



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., cuatro (04) de febrero de dos mil dieciséis (2016).-

Expediente No.: 110010325000201501059 00.
No. Interno: 4674-2015.
Actor: MARTÍN EMILIO RODRÍGUEZ CORTÉS.
Demandados: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
Asunto: Las personas privadas de la libertad pueden interponer Acciones Públicas en defensa de la Constitución y la ley / Notificación de providencias a personas que se encuentren privadas de la libertad en procesos de Acciones Públicas.

El Despacho procede a resolver sobre la admisión del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad incoado¹.

Antecedentes.-

En ejercicio del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, el señor Martín Emilio Rodríguez Cortés, quien afirma encontrarse pagando una condena penal en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá “La Picota”, interpone demanda para solicitar la declaratoria de nulidad del artículo 16 del Decreto Reglamentario 4433 de 31 de diciembre de 2004, *“por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, que dice:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹ El cual llega al Despacho con informe de la Secretaría de la Sección Segunda de 25 de noviembre de 2015.

Argumenta el actor, que el artículo demandado, al fijar como requisito de la asignación de retiro de los soldados profesionales un tiempo de servicio de 20 años, vulnera el artículo 3, numeral 1, inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004², que señala que *“a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, no se les exigirá (...) un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta ley”*. Para el demandante, la vulneración normativa se presenta porque a la fecha de promulgarse la norma en cita, la disposición legal vigente respecto de este tópico de los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, era el Decreto Ley 1211 de 1990³, cuyo artículo 163 exigía un tiempo de servicio de 15 años.

CONSIDERACIONES.-

Para atender la actuación procesal que corresponde en este momento, es decir, la admisión de la demanda, el Despacho se ocupará, como cuestión previa, de los siguientes aspectos: (i) la legitimación en la causa por activa para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley de quien tiene en suspenso sus derechos políticos por estar privado de la libertad en virtud de una condena penal; superado ello y si hay lugar, (ii) se estudiará lo atinente a la procedencia del medio de control escogido.

Legitimación en la causa por activa.-

A partir de la afirmación efectuada por el actor de encontrarse recluso en la cárcel “La Picota” debido a una condena penal, el Despacho considera necesario revisar lo atinente a su legitimidad en la causa por activa para interponer el presente medio de control, en atención a que por la circunstancia descrita, en aplicación estricta de nuestra ley penal sustantiva, el ejercicio de sus derechos políticos, como lo es el interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, se encuentra restringido. El asunto planteado se mirará a partir de las disposiciones constitucionales y penales que regulan la materia, así como a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

² Mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Los derechos políticos tienen específica consagración constitucional en el artículo 40 Superior, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 40. *Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

- 1. Elegir y ser elegido.*
- 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
- 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*
- 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*
- 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.*
- 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.*
- 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.”⁴ (Subraya el Despacho).

La norma constitucional transcrita, en su numeral 6, de forma expresa le otorga a todo ciudadano el derecho de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, ello dentro del ejercicio de los derechos políticos⁵ otorgado a los ciudadanos.

Ahora, la Constitución también prevé, en su artículo 98 la posibilidad de que esos derechos que tiene el ciudadano que antes se han descritos puedan ser suspendidos y que se encuentran relacionados con el concepto ciudadanía.

³ Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

⁴ Refiriéndose a este artículo, la Corte Constitucional, en Auto 241 d 2015, señaló lo siguiente:

“El artículo 40 de la Constitución enuncia un listado de derechos que facultan a los ‘ciudadanos’ para ‘participar en la conformación, ejercicio y control del poder político’. A ese grupo pertenecen los derechos políticos. Dentro de la lista se incluyen derechos arraigados en el constitucionalismo colombiano, por estar asociados a la democracia representativa, como el de elegir y ser elegido, pero también hay otros novedosos más propios de la democracia participativa, como el de tomar parte en referendos, consultas populares, o revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley, entre otros. Igualmente se incorpora en ese listado el derecho que tienen los ciudadanos desde antes de la Constitución de 1991 a ‘interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley’. Con esta decisión se le da expresamente, a la interposición de acciones públicas, la connotación de ejercicio de un derecho político. En vigencia de la Constitución de 1886 hubo durante un tiempo una discusión en torno a si este era un derecho político, pero a partir de la segunda mitad del siglo XX la Corte Suprema de Justicia y la doctrina en forma dominante le adjudicaron inequívocamente ese carácter, ante todo porque sus titulares eran los ‘ciudadanos’, y por su función como instrumento al servicio del control sobre el poder político. La Corte Constitucional ha sostenido asimismo, desde la expedición de la Constitución de 1991, que el de promover acciones públicas contra los actos reformativos de la Carta, las leyes y los decretos ley, es un derecho político”.

⁵ Sobre la connotación de derecho político que identifica a las acciones públicas, puede consultarse, entre otras, las sentencias C-003 de 1993, C-131 de 1993, C-562 de 2000 y C-10523 de 2001.

“Artículo 98. La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha renunciado a la nacionalidad, y su ejercicio se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley.

Quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la ciudadanía, podrán solicitar su rehabilitación.

Parágrafo. Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años.

Se desprende de la lectura del artículo 98 Superior dos situaciones: la primera, que la ciudadanía se pierde cuando se ha renunciado a la nacionalidad colombiana y la segunda que ella se suspende en virtud de decisión judicial, en los casos que, para ese efecto, ha determinado la ley.

Quedó entonces en el legislador la regulación de la suspensión del ejercicio de la ciudadanía, es decir, la determinación de los supuestos en los cuales tiene lugar la suspensión de la misma y así lo ha hecho cuando diseñó el sistema punitivo colombiano sobre la base de 3 tipos de penas a imponer de comprobarse la comisión de alguna de las más de 250 conductas tipificadas como delitos, a saber: principales, sustitutivas y accesorias. Al respecto, dispone el artículo 34 de la Ley 599 de 2000⁶:

“Artículo 34. De las penas. Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”.

Sobre las penas principales, el artículo 35 de la Ley 599 de 2000⁷ estipula lo siguiente:

“Artículo 35. Penas principales. Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial”.

Las penas principales de prisión y multa se regulan en los artículos 37 y 39 de la Ley 599 de 2000⁸, mientras que el artículo 43 ibídem consagra 11 tipos de penas

⁶ Código Penal.

⁷ Código Penal.

principales adicionales, entre las que esta la *“inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas”*. Veamos:

“Artículo 43. Las penas privativas de otros derechos. Son penas privativas de otros derechos:

1. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
2. La pérdida del empleo o cargo público.
3. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, bien sea de forma directa o indirecta en calidad de administrador de una sociedad, entidad sin ánimo de lucro o cualquier tipo de ente económico, nacional o extranjero.
4. La inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.
5. La privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas.
6. La privación del derecho a la tenencia y porte de arma.
7. La privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos.
8. La prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas.
9. La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.
10. La prohibición de aproximarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar.
11. La prohibición de comunicarse con la víctima y/o con integrantes de su grupo familiar.

Parágrafo. Para efectos de este artículo integran el grupo familiar:

1. Los cónyuges o compañeros permanentes.
2. El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar.
3. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos.
4. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica.

Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre”.

La pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, es definida por el artículo 44 de la Ley 599 de 2000⁸, en los siguientes términos:

“Artículo 44. La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas priva al penado de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político, función pública, dignidades y honores que confieren las entidades oficiales”.

Hasta aquí hemos visto, que la ley penal sustantiva contempla como pena principal, entre otras, la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que consiste, entre otras, en la suspensión del ejercicio de todos los derechos políticos y lo consagra expresamente el artículo 52, cuando señala que

⁸ Ib.

⁹ Código Penal.

en todo caso la pena principal de prisión tendrá como accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas¹⁰:

“Artículo 52. Las penas accesorias. Las penas privativas de otros derechos, que pueden imponerse como principales, serán accesorias y las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena.

En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo [59](#).

En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la Ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo [51](#).”

Expuesta la normatividad anterior se pregunta el Despacho ¿la inhabilitación en el ejercicio de todos los derechos políticos por decisión judicial, comprende entonces el derecho legítimo de interponer acciones públicas en defensa de la constitución y la ley

Para resolver la problemática planteada se hace necesario interpretar los postulados constitucionales, pues es la ley penal la que estableció dicha disposición atendiendo el mandato constitucional, pero al revisar que comprendió el constituyente cuando se refiere a ejercicios de derechos políticos y determina que es necesario para realizarlos contamos con el artículo 99 de la Constitución que señala:

“Artículo 99. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.”.

Entonces nos encontramos con que para ejercer:

- el derecho de sufragio,
- para ser elegido
- y para desempeñar cargos públicos,

... se requiere ser ciudadano, pero no hay norma constitucional que prohíba el ejercicio del derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley.

¹⁰ Ib.

Por otra parte, estima la Ponente que la suspensión total de los derechos políticos a un ciudadano por virtud de una condena penal de prisión, resulta ser expresión de una visión del derecho demasiado formalista y va en desmedro de la vigencia y garantía de otros preceptos constitucionales como la prevalencia de lo sustancial y el acceso a la administración de justicia. En efecto, no es posible obviar que el ejercicio de acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley, es también una manifestación del derecho fundamental a acceder a la justicia,

En ese sentido, a juicio del Despacho, en garantía y efectividad de la prerrogativa de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, como expresión de los derechos políticos y de acceso a la justicia, debe prevalecer la interpretación favorable desarrollo de un derecho humano de estirpe constitucional.

En suma, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución y de un ejercicio de ponderación de principios, considera el Despacho que las personas condenas penalmente a pena privativa de su libertad, gozan de legitimación en la causa por activa, para interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley.

Dicho lo anterior, anota el Despacho que la jurisprudencia constitucional en sus inicios, con fundamento en las disposiciones del código penal citadas consideró que quienes estuvieren condenados a pena de prisión, carecían de legitimación para interponer acciones públicas, pues, si se suspendía el ejercicio de la ciudadanía en virtud de una sentencia penal, también se perdía la legitimidad para interponer acciones públicas, por tratarse de un derecho político. Esta línea jurisprudencial se inicia con la sentencia C-536 de 1998¹¹, por medio de la cual, la Corte se inhibió para emitir sentencia respecto de la acción de inconstitucionalidad promovida por un ciudadano¹² condenado a pena de prisión. Dijo la Corte en esa ocasión:

“... el artículo 40 de la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y manifiesta que, para hacer efectivo ese derecho, puede “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley” (numeral 6), pero es evidente que tal derecho no puede ser ejercido cuando, aun tratándose de un ciudadano, éste ha sido afectado por la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones

¹¹ Con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

¹² Contra el artículo 415 del Decreto Ley 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal.

públicas según decisión judicial, en los términos de las normas legales que se comentan.

No otra cosa surge del artículo 241 de la Constitución cuando se refiere al ciudadano como sujeto activo único de las acciones de inexequibilidad que ante la Corte Constitucional pueden intentarse.

El derecho político del que se trata no se concreta en su ejercicio actual y efectivo sino bajo la condición indispensable de hallarse en ejercicio de la ciudadanía, luego quien sufre la pena de interdicción de derechos y funciones públicas está excluido de esa posibilidad, y si presenta una demanda ante la Corte Constitucional, ésta no puede resolver por falta de legitimación del accionante, de lo cual resulta que la demanda debe ser rechazada de plano, o proferir la Sala Plena sentencia inhibitoria, como se hará en el presente caso.

La Corte no acoge el argumento del demandante, en el sentido de invocar como fuente de su derecho el que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia, pues la misma Carta Política ha condicionado el acceso, en el caso de la acción pública de inconstitucionalidad, a la posesión actual del estado de ciudadanía y al requisito de no haber sido suspendido el ciudadano en el ejercicio de ella”.

La Corte reiteró este criterio en las sentencias C-592 de 1998¹³, C-329 de 2003¹⁴, C-591 de 2012¹⁵ y C-827 de 2013¹⁶, así como en el auto 113 de 2013¹⁷; providencias en las que de manera consistente el alto tribunal señaló que los demandantes en estos caso no estaban legitimados para instaurar acciones públicas como la de inconstitucionalidad, porque, siguiendo la línea inicialmente trazada en la sentencia C-536 de 1998, en su contra pesaban condenas penales intramurales, lo que de acuerdo con la ley penal, significaba la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y esto acarreaba inexorablemente la pérdida transitoria del derecho político fundamental a instaurar acciones públicas.

Esta postura fue sustancialmente variada en reciente auto de Sala Plena de la Corte Constitucional de 10 de junio de 2015¹⁸, en el que resolvió favorablemente un recurso de súplica interpuesto contra proveído de 25 de abril de 2013, que rechazó una demanda de inconstitucionalidad¹⁹ formulada por una persona privada de la libertad. La Corte misma resumió así las razones por las cuales en esta oportunidad modificaba su postura inicial:

¹³ Con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁵ Con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ Con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ Con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ A241 de 2015 con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle.

¹⁹ Contra el artículo 31 de la Ley 599 de 2000 - Código Penal.

“(i) La Constitución sólo exige ostentar la calidad de ciudadano para ejercer el derecho a instaurar acciones de inconstitucionalidad.”²⁰

“(ii) Si bien este es un derecho político, es también fruto del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia, que en el marco político es además universal. Dado que el acceso a la justicia es esencial para garantizar el goce efectivo de los demás derechos y libertades, y para definir los límites de las instituciones estatales, la suspensión parcial del derecho a interponer acciones públicas no es sólo la restricción de un derecho político, sino la reducción de la efectividad de todos los demás derechos constitucionales, lo cual es inadmisibile.”²¹

“(iii) Es necesario ser coherente con el desarrollo institucional de la acción pública de inconstitucionalidad, y esto supone no detener la ampliación del grupo de ciudadanos colombianos titulares de ese derecho fundamental, aunque es preciso aclarar que no se trata de ampliar el catálogo de derechos de las personas condenadas, sino de garantizar su acceso a la justicia constitucional.”²²

²⁰ Este argumento es desarrollado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“... la decisión que tomó el Constituyente, de conferirle a ‘cualquier ciudadano’ el derecho a instaurar acciones de inconstitucionalidad, se funda no solo en las virtudes morales que ostenta la universalidad política en una institución democrática, atributo que indica que todo ciudadano se considera igualmente facultado para exponer razones o puntos de vista valiosos y respetables, sino también en el presupuesto de que tiene mayor valor epistémico el control constitucional abierto a toda la ciudadanía, que un mecanismo más cerrado de participación. La deliberación abierta a toda la ciudadanía enriquece el control, pues facilita gracias a su pluralidad la identificación de problemas y la búsqueda de soluciones al permitir que ciudadanos con puntos de vista diferentes, formados a partir de sus propias experiencias vitales, conocimientos y valoraciones, concurren al debate con su visión única e irrepetible de la realidad. Reducir las voces ciudadanas en los debates de constitucionalidad es entonces además una pérdida para la defensa objetiva de la integridad y supremacía de la Constitución”.

²¹ La Corte desarrolla este razonamiento de la siguiente manera:

“... la interposición de acciones públicas de inconstitucionalidad no solo es fruto del ejercicio de un derecho político, sino al mismo tiempo del derecho de acceso a la administración de justicia. En efecto, es un instrumento que se puede ejercer únicamente ante la Corte Constitucional, organismo integrante de la rama judicial. La de inconstitucionalidad es además una acción con alcance único, pues ningún otro instrumento judicial del ordenamiento colombiano tiene sus características, ni individualmente ni en conjunto con los demás. Sólo mediante esta acción pública el ciudadano puede plantear ante la más alta autoridad jurisdiccional en materia constitucional impugnaciones en abstracto contra un acto reformatorio de la Constitución, una ley o un decreto con fuerza de ley, sin necesidad de demostrar un litigio actual o probar que el acto demandado lo afecta real y personalmente. (...). El de acceso a la justicia es un derecho esencial para la efectividad de los demás derechos, y para el control de las instituciones. (...). Restringir el derecho a acceder a la justicia constitucional, por la vía de suspender el ejercicio de la acción pública, no es entonces sólo limitar un derecho político, sino además reducir una garantía de la cual depende en parte que todos los demás derechos se respeten y protejan efectivamente. Aunque la pena de interdicción de derechos y funciones públicas no suponga restringir el ejercicio de todas las restantes acciones judiciales, lo cierto es que suspender el derecho a interponer acciones de inconstitucionalidad tiene como efecto privar al ciudadano de un recurso judicial que como antes se dijo es único e insustituible, el cual además puede resultar indispensable para defender los derechos propios y ajenos, y ante todo la integridad y supremacía de la Constitución. (...). No cabe duda de que los ciudadanos condenados y castigados a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, si bien están legalmente sujetos a una restricción de algunos derechos, no los pierden todos, ni se les suspende tampoco su derecho a exigir el respeto del Estado constitucional y democrático de derecho. Negarles el acceso a la justicia constitucional significa, sin embargo, restringirles no sólo la facultad de defender judicialmente sus derechos, sino también de defender el respeto por el Estado constitucional de derecho, cuando juzguen que sus límites han sido desbordados en la expedición de un decreto con fuerza de ley, una ley o un acto reformatorio de la Constitución”.

²² Este razonamiento fue desarrollado por la Corte Constitucional de acuerdo a la siguiente argumentación:

“Tras examinar el desenvolvimiento de la acción pública en el constitucionalismo colombiano, la Corte advierte que la práctica institucional ha tenido un curso evolutivo hacia promover un ensanchamiento gradual del grupo de ciudadanos colombianos titulares de este instrumento. Ser coherente con esa práctica

*(iv) Es necesario actualizar el entendimiento de la Constitución para comunicarlo con la realidad penitenciaria y el derecho internacional de los derechos humanos”.*²³

De acuerdo con la nueva postura de la Corte Constitucional, los ciudadanos colombianos mantienen su derecho político fundamental de instaurar acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, incluso si se encuentran condenados penalmente a pena privativa de la libertad, criterio que acoge este

es entonces continuar con la tendencia hacia remover las barreras que han obstaculizado la extensión de la legitimidad y el ejercicio de este derecho a todos quienes son sus auténticos titulares (los ciudadanos colombianos). (...). La acción de inconstitucionalidad debe entonces seguir su curso como hasta ahora; es decir, según un principio expansivo de la clase de ciudadanos colombianos titulares y legitimados para interponerla, dentro de los límites de la Constitución. (...). La expansión entonces obtenida se mantuvo tras la Constitución Política de 1991 (...). Además, con la nueva Constitución, la Corte Constitucional respetó jurisprudencialmente la tendencia hacia ampliar el grupo de los legitimados para ejercer esta acción. (...). La tendencia ha sido entonces hacia remover las barreras que impedían a los nacionales colombianos, mayores de edad, el ejercicio de ese derecho político. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional hasta hoy en vigor, en la medida en que sostiene que determinados ciudadanos colombianos (los condenados a pena de interdicción de derechos y funciones públicas) no pueden interponer acciones públicas, se ha resistido a evolucionar de conformidad con esa marcada propensión del constitucionalismo colombiano hacia eliminar progresivamente los obstáculos que impedían a algunos nacionales mayores de edad ejercer este derecho político fundamental”.

²³ La Corte Constitucional desarrolló este argumento de la siguiente manera:

“En el mismo año en el cual la jurisprudencia sostuvo por primera vez que los ciudadanos colombianos condenados a pena de interdicción de derechos y funciones públicas (dentro de los cuales están los condenados a prisión) se encuentran excluidos del derecho a ejercer acciones públicas; es decir, en el año de expedición de la sentencia C-536 de 1998, la Corte Constitucional declaraba casi simultáneamente, en la sentencia T-153 de 1998, la ‘existencia notoria de un estado de cosas inconstitucional en el sistema penitenciario’. En esta última providencia, tras hacer una verificación extensa y profunda de la situación penitenciaria en Colombia, la Corte señaló que para entonces los derechos humanos de los reclusos constituían ‘letra muerta’. Constató en el sistema penitenciario graves problemas de ‘hacinamiento’, de ‘corrupción, extorsión y violencia’, y juzgó que había una ‘violación sistemática de los derechos de los reclusos, durante décadas’. Una de las causas de ese estado de cosas, la identificó la Corte en las condiciones de marginación social y ciudadana en la cual estaba la población carcelaria. Dijo que sus reclamos no eran atendidos, debido a que las políticas penales y carcelarias se diseñaban atendiendo exclusivamente a ‘la lógica del principio de las mayorías’. Como los presos no eran un grupo de presión capaz de ‘hacer oír su voz’, dijo la Corte que ‘sus demandas y dolencias se p[er]d[er]ían entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas’. (...). Extender ahora la titularidad de la acción de inconstitucionalidad incluso a los ciudadanos condenados a pena de prisión, con el fin de ofrecerles un instrumento efectivo por medio del cual –sin necesidad de conformar grupos de presión– estén capacitados para hacer oír su voz institucionalmente, resulta no solo importante sino que incluso puede considerarse suficiente dentro del actual marco constitucional, tal como es interpretado en este momento por la Corte, como forma de contribuir a remover las causas que condujeron al estado de cosas inconstitucional. No es esta entonces una constatación que tenga la virtualidad de alterar drásticamente el diseño del control abstracto de constitucionalidad, sino de reconocer en su justa medida el universo de titulares de la acción pública. Perpetuar la restricción en el ejercicio de este derecho a un grupo de ciudadanos por tener la condición de condenados a ciertas penas, es mantener la doctrina constitucional, consignada en la jurisprudencia de esta Corte, incomunicada con la realidad que condujo al estado de cosas inconstitucional detectado en la sentencia T-153 de 1998 y nuevamente confirmado en la sentencia T-388 de 2013. La decisión de cambiar la jurisprudencia en esta materia busca entonces no sólo ajustar el entendimiento de la Constitución al estado de evolución de la acción pública, sino también sintonizar la interpretación constitucional con la realidad social del sistema carcelario y penitenciario, para que así preste una contribución positiva en evitar la perpetuación del estado de cosas inconstitucional, declarado en la sentencia T-153 de 1998, y nuevamente en la sentencia T-388 de 2013”.

Despacho en consideración a la obligatoriedad que el artículo 241 Superior y la misma jurisprudencia de esa alta Corte²⁴, le asignan al precedente constitucional.

En ese orden de ideas, en garantía de su derecho fundamental de acceder a la administración de justicia, el señor Martín Emilio Rodríguez Cortés se encuentra legitimado para interponer el presente medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, así como las demás acciones públicas, que en defensa de la Constitución y la ley, consagre el ordenamiento jurídico, incluso a pesar de estar recluso en un establecimiento carcelario, circunstancia que es él mismo quien la informa en la demanda y que además se entiende certificada por el Coordinador del Consultorio Jurídico de la cárcel La Picota al sellar la primera y última hoja del libelo.

Resuelto lo atinente a la legitimación en la causa por activa, a continuación se realizará un estudio de si, dadas las particularidades del caso, en esta oportunidad procede el medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad escogido por el demandante y una vez resuelto ello se resolverá sobre su admisión.

Procedencia del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad. Reglas jurisprudenciales sobre sus presupuestos.-

El Despacho procede a determinar si en este caso el medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad escogido por el actor resulta ser el adecuado, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado es competente para conocer el asunto, en atención a lo dispuesto en el artículo 237, numeral 2, de la Constitución Política, que indica:

“Son atribuciones del Consejo de Estado:

(...)

²⁴ Sobre la obligatoriedad del precedente constitucional, se puede consultar entre otras, las siguientes sentencias: C-1216 de 2001, C-795 de 2004, C-931 de 2004, T-827 de 2007, T-887 de 2007, T-925 de 2008, T-1240 de 2008, T-130 de 2009, T-693 de 2009, T-078 de 2012, T-148 de 2010, T-511 de 2010, C-331 de 2012, C-936 de 2012, T-266 de 2011, T-351 de 2011, T-934 de 2011, T-726 de 2012, T-259 de 2012, T-817 de 2012, T-885 de 2012, T-064 de 2013, T-087 de 2013, T-832 de 2013, T-608 de 2013, T-012 de 2014, T-222 de 2014 y T-410 de 2014.

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

La disposición constitucional transcrita fue desarrollada por la Ley 270 de 1996²⁵, cuyos artículos 37.9, 43 y 49, estipulan lo siguiente:

“Artículo 37. De la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

(...)

9. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

“Artículo 43. Estructura de la Jurisdicción Constitucional. (...). El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.”.

“Artículo 49. Control de constitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno cuya competencia no haya sido atribuida a la Corte Constitucional de conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El Consejo de Estado decidirá sobre las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

La decisión será adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.”.

Ahora bien, para establecer si el medio de control escogido es idóneo, la Ponente se apoya en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011²⁶, que regula la materia en los siguientes términos:

“Artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

²⁵ Estatutaria de la Administración de Justicia.

²⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Parágrafo. *El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.*

Como en otras oportunidades se ha señalado por este Despacho²⁷, la norma contempla unos presupuestos propios para el medio de control Nulidad por Inconstitucionalidad, que son los siguientes:

1. Que la disposición acusada sea de carácter general, expedida por el Gobierno Nacional o por cualquier entidad diferente, en ejercicio de una atribución derivada de la Constitución misma;
2. Que se trate de un reglamento autónomo o constitucional, es decir, que desarrolle directamente la Constitución²⁸ sin la existencia de ley previa²⁹;

²⁷ Autos de 12 de febrero de 2015 (Arquímedes Fonca A., contra el Gobierno Nacional, exp. 110010325000201401542-00 4972-2014), 16 de julio de 2015 (Laura M. Henao J., contra el Gobierno Nacional, exp. 11001-03-25-000-2015-00606-00), 19 de enero de 2016 (María Vergara contra Consejo de Gobierno Judicial, exp. 4520-2015) y 20 de enero de 2016 (María Esther Pinto Escobar contra Comisión Nacional del Servicio Civil y Agencia Nacional de Minería., exp. 4603-2015).

²⁸ Fue sólo hasta la sentencia de 14 de noviembre de 1962, con ponencia del Consejero Arrieta Alandete, cuando el Consejo de Estado trató sistemáticamente este tema y señaló que cuando el ejecutivo desarrolla directamente el texto fundamental, en cumplimiento de una función propia y sin necesidad de ley previa, los actos que expide son justamente los reglamentos constitucionales. Sin embargo, una de las caracterizaciones canónicas de la figura jurídica de los reglamentos autónomos o constitucionales como fuente del derecho administrativo, fue realizada por la Corte Suprema de Justicia en la década del 80 del siglo pasado, con ponencia del mártir Manuel Gaona, de 21 de abril de 1982: los decretos constitucionales autónomos, dijo la Corte Suprema, son los actos jurídicos que expide el Ejecutivo en desarrollo de atribuciones explícitas y directas otorgadas por la Constitución sin que exista ley previa o norma con fuerza de ley que regule la materia, pero sin que tampoco sean ley. La Corte Constitucional ha conceptualizado en similar sentido los reglamentos constitucionales en las sentencias: C-021 de 1993, C-024 de 1994, Auto 048 de 1997, C-712 de 2001, C-713 de 2001, C-1250 de 2001, C-1290 de 2001 y C-162 de 2008. Las sentencias paradigmáticas recientes del Consejo de Estado sobre la materia son las de 7 de diciembre de 1993 (Exp. 23235, M.P. Libardo Rodríguez), 14 de agosto de 2008 (Exp. 16230, M.P. Mauricio Fajardo) y 20 de octubre de 2014 (Exp. 35853, M.P. Enrique Gil).

²⁹ Al respecto, en providencia de 10 de octubre de 2012, emitida en el expediente 11001032600020120005600, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, esta Corporación anotó:

“... el medio de control -antes denominado por la ley acción- de nulidad por inconstitucionalidad, no corresponde a cualquier juicio de validez que se haga sobre un reglamento o acto administrativo que presuntamente viola la Constitución Política, porque este sólo es un presupuesto para el ejercicio de este mecanismo de control. (...).

... esto no significa que todo juicio de inconstitucionalidad de los reglamentos o actos administrativos en general corresponda al ejercicio de este medio de control, pues existe otro requisito, no establecido por la naturaleza de la norma violada, sino por la de la disposición demandada. (...).

Aunque una lectura ligera de la norma admite pensar que cualquier disposición administrativa que viole la Constitución se examina con este medio de control, lo cierto es que la filosofía que recoge el art. 135 no es esa; más bien establece un medio de control especial para aquellas normas que carecen de fuerza de ley, pero que desarrollan directamente la Constitución, y que expiden tanto el Gobierno Nacional como otras entidades u organismos, sin ley que trate previamente el tema. Se alude a los denominados reglamentos autónomos, o praeter legem, o constitucionales o independientes, cuya naturaleza es la de un reglamento no la de una ley.

3. Que el juicio de validez, o el reproche endilgado al acto enjuiciado, se realice de manera directa frente a la Constitución³⁰, no a la ley; y
4. Que la revisión de la disposición demandada no sea de competencia de la Corte Constitucional en los términos del artículo 241³¹ de la Constitución Política.

Frente a los anotados presupuestos se revisa si la demanda los reúne, encontrando que:

- i) El acto administrativo demandado, Decreto Reglamentario 4433 de 2004, comporta la naturaleza de general, pues, su objeto es el de desarrollar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden se encuentra satisfecho el primer requisito o presupuesto enunciado.

... el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad exige varios requisitos, entre ellos – para efectos de esta providencia - se destacan tres: i) que la norma demanda (sic) sea un reglamento autónomo o constitucional, requisito principal del medio de control; ii) que la confrontación o juicio de validez se haga directamente contra la Constitución Política; y iii) no importa la autoridad que expida el acto, porque puede ser el Gobierno Nacional u otra autoridad, siempre que expidan un reglamento autónomo - por autorización de la Constitución - ”.

³⁰ A su vez, en Auto de 12 de febrero de 2015, expedido en el expediente 110010325000201401542-00 (4972-2014), con ponencia de la suscrita Consejera, se precisó lo siguiente:

*“Con fundamento en el anterior parámetro normativo, entonces, la acción de nulidad por inconstitucionalidad procede: (i) contra decretos de carácter general proferidos por el Gobierno Nacional, y (ii) contra los actos de carácter general que, por expresa disposición constitucional, se expidan por entidades u organismos diferentes al Gobierno Nacional, siempre y cuando **la competencia no corresponda a la Corte Constitucional** en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, y se invoque la **infracción directa** a la Constitución.*

(...)

Entonces, independientemente del nivel jerárquico que formalmente tenga la norma objeto de análisis, debe radicar en el hecho de que pueda formularse un cargo de confrontación directa de constitucionalidad, tal como lo ha contemplado el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de donde resulta razonable, tal como lo ha sostenido esta Subsección en anteriores oportunidades, acogiendo para el efecto lo sostenido por la Sección Tercera, que incuestionablemente un reglamento constitucional sea pasible del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad. (Negrillas en el original).

³¹ **Artículo 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

(...)

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

(...)

ii) En cuanto al segundo presupuesto, se encuentra que el acto acusado se expide desarrollando los artículos 1 y 5 de la Ley 923 de 2004³², que le asignan al Gobierno Nacional, la competencia para fijar el régimen de asignación de retiro, pensión de invalidez, sustituciones pensionales y reajustes periódicos de dichas prestaciones de los miembros de la Fuerza Pública. En tal virtud, el acto demandado no constituye un reglamento autónomo, pues, no fue expedido en desarrollo de una precisa atribución constitucional, sino, al amparo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004. Circunstancia que conduce a establecer que el medio de control escogido no es el procedente en el caso que se examina.

Visto lo anterior y con el ánimo de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, y en consonancia con el artículo 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011, que permite al juez intervenir para corregir el trámite *“cuando el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada”*, se procede a estudiar la demanda frente a los requisitos de procedencia del medio de control de Nulidad Simple de que trata el artículo 137 *ibídem*, que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

- 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.***
- 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.***
- 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.***
- 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.***

³² Mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”.

La norma consagra, en términos generales, entre otros, el derecho que tiene toda persona de demandar ante esta jurisdicción para solicitar, por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general, cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del debido proceso, mediante falsa motivación o con desvío de poder.

En tal virtud, para efectos de su admisión, la demanda que en esta oportunidad ocupa la atención del Despacho se ubica bajo los supuestos de hecho³³ que trae el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por el que se regula el medio de control de Nulidad Simple, pues, como se definió anteriormente, el acto acusado, esto es, el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, es de carácter general, ya que, su objeto se orienta a reglamentar varios aspectos de la Ley Marco 923 de 2004. Por tal razón, este mecanismo judicial resulta ser el procedente en esta oportunidad.

Se encuentra también que reúne los requisitos formales exigidos en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 en consecuencia se admitirá la demanda presentada, como de Nulidad.

Cuestión final: ¿cómo se notifican al actor las providencias que se expidan en este proceso, dado que se encuentra privado de la libertad?-

El interrogante que subtitula este apartado surge con ocasión de la solicitud que hace el actor en la demanda, orientada a que se le notifiquen todas las actuaciones procesales en su celda. Tomando como punto de partida dicha petición, el Despacho advierte que el artículo 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011, establece que al actor se le notifica el auto admisorio de la demanda por

³³ La conceptualización del “*supuesto de hecho*” como uno de los pilares de la estructura de la norma jurídica, ha sido propia de la disciplina de la Teoría y/o Filosofía del Derecho, y en especial de autores tales como Kelsen en su famoso libro “*Teoría Pura del Derecho*”, Hart con su texto “*El Concepto de Derecho*”, Austin con su obra “*The Province of Jurisprudence Determined*”, y Bobbio con su libro “*Teoría General del Derecho*”, entre otros. Para los efectos esta providencia, y a partir de los conceptos desarrollados por los autores mencionados, por “*supuesto de hecho*” entendemos toda aquella realidad, circunstancias o situaciones, que están descritas en la previsión de las normas jurídicas como condición para que se dé la consecuencia en estas establecida.

estado, trámite que el artículo 201 de la norma en cita describe de la siguiente manera:

“Artículo 201. Notificaciones por estado. Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario.

La inserción en el estado se hará el día siguiente al de la fecha del auto y en ella ha de constar:

- 1. La identificación del proceso.*
- 2. Los nombres del demandante y el demandado.*
- 3. La fecha del auto y el cuaderno en que se halla.*
- 4. La fecha del estado y la firma del Secretario.*

El estado se insertará en los medios informáticos de la Rama Judicial y permanecerá allí en calidad de medio notificador durante el respectivo día.

De las notificaciones hechas por estado el Secretario dejará certificación con su firma al pie de la providencia notificada y se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica.

De los estados que hayan sido fijados electrónicamente se conservará un archivo disponible para la consulta permanente en línea por cualquier interesado, por el término mínimo de diez (10) años.

Cada juzgado dispondrá del número suficiente de equipos electrónicos al acceso del público para la consulta de los estados”.

Como puede apreciarse, la norma transcrita no incluye dentro de sus supuestos de hecho, la situación de quienes - como el actor - se encuentran privados de la libertad, circunstancia que es relevante en el presente caso, dadas las serias dificultades que ello le representa al demandante para comunicarse con el mundo exterior, por lo que es válido preguntarse por la posibilidad de ordenar que sea notificado de las decisiones adoptadas en el proceso de la referencia de otra manera, en pos de garantizarle sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y al acceso a la justicia.

Lo primero que hay que anotar al respecto, es que la Ley 1437 de 2011³⁴ no contempla procedimiento o trámite alguno para, en el marco de los procesos ordinarios y especiales que se adelanten a instancias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, notificar providencias a las partes cuando se encuentran privadas de la libertad, por lo que se pregunta el Despacho si procede

³⁴ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

o no aplicar algún mecanismo de integración de fuentes normativas, como la analogía.

El panorama legal descrito, encuadra perfectamente en lo que la doctrina y la jurisprudencia³⁵ en general han denominado lagunas o vacíos normativos³⁶, fenómeno que se presenta cuando, dada la imposibilidad fáctica de exigir al legislador prever todas las situaciones³⁷, un texto legal omite la regulación específica de una determinada situación, es decir, cuando un caso concreto no puede subsumirse en los supuestos de hechos de la norma que regula la materia; correspondiéndole entonces al interprete, aplicar los llamados mecanismos o métodos de integración normativa, que comprenden, la analogía o aplicación supletiva de otras fuentes normativas como leyes diferentes a las que regulan particularmente el asunto, los principios generales del derecho, entre otras.³⁸

Sobre el particular, el ordenamiento jurídico colombiano previó desde el siglo XVII, el procedimiento a seguir para colmar las lagunas o vacíos normativos, escogiendo la analogía como el mecanismo de integración normativa por excelencia. En efecto, el entonces “Código Civil de la Nación”, sancionado en 1873 y adoptado como legislación permanente por la Ley 57 de 1887³⁹, estipula en su artículo 30, inciso 2, lo siguiente:

“Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

³⁵ Sobre el particular se puede consultar la sentencia T-006 de 2011.

³⁶ Según Nino “[e]l concepto central de laguna que los juristas manejan es [...] de índole valorativa: un sistema tiene laguna cuando no contiene ninguna solución normativa para un cierto caso, **a pesar de que debería contener una solución**”. Ver Nino, Carlos Santiago: *Algunos modelos metodológicos de ‘ciencia’ jurídica*, México, Fontamara, 2003, p. 70. Ver también Wróblewski, Jerzy: “Statutory interpretation in Poland”, en McCormick, Neil y Robert S. Summers (ed.): *Interpreting statutes. A comparative study*, Asgate, Dartmouth, England, 2002pp. 268 y 269.

³⁷ Entre otras, por las notas esenciales de abstracción y generalidad que se le atribuyen a la ley, las cuales militan contra la casuística. Este fenómeno ha sido estudiado bajo el rótulo de “indeterminación del derecho”

³⁸ Han sido muchos los autores que se han ocupado del concepto de lagunas en la ley y en el derecho: I) los que negaron la existencia de dicho fenómeno son PROUDHOM, TAULLIER, BUGNET, BLONDEAU, DEMOLOMBE y DEMANTE (todos ellos exponentes de la escuela exegética francesa), FRANCOIS GÉNY (que abordó el asunto en sus textos “Métodos de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo” y “La libertad en el derecho: entre certeza e incertidumbre”), HANS KELSEN (cuya obra “Teoría pura del derecho” no requiere presentación), CARLOS COSSIO (en su texto “La plenitud del ordenamiento jurídico”), entre otros; ii) los que han reconocido la existencia de las lagunas o vacíos normativos: LUIS LEGAZ LACAMBRA (en su texto “Filosofía del derecho”) y NORBERTO BOBBIO (en su texto “Teoría General del Derecho”), entre otros.

³⁹ “Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional”.

Esta disposición vino a ser complementada por el artículo 8 de la Ley 153 de 1887⁴⁰, que estatuye:

“Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

En nuestro ordenamiento la analogía es entonces, la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella. Anota el Despacho, que la consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual.

Ahora bien, el nuevo ordenamiento constitucional pactado por el Constituyente de 1991, regula la materia en el artículo 230, que prescribe lo siguiente:

“Artículo 230. *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Según lo ha interpretado la misma Corte Constitucional, cuando el artículo 230 inicia prescribiendo que *“los jueces en sus providencias se encuentran sometidos al imperio de la ley”* y señala que son criterios auxiliares de la actividad judicial la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la equidad, se entienden incorporado el mecanismo integrador de la analogía consagrado en las leyes anteriores a la Constitución de 1991, puesto que, en el marco de la expresión “ley” como fuente principal del derecho en el ordenamiento colombiano, cuando la autoridad judicial recurre a la analogía legal para resolver una determinada cuestión de derecho, en realidad aplica la “ley” y ello constituye una genuina expresión del imperio de la “ley”.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación, y en esa medida, el juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Y por estas razones, entre otras, la Corte

⁴⁰ “Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”.

Constitucional en sentencia C-083 de 1995⁴¹, afirmó que su consagración en las Leyes 57 y 153 de 1887, resulta a tono con el artículo 230 de la Constitución.

Visto lo anterior, procede el Despacho a aplicar al caso en concreto el mecanismo integrador de la analogía, con el propósito de examinar si resulta adecuado aplicar al caso concreto una norma externa al estatuto procesal propio de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encontrando que los artículos 196 y 306 de la Ley 1437 de 2011 señalan que los aspectos no contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se regirán por las normas del procedimiento civil, hoy contenidas en la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, estatuto en el que tampoco se prevé una regulación específica que cubija la situación fáctica que rodea al actor.

Luego de constatar que las leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012, no contemplan disposición normativa alguna que regule lo relacionado con la notificación de las providencias judiciales a quienes se encuentran privados de la libertad, encuentra el Despacho, que la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, como es obvio por la materia objeto de dicho estatuto, sí regula esta situación en su artículo 169, cuyo tenor es el siguiente:

“Por regla general las providencias se notificarán a las partes en estrados.

En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación.

De manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes.

Si el imputado o acusado se encontrare privado de la libertad, las providencias notificadas en audiencia le serán comunicadas en el establecimiento de reclusión, de lo cual se dejará la respectiva constancia.

Las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal deberán ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación.”.

La problemática de aplicar esta norma del estatuto procesal penal al *sub examine*, viene dada por el hecho de que los artículos 196 y 306 de la Ley 1437 de 2011

⁴¹ Con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

señalan que los aspectos no contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se regirán por las normas del procedimiento civil, hoy contenidas en el Código General del Proceso, sin que la Ley 1437 de 2011 hiciese mención a otro estatuto procesal.

Sin embargo, en criterio de la Ponente esta dificultad no es insalvable, pues, el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, estipula que al aplicar e interpretar la regulación procesal de lo contencioso administrativo, es deber del juez observar los principios constitucionales y los del derecho procesal, tales como, el respeto por la dignidad humana, la igualdad, el debido proceso y la buena fe procesal, lo cual, en armonía con los artículos 42, 43 y 44 del Código General del Proceso, que consagran los deberes y poderes del juez, permiten válidamente aplicar, para el caso concreto y de manera excepcional, el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal, que regula la manera de notificar las providencias judiciales a las personas privadas de la libertad.

Adicionalmente, al contrastar las disposiciones pertinentes del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal con la manera en que se regulan los procesos y actuaciones que corresponden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no se advierte incompatibilidad alguna con la naturaleza de estos, pues, tanto uno como otro estatuto deben ser aplicados e interpretados con plena observancia de los principios mencionados.

Por otra parte, no puede perderse de vista, que el deber de notificar adecuadamente las providencias judiciales, más aun a las personas que se encuentran en situaciones especiales de sujeción y que por ello son sujetos de especial protección constitucional, es una clara expresión no solo del postulado del debido proceso que debe acompañar todo el quehacer gubernativo y judicial, sino que también es una concreción del principio de publicidad, el cual no puede ser considerado como una mera formalidad, sino que requiere de las autoridades de una labor efectiva y diligente para alcanzar el objetivo de dar a conocer sus decisiones a los ciudadanos.

Al resolver una situación parecida, enmarcada en un proceso iniciado con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por un recluso condenado con sentencia penal ejecutoriada, la Corte Constitucional en Auto 241 de 10 de

junio de 2015⁴², aplicó similar criterio de interpretación normativa. Así se expresó el alto tribunal:

“Ahora bien, cuando los demandantes son personas privadas de su libertad en cárceles y penitenciarías del país, a juicio de la Corte debe hacerse una excepción a esa regla. La notificación por estados tiene sentido y está justificada cuando la parte a quien se le debe surtir no sólo está enterada de que hay un proceso en curso y cuenta entonces con la carga de vigilar el proceso, sino además cuando está en capacidad de cumplir efectivamente con dicha carga y de asistir al despacho judicial para estar al tanto de los actos procesales. No es eso, sin embargo, lo que ocurre en los procesos de constitucionalidad con quienes están confinados por una causa penal en una cárcel o penitenciaría, pues ellos no tienen la posibilidad efectiva de concurrir a la Corte Constitucional para vigilar el estado del proceso, debido precisamente a sus condiciones de encierro. Es importante anotar que los estados en esta clase de procesos se publican también en la página web de la Corporación,⁴³ pero lo cierto es que incluso esta verificación virtual se ve, para quienes están presos o detenidos, por obvias razones de seguridad y cumplimiento efectivo de la pena o la detención, seriamente restringida.⁴⁴ El uso de internet, según el reglamento, se permite sólo en casos excepcionales.⁴⁵

En asuntos como este, la norma aplicable no es entonces la correspondiente al Código de Procedimiento Civil, pues una notificación por estados es inidónea para ponerle de presente al actor la existencia de la decisión. Más adecuado en estos casos es aplicar la norma excepcional prevista en el Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), en tanto se refiere a la notificación de providencias a personas privadas de su libertad. Este Código establece que por regla general las providencias deben notificarse por estrados, lo cual se justifica en que se trata de un

⁴² Con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle. Esta postura fue reiterada en Auto 242 de la misma también con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle.

⁴³ <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/Estados/>.

⁴⁴ El Código Penitenciario y Carcelario, contenido actualmente en la Ley 65 1993 con todas sus reformas, establece un régimen regulado de comunicación de reclusos con el exterior. El artículo 111 del mismo dice al respecto para empezar que los internos no pueden tener instrumentos de comunicación privados, en los siguientes términos: “[p]or ningún motivo, ni en ningún caso, los internos podrán tener aparatos o medios de comunicación privados, tales como fax, teléfonos, buscapersonas o similares”. Y esa misma norma establece que debe haber autorización previa para recepción y envío de correspondencia, así: “[l]a recepción y envío de correspondencia se autorizará por la dirección conforme al reglamento”. Por su parte, el Acuerdo 0011 de 1995 ‘Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios’ dispone respecto de las comunicaciones de los internos que estos tienen derecho a comunicarse “con su familia, abogados, allegados, amigos y personas conocidas”, aunque “de acuerdo con las normas establecidas en la Ley 65 de 1993, en este reglamento y en los reglamentos de régimen interno de cada establecimiento”

⁴⁵ El Acuerdo 02 de 2009 ‘Por el cual se adicionan unos artículos de los Acuerdos 0011 de 1995 y 008 de 1997 y se adoptan otras determinaciones’, dice al respecto que se admitía el uso de internet “en zona común” sólo para efectos de la aplicación de la (también conocida como ley de justicia y paz) Ley 975 de 2005 ‘Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios’. El artículo 3 del citado Acuerdo, reformatorio del artículo 21 del Acuerdo 0011 de 1995 (reglamento general penitenciario y carcelario), dice: “Adicionar al artículo 21 del Acuerdo 0011 de 1995, los siguientes párrafos: || PARAGRAFO PRIMERO: Con el propósito de facilitar la participación real y efectiva de los postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, se les podrá autorizar servicio de internet en zona común, de acuerdo con los parámetros establecidos en la reglamentación especial que expida la Dirección General del INPEC.”

procedimiento oral. Pero en casos excepcionales, la Ley admite que la notificación se surta “mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes” (CPP art. 169). Y luego agrega que “si el imputado o acusado se encontrare privado de la libertad, las providencias notificadas en audiencia le serán comunicadas en el establecimiento de reclusión” (ídem).”.

En conclusión, dando aplicación a los postulados constitucionales de respecto por la dignidad humana, igualdad, debido proceso, buena fe procesal, publicidad, tutela judicial efectiva; en observancia además de la regla de interpretación fijada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, e invocando para el efecto los deberes y poderes que el ordenamiento jurídico reconoce al juez, se ordenará para el caso en concreto, lo siguiente:

i) Para efectos de notificar al actor las providencias que se emitan en este proceso, se dará aplicación a lo normado en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, en tal virtud,

ii) Por Secretaría de la Sección Segunda, se dispondrá oficiar al Director del Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá “La Picota”, para que por su conducto o a través de quien él legalmente delegue, en un término no superior a tres días a partir del recibo comunique al actor de la presente providencia, trámite del que dicho funcionario tendrá que dejar expresa constancia, por lo que deberá obtener la firma de recibido del recluso, todo lo cual deberá ser remitido a este expediente.

Lo anterior no quiere decir que en el caso concreto se prescinda de la notificación por estado establecida en el artículo 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011, pues, su aplicación no puede ser obviada.

En consecuencia, se

RESUELVE

PRIMERO. Admitir, en única instancia, la demanda presentada por el señor Martín Emilio Rodríguez Cortes, la cual se tramitará por las vías del proceso

ordinario de Nulidad, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. Notificar personalmente este auto admisorio a los representantes legales, o quienes hagan sus veces, del Ministerio de Defensa Nacional y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, haciéndoseles entrega de copia de la demanda y de sus anexos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011.

TERCERO. Notificar personalmente este auto al Representante Legal, o quien haga sus veces, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, haciéndosele entrega de copia de la demanda y de sus anexos, en atención a lo estatuido en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO. Notificar personalmente este auto al señor Agente del Ministerio Público haciéndosele entrega de copia de la demanda y de sus anexos, como lo dispone el artículo 171, numeral 2, de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO. Correr traslado a la parte demandada en los términos del artículo 172 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO. Advertir a las entidades u autoridades accionadas, que de conformidad con el artículo 175, numeral 4, de la Ley 1437 de 2011, con la contestación deben aportar todas las pruebas que tengan en su poder y pretendan hacer valer en el proceso.

SÉPTIMO. Notificar por Estado a la parte demandante de la presente providencia, en virtud de lo dispuesto por los artículos 171, numeral 1, de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO. Por Secretaría de la Sección Segunda, oficiar al Director del Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá “La Picota”, para que por su conducto, o por quien el legalmente delegue, comunique al actor de la presente providencia dentro del término de tres días contados a partir de su recibo, trámite del que dicho funcionario tendrá que dejar expresa constancia, por lo que deberá obtener la firma de recibido del recluso, todo lo cual deberá ser remitido a este

expediente; de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

NOVENO. Informar a la comunidad sobre la existencia de este proceso, conforme con el artículo 171, numeral 5, de la Ley 1437 de 2011.

DÉCIMO. Por Secretaría de la Sección Segunda, adelantar los trámites requeridos para corregir los datos del presente proceso en las bases del software de gestión judicial “Justicia Siglo XXI”, sistema en el que debe aparecer que el expediente de la referencia se tramitará como Nulidad.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera de Estado

SLIV/EDLOM..