

Honorables Magistrados  
CORTE CONSTITUCIONAL  
E. S. D.

D-8392



9: [Handwritten signature]

REFERENCIA: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.  
NORMA DEMANDADA: LEY 1425 DE 2010.

OMAR ALBERTO FRANCO BECERRA, ciudadano colombiano identificado con la cédula de ciudadanía número 79.287.788 expedida en Bogotá, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, respetuosamente concurre ante ustedes a fin de presentar demanda para que se declare la inexecutable de la Ley 1425 de 2010, mediante la cual se derogan los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, en los siguientes términos:

I.- NORMA DEMANDADA.

Se demanda la inconstitucionalidad de la Ley 1425 de 2010, por medio de la cual se derogan algunos artículos de la Ley 472 de 1998 cuyo texto es el siguiente:

LEY 1425

29 de diciembre 2010

*"Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 - acciones populares y de grupo."*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Deróguense los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998.

Artículo 2°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias.

II.- NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS.

La ley demandada vulnera el Preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 88, 93, 94 y 95 y el Título XIII, de la Constitución Política y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Colombia y que forma parte del Bloque de Constitucionalidad.

Por otra parte, vulnera lo dispuesto en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

III.- RAZONES DE LA VULNERACIÓN.

**3.1.- Vulneración del Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 88, 93, 94 y 95 y el Título XIII, de la Constitución Política y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Colombia y que forma parte del Bloque de Constitucionalidad.**

La norma demandada deroga los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 que establecieron:

*ARTICULO 39. INCENTIVOS. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.*

*Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.*

*ARTICULO 40. INCENTIVO ECONOMICO EN ACCIONES POPULARES SOBRE MORAL ADMINISTRATIVA. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.*

*Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobre costos 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.*

*Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.*

Las acciones populares, tal como han sido entendidas en la Constitución son una de las formas de participación democrática mediante la cual cualquier persona recurre a la jurisdicción con el ánimo de que esta ordene a la administración, o a un particular, que cumpla con sus deberes y en consecuencia deje de afectar los derechos e intereses colectivos, cesando la amenaza que cierne sobre ellos o dejando de vulnerarlos.

Así pues, se trata de una herramienta de eminente estirpe democrática que permite que cualquiera de los miembros de la comunidad tome la vocería de toda ella para defender sus derechos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215/99, Magistrada Ponente doctora María Victoria Sánchez de Moncaleano.

*Dentro del marco del Estado social de Derecho y de la democracia participativa 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.*

*Conforme al nuevo modelo de democracia, los ciudadanos no sólo participan en el gobierno de su país mediante la elección libre de sus representantes, sino que a través de diversos mecanismos de deliberación, colaboración, consulta y control diseñados por el constituyente, se les permite intervenir de manera activa en las decisiones que los afectan e impulsar la acción de las autoridades en el propósito común de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado.*

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

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

*Es así como, dentro de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1991 elevó a canon constitucional, acciones que de tiempo atrás existían en el sistema jurídico colombiano como medios de defensa de derechos e intereses colectivos: las denominadas **acciones populares** (art. 88, inciso primero, C.P.). Estos instrumentos buscan proteger esa categoría de derechos e intereses en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador.*

Lo anterior demuestra como la constitucionalización de las acciones populares constituyó un avance significativo en el establecimiento del estado social de derecho que la Carta de 1991 pretendió para Colombia, permitiendo dejar de lado el "desconocimiento y olvido de que han

sido objeto los derechos colectivos", al otorgarle al individuo las herramientas necesarias para lograr su protección.

Los derechos colectivos, conforme lo establece el artículo 88 de la Carta son *los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente [y] la libre competencia económica*, pero además la Ley puede señalar otros *de similar naturaleza* susceptibles de ser amparados mediante las acciones populares.

Como se observa, los derechos colectivos son aquellos que trascienden la órbita de lo individual o subjetivo, pues pertenecen a todos. Pero ello no quiere decir que se trate de derechos de inferior jerarquía que los derechos individuales fundamentales, es más en la mayoría de los casos se trata de derechos de tanta entidad que se constituyen en garantía misma de la calidad de vida de los integrantes de la comunidad y, en ciertos casos incluso son objeto de acción de tutela. Tal es el caso del patrimonio público, del espacio público, de la seguridad pública, de la salubridad pública, de la moralidad administrativa, del derecho a un medio ambiente sano.

Así por ejemplo, sobre la naturaleza fundamental del derecho al medio ambiente sano, la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera<sup>2</sup>:

*Conforme a las normas de la Carta que regulan la materia ecológica, a su vez inscritas en el marco del derecho a la vida cuya protección consagra el artículo 11 del mismo ordenamiento, esta Corte ha entendido que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre y que el Estado, con la participación de la comunidad, es el llamado a velar por su conservación y debida protección, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales de la Nación.*

¿Que decir con respecto al derecho colectivo a la salubridad pública y su íntima relación con el derecho a la vida y a la salud; de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y sus ataduras con el derecho a la paz, y con los fines constitucionales de progreso y de alcance de un orden económico, político y social justo; del derecho colectivo al disfrute del espacio público o de los derechos de los consumidores y su relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana?

De suerte que la importancia de los derechos colectivos deviene de la íntima relación que estos guardan con el cumplimiento de los objetivos constitucionales del Estado y la supervivencia misma de las comunidades. De allí que muchos de ellos hayan sido reconocidos como tales por instrumentos internacionales de derechos humanos y que la

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431/00, Magistrado Ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

Carta Política los haya reconocido en disposiciones independientes además de lo que dispuso en el artículo 88 para su protección.

En efecto, el pacto internacional de derechos económicos, sociales reconoce los derechos a la salubridad pública y al disfrute de un medio ambiente sano, y nuestra Constitución estatuyó además lo siguiente con relación a los derechos colectivos: (i) el derecho de los niños a la recreación – art. 44-, el que indiscutiblemente se encuentra relacionado con el uso del espacio público; la integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos –art. 47-, relacionado íntimamente con el derecho al uso del espacio público y la eliminación de barreras arquitectónicas; el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre – art. 52-; la asignación de una función ecológica a la propiedad privada – art. 58-; la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación – art. 63-; los derechos de los consumidores – art. 78-; la protección del medio ambiente – arts. 79, 80 y 81-; el derecho al goce del espacio público y a la planeación urbana –art. 82.

En consecuencia es claro que los derechos colectivos, y su protección a través de las acciones populares, forman parte de un sistema constitucional en el que de una parte corresponde al Estado garantizarlos como quiera que su existencia se justifica en el cumplimiento de sus fines y de otra los particulares tienen los medios judiciales para obligar a las autoridades a cumplirlos.

Los fines del Estado están contemplados en el artículo 2 de la Carta de la siguiente manera:

*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, **promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan** y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.<sup>3</sup>*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

Nótese como la Constitución determinó que es esencia del Estado entre otros el que promueva la prosperidad general, garantice la efectividad de los derechos y facilite la participación.

<sup>3</sup> Las subrayas y negrillas no se encuentran en el texto original.

Promover, conforme es definido por la Real Academia Española, significa *iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro*; en tanto que prosperidad quiere decir según la misma fuente el *curso favorable de las cosas*.

De manera que es fin esencial del nuestro Estado el impulsar los procesos necesarios para que las cosas comunes tengan éxito o curso favorable, garantizando que los derechos, entre ellos los derechos colectivos, sean efectivos es decir reales, válidos.

Por su parte, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Colombia establece el principio de progresividad de los derechos consagrados en él, dentro de los cuales se encuentran los derechos al ambiente.

En efecto, el artículo 12 del Pacto establece en su literal b) que es obligación de los estados partes con el propósito de asegurar el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el mejoramiento en todos sus aspectos del medio ambiente.

Se concluye entonces que los mecanismos de protección de los derechos colectivos deben obedecer al principio de progresividad conforme al cual toda norma que se adopte debe responder a un avance en dicha protección y no puede significar un retroceso en la misma.

Pues bien, la Ley demandada constituye un retroceso en la garantía de los derechos colectivos, lo que indiscutiblemente vulnera mandatos supraleales contenidos en el Preámbulo Constitucional que establece como fin constitucional el aseguramiento de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, pues le quita a los habitantes una herramienta que los impulsa a participar en pos de un orden justo y en defensa de la vida con calidad.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido la prohibición de la regresividad de las leyes sociales es prima facie, y que el legislador puede adoptar medidas que recorten los avances ya logrados con ciertas condiciones.

En la Sentencia C-443/09 con ponencia del Magistrado doctor Humberto Sierra Porto dijo el Alto Tribunal:

*El mandato de progresividad, que se desprende del artículo 2.1 del PIDESC, tiene dos contenidos complementarios<sup>4</sup>, por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad. Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de progreso,*

<sup>4</sup> Cfr. CHRISTIAN COURTIS, *loc. cit.*, p. 8 y s.s.

consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Así el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que "el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo"<sup>5</sup>. Esta última comprensión implica como contrapartida la **obligación estatal de no regresividad**, la cual ha sido interpretada doctrinal<sup>6</sup> y jurisprudencialmente<sup>7</sup> en el sentido que una vez

<sup>5</sup> Observación general 3, Comité de derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>6</sup> La Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC señala textualmente: "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9. Otras observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el pacto; así entre otras la Observación general 4 (El derecho a un vivienda adecuada) párr. 11, la Observación general 12 (El derecho a una alimentación adecuada), párr. 19, la Observación general 13 (el derecho a la educación), párr. 45 y 59; la Observación general 14 (el derecho al disfrute del más amplio nivel posible en salud) párr. 32, 48 y 50; la Observación general 15 (El derecho al agua), párr. 19, 21 y 42. Por su parte el artículo 5.1 de las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 de Protocolo de San Salvador", aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el 2005, define la noción de progresividad del siguiente modo "a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico social y cultural".

<sup>7</sup> Además de la sentencia C-038 de 2004, existen numerosos pronunciamientos de esta Corporación en torno al alcance del principio de progresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales. En la sentencia C-671 de 2002 la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 "por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", se acusaba esta norma de inconstitucional por cuanto excluía como beneficiarios del Sistema de Salud a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontraran retirados, población que en la legislación anterior estaba vinculada al sistema. Al momento de analizar la norma demandada, la Corte constató que dicha legislación perseguía un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, consistente en proteger la viabilidad financiera de este sistema especial de salud, empero consideró que dicha medida era regresiva, por cuanto implicaba dejar desprotegido a un grupo poblacional que bajo el régimen anterior gozaba de los beneficios del sistema. A causa de esta regresividad, la Corte indicó que este tipo de medidas deben presumirse inconstitucionales. Sin embargo, esta presunción podía ser desvirtuada, para lo cual era necesario acreditar dos requisitos: (i) cuando tratándose de razones imperiosas, resulte absolutamente necesario ese paso regresivo en un derecho social, siendo en tal sentido justificada su adopción y (ii) la aplicación de la medida regresiva no se muestre desproporcionada para las personas afectadas. Desde esta perspectiva, esta Corporación concluyó que si bien la norma acusada pretendía alcanzar un fin legítimo, como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la Fuerza Pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población. En consecuencia, se declaró su constitucionalidad condicionada. La sentencia C-931 de 2004, analizó la constitucionalidad de la ley anual de presupuesto para el 2004. En esta ocasión la Corte, entre otros aspectos, estudió la constitucionalidad de la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. En su análisis, la Corte señaló que de las normas constitucionales no se derivaba una obligación a cargo del Estado de actualizar los recursos financieros de estos centros educativos. Sin embargo, la ley, la jurisprudencia y los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia e integrados al ordenamiento vía bloque de constitucionalidad, han reconocido el acceso a la educación como derecho social, lo que obligaba a su desarrollo progresivo, por lo tanto la Corte advirtió que la disposición examinada resultaba prima facie inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba limitar el acceso a este nivel de educación. En atención a lo anterior, la Corte procedió a realizar un juicio de proporcionalidad que determinara si la medida regresiva se encontraba justificada por la necesidad de obtener un objetivo imperioso constitucionalmente válido, y si, además, era razonable y proporcionada, el cual condujo nuevamente a una declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición acusada. En la sentencia C-991 de 2004 se examinó la constitucionalidad de la Ley 812 de 2002, que fijaba un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional, esto es, madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva), la norma era acusada de implicar una regresión en la protección, en tanto la legislación anterior sobre el tema,

alcanzado un determinado nivel de protección "la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad"<sup>8</sup>, lo cual no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia.

Se trata, sin embargo, de una prohibición prima facie, porque "los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado (...). Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social"<sup>9</sup>.

En fecha más reciente esta Corporación sintetizó, en los siguientes términos, el alcance de la prohibición de regresión: "la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia."<sup>10</sup>

El derecho al medio ambiente sano aparece reconocido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en

---

esto es, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, no incorporaba este límite temporal. La medida fue declarada inexecutable, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional. Por lo tanto, fue declarada la inexecutable de la norma acusada. También en materia de tutela se ha reiterado el alcance del principio de progresividad, así en la sentencia T-1318 de 2005 se declaró contraria a este principio la actuación del municipio de Palmira que había reducido el monto de los subsidios otorgados a los beneficiarios de un proyecto de vivienda de interés social alegando incapacidad financiera. Sala séptima de revisión constató que la reducción de los subsidios para el acceso a la vivienda de interés social constituye una medida regresiva en el derecho social a una vivienda digna. En la sentencia T-043 de 2007 se ordenó la inaplicación de las disposiciones de la Ley 860 de 2003 que establecían condiciones más gravosa para el acceso a la pensión de invalidez frente a los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 por considerarlas contrarias al principio de progresividad. Igualmente en numerosos fallos de tutela relacionadas con menores que había sido excluidos de la educación pública financiada con los recursos del sistema general de participaciones, en razón de su edad el mandato de progresividad en los derechos económicos, sociales y culturales ha sido un elemento relevante para decidir los diferentes casos, al respecto puede consultarse la sentencia T-273 de 2007. Por ser contrarias al principio de progresividad también se ha ordenado la inaplicación de disposiciones reglamentarias que excluían de la calidad de beneficiarios de seguridad social en salud a los padres de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ver sentencias T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

<sup>8</sup> Sentencia C-038 de 2004 f. j. 22.

<sup>9</sup> Sentencia C-038 de 2004, f. j. 23. Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

<sup>10</sup> Sentencia T-043 de 2007.

materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" con el siguiente tenor:

#### Artículo 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.

*Ahora bien, a pesar de que en nuestro ordenamiento constitucional este derecho tiene el carácter de un derecho colectivo esta naturaleza no excluye la aplicación del principio de progresividad, debido a que precisamente el Protocolo de San Salvador, en su artículo 1.1, señala la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo".*

Así las cosas, es necesario examinar en este caso si la abolición de los incentivos que la ley otorgaba a los actores populares que lograban la protección judicial de los derechos colectivos es justificada, adecuada y proporcional a un propósito constitucional de particular importancia.

La Ley demandada tuvo su origen en un proyecto de ley presentado por el Ministro del Interior y de Justicia que manifestó en la exposición de motivos lo siguiente<sup>11</sup>:

*Actualmente en Colombia, la presentación de acciones populares, ha tenido un aumento considerable, que según nuestro análisis, está justificado en el interés de los accionantes para obtener el incentivo económico reconocido por la Ley 472 de 1998 para las personas que mueven el aparato jurisdiccional en procura de defender los intereses de la comunidad.*

*El loable interés del legislador de premiar a los ciudadanos responsables que defiendan los intereses colectivos, ha perdido en la actualidad su razón de ser, toda vez que se ha convertido en un negocio de unos cuantos, que se han dedicado a viajar a lo largo y ancho del territorio nacional presentando acciones populares, buscando unos reconocimientos desmedidos en detrimento del erario público y especialmente de los entes territoriales.*

*La razón de ser de dichas acciones, está orientada a proteger los derechos colectivos como el ambiente sano o el espacio público y la moral administrativa, cuya consecución y protección le atañe a todos los ciudadanos, sin necesidades*

<sup>11</sup> Gaceta del Congreso No. 622 de 2009.

de recurrir a premios para que se ejerza su defensa y protección, que van en detrimento de las finanzas de los presupuestos públicos.

En los últimos años hemos visto cómo los alcaldes municipales se han visto obligados a enfrentar un sinnúmero de acciones populares que en vez de coadyuvar al bienestar de la comunidad entorpecen las actividades propias de las administraciones locales.

Así mismo, los presupuestos de las administraciones públicas se ven menoscabados con los fallos de estas acciones y es tal el volumen de estas y el valor de los fallos que en algunos casos los mandatarios locales se ven abocados al traslado de los recursos del plan de desarrollo para cumplir con lo mandado por los jueces a través de esta figura.

Es por esto que el presente proyecto pretende derogar los siguientes artículos de la Ley 472 de 1998:

**Artículo 39.** Incentivos. El demandante de una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

**Artículo 40.** Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.

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.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener que se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.

Los ponentes para el primer debate, que se surtió en el seno de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, consignaron en su informe<sup>12</sup>:

Es por esto que en las alcaldías municipales manifiestan que las acciones populares dejaron de ser un mecanismo para proteger los derechos colectivos y se convirtieron en un negocio rentable para unos pocos que sin pertenecer a las entidades territoriales y conocer sus problemáticas, van por ahí tomando fotos e instaurando recursos con el solo objeto de beneficiarse económicamente.

<sup>12</sup> Gaceta del Congreso No. 235 de 2010.

*Un caso que ha afectado a nuestros municipios es el de las acciones populares para el establecimiento de los cuerpos de bomberos oficiales que desconoce la realidad local de la existencia de cuerpos voluntarios de bomberos, caso sucedido reiteradamente en los departamentos de Cundinamarca y Antioquia en donde se encuentra una coincidencia en los accionantes que solo tienen interés en los reconocimientos económicos y no en el buen desarrollo de la administración pública esto sucedido durante los años 2007 y 2008.*

*Además, para estos incentivos no se establecieron parámetros indicativos de procedencia y el modo de cuantificarlos, a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales para que se defina este punto, lo cierto es que no ha sido posible unificarse en torno a los casos en que se es procedente y en cuáles no.*

El argumento así esgrimido se repitió en los informes de ponencia para el segundo debate ante la Plenaria de la Cámara de Representantes y los respectivos debates ante la Comisión Primera y la Plenaria del Senado de la República<sup>13</sup>.

Vale la pena resaltar aquí que el incentivo que los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 estableció a favor del actor popular, solo procede cuando en efecto se constató judicialmente la vulneración y/o amenaza de los derechos colectivos, de manera que no resulta cierto afirmar como lo afirma el autor y los ponentes del proyecto, ahora ley, que el hecho de que un ciudadano presente una acción popular genera per se el reconocimiento del incentivo económico. De suerte que si los municipios, o cualquiera autoridad o particular es condenado a través de una acción popular a pagar un incentivo es porque dentro del proceso se ha demostrado que efectivamente se ha vulnerado un derecho que el demandado estaba obligado a respetar.

Sobre la naturaleza del incentivo económico se han pronunciado las Altas Cortes de la siguiente manera<sup>14</sup>:

*El incentivo pretende, por una parte, aliviar los gastos propios en que puede incurrir un demandante en cualquier proceso, por otra, premiar a quien emprende una acción eficiente para que los derechos colectivos cobren vigor, y finalmente, animar al actor a hacer frente a una contraparte que en muchas oportunidades será económicamente poderosa y dispondrá de todos los recursos necesarios para enfrentar la relación procesal.*

De suerte que no resulta justificado abolir el incentivo del que tratamos con el argumento de que son muchas las acciones populares que se presentan en contra de las administraciones municipales.

<sup>13</sup> Gacetas números 680, 792 y 885 todas de 2010, respectivamente.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 1 de marzo de 2001, radicación AP-021, consejero ponente doctor Alíer Hernández.

Conforme al registro de acciones populares de la Defensoría del Pueblo, a 5 de enero de 2010 se habían admitido 13.850 acciones populares, lo que deja un promedio de 1.154 acciones populares admitidas al año en todo el país desde 1998, año en que se comenzó a llevar el registro por mandato de la Ley 472.

De las 199 acciones populares referidas a la constitución de cuerpos de bomberos que son tomadas en los informes de los ponentes, admitidas, solo una accedió a las pretensiones de la demanda y por lo tanto no concedieron incentivos a favor de los demandantes, lo que demuestra que no existe justificación para la abolición del incentivo.

Se concluye que la abolición de los incentivos carece de justificación y que el fin que se pretende con ella es que no se interpongan acciones populares lo cual constitucionalmente no es un propósito importante, pues lo que pretende la constitución es la participación ciudadana y el cumplimiento de los fines estatales.

Finalmente es necesario referirnos al hecho de que la derogatoria del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 incluye la del inciso final del mismo que establecía:

*Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.*

Dentro de la motivación del proyecto, hoy Ley 1425 de 2010, no existe ningún argumento que justifique la derogatoria de esta disposición, la que igualmente constituye un grave retroceso en materia de la lucha contra la corrupción.

### **3.2.- Vulneración de los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.**

La derogatoria de los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 deja al actor en absoluta inferioridad de condiciones frente a su contraparte.

En efecto, como ya se refirió anteriormente el incentivo abolido cumplía con dos finalidades: (i) retribuir los gastos en que el actor, que tomó la vocería de la comunidad para solicitar la protección de los derechos colectivos, incurrió para ello y (ii) premiarlo por su gestión.

La Ley 472 de 1998 establece que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de amenaza o vulneración de los derechos colectivos corresponde al actor y aunque también establece la posibilidad de recurrir al amparo de pobreza, lo cierto es que si el actor no encaja dentro de las características necesarias para recurrir a esta figura, debe solventar de su pecunio los costos del proceso que van desde la consignación de los gastos procesales conforme a lo que dispone el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo, pasando

por la publicación en un medio masivo de comunicación del aviso de la admisión, hasta el costo de las notificaciones, pruebas, honorarios de curador ad litem, copias y demás emolumentos propios del proceso.

Si aparte de ello se contempla que con la derogatoria del inciso final del artículo 40 de la Ley 472 de 1998 el acceso a los documentos soportes de la contratación se complica aún mas, se tendrá que quien pretenda solicitar la protección de un derecho colectivo debe contar con los suficientes recursos propios para solventar el proceso sin posibilidad de que dichos costos le sean devueltos a pesar de haber logrado el loable objetivo propuesto.

Así las cosas, como bien lo ha dicho el Consejo de Estado, la balanza de la justicia se inclina del lado de quien tiene todos los recursos procesales para enfrentar la relación procesal, dejando al actor en desventaja.

La igualdad de las partes es una de las garantías que conforman el debido proceso, además de ser un derecho fundamental consagrado en el artículo 13 Superior. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional<sup>15</sup>:

*[E]s debido todo proceso que se realiza ajustado a las formas propias establecidas por el legislador para el respectivo juicio, permitiendo un trato en igualdad para quienes allí participan, así como el ejercicio de la defensa en debida forma para la protección de sus derechos e intereses; y, el segundo, que las reglas procesales establecidas para un proceso deben ser conducentes a la finalidad que con ellas se pretende y para la cual fueron concebidas, dentro del cumplimiento del cometido estatal de administrar justicia y de la salvaguarda de los derechos materiales controvertidos.*

*Sea lo primero recordar que, el derecho de defensa es presupuesto esencial de toda clase de procedimientos en los cuales se vea envuelta la garantía de los derechos de las personas, dado que con él ofrece todos los medios posibles y adecuados para obtener la protección y reconocimiento de los mismos, mediante la resolución del asunto en derecho con un adecuado acceso a la administración de justicia.*

*De ahí que la Corte haya señalado que la finalidad tanto del derecho al debido proceso, como a la defensa sea "la interdicción a la indefensión"<sup>16</sup>, pues la desprotección de las personas frente al reclamo de sus propios derechos, desconociendo la vigencia efectiva de los principios superiores que rigen los procesos (C.P., art. 29), desconoce el derecho a la igualdad. La indefensión surge, en términos de esta Corte "(...) cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial, de sus derechos, o la de realizar dentro de dicho proceso, las adecuadas pruebas, o cuando se le crea un*

<sup>15</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-383/00, Magistrado Ponente, doctor Álvaro Tafur G.

<sup>16</sup> Sentencia T-416/98, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

*obstáculo que dificulte la actividad probatoria, o cuando se le niega una justa legal facultad de que su negocio sea conocido en segunda instancia.(...)"<sup>17</sup>.*

*Efectivamente, se produce una indefensión de las personas cuando se les coarta la posibilidad de acceder al aparato judicial o cuando se les dificulta realizar las actividades encaminadas a propiciar su defensa dentro de un proceso.*

En consecuencia, como quiera que al desaparecer el incentivo y no existir norma que permita que se condene en costas a la parte demandada, se está dificultando injustificadamente el acceso del actor popular a los medios de prueba y, aunque logre el objetivo de obtener el amparo de los derechos colectivos, su presupuesto será castigado por haber cumplido con el deber de solidaridad establecido en la Constitución.

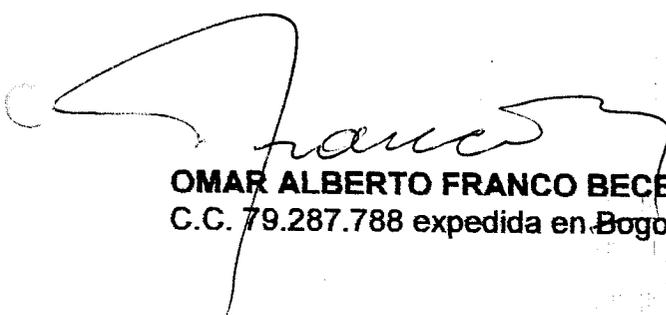
#### **IV.- COMPETENCIA.**

La Corte es competente para examinar la constitucionalidad de las leyes conforme a lo dispuesto en el artículo 241 de la Constitución Política.

#### **V.- NOTIFICACIONES.**

Las recibiré en la Secretaría de la Corte o en la Carrera 72 No. 22 D – 54, interior 24, apartamento 102, teléfono 4875692 de la ciudad de Bogotá; o en el buzón de correo electrónico [omaralbertofranco@hotmail.com](mailto:omaralbertofranco@hotmail.com).

Señores Magistrados,

  
**OMAR ALBERTO FRANCO BECERRA**  
C.C. 79.287.788 expedida en Bogotá.

---

<sup>17</sup>Idem.