quien actúa como representante legal de la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia- FIDIC.

“Modifíquese el artículo segundo de la resolución No. 0028 del 13/5/2010, el cual quedará así:

“Artículo Segundo. A través del permiso el usuario cuenta con autorización para las actividades de captura, movilización y manipulación del recurso biológico consistente en una cuota de **cuatro mil (4000) ejemplares de la especie Aotus Vociferans**, los cuales deberán corresponder a cuotas anuales no mayores a ochocientos (800) individuos adultos, en proporciones de sexo no determinadas (excepto hembras en estado avanzado de gestación), capturados en la cuenca del río Amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano desde la ciudad de Leticia (4°13'8.7" S Y 69°55'58.6"O) hasta San Juan de Atacuari (3°47'29.7" S y 70°43'0" O) a lo largo de este trayecto en los municipios de Leticia y Puerto Nariño del departamento de Amazonas, Colombia.

“Parágrafo 1°. Con el fin de prevenir el tráfico ilegal de especies y una desmesurada captura de individuos de la especie A. vociferans, las recepciones de individuos en la Estación Primates de Leticia se harán únicamente los días viernes en horas de la mañana (8am-11am). Corpoamazonia acompañará siempre y certificará el proceso de recepción cuando lo considere oportuno.

“(…) artículo cuarto. El titular del permiso, deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

“Colectar individuos de la diversidad biológica y tomar las muestras autorizadas sobre las que versa el permiso, en las cantidades y sitios autorizados, sin que pueda comerciar en ninguna forma con las muestras tomadas. De igual forma abstenerse de hacer uso de especies diferentes de la autorizada en la presente providencia.

“2. Realizar una socialización general del proyecto en los tres (3) primeros meses de la vigencia de la presente providencia, una segunda socialización en el año tres del proyecto y una socialización final de resultados/avances del proyecto dentro de los (3) últimos meses de la vigencia de la misma. En dicha socialización será de responsabilidad del investigador garantizar la participación de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto y de comunidad en general de la ciudad de Leticia. De esos eventos allegará a Corpoamazonia invitación de asistencia y un registro donde conste la participación del público objetivo.

“3. Realizar capacitaciones semestrales para las personas de comunidades indígenas interesadas en participar como colectores del proyecto de la FIDIC. Las capacitaciones se harán con el fin de

que los colectores tengan información suficiente respecto de los métodos de captura y las medidas para minimizar el impacto de las mismas. Las capacitaciones así como los listados de asistencia deberán ser de conocimiento de Corpoamazonia que podrá acompañar cualquiera de las capacitaciones en el marco del seguimiento ambiental del permiso. El investigador debe garantizar que todos los colectores asistan a una de las jornadas de capacitación.

“4. Entregar a Corpoamazonía en forma semestral el listado de los colectores activos certificando su asistencia a por lo menos una capacitación en los métodos de captura y transporte de individuos de especie A. Vociferans. El listado contendrá los nombres, identificación, comunidad a la que pertenecen y nacionalidad de quienes serán en adelante los colectores seleccionados por la FIDIC para realizar las actividades de colecta.

“5. Elaborar y/o ajustar en el término de tres (3) meses después de otorgado el permiso de investigación los siguientes protocolos de manejo para la utilización de primates Aotus en investigación biomédica. Dichos instrumentos de manejo serán aprobados por Corpoamazonía.

“(…) 9. Desarrollar en forma conjunta con Corpoamazonia un estudio de seguimiento a los individuos liberados al medio natural con una duración de dos (2) años a partir del segundo año de ejecución del mismo; e identificar las áreas autorizadas en la presente Resolución, dicho estudio también deberá desarrollarse durante un periodo de dos (2) años. Los parámetros técnicos de dichos estudios estarán a cargo de Corpoamazonía.

“(…) **Dar cumplimiento a los acuerdos pactados en la consulta previa con las comunidades indígenas.**

Parágrafo 1. El listado de colectores debe ser autorizado por el Curaca mayor de la asociación, Aticoya para el municipio de Puerto Nariño, y por cada uno de los curacas de las comunidades del municipio de Leticia donde se realicen capturas, conforme a sus normas y reglamentos.

“Parágrafo 2. Será obligación del Comité de Ética constituido para el proyecto en la ciudad de Leticia determinar la condición física, clínica y comportamental de dichos animales y efectuar las pruebas que consideren pertinentes para determinar si son o no aptos para su liberación los animales que el investigador informe que pueden ser liberados. (Negrillas fuera del texto).

4.2. Copia del oficio del Viceministro de Ambiente del 30 de diciembre de 2005, en el que se señaló:

“(…) Teniendo en cuenta que actualmente se adelantan procesos administrativos por parte de Corpoamazonía, conducentes a establecer la legalidad de las actividades científicas que la Fundación adelanta en la Amazonía colombiana y que involucran el uso de individuos silvestres del Género Aotus, y con el compromiso

de que como Ministerio, remitiría oficialmente una comunicación a Corpoamazonía, frente a las sugerencias que de carácter técnico y legal se deben tener en cuenta en las labores de legalización de dichas actividades, cordialmente me permito manifestarle lo siguiente:

“Las actividades de investigación que adelanta la Fundación involucran el cumplimiento de obligaciones ambientales específicamente en tres ámbitos:

“Permiso de estudio con fines de investigación científica: acogiendo lo dispuesto en el Decreto 309 de 2000, expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, las investigaciones que se realicen en materia de salud y que involucren especímenes o muestras de fauna silvestre requieren del otorgamiento de un permiso ambiental, expedido por la Autoridad Ambiental competente. En este sentido y teniendo en cuenta que las labores de investigación que adelanta la Fundación de especímenes de primates del género Aotus, Corporamazonía debe otorgar dicho permiso, el cual ampara las labores de caza, manejo y movilización de ejemplares que la fundación debe adelantar.

“En este sentido y teniendo en cuenta los actos administrativos que a la fecha ha otorgado Corpoamazonía a la Fundación, y que involucran las labores de caza con fines científicos, es pertinente que para efectos de posteriores renovaciones del permiso se establezca con claridad sobre el permiso a otorgar, pues no debería tratarse como un “permiso de estudio con fines de investigación científica en diversidad biológica para el proyecto: Desarrollo de métodos inmunoprolácticos (vacunas sintéticas) y de innovación diagnóstica a través de síntesis química de moléculas”, puesto que esto no es competencia de una Autoridad Ambiental, sino que debería tratarse como un “permiso para cazar especímenes de primates del Género Aotus con fines de investigación científica, presentes en las poblaciones naturales que habitan en los alrededores de la comunidad de San Juan de Atacuari (municipios de Puerto Nariño y Leticia, Dpto de Amazonas). Para efectos de lo anterior, sería pertinente que Corpoamazonía solicitara a la Fundación establecer dicha precisión y claridad en el formato de solicitud a que hace referencia la Resolución no. 68 de 2002.

“teniendo en cuenta que el Decreto 1608 de 1978 establece las restricciones frente a las labores de caza, específicamente frente a individuos a los cuales se haya declarado veda o prohibición y en el sentido de que existe una veda vigente del Inderena para primates no humanos, establecida en la Resolución 392 de 1973, es la Autoridad Ambiental quien determina de acuerdo con la información o línea base que posea, el número de individuos que permitía cazar.

“Reconociendo que probablemente la Corporación carezca de información sobre el estado poblacional sobre el Género Aotus presente en el área de colecta, puede involucrarse dentro del trabajo que adelanta la Fundación, un objetivo específico que conduzca a generar esta información y sobre la cual la Autoridad Ambiental (Corpoamazonía) podrá con mayor precisión, basar en posteriores solicitudes, el número máximo de individuo que pueden ser cazados y las edades sobre las cuales se permitiría algún tipo de aprovechamiento. **“Permiso Ambiental para el funcionamiento de**

la Estación de Primates-FIDIC, ubicada en el Municipio de Leticia (Amazonas): Esta Estación tiene como objeto fundamental el desarrollar métodos inmunoprolácticos (vacunas sintéticas) y de innovación diagnóstica a través de síntesis química de moléculas. Teniendo en cuenta que las labores de investigación que se adelantan en este centro involucran el uso de animales silvestres, se debe dar cumplimiento específicamente a lo enunciado en el Título V sobre "investigación biomédica con animales", establecido en la Resolución No. 8430 de 1993, del Ministerio de Salud. (...) de otra parte y teniendo en cuenta que la Estación de Primates, corresponde a un Centro especializado que alberga de manera temporal diferentes individuos de primates del Género Aotus, es pertinente que la Autoridad Ambiental Regional otorgue un permiso ambiental para el funcionamiento de este Centro, teniendo en cuenta básicamente las directrices técnicas de mantenimiento adecuando de los animales.

"Del plan de Repoblación o Reintroducción: es pertinente tener en cuenta que cualquier actividad que en este sentido se oriente en el país, debe ser objeto de aprobación y desarrollo por parte exclusiva de la Autoridad Ambiental competente. Para este efecto se debe dar cumplimiento al Capítulo I del Decreto 1608 de 1978 frente a la elaboración de un Plan de Repoblamiento, el cual deberá ser diseñado y aprobado por parte de la Corporación. Para este efecto es pertinente que de manera conjunta Corpoamazonía y la Fundación adelanten la formulación de dicho Plan y la puesta en marcha del mismo." (Folios 88 a 91 cdno. No. 1 del Tribunal).

4.3. Informe Técnico final del Análisis de la Composición Genética de la Colección de Aotus, solicitada por Corpoamazonía, de marzo de 2009 (folios 117 a 129 del cdno 1 del Tribunal), en la que se lee:

"(...) Corpoamazonía ha otorgado permisos legales para la captura de A. vociferans en la Amazonía Colombiana a la institución y al investigador referidos con anterioridad. Sin embargo, otras personas han vertido afirmaciones referente a que otros taxones diferentes, al mencionado, están presentes en la colección de Aotus de la citada institución en Leticia. Ante la duda explicitada, Corpoamazonía contrató los servicios de nuestro grupo de investigación para dilucidar si esa colección estaba integrada únicamente por especímenes propios de Aotus Vociferans, o por el contrario, incluía a otras especies de Aotus.

"(...) una vez obtenidas las secuencias nucleotídicas, estas fueron editadas y estudiadas por medio de diferentes procedimientos analíticos, con el fin de establecer cuantos acervos genéticos diferentes se encontraron en la muestra analizada. Para ello, las 24 secuencias fueron comparadas con otras 29 secuencias procedentes de diversos taxones de Aotus (a. Vociferans de diferentes partes del Perú, A. nancymaae de diversos lugares de Perú, A. griseimembra de diversos puntos de Colombia, A. nigriceps de dos lugares diferentes de Perú AS. Azarare boliviensis de dos localidades de Bolivia y A. azarae procedente del norte de Argentina. (...) Conclusión.

“De los 24 ejemplares muestreados procedentes del centro experimental de la Fidic dirigido por el Dr. Patarroyo de Leticia, 22 pertenecen a la especie *A. Vociferans* y dos (sin ninguna duda) pertenecen a la especie peruana *A. nancymaae*. De los 22 pertenecientes a la especie *A. vociferans*, cinco presentan relaciones filogenéticas mas conspicuas con animales procedentes de poblaciones peruanas de esa especie (procedentes de afluentes del río Napo) que con los otros ejemplares (probablemente colombianos) procedentes de la institución objeto de estudio.”

4.4. Concepto Técnico No. C- DTA No. 178 de 2007 de Corpoamazonía (folios 143 -150 cuaderno No. 1 del Tribunal), en el que se puntualizó:

“(…) Con relación al permiso de investigación otorgado mediante la Resolución 00066 del 13 de septiembre de 2006 a Fidic, se encuentran falencias graves relacionadas con la inobservancia de normas que regulan la investigación en diversidad biológica, específicamente en el caso de los permisos de caza científica.

“En este mismo sentido al realizar la revisión del expediente, no se encuentran documentos que evidencien la realización de evaluación en campo de la solicitud ni otros que indiquen que razones se tuvieron en cuenta para llegar a la decisión de autorizar el permiso de investigación, con lo cual se omitió dar cumplimiento en varios artículos del Decreto 1608.

“(…) la Resolución 00066 del 13 de septiembre de 2006 mediante la cual se otorgó a FIDIC un permiso de investigación denominado “captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la Cuenca del Río Amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano, ignoró varias de las disposiciones establecidas en el Decreto 1608 de 1978 sobre caza científica.

“No se encuentran estudios previos a la expedición del acto administrativo, los cuales debieron servir de línea base, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1608 de 1978, para que Corpoamazonia autorizara la captura de un numero tan alto de individuos de *A. vociferans*.

“dado que a la fecha no se cuenta con evaluación en campo, ni con los estudios que le permitan a Corpoamazonia determinar cual es el número indicado de individuos que se puede autorizar dentro del permiso de caza científica, de tal forma que no se exceda con este la capacidad de recuperación de las poblaciones de *A. vociferans* y tampoco se conoce con certeza que puntos geográficos serían los indicados para autorizar la captura de estos individuos, estableciendo si se presentan diferencias en la densidad de poblaciones entre zonas en las cuales se haya hecho este avistamiento de individuos de *A. vociferans*, se hace necesario que antes de proceder a otorgar permiso de investigación para caza científica se lleven a cabo dichos estudios (…).”

4.5. Copia del Concepto Técnico No. C-DTA- 145 -07 de Corpoamazonía (folios 151-161 cuaderno No. 1 del Tribunal), mediante el cual se puso de presente:

“(…) Con relación a los resultados del seguimiento al cumplimiento de las obligaciones establecidas a FIDIC, en la Resolución 00066 de 2006, con relación a la especie autorizada para adelantar la

investigación, *A. vociferans*, se presume de acuerdo a lo observado y a la información suministrada por el señor Raúl Rodríguez, quien indicó claramente que de Siete de Agosto, Atacuari, Pozo Redondo están trayendo *A. nancymae*, que se está haciendo uso de una especie no autorizada (sic) en el permiso de investigación.

“(…) con respecto a la especie autorizada para adelantar la investigación mediante la Resolución 00066 del 13 de septiembre de 2006, de acuerdo a observaciones realizadas el 26 de octubre de 2006, a los individuos recepcionados en la Estación de Primates, y a la información suministrada por el señor Raúl Rodríguez, coordinador de la Estación de Primates identificado con cédula de ciudadanía No. 79117327, al parecer se está llevando a cabo por parte de FIDIC la recepción de ejemplares de *A. nancymae*, especie no autorizada en el permiso de investigaciones.

“ En el Acta de visita No. 001 de 26 de octubre de 2007, quedó consignada la información suministrada por el señor Raúl Rodríguez, quien indicó que de Siete de agosto, San Juan de Atacuari, Pozo Redondo, Santa Sofía se están trayendo *A. nancymae*.

“Recomendaciones

“En este sentido el numeral 15 del artículo 4 de la Resolución 00066, indica que el permisionario debe tomar muestras de especímenes de la diversidad biológica sobre las cuales versa el permiso, en la cantidad y sitios autorizados, es decir que la investigación se debe adelantar de manera exclusiva con *A. vociferans*.

“Sin embargo, ante lo mencionado por el mismo coordinador de la Estación de Primates, es conveniente y urgente que se lleve a cabo una evaluación tanto en campo, en los sitios de captura, como en la Estación de primates, de los especímenes de *Aotus* usados por FIDIC, para constatar la especie a la cual pertenecen. También es necesario poner este caso en conocimiento de la oficina jurídica de la DTA, OJDTA, solicitando asesoría dada la posible violación de la Resolución 00066 del 13 de septiembre de 2006 por parte del permisionario.

4.6. Copia del acta No. 01 de 2006, reunión de Consulta Previa con los curacas de las 23 comunidades indígenas del Resguardo icuna-Cocama- Yagua (ticoya) de Puerto Nariño y ACITAM para el “permiso de captura y estudio con fines de investigación científica en diversidad biológica”, solicitado por la Fidic a Corpoamazonía (folios 162 a 171 cuaderno No. del Tribunal).

4.7. Memorando 2400-4-64442 del 2 de junio de 2011 proferido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dirigido a la directora de Licencias, Permisos y Trámites ambientales:

“(…) 1. Con base en la información derivada del estudio “Estimación del Estatus Actual de las Poblaciones Naturales de Micos del Género *Aotus* en San Juan de Atacuari, en el trapecio Amazónico Colombiano”, elaborado por la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia-FIDIC, entre febrero de 2006 a enero de 2007, cuyos

objetivos fueron tanto realizar en un período de doce meses, la primera estimación de la densidad y dinámica de la población natural de micos de las especies del género *Aotus* en San Juan de Atacuari, en el Trapecio Amazónico Colombiano (sobre el río Amazonas) en la Frontera del Perú así como identificar las especies de *Aotus* que se encuentran en el área de estudio y determinar algunos aspectos de la ecología, comportamiento, estructura familiar, organización social y distribución de las especies de *Aotus*, e puede concluir que:

“(…) basado en lo registrado en el estudio presentado por Fidic y solicitado para su elaboración por Corpoamazonia, a dicha Fundación no se puede afirmar aun que *Aotus nancymae*, tal como lo señala Cites, ha sido registrada únicamente en Brasil y Perú, pues estamos ante una evidencia de la presencia de *Aotus nancymae* en Colombia. Por lo anterior sería pertinente revisar y reconsiderar aspectos que tienen que ver con “la presunta violación a la normatividad ambiental vigente, concretamente a lo preceptuado en el artículo IV de la Convención Cites”.

“(…) Se puede evidenciar que en ningún momento Corpoamazonia ha abierto una investigación de carácter sancionatorio que involucre aspectos relacionados con la colecta y captura de la especie *Aotus nancymae*, dado que las obligaciones incumplidas por Fidic, ante dicha Autoridad se efectuaron en el marco de un permiso de investigación científica que involucraba la colecta de *Aotus vociferans*.

“(…) mediante resolución 1252 del 12 de julio de 2009, resolvió declarar la cesación de la investigación administrativa de carácter sancionatorio, iniciada en contra de la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia- Fidic, mediante la Resolución 1420 del 11 de agosto de 2008, por la presunta violación a la normatividad ambiental vigente, concretamente a lo preceptuado en el artículo IV de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres-Cites, y/o el Decreto 309 del 25 de febrero de 2000, artículos 2°, 6° 8° y 20° dentro del expediente CFA 1074-78.

4.8. Copia de acta de liberación de primates (fl. 576 del cuaderno No. 1):

“Fundación Instituto de Inmunología de Colombia FIDIC

“Estación de Primates

“Leticia, Amazonas, marzo 1 de 2008.

“Acta de liberación

“Se procedió a realizar la liberación de 30 micos *Aotus sp.* (adjunto listado) de la Estación de Primates de la Fidic, que ya cumplieron con su ciclo experimental y que se encuentran en buenas condiciones de salud, tanto física como comportamental y que no presentan ningún impedimento para ser liberados nuevamente en su entorno natural.

“Fecha de liberación: marzo 1 de 2008.

“Lugar de liberación: la margen derecha (sur) del río Loretoyacu entre las comunidades de San Juan del Soco y Doce de Octubre del Trapecio Amazónico Colombiano.

“Hora de liberación: 4:30 p.m.

“Estado del tiempo: seco

“Los animales fueron transportados en el bote de la Fidic, separados individualmente en costales de acuerdo con los lineamientos básicos, trazados en los POES de la Estación de Primates.

“Al salir de los costales, los animales corrieron y se treparon inmediatamente a los árboles, demostrando que no han perdido sus aptitudes locomotoras y mentales.

“Personas que participaron en la liberación:

“Raúl Rodríguez R.- Coordinador Estación de Primates.

“Javier Martínez N.- Asistente Técnico.

Ramíres Marinho A.- Asistente Técnico.

“Lista de los números de los *Aotus*, liberados el día de hoy

A002	A016	A275
A003	A017	A307
A005	A046	A366
A006	A053	A384
A007	A073	A389
A009	A107	A406
A010	A147	A430
A012	A152	A432
A013	A188	A440
A015	A220	A459

4.9. Acta de liberación de monos *Aotus* sp, expedida por Corpoamazonía:

“En cumplimiento a lo estipulado en la resolución 066 de septiembre de 2006, artículo 4, numeral 9 y 10, mediante la cual Corpoamazonia otorgó a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia FIDIC, un permiso de investigación denominado “captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el trapecio Amazónico Colombiano”, visita de Corpoamazonia y la Procuraduría a la estación de la FIDIC en Leticia en febrero 14 de 2008 y dando cumplimiento al Plan de liberación y repoblamiento se procede a la liberación de los animales teniendo en cuenta además los siguientes ítems:

“Fecha de liberación: febrero 16 de 2008.

4.10. Copia de actas de liberación expedida por Corpoamazonía, del 16 de febrero de 2008, en la que se deja constancia de la liberación de 81 hembras y 78 machos al sur del río loretoyaco entre las comunidades de San Juan del Socó y 12 de octubre, municipio de Puerto Nariño. Y en la ribera sur de los lagos Tarapoto, comunidad de pozo redondo, municipio de Puerto Nariño. En la misma se consigna que los animales se encontraban en buen estado general. Asimismo declararon:

“(…) Comportamiento general de los animales al ser liberados:

“-Los animales una vez salieron de las saquillas en forma inmediata corrieron y se treparon en los arboles donde se evidencia que lo

hacían con mucha facilidad lo cual indica que no habían perdido esas habilidades.

“- Se corroboró al azar 19 números de los animales liberados con el listado entregado por la FIDIC coincidiendo el 100%.” (Folio 578 y 579 cuaderno No. 1 del Tribunal).

4.11. Copia acta de liberación de monos Aotus SP del 5 de junio del 2008, expedida por Corpoamazonia (folios 580 a 582 del cuaderno No. 1 del Tribunal):

“Leticia, 5 de junio del 2008

“Acta No. 2 de Liberación de Monos Aotus Sp

“En cumplimiento a lo estipulado en la resolución 066 de septiembre del 2006, artículo 4 y 10, mediante la cual Corpoamazonia otorga a la fundación Instituto de Inmunológica (sic) de Colombia FIDIC, un permiso de investigación denominado captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el trapecio Amazónico de Colombia. Dando cumplimiento a plan liberación y repoblamiento se procede a la liberación de los animales teniendo en cuenta además los siguientes ítems

“Fecha de liberación:

Día	Mes	Año
5 y 6	Junio	2008

“Lugares de liberación 5/6/08

Sitio número 1	Sitio número 2
Lagos del zoco con coordenadas	Lagos del zoco con coordenadas
03° 4' 27" S	3°45'35" S
70°29' 38" W	70°29'46" W

“Lugares de liberación 6/6/8

Sitio número 3	Sitio número 4
Lagos del Tarapoto con coordenadas	Lagos del Tarapoto con Coordenadas
3°47'19"S	3°47'19"S
70°25'45"W	70°25'45"W

“Número de animales liberados 5/6/8

Sitio	Hembras	Machos	Porcentaje	Total
Nú	30	30	60	60

m e r o 1			% H - 5 0 % M	
N ú m e r o 2	2 5	3 0	4 0 % H - 5 0 % M	5 5

“Número de animales liberados 6/6/8

S i t i o	H e m b r a s	M a c h o s	P o r c e H / M	T o t a l
N ú m e r o 3	2 5	3 0	5 0 % H - 4 5 % M	5 5
N ú m e r o 4	2 5	3 5	5 0 % H - 5 5 % M	6 0

“Características de la liberación 5/6/8

S i t i o	H o r a	E s t a · T i	D i s t a n c i	D / R e c o r r

		e m p o	a	i d o
N ú m e r o 1	4 : 2 0 p m	N o r m a l e s	1 k i l o m e t r o e n t r e s i t i o s	3 h o r a s
N ú m e r o 2	5 : 0 0 p m	N o r m a l e s		

"Características de la liberación 6/6/8

S i t i o	H o r a	E s t a . T i e m p o	D i s t a n c i a	D / R e c o r r i d o
N ú m e r o	4 : 0 0	N o r m	1 k i	3 h o

r o 3	p m	a l e s	l o m e t r o e n t r e s i t i o s	r a s
N ú m e r o 4	4 : 5 0 p m	N o r m a l e s		

“Observaciones Generales

Los animales se encontraban en buen estado general según el informe de la FIDIC; en cumplimiento al plan de liberación y fueron transportados en votes cubierto desde la ciudad de Leticia y con el acompañamiento de personas idóneas.

“Personas que participaron en la liberación

Nom bre	Dependencia	Carg o
Cam ilo Piraj an	FIDIC	Coor dina dor
Willi am Ortiz Ortiz	CORPOAMA ZONIA	Cont ratist a
Yola nda More no	CORPOAMA ZONIA	Cont ratist a
Ram írez Mari ho	FIDIC	Auxil iares

“Comportamiento general de los animales al ser liberados:

“Los animales una vez al ser liberados salieron de las saquillas en forma inmediatamente corrieron y se treparon en los árboles donde se evidencia que lo hacían con mucha facilidad demostrando que conservaban esas habilidades.

“Se comprobó al azar 20 números de los animales liberados con el listado entregado por la Fidic coincidiendo en un 100%.

“Para veracidad de la presente acta firma los que en ella intervinieron

“Firman

“Helber Huerfía Moreno- Director Territorial Corpoamazonia

“Camilo Pirajan- GF Estación FIDIC

“William Ortiz Ortiz- Contratista Corpoamazonia

“Yolanda Moreno- Promotora Ambiental Corpoamazonia

4.12. Copia del acta liberación de micos expedida por la Fundación Inmunológica de Colombia FIDIC (folio 583 a 584 cuaderno No. 1 Tribunal).

“Leticia, agosto 6 de 2008.

“Acta N°5

“Acta de Liberación de micos Aotus de la Estación de Primates de la FIDIC

“De acuerdo con lo estipulado en la Resolución 066 de 2006 de Corpoamazonia en donde se autoriza la liberación de animales bajo ciertos parámetros establecidos y siguiendo los lineamientos del DTA 0597 de Corpoamazonia en donde se autoriza la liberación de 63 ejemplares (35 machos y 28 hembras) para el día 6 de agosto de 2008, se procede a llevarla a cabo de las siguientes maneras:

“Funcionarios de la FIDIC y Corpoamazonia se desplazan a los Lagos de Tarapoto, partiendo de Leticia a las 2:00pm transportando con ellos los 63 ejemplares separados individualmente en costales y protegidos constantemente del sol y evitando en la mayor medida de lo posible traumatismos o accidentes innecesarios.

“Al llegar a la zona aprobada para realizar las liberaciones, los funcionarios de ambas entidades observan diferentes lugares en los cuales sea más apropiado liberar a los ejemplares. Se determinan con el visto bueno de todos los participantes, dos áreas geográficas referenciadas geográficamente mediante GPS, con las siguientes coordenadas 03°48'03" S, 70°24'32,2"W y el segundo punto 3°47'58,5"S, 70°24'32,6"w que cumplen con las condiciones para poder liberar a los animales.

“Se procede entonces a desembarcar a los micos y llevarlos a pie hasta los sitios de liberación. Posteriormente se ubican 4 racimos de banano en el estrato medio-bajo del bosque en el que se van a liberar a los animales con el objetivo de que los animales puedan obtener una fuente de alimentación rápida mientras se pueden adaptar nuevamente a la vida libre.

“Por último se empiezan a abrir los costales para dejar que los animales salgan a voluntad propia y se cumpla entonces el objetivo de la liberación.

“**observaciones generales**

“Participaron en la liberación Camilo Piraján, Luis Antonio Poloche, Ramírez Marinho y Efrén Ahuanari por la FIDIC. Yolanda Moreno y William Ortiz por Corpoamazonia.

“Las condiciones del tiempo fueron buenas, cielo nublado y una ligera llovizna que no se extendió por mas de 10 minutos. El terreno correspondía a selva primaria de bosque inundable sin evidencia de intervención humana.

“Los animales se encontraban en buenas condiciones de salud y condición corporal. Al ser liberados, los micos corrieron y se treparon en los árboles inmediatamente, demostrando que poseían todas sus capacidades locomotoras y comportamentales intactas.

“Se comprobaron al azar 9 números de los animales liberados (tatuados en la cara interna del muslo) con el listado entregado a Corpoamazonia por la FIDIC, coincidiendo el 100%. Estos fueron: 8-211 M, A034 M, 8-101 M, A405H, 418 M, 8-004M, 8-069 H, 8114 M, 8-107M (H: Hembra M: macho).

“Se realizaron tomas de fotografías y filmaciones por parte del FIDIC y Corpoamazonia para veracidad de esta acta.

“Nota: el animal tatuado con el número 8-107 (macho) falleció en el trayecto de Leticia a y lagos de Tarapoto. Dicho animal tenia una excelente condición corporal (4/5) y nunca se llevo a cabo experimentación alguna en dicho ejemplar. Se presume como causa de muerte asfixia o traumatismo accidental.

“Firman

“Edgar Camilo Piraján P. – Coordinador Estacion Primates

“William Ortiz- Contratista Corpoamazonía

“Antonio Poloche- Veterinario Estación Primates

“Yolanda Moren- Promotora Amb. Corpoamazonía

4.13. Copia de la Resolución No. 006 del 7 de septiembre de 2002, proferida por la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia FIDIC, por la cual se crea el comité de ética en investigación en salud (Ceis). (Folios 585-587 cuaderno No. 1 Tribunal):

“Artículo primero. Constitución: Créase el Comité de ética en investigación en salud: órgano asesor de la Dirección general encargado de resolver todos los asuntos éticos relacionados con las investigaciones en humanos y animales desarrolladas por la Fundación Instituto de Inmunología en Colombia- FIDIC.

“Artículo segundo. Conformación: el comité de ética en investigación en Salud estará compuesto por un mínimo de cinco (5) miembros, de los cuales dos (2) serán delegados de la Fundación y 3 personas externas a ella, escogidas por la Dirección Ejecutiva. Los delegados de la fundación serán: 1. Coordinador del Grupo Funcional de Epidemiología. 2. Coordinador de la oficina jurídica. Los miembros externos serán miembros de la comunidad académica-científica con reflexión ética de la investigación en humanos o en animales. El periodo para el cual son nombrados los miembros externos tendrá una duración de un (1) año y podrán ser elegidos.

“parágrafo primero. El Comité será presidido por el Coordinador del Grupo Funcional de Epidemiología y la relatoría será ejercida por el coordinador de la oficina jurídica.

“Parágrafo segundo. El Comité podrá invitar a otras personas a las deliberaciones cuando lo considere necesario. Los directores científicos asistirán con derecho a voz pero sin voto.

“Parágrafo tercero. El Comité estará conformado dependiendo de las circunstancias de la siguiente manera:

“comité Básico: 1. Coordinador del Grupo Funcional de Epidemiología de la FIDIC. 2. Coordinador de la oficina Jurídica de la FIDIC. 3. Un Bioético/jurídico. 4. Un Epidemiólogo. 5. Un veterinario. Los miembros deberían tener experiencia en estudios preclínicos y/o clínicos.

“comité expandido: 1.Coordinador del Grupo Funcional de Epidemiología de la FIDIC, 2. Coordinador oficina Jurídica de la Fidic 3. Un miembro de la Organización Panamericana de la salud-Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) o un miembro de una institución académica. 4. Un Epidemiólogo. 5. Un representante del Comité de investigación del Grupo de estudio 6. Un Bioético/jurídico. 7. Un Médico Clínico-intensivista. Todos los miembros deberán tener experiencia en estudios preclínicos o clínicos.

“asesorías: El comité tendrá la libertad de pedir asesoría en diferentes campos de acuerdo a las necesidades y tendrá línea directa con el monitor o monitores clínicas durante el desarrollo de los estudios en humanos.

“los miembros del comité externos a la fundación así como los asesores, podrán recibir de común acuerdo con esta, un emolumento por su trabajo según uso aceptado en el momento, así como el generado por transporte y viáticos en el caso de los monitores.

“incompatibilidad: en el caso de incompatibilidad por intereses de alguno de los miembros será sustituido, conservando su voz, por un nuevo miembro con voz y voto.

“Artículo Tercero. Funciones del comité. El comité de ética en investigación en salud (Ceis) cumplirá las siguientes funciones:

- a. Formular criterios éticos institucionales así como los procedimientos para presentar proyectos donde se involucren seres humanos o modelos animales, a partir de normas del nivel nacional e internacional.
- b. Estudiar los proyectos en humanos y animales que lleguen al comité.
- c. Revisar, conceptuar y recomendar la aprobación y desaprobación de los proyectos de investigación en humanos y animales con base en la concordancia con las normas éticas nacionales e internacionales
- d. Presentar a la Dirección General por lo menos una vez al año un informe consolidado sobre los proyectos presentado al comité
- e. Los demás que señale la ley, los estatutos y reglamentos.

4.14. Copia del listado de colectores de micos nocturnos del género Aotus (folios 459 a 557 del cuaderno No. 1 del Tribunal).

5. Estudio de la controversia y conclusiones

Realizado el recuento probatorio del expediente, así como estudiadas las disposiciones jurídicas aplicables al caso concreto, la Sala modificará la decisión del *a quo*, por las razones que se explican a continuación:

5.1. Del acervo probatorio se aprecia, de manera inexorable, la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a los derechos de los animales, en el caso concreto, el derecho de los primates o micos de la especie *Aotus vociferans*, que se asientan en territorio colombiano.

5.2. En efecto, aparece probado que en la expedición de las licencias o permisos otorgados a la FIDIC, para la captura y experimentación científica en la especie *Aotus vociferans*, no han existido estudios ni antecedentes administrativos que brinden soporte a los mismos. En otros términos, se ha entregado una habilitación a una fundación de carácter particular para emplear un recurso natural renovable, sin que se cuente con la información necesaria para establecer lo siguiente: i) qué número máximo de animales puede ser empleado en la labor investigativa, ii) qué número total de población de *aotus vociferans* existe en la zona donde se llevan a cabo las actividades científicas, iii) si la capacitación que adelanta la FIDIC a los habitantes, pobladores o indígenas de la zona para la recolección de los especímenes es la adecuada, iv) en qué condiciones físicas son liberados los primates después de su estadía en el laboratorio, v) si se cumple o no con la obligación de repoblación de la especie.

5.3. En efecto, de los informes oficiales transcritos –tanto del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como de Corpoamazonía– se desprende que ha existido una absoluta permisividad por parte de las autoridades públicas en la expedición y renovación de los actos administrativos relacionados con la experimentación científica e investigativa de la especie *aotus vociferans* cuyo asentamiento se encuentra en el trapecio amazónico.

De igual forma, la FIDIC conociendo la normativa que rige la materia ha hecho caso omiso de los deberes y obligaciones a los cuales se encuentra obligada por el uso de la fauna silvestre colombiana.

5.4. En otros términos, ha existido un abierto desconocimiento por parte de las autoridades administrativas y la FIDIC de las normas que regulan la materia, de manera concreta en el cumplimiento de la tasa de repoblación que exige la ley, así como el fundamento técnico que se exige para determinar el número de animales que pueden ser objeto de caza científica y la necesidad o no de establecer, para el caso concreto, un zocriadero.

En criterio de la FIDIC, no es viable un zocriadero de la especie Aotus vociferans porque los mismos se desarrollarían en cautiverio y, por lo tanto, luego de su liberación no serían aptos para vivir en ese hábitat de libertad; esta afirmación era objeto de prueba por parte de la fundación demandada y no se encuentra en el expediente medio de convicción que permita validar de manera científica esa conclusión.

Por el contrario, las entidades demandadas aceptan que no se ha efectuado el cobro de la tasa de repoblación de que trata el decreto 1806 de 1974, que reglamentó el Código Nacional de Recursos Naturales (Decreto 2811 de 1974).

Sobre el particular, el Decreto 1806 de 1974 determina:

“Artículo 134. Los titulares de permiso de caza científica deberán pagar la tasa de repoblación y contribuir al establecimiento de zocriaderos en los siguientes:

“1. Cuando la investigación o estudio tenga por objeto la aplicación industrial o comercial de sus resultados.

“2. Cuando el status poblacional de la especie en relación con su existencia en el área de captura y en el país sea tal, que sin llegar a determinar una causa de veda o prohibición, sí exige su obtención en cantidad restringida.

“3. Cuando la población es abundante pero la demanda de individuos o productos de la especie o subespecie para estos fines es continuada o en cuantiosa producción.

“Artículo 135. Cuando se pretenda adelantar actividades susceptibles de producir deterioro de la fauna silvestre o alteración de los ecosistemas que le sirvan de hábitat a una especie que requiera tipo especial de manejo, para obtener la licencia de que trata el artículo 28 del Decreto-Ley 2811 de 1974, el interesado deberá incluir en el estudio ecológico y ambiental previo, la relación de las prácticas de repoblación o traslado de la fauna representativa de las áreas que se van a afectar, a otras que sean aptas, así como aquellas actividades encaminadas a la restauración o recuperación del hábitat afectado, cuando ello sea posible.

“La entidad administradora del recurso decidirá si el interesado en adelantar la actividad puede realizar por sí mismo las prácticas de repoblación o trasplante a que se refiere el artículo anterior; en caso negativo cobrará la tasa de repoblación.

“Artículo 139. Para realizar actividades que tengan por objeto la introducción en el país de especies o subespecies de la fauna silvestre se requiere autorización del Gobierno nacional previo

concepto del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena. La entidad administradora del recurso que pretenda introducir una especie exótica, deberá elaborar un plan en el cual contemple los aspectos relacionados en el artículo 131 de este decreto y un estudio ecológico en el cual se incluirá cuando menos lo siguiente:

“a. Justificación de la introducción de la especie, desde el punto de vista ecológico, económico y social;

“b. Reacciones de las especies que se pretende introducir, en el medio en donde van a ser implantadas;

“c. Reacciones del medio receptor y de las especies nativas, respecto de aquellas que se pretende introducir:

“d. Medidas de protección de las especies nativas y métodos de control que se emplearán en caso de que llegue a convertirse la especie introducida en competidora o depredadora de aquellas.

“**Artículo 140.** Para la evaluación del estudio ecológico que se presente, se solicitará el concepto de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales. Una vez obtenida la autorización del Gobierno nacional, el interesado podrá adelantar la tramitación correspondiente para la importación.

“**Artículo 141.** La entidad administradora del recurso podrá prohibir o restringir la introducción, trasplante o cultivo de especies silvestres perjudiciales para la conservación y el desarrollo del recurso.

“Para la introducción de especies domésticas o de razas domésticas no existentes en el país, en razón del impacto ecológico que pueda provocar su eventual asilvestramiento, se requerirá el visto bueno del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena.”

Por su parte, la ley 84 de 1989 que adoptó el Estatuto de Protección de los Animales en relación con los animales sometidos a la investigación científica puntualizó:

“**Artículo 23.** Los experimentos que se lleven a cabo con animales vivos, se realizarán únicamente con autorización previa del Ministerio de Salud Pública y sólo cuando tales actos sean imprescindibles para el estudio y avance de la ciencia, siempre y cuando esté demostrado:

“a) Que los resultados experimentales no puedan obtenerse por otros procedimientos o alternativas;

“b) Que las experiencias son necesarias para el control, prevención,

el diagnóstico o el tratamiento de enfermedades que afecten al hombre o al animal;

“c) Que los experimentos no puedan ser sustituidos por cultivo de tejidos, modos computarizados, dibujos, películas, fotografías, video u otros procedimientos análogos.

“**Artículo 24.** El animal usado en cualquier experimento deberá ser puesto bajo los efectos de anestesia lo suficientemente fuerte para evitar que sufra dolor. Si sus heridas son de consideración o implican mutilación grave, serán sacrificados inmediatamente al término del experimento.

“**Artículo 25.** Se prohíbe realizar experimentos con animales vivos, como medio de ilustración de conferencias en facultades de medicina, veterinaria, zootecnia, hospitales o laboratorios o en cualquier otro sitio dedicado al aprendizaje, o con el propósito de obtener destreza manual.

“Los experimentos de investigación se llevarán a cabo únicamente en los laboratorios autorizados previamente por las autoridades del Ministerio de Salud Pública y el Decreto 1608 de 1978 en lo pertinente.

“También se prohíbe el uso de animales vivos en los siguientes casos expresamente:

“a) Cuando los resultados del experimento son conocidos con anterioridad; b) Cuando el experimento no tiene un fin científico y especialmente cuando está orientado hacia una actividad comercial;

“c) Realizar experimentos con animales vivos de grado superior en la escala zoológica al indispensable, según la naturaleza de la experiencia.

“**Artículo 26.** Para todo experimento con animales vivos deberá conformarse un comité de ética.

“El Ministerio de Salud Pública no autorizará la realización de experimentos con animales vivos sino cuando esté conformado el mismo, que estará integrado por no menos de tres (3) miembros, uno de los cuales deberá ser veterinario del Instituto Colombiano Agropecuario; el segundo deberá pertenecer a la autoridad administradora de los recursos naturales; el tercero deberá ser representante de las sociedades protectoras de animales. Los miembros del comité de ética serán designados por sus respectivas entidades a solicitud del experimentador. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de proveer las representaciones de las sociedades protectoras de animales y su junta coordinadora nacional, que tendrá tres miembros por un período de dos años. Las representaciones de las sociedades protectoras de animales en los comités de ética serán ad honorem. Todo comité de ética establecido de acuerdo con este artículo será responsable de coordinar y supervisar:

“a) Las actividades y procedimientos encaminados al cuidado de los animales;

“b) Las condiciones físicas para el cuidado y bienestar de los animales;

“c) El entrenamiento y las capacidades del personal encargado del cuidado de los animales;

“d) Los procedimientos para la prevención del dolor innecesario incluyendo el uso de anestesia y analgésicos;

“e) El cumplimiento de lo prescrito en los artículos 24 y 25 de esta Ley.

“El director de un experimento en el que se vayan a utilizar animales vivos, queda obligado a comunicar al comité de ética, la naturaleza de los procedimientos que vayan a emplearse con los animales, el número y tipo de los mismos, las alternativas al uso de animales y las fuentes y naturaleza de los fondos de investigación.

“En el sitio en el cual un comité de ética tenga razones para creer que se está violando esta Ley o que se violará o que se haya violado, ordenará lo siguiente, según sea pertinente:

“a) Suspensión del experimento;

“b) Sacrificio del animal cuando se le haya causado enfermedad o lesión incurable.

“**Parágrafo:** Son deberes de los comités de ética:

“a) Reunirse trimestralmente;

“b) Hacer inspecciones por lo menos cuatro (4) veces al año a las áreas de estudio de animales en cada laboratorio y a los centros experimentales, de las cuales rendirán un informe a las autoridades competentes y a la entidad administradora de los recursos naturales;

“c) Revisar durante las inspecciones a los centros experimentales o de estudio las condiciones de manejo y el control del dolor en los animales, para establecer si se cumplen los requisitos señalados en la presente Ley.

“De todas las actuaciones el Comité de ética se rendirá informe a las entidades empleadoras del funcionario.

“La violación de lo dispuesto en cualquiera de los artículos del capítulo quinto de esta Ley acarreará al experimentador pena de multa de cincuenta mil (\$ 50.000.00) a quinientos mil pesos (\$ 500.000.00).”

5.5. De modo que, a la luz de las disposiciones referidas deviene indiscutible que la FIDIC, de la mano con el comportamiento permisivo y omisivo de las autoridades administrativas, de manera concreta, con la connivencia del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Corpoamazonía, ha incumplido con las siguientes obligaciones: i) el pago de la tasa de repoblación de que trata el artículo 134 del decreto 1806 de 1974, ii) la construcción de un zoológico que evite la caza indiscriminada de especímenes de *Aotus vociferans*, y iii) el diseño de un comité de ética en los términos establecidos por la ley 84 de 1989.

De igual forma, según se desprende de los informes técnicos aportados al proceso, se encontraron en la muestra primates o antropoides de la especie *Aotus nancymae*, localizados o asentados éstos en el territorio peruano, brasileño y boliviano, lo que permite concluir que se han introducido otras especies extranjeras al territorio nacional con desconocimiento e inobservancia de las normas que regulan la materia, de manera concreta, la convención CITES.

Así las cosas, se evidencia una trasgresión a la moralidad administrativa por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible pues con su omisión de reglamentación ha contravenido el ordenamiento jurídico superior permitiendo que un particular no asuma los costos derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. De igual forma, Corpoamazonía ha promovido y fomentado el desconocimiento de la normativa superior, lo que ha producido, en consecuencia, la vulneración a los derechos de los simios *Aotus vociferans*, al permitir su caza indiscriminada, sin el cumplimiento de los requisitos legales referidos a la verificación de lo siguiente: i) población actual de la especie empleada por la FIDIC, ii) si el número de 4.000 especímenes es indispensable y el requerido para los propósitos investigativos, iii) las condiciones de alimentación y vivienda de los animales en cautiverio, iv) las condiciones técnicas de experimentación y liberación de animales, y v) las gestiones tendientes al cobro de la tasa de repoblación, o la adecuada gestión ante el Ministerio de Ambiente para su reglamentación.

Lo anterior, máxime si la obligación legal de reglamentación de la tasa objeto de estudio se encuentra, desde el año 1993, en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (art. 5, numeral 29, ley 99 de 1993). El recaudo de esa tasa corresponde, por su parte, a la respectiva corporación autónoma regional, en los términos del numeral 13 del artículo 31 de la misma ley.

Como se aprecia, la inactividad de la administración pública riñe con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, toda vez que la omisión reglamentaria (mora en la potestad reglamentaria) ha afectado y continúa lesionando los derechos colectivos mencionados, así como el derecho de los animales que son empleados en las labores de investigación.

5.6. Y, si bien, dentro del acervo probatorio reposan pruebas que pretender abrir la discusión sobre la posible existencia de la especie *aotus nancymae* de origen colombiano, lo cierto es que esa circunstancia no queda demostrada y, por el contrario, el hecho de que se hayan encontrado animales dentro de las visitas realizadas por Corpoamazonía lo que demuestran es que se han cazado primates de una especie sobre la cual no existe habilitación por parte de la autoridad ambiental.

En otros términos, sin importar la similitud genética o biológica que exista entre las dos especies, lo cierto es que existe el incumplimiento por la FIDIC, ya que se encuentra probado que ha empleado micos *aotus nancymae* para investigación científica dentro de su laboratorio, para lo cual no cuenta –ni ha contado– con habilitación administrativa.

5.7. De otra parte, es importante precisar que la acción popular no es el medio idóneo para que se ordene la reapertura de procesos de índole sancionatoria y penal; no obstante, sí es posible en esta sede judicial anular los actos administrativos habilitadores y, por lo tanto, ordenar y exhortar a las entidades públicas y a los particulares que se ajusten a los parámetros jurídicos internacionales e internos en relación con la caza, captura y manipulación de animales silvestres con fines investigativos y médicos.

5.8. En ese orden de ideas, se dispondrá la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales –renovables o no renovables– con el objetivo de garantizar su conservación, restauración o sustitución, así como la conservación y protección de las especies animales y vegetales, contenidos en los literales b) y c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998.

En consecuencia, se anularán los actos administrativos que contienen los permisos otorgados a la FIDIC, para el proyecto “Captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano”, contenidos en las Resoluciones Nos. 028 del 13 de mayo de 2010 y 0632 del 29 de junio de 2010 por la cual resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 0028 del 13 de mayo de 2010.

5.9. Por último, se confirmarán las restantes decisiones adoptadas por el a quo, ya que están acordes con el objetivo previsto, esto es, la protección

6. El incentivo económico deprecado en la demanda

De acuerdo con lo señalado por la ley 1425 de 2010, no habrá a reconocer el incentivo económico de que trataban los artículo 39 y 40 de la ley 472 de 1998, ya que fueron derogados por la primera.

En relación con los efectos de la ley 1425 de 2010, la Sección Tercera y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se han pronunciado en los siguientes términos:

“En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, se negará, pese a que prosperó la acción popular, por las razones que se explican a continuación. Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2.010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937, del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta de dos artículos, dispone en el primero: “Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998”; y en el segundo que: “la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias”. Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe regir la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio. En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3

dispone: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”, de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene.” Ahora, la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva porque esta Corporación tuvo oportunidad de referirse, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación. (...) Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un “derecho”, al decir, en ambas disposiciones, que: “El demandante... tendrá derecho a recibir...” el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente que aplicar, y por eso no concederá el incentivo. En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata –según el art. 40 de la ley 153 de 1887-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso– entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí.”¹²³

“.....
.....

“Así las cosas, si en la actualidad se llegara a optar por el reconocimiento del incentivo en las acciones populares por el hecho de que éstas se hubieren promovido con anterioridad a la expedición de la Ley 1425, para la Sala no existe el menor asomo de duda de que con ello se estaría inobservando el principio de favorabilidad – que rige desde luego en materia sancionatoria¹²⁴–, por cuanto se

¹²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de junio de 2011, exp. AP 2004-540, M.P. Enrique Gil Botero.

¹²⁴ “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“...(...)...”. (Se destaca).

estaría imponiendo o aplicando una sanción económica, a cargo de quien debiera pagarla, con base en una disposición que se encuentra derogada¹²⁵ y, por consiguiente, su no aplicación resultaría a todas luces mas favorable para el sujeto pasivo de la conducta sancionada mediante el pago del incentivo, razón adicional para concluir de manera categórica acerca de la improcedencia del reconocimiento del incentivo, aún en aquellos procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia de la tantas veces aludida Ley 1425.

“Conclusión.

“El acceso al incentivo económico dentro de aquellos procesos iniciados en ejercicio de la acción popular antes de la expedición de la Ley 1425 resulta improcedente, habida cuenta de la inexistencia de los preceptos que, con ocasión de la expedición de dicha ley, preveían el reconocimiento de tal estímulo.”¹²⁶

Por consiguiente, por las razones expuestas se denegará el reconocimiento del incentivo a los actores populares, en tanto se trata de una expectativa que quedó abolida por el legislador y, por lo tanto, según las consideraciones trascritas, era aplicable tanto a los procesos en curso, como a las acciones o pretensiones iniciadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1425 de 2010.

Por lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

¹²⁵ “(...) ‘en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable’ (...).

La manifestación de esta protección constitucional no dista de la que sugiere e inspira el derecho penal, esto es, que una norma posterior más favorable que una anterior debe aplicarse en forma preferente. Este supuesto se presenta cuando una ley establece una sanción por la realización de una conducta, y posteriormente otra ley reduce la pena o incluso la extingue” [Sentencia de 23 de julio de 2010, exp. 16.367, M.P. Dr. Enrique Gil Botero].

¹²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de septiembre de 2013, exp. AP. 2009-1566 (IJ), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Primero. Decláranse, de oficio, las excepciones de inconstitucionalidad y contraconvencionalidad de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 144 de la ley 1437 de 2011 que determina: *“sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato”*, así como de la hermenéutica o interpretación (derecho viviente) que podría desprenderse de esa disposición para el caso concreto.

Segundo. Modifícase la sentencia apelada, esto es, la proferida el tres de mayo de 2012, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la cual quedará así:

“Primero. Declárase no probada la excepción de inepta demanda formulada por el entonces Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

“Segundo. Declárase que existió vulneración a los derechos e intereses colectivos consagrados en los literales b y c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998 por parte de la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC); de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía) y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

“Tercero. Absuélvase a la Procuraduría General de la Nación.

“Cuarto. Proteger y amparar los derechos e intereses colectivos consagrados en los literales b y c) del artículo 4º de la ley 472 de 1998. De igual forma, proteger de manera autónoma y directa, los derechos colectivos de los animales silvestres, en el caso concreto de la especie de primates *Aotus vociferans*, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por consiguiente se ordenará:

“Quinto. Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 028 del 13 de mayo de 2010 “Por medio de la cual se otorga permiso de estudio de diversidad biológica a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia – FIDIC, para el proyecto “Captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano” y 0632 del 29 de junio de 2010 por la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra la primera.

“Sexto. Ordénase a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía) para que en el evento de no haberse realizado y con total acatamiento al debido proceso, se adopten las decisiones a que haya lugar en relación con las investigaciones disciplinarias internas, que se ordenaron con ocasión del vencimiento de términos en la investigación administrativa seguida contra la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia, con radicación No. 108 de 2005.

“Séptimo. Solicítese a la Procuraduría General de la Nación, que dentro del marco de sus facultades examine si hay lugar a seguir alguna acción disciplinaria en contra de los funcionarios que adelantaron la investigación contra la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC), con radicación CFA 1074-08 y archivada a través de la Resolución 1252 del 1º de julio de 2009, expedida por la directora de licencias, permisos y trámites ambientales del entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

“Octavo. En igual sentido solicitar a la Procuraduría General de la Nación que examine si hay lugar a iniciar acción disciplinaria contra los servidores públicos que no han regulado a la fecha, las tarifas mínimas para que las Corporaciones Autónomas Regionales recauden las contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas por concepto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, consagrada en el numeral 1º del artículo 31 de la ley 99 de 1993.

“Noveno. Abstenerse de solicitar la investigación de naturaleza penal por la caza de la especie *Aotus nancymae* por parte de la FIDIC, al obrar copia de la Resolución inhibitoria proferida por la Fiscalía Seccional 03 de Leticia (Amazonas) adiada el 16 de junio de 2010, a favor del señor Manuel Elkin Patarroyo Murillo, quien es el director general de la FIDIC, por los punibles de ilícito aprovechamiento de recursos naturales renovables y experimentación ilegal en especies animales o vegetales, no sin advertir, que los actores tienen plena capacidad para interponer directamente denuncia penal, de considerar que existe ilícito a indagarse.

“Décimo. Prevéngase a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía) y al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, que en el evento de volverse a emitir permiso de caza e investigación a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia (FIDIC), se adelante en total acatamiento del ordenamiento jurídico, en especial con sustento técnico del número y especie de la fauna a capturarse, de las condiciones de su movilización, confinamiento y repoblamiento, como de la implementación de un zocriadero de los especímenes objeto de estudio. E igualmente, los efectos en la salubridad pública de la comunidad habitante de la zona geográfica autorizada por la liberación a su entorno, de las especies inoculadas para la obtención de una vacuna contra la malaria y esplecnotomizados, todo lo anterior con seguimiento de protocolos debidamente reconocidos que existan para tales efectos.

“Y de expedirse nuevo permiso del que se está tratando, adelanten oportuna y efectivamente las funciones de control y vigilancia para el cabal cumplimiento de las obligaciones que se le impongan al autorizado.

“Décimo primero. Otórgase al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible un término de tres (3) meses para que expida la reglamentación a fin de establecer las tarifas mínimas de que trata el

numeral 29 del artículo 5 de la ley 99 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1608 de 1978.

“Décimo segundo. Solicítase a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios ejercer sus funciones de prevención e intervención, en el evento de otorgase un nuevo permiso a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia, de que trata la presente acción popular.

“Décimo tercero. Confórmase el Comité de Verificación de que trata el artículo 34 de la ley 472 de 1998 integrado por la Magistrada de primera instancia o quien ésta delegue; los actores populares; un delegado de la Procuraduría Delegada para asuntos ambientales y agrarios; un delegado de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía (Corpoamazonía); un delegado del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; un delegado del Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas (SINCHI) y un delegado del Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, comité que hará seguimiento al proceso de cumplimiento de las órdenes emitidas en la presente sentencia.

“Décimo cuarto. Niégase el incentivo económico deprecado por los actores populares.

“Décimo sexto. Remítase copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.”

Tercero. Ejecutoriada esta providencia y previas las constancias del caso, por Secretaría, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

ENRIQUE GIL BOTERO

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ