

**CRITERIO DE CONEXIDAD PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
COLECTIVOS ADOPTADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL - A PARTIR DE  
1991**

**JAVIER GÓMEZ RENDÓN**

**SARA EMILCE SÁNCHEZ ARBOLEDA**

**Monografía para optar al título de Abogado.**

**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA  
MEDELLIN-DICIEMBRE**

**2014**  
**CONTENIDO**

|   |    |
|---|----|
| INTRODUCCION.....   | 3  |
| OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....   | 7  |
| OBJETIVO GENERAL .....  | 8  |
| OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....   | 8  |
| JUSTIFICACIÓN.....  | 8  |
| ENFOQUE METODOLÓGICO.....   | 8  |
| FUENTES Y RECURSOS .....  | 8  |
| CAPÍTULO I.....   | 9  |
| DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ACCION DE TUTELA .....                          | 9  |
| 1.1. ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS .....                                   | 9  |
| 1.2 CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL.....                                    | 15 |
| 1.3 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....                       | 18 |
| 1.4 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991<br>..... | 20 |
| 1.5 ACCIÓN DE TUTELA.....   | 24 |
| CAPÍTULO II .....   | 29 |
| LOS DERECHOS COLECTIVOS Y LAS ACCIONES POPULARES .....                      | 29 |
| 2.1 ORIGEN DE LAS ACCIONES POPULARES .....                                  | 33 |
| 2.2 ACTUALIDAD .....  | 35 |
| CAPITULO III.....   | 39 |
| EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE CONEXIDAD.....                               | 39 |
| CONCLUSIONES.....   | 77 |

## INTRODUCCION

La Constitución Política de 1991 consagra, en el capítulo I del título II, los derechos fundamentales, los cuales han sido, calificados como aquellos derechos inherentes al ser humano como la vida, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la honra, la paz, de petición, el trabajo, el debido proceso, entre otros, son llamados también derechos de primera generación.

Por su parte, en el capítulo II están contenidos los derechos sociales, económicos y culturales, cuyo desarrollo depende de una reglamentación legal, y que contemplan entre otros, la institución familiar, la protección de la niñez, los derechos de la tercera edad, los derechos de la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda digna, el derecho a la huelga y el derecho a la propiedad privada. En el capítulo III están expresos los derechos colectivos y de ambiente, llamados de tercera generación; son algunos el derecho al ambiente sano, el aprovechamiento adecuado de los recursos naturales, el espacio público, entre otros (Gómez Sierra, 2004).

En este punto, es importante reconocer que en Colombia los derechos fundamentales han tenido un gran avance desde la Constitución Política de 1991, incluyendo el mecanismo para su protección, ya que dentro de ella se estableció la acción de tutela con la finalidad de que el ciudadano pudiera reclamar, de manera breve e inmediata, el amparo a los mencionados derechos fundamentales cuando resultaren afectados, sin tener que recurrir a los medios legales para su protección.

Así mismo se estableció dentro de la Carta Política un órgano constitucional con la función de salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución, logrando materializar en última instancia los derechos fundamentales del Estado Constitucional de Derecho al conocer las acciones de tutela en revisión. Con ello se busca mantener la esencia y el respeto por la dignidad, y que basan sus decisiones bajo el cuidado y vigilancia de los principios y derechos consagrados en dicha Constitución. Esa magna labor fue encomendada a la Corte Constitucional, organismo adscrito a la Rama Judicial del Poder Público.

Así se expone como la Constitución de 1991 trajo grandes cambios en el ordenamiento jurídico nacional; además de consagrar derechos y deberes, estableció diferentes instrumentos de protección para los derechos e intereses jurídicos de las personas y de la comunidad en general. Entre tales herramientas como se mencionó se encuentran la acción de tutela, pero también se dispuso de la acción popular, la acción de grupo, la acción de cumplimiento, la acción de Habeas Corpus y Habeas Data. En términos generales, se conocen como acciones constitucionales, y son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos a través de las cuales se busca evitar que se produzca la afectación de garantías fundamentales, o en caso de que ello se produzca, que las cosas vuelvan a su estado anterior.

De las citadas herramientas constitucionales se destaca la acción popular, consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, que fue establecida para la protección de los derechos e intereses colectivos, y desarrollada por la Ley 472 de 1998<sup>1</sup>; así mismo, el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 regula la protección de los derechos e intereses colectivos, expresando que cualquier persona puede demandar la protección de estos, para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior; además, cuando fuere posible, existe otro instrumento para la protección de los derechos individuales de carácter subjetivo, como lo es la acción de tutela, instituida en el artículo 86 constitucional, y también reglamentada en el Decreto 2591 de 1991 y Decreto 306 de 1992.

Así las cosas en el orden jurídico de Colombia la regla general implica que los derechos fundamentales se protejan a través de la acción de tutela, y los derechos colectivos a través de la acción popular. Sin embargo, la Corte Constitucional, órgano encargado de la vigilancia y control de la Constitución, ha permitido en algunos casos: “(...) que los jueces admitan la acción de tutela cuando se verifiquen que exista conexión entre la vulneración de derechos colectivos y la

---

<sup>1</sup> Art 4º, Ley 472 de 1998. Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la existencia de equilibrio ecológico, manejo de aprovechamiento racional de los recursos naturales, el goce del espacio público, defensa del patrimonio público, defensa del patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad públicas, libre competencia económica, acceso a servicios públicos y prestación eficiente y oportuna, derecho a la seguridad y prevención de desastres, prohibición de la fabricación, importación, posesión de armas químicas, biológicas y nucleares, derechos de los consumidores y usuarios, edificaciones y desarrollo urbano. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

afectación de derechos fundamentales, es decir que de la violación de los intereses colectivos se derive la amenaza de prerrogativas individuales” (Mendoza Martelo, 2011).

Respecto a la procedencia de la acción de tutela para proteger derechos colectivos, la Corte Constitucional ha sido prolija en argumentar que este medio procesal no es el mecanismo idóneo, pues para solicitar la protección de los derechos en mención existen las acciones populares; no obstante, ha hecho la salvedad que sí frente a la vulneración de un derecho colectivo se vulnera así mismo un derecho fundamental la acción de tutela será procedente; eso sí, atendiendo el cumplimiento de ciertos requisitos esbozados por la Alta Corporación, los que más adelante se enunciarán como objeto de estudio de este trabajo.

En esta medida, dicha Corte ha desarrollado en su jurisprudencia la regla excepcional del factor conexidad para la procedencia de la acción de tutela cuando se invocan derechos colectivos afectados que, a su vez, se relacionan con la vulneración de derechos fundamentales. Con ello la Corte Constitucional se ha ido apropiando más de su papel de guardiana de los derechos fundamentales, pues ha tenido en sus manos el poder constitucional que la autoriza para crear jurisprudencia a través de los fallos de tutela, con los cuales se ha permitido justificar el amparo, a través de algunos derechos no tutelables como los colectivos, y atendiendo a las reglas de la conexidad con los derechos fundamentales.

Es así como este órgano director de la jurisdicción constitucional ha logrado, por vía jurisprudencial extender la protección constitucional a derechos de naturaleza no fundamental con el mecanismo de la acción de tutela. En este sentido, la acción de tutela es un instrumento de protección del orden constitucional, considerado como un mecanismo procesal de mayor eficacia, y uno de los más utilizados por la comunidad para solicitar la protección de sus derechos constitucionales no solo fundamentales, que además, ha logrado intervenir y transformar la realidad social en Colombia debido al alcance jurisprudencial que le ha dado la Corte Constitucional. No obstante algunos, sectores de la sociedad colombiana critican la acción de tutela en cuanto que argumentan:

(...) se ha desbordado; que su uso indiscriminado condujo a una desestabilización de la rama judicial debido al carácter preferente que tiene sobre las demás acciones judiciales que agravó la congestión judicial. Añaden que la Corte Constitucional, a través de sus fallos y so pretexto de interpretar la Constitución, ha ejercido en realidad funciones legislativas, hasta el punto que sus decisiones han tenido efectos presupuestales que afectan la política macroeconómica del Estado (Un Periódico, marzo de 2004)..

Según lo anterior, se percibe como una situación compleja el papel que ha protagonizado la Corte Constitucional al permitirse tutelar los derechos no fundamentales como los colectivos, aunque también se reconoce que a dicho órgano le compete, pues es su deber legal, velar por la supremacía de la Carta Política e interpretar de manera íntegra la Constitución, para que los derechos allí consagrados se puedan efectivizar en aras de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado Social del Derecho que, como lo establece el artículo 2º son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; además, de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

Dada tal situación en la que a través de la acción de tutela como amparo constitucional puedan protegerse derechos colectivos, de presentarse el criterio jurisprudencial de la conexidad nos aborda el interrogante de ¿cómo se define la conexidad como figura jurisprudencial a partir de la cual los derechos colectivos se hacen amparables a través de la acción de tutela?

Evidenciado el fenómeno particular de la procedencia de la acción de tutela por conexidad para la protección de otros derechos constitucionales como los colectivos, esto es la aplicación del criterio de la conexidad desarrollado por la Corte Constitucional a través de su amplia jurisprudencia, se convierte tal figura en un tema valioso para nuestro conocimiento, pues como puede observarse, tal procedencia no tiene regulación alguna en la ley.

En esta medida, en aras de poder resolver la pregunta planteada, el trabajo se dividirá en tres capítulos. En el primero se determinarán aspectos relacionados con el concepto de los derechos fundamentales, su evolución histórica y su puesta en marcha en el ordenamiento jurídico colombiano, además el marco conceptual y legal de la acción de tutela, pues se hace necesario

hacer alusión a este mecanismo constitucional por cuanto es a través de ella que se amparan derechos colectivos que se encuentren en conexidad con derechos fundamentales.

En el segundo capítulo se examinará el marco conceptual y legal de la acción popular y los derechos colectivos. Y, finalmente, en el tercer capítulo se revisarán los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la protección de derechos colectivos a través de la acción de tutela, los cuales permitirán definir la conexidad como figura jurisprudencial que le permite al ciudadano invocar sus intereses y derechos colectivos a través del mecanismo constitucional que fue creado sólo para la defensa de derechos individuales. Este tercer capítulo permitirá establecer, además, los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional desde 1991, para aplicar la conexidad y lograr así definir esta figura.

En atención a lo anterior esta investigación se propuso como objetivo general

definir la conexidad empleada por la Corte Constitucional de Colombia, como figura a partir de la cual los derechos colectivos se hacen amparables a través de la acción de tutela. Para la realización de este propósito general se plantean como objetivos específicos conceptualizar los derechos fundamentales y colectivos, junto con las acciones constitucionales de tutela y popular, como figuras para la procedencia de la conexidad con derechos colectivos en el ordenamiento jurídico colombiano; establecer los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional desde 1991, por medio de las que se ha dado aplicación a la conexidad para la protección de derechos colectivos en Colombia; y definir el criterio jurisprudencial de la conexidad, a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional.

No sobra mencionar que la Corte Constitucional a través de la jurisprudencia, ha logrado generar cambios en el contexto social y político en aras de salvaguardar los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, y los contenidos en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso colombiano. Por ello se dice que dicho órgano “(...) ha sido vigoroso en su protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención por controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos” (Uprimny & García, 2006, pp. 1-2) lo que se lee, según los autores en mención, como una orientación progresista (p. 2). En este sentido, la Corte Constitucional cuenta para su labor interpretativa.

Es por lo anterior que dicho órgano se ha permitido amparar los derechos constitucionales de segunda y tercera generación a través del mecanismo de la acción de tutela, como sí estos hubiesen sido catalogados como derechos fundamentales. Dada la gran demanda en asuntos que invocan la protección de derechos fundamentales es de resaltar que esta acción que procura la protección de derechos subjetivos o individuales exclusivamente, a veces se torna como una textura abierta para dar cabida a la salvaguarda de derechos colectivos, por lo que sería enriquecedor poder definir el criterio de la conexidad que es el que permite tal procedencia.

El trabajo de investigación que se realiza es de tipo cualitativo, pues se pretende definir la conexidad como figura jurisprudencial, por lo que este paradigma de investigación permitirá conceptualizar la situación generada por la Corte Constitucional, y encontrar las particularidades del fenómeno ya desatado, precisando las razones que llevaron a la Corte a adoptar el criterio de conexidad en aras de poder lograr su definición desde el Alto tribunal, sin que sea necesario modificarlo ni reconstruirlo, pues no es la naturaleza de este método de investigación. En esta medida se recogen datos acerca de la definición de lo que es un derecho fundamental de la legislación y jurisprudencia de las acciones de tutela y popular, y de los criterios jurisprudenciales del factor conexidad.

El presente trabajo es teórico, lejos de cualquier investigación de orden experimental; su universo de aplicación es el territorio nacional, y la fuente de información es documental, centrada en las sentencias de tutela de la Corte Constitucional en lo referente a su estrecha relación con los derechos colectivos, el cual se nutrió con textos relacionados con los derechos fundamentales, las acciones constitucionales que nos interesan, y lo dispuesto en la legislación sobre el tema.

De ello que el material utilizado se recolectó en las bibliotecas de esta ciudad, específicamente en la Universidad de Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana, Universidad de Antioquia, Biblioteca Judicial de la Rama Judicial- Seccional Medellín, y las fuentes proveedoras de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como el internet.

## CAPÍTULO I

### DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ACCION DE TUTELA

#### 1.1. ORIGEN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A través de la historia, el valor intrínseco por el ser humano y el reconocimiento de una individualidad en el hombre ha ido evolucionando; en su etapa primitiva, los derechos humanos inherentes a la persona por el mero hecho de serlo, fueron desconocidos, se regían entonces por la ley del más fuerte, y el valor social de la comunidad hacía perder la individualidad de cada uno. Los derechos humanos se han definido comúnmente como aquellos que son inherentes a la persona, inalienables y universales, por el mero hecho de ser personas.

Existen dos corrientes principales que han teorizado acerca de los derechos humanos, entre ellas se encuentra el iusnaturalismo, la cual sostiene que esos derechos “(...) son aquellas garantías que requiere un individuo para poder desarrollarse en la vida social como persona, es decir dotado de racionalidad y sentido” (Polo G., 2000, p. 1). Asimismo, según Polo (2000), el Iusnaturalismo argumenta la existencia de un derecho natural concerniente al ser humano, el cual es “(...) inmutable y eterno, y su conocimiento se da por medio de la razón o la revelación, según la corriente” (p. 3).

Otra de las posiciones, yuxtapuesta a la anterior, y como así lo expresa el autor Luis Felipe Polo G. (2000) en su libro Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos, es aquella que se apoya en corrientes afines al positivismo jurídico, la cual sostiene que los Derechos Humanos “(...) son un producto de la actividad normativa llevada a cabo por los correspondientes órganos del Estado y, por lo tanto que antes de su existencia como normas positivas, es decir antes de su promulgación, no pueden ser reclamables” (p. 3). Por su parte, el autor Sánchez Romero M. (como se citó en Nava G. noviembre 2012-enero 2013), señala: “(...) que los derechos humanos, son derechos inalienables y pertenecientes a todos los seres humanos; necesarios para asegurar la libertad y el mantenimiento de una calidad de vida digna y están garantizados a todas las personas en todo momento y lugar.” (p.6).

También, el catedrático Álvarez Álvarez (como se citó en Nava G. noviembre 2012-enero 2013), expresa que los derechos humanos: “(...) son un conjunto de principios y garantías básicas para el ser humano, representadas por afirmaciones o ratificaciones del valor dignidad y el respeto de la persona frente al estado, son derechos naturales consustanciales de la misma esencia del hombre mismo” (p. 6).

El profesor Pérez Luño (como se citó en Benavidez López, 1999), define los derechos humanos como un “(...) conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (p. 29).

De lo anterior, existen muchas definiciones acerca del concepto de derechos humanos, las que se apuntalan desde la perspectiva iusnaturalista o iuspositivista, pero las mismas conciben en común que esos derechos emanen del valor de la dignidad. En ese orden de ideas, dando una mirada hacia las culturas de la humanidad, se puede rastrear la lucha por los derechos humanos, pues desde que se dio el encuentro con el “otro”, siempre las relaciones han estado infestadas de opresiones del más fuerte contra el más débil, estableciéndose así diferencias entre los mismos individuos, por lo que se da la diferencia de clases y, por ende, su manifiesta discriminación.

Es importante reconocer que, tanto en la tradición occidental como en la grecorromana, se puede encontrar en el humanismo oriental, esto es el hindú, chino e islámico, en sociedades como la babilónica y la hebrea antigua, reglas establecidas en pro de la dignidad, y textos como los diez mandamientos, código Hamurabbi, las leyes y las reformas de Solón, y los códigos de Manú y Buda (Benavidez López, 1999, p. 38).

En los antecedentes remotos se encuentra el Código de Hammurabi, por ejemplo, que data de la primera mitad del siglo XVIII; y en él se pueden detectar algunos pasajes que resaltan la atención por la dignidad, como: “(...) para que el fuerte no oprima al débil, para hacer justicia al huérfano y a la viuda... para hacer justicia al oprimido, he escrito mis preciosas palabras en una estela y la he levantado delante de mi estatua de rey de justicia” (González, 2002, p. 31).

Por su parte, en el oriente medio, en el lejano oriente, en la Rusia ancestral, en los pueblos de África y en las primitivas civilizaciones amerindias, se revelan los primeros resplandores del respeto a la persona humana y su dignidad, “(...) frases como la mujer es digna de respeto, es la luz de la casa; no ofendas a un pordiosero, ellos también tienen alma, todos son hijos de Dios, solo el hombre cuenta, estos entre otros listado de mandatos morales” (González, 2002, p. 32), son puntos referentes que sirven ya a la formulación de los derechos humanos en la cultura occidental del siglo XVIII.

Fueron pues, como dice el autor Jorge Enrique Benavides López (1999), las fuentes más antiguas de reflexión no sistemática sobre los derechos humanos. A esta magna lucha por los derechos humanos se suman las grandes corrientes, como el Iusnaturalismo, que contribuyó a la sensibilización de los hombres por la dignidad. Sus representantes pensaban que el hombre era un fin en sí mismo; tenían la creencia de que por encima de las leyes humanas existían unos principios superiores.

Entre sus magnos representantes se encuentra Hugo Grocio, quien argumentó que existen unos derechos naturales inherentes a la persona humana, y que no necesitan el respaldo de ley divina, que hay algo de derecho natural, si se demuestra, primero la conformidad o disconformidad de una cosa con la naturaleza social y racional, y segundo sí se deduce, no con seguridad muy cierta, pero a lo menos bastante probable, que es de derecho natural lo que en todos los pueblos o en todos los de mejores costumbres se cree que es tal (González, 2002, p. 43).

Así mismo (como se citó en González, 2002) desarrolló la tesis de que todos los hombres están obligados a mirarse unos a otros como si fueran iguales, que el derecho natural es común a todas las naciones. Además extrae una regla fundamental del derecho natural, “(...) cada hombre en la medida que el pueda debe cultivar y defender la sociabilidad con los demás, algo acorde a la naturaleza y fin de la raza humana” (Carpintero Benítez, 1999, p. 191-192). Por otro lado, para Emmanuel Kant (como se citó en Cubo Ugarde, 2010) propone: “(...) la idea fundamental de derecho natural es que el origen de la legitimidad de las leyes no procede del arbitrio de los autores de una constitución, ni de los legisladores de las mismas, sino única y exclusivamente de la propia razón” (p. 51).

No puede dejarse de lado el hecho de que fue la filosofía estoica, en el año 306 a.c., (Grecia-Roma), con su fundador Zenon de Kition, quien formuló la teoría de los derechos naturales como algo perteneciente a todos los hombres de todos los tiempos, argumentando además que los derechos no eran privilegio para ciertos ciudadanos. Estos filósofos conciben una idea universal de la humanidad; es decir, de la igualdad esencial de todos los hombres en cuanto a la dignidad que corresponde a cada uno (Camargo, 1995).

Dentro de la cultura occidental, los derechos humanos tuvieron tres grandes hitos, son ellos la Carta Magna de 1215<sup>2</sup>, tomado como el primer estatuto político del parlamentarismo; la petición of Right de 1628<sup>3</sup>, solicitud del parlamento al rey para que confirmara los derechos y libertades existentes en Gran Bretaña; y el Bill of Rights de 1689<sup>4</sup>, que es un contrato social entre el Parlamento y el Monarca sobre derechos y libertades fundamentales; tales hechos se presentaron en el movimiento político social inglés.

De igual manera la Declaración de los Derechos de Virginia (1776) se convierte en una clara muestra de aquellos brotes en la humanidad, que iban marcando el paso para la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. En ella se afirmaba que todos los hombres por su misma naturalidad, poseen unos derechos innatos, y que el poder radica en el pueblo; también se habla de la separación de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) ; luego de ella deviene la declaración de independencia de los Estados Unidos, con manifestaciones de protección del derecho a la vida, de la libertad, de la igualdad, de la soberanía del pueblo, de la supremacía del Derecho, de la división de poderes, del debido proceso, entre otras (Benavidez López, 1999, p. 38).

---

2 Ley que está por encima del rey, y que reconoce que existen ciertos derechos que no necesitan ser legislados, porque pertenecen a la ley del sentido común, como el derecho a la propiedad, libre circulación, a no ser víctima del abuso del Estado, derecho a unas garantías procesales, como por ejemplo que el rey no pueda formar un ejército, sin la autorización del Parlamento o que no pueda abrir y cerrar a su antojo este mismo parlamento.

3 Es un documento que respeta los derechos de los súbditos del rey Carlos I, por el cual se compromete a no exigir a ninguno de estos que preste dinero a la corona, por la fuerza.

4 Documento redactado por el Parlamento inglés, se traduce como Ley para declarar los derechos y libertades de los súbditos y para determinar la sucesión a la corona, es una concesión dada por la monarquía inglesa, en la cual reconoce la potestad legislativa del Parlamento y se consagran las libertades públicas de los súbditos del reino. En esta ley del Parlamento se establecen los primeros derechos de las personas.

También sobresalen autores como el Barón de Montesquieu, con su obra el Espíritu de las Leyes (1748), en la cual abogaba por la división de poderes, y Rosseau, en su escrito El Contrato Social (1762), en la cual teoriza sobre el nacimiento del Estado, surgimiento dado por un acuerdo libre entre los hombres. Estos escritores desarrollaron teorías sobre el derecho natural y reprocharon los abusos de la Iglesia y del Estado, lo cual sirvió de fundamentación a las luchas que habrían de librarse en pro de la valía y dignidad de las personas; y como ajuste de estos momentos históricos, surge la Revolución Francesa en 1789.

La Revolución Francesa fue un movimiento que nutrió y enriqueció el desarrollo de los derechos humanos, como consecuencia de ello se produjo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano donde se promulgaron principios como la igualdad, la razón, la libertad y soberanía popular.

Antes del siglo XX se gestaron movimientos como la Cruz Roja Internacional, el Movimiento Sufragista, la Liga de los Derechos del Hombre, las dos conferencias de la Haya, de 1899 y la de 1907, la revolución Rusa, entre otros; movimientos que propulsaron otros derechos de índole social y político.

Ya entrados en el siglo XX, se resquebrajaron algunas relaciones entre Estados por las diferencias territoriales y económicas, y el nacionalismo extremo, situaciones que llevaron a la primera y segunda guerra mundial; generaron el nacimiento de la Sociedad de Naciones, organismo internacional que surgió después la Primera Guerra Mundial. Entre sus objetivos estaba promover la cooperación entre países, efectuar arbitraje de conflictos y generar la seguridad colectiva de todos sus integrantes, logrando con ello evitar futuros conflictos; aunque pudo intervenir en algunas desavenencias entre países, que se presentaron entre los años 20 y 30, no pudo evitar las tensiones que después degenerarían en la segunda guerra mundial, siendo este el final de este organismo. No obstante se le reconoce como fuente de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el cual goza hoy de reconocimiento internacional (Saberia.com).

En estos avatares surgieron regímenes totalitarios que iban al traste con los derechos humanos, por lo que se va generando la inquietud de que había que protegerlos internacionalmente, lo que

condujo a que en 1945 representantes de 50 países se reunieran y redactaran la carta de las Naciones Unidas, lo que derivó en la fundación de la ONU.

Dado este paso se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 donde se destacó la dignidad. En dicha Declaración se recogen como básicos determinados derechos humanos, y se reconoce que por su desconocimiento se ha permitido la barbarie y las injusticias, por lo que se proclaman como un ideal común para todos los pueblos de la humanidad a fin de que estos se comprometan y promuevan estos derechos (Camargo, 1995).

A partir de esta Declaración la ONU aprobó entre los años 1959 y 1967 la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así mismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En 1993 como hito final de la evolución de los derechos humanos, se presenta la Conferencia Universal de Derechos Humanos, en la que se permitía a los particulares levantar sus quejas en casos de no cumplimiento de sus derechos, y se reafirma el solemne compromiso de los estados a cumplir sus obligaciones, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (González, 2002).

A través de la historia se revela como los Estados fracasaron en su propósito de ofrecer protección a sus ciudadanos, a raíz de la proclamación y reconocimiento de los derechos humanos, por lo que se vieron en la necesidad de catalogarlos y desplegar más su internacionalización. Sobre dicho proceso de internacionalización de los derechos humanos, Medina y Nash (como se citó en Nash Rojas, 2008), expresan,

El proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales se tradujo en la consagración de catálogos de derechos humanos y en la creación de mecanismos de promoción y protección internacionales de estos derechos. La idea tras este proyecto era evitar violaciones masivas a los derechos humanos como las ocurridas durante la guerra. Para ello se creó un sistema que denunciara estos hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, impidiendo que estas se transformaran en violaciones masivas y sistemáticas teniendo un énfasis fundamentalmente preventivo (p. 40).

En este sentido, el principio inspirador para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde sus inicios ha sido el de la dignidad, por lo que los derechos individuales se han fortalecido, pasando a formar una categoría especial de derechos subjetivos (Nash Rojas, 2008).

## **1.2 CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL**

Se hace necesario en primer término diferenciar entre el concepto de derechos humanos y derechos fundamentales, porque son términos que se usan al parecer indistintamente, pero cada uno se reviste de una significación, el primero desde la existencia misma de la humanidad; y el segundo, obedece más bien a una consagración en un orden jurídico constitucional.

Dentro del concepto de derechos fundamentales se encuentran implícitos los atributos naturales del hombre, anteriores a toda sociedad política, estos sólo adquieren su verdadera dimensión cuando se fundan en un poder constituyente, atribuido al pueblo, que exige la articulación de una serie de procedimientos jurídicos que garanticen el efectivo y concreto sometimiento a la Constitución de todos los órganos estatales (Prieto Sanchís, 1990).

Sobre los derechos fundamentales el catedrático Pedro Pablo Camargo (1995) en su libro *Manual de Derechos Humanos* los define como “(...) facultades inherentes al ser humano que han de ejercer para poder satisfacer sus necesidades individuales y sociales tanto físicas como espirituales”. En este sentido las declaraciones y pactos universales de derechos humanos no son otra cosa que la confirmación legal, y por ende política, de algo connatural al ser humano que constituye un catálogo de derechos fundamentales.

Por su parte Antonio Enrique Pérez Luño (2004) analiza que los derechos humanos representan el “(...) conjunto de facultades de instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos en el ámbito nacional e internacional” (p. 222).

Reconoce el autor que en la noción de los derechos humanos se conjugan su raíz ética con su vocación jurídica, que implican exigencias éticas de “deber ser”, y que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero advierte el tratadista que constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos; su propia razón de ser se cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas, y aclara que cuando esa recepción se produce en el derecho interno nos encontramos con los derechos fundamentales (p. 222).

Para Luigi Ferrajoli (2001) son derechos fundamentales:

(...) todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo”, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*”, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas (p. 19).

Ahora bien, en la modernidad desde la perspectiva del escritor Gregorio Peces Barba (2009), el término de Derechos Fundamentales tiene muchas acepciones, como “derechos humanos”, “derechos naturales”, “garantías individuales”, “libertades fundamentales”, y “derechos públicos subjetivos”, cada una de estas denominaciones tienen un fundamento ideológico y filosófico distinto, pero plantea que la mejor denominación es la de derecho fundamental, pues recoge dos aspectos sustanciales para su definición, lo ético y lo jurídico, apoyados en las dos corrientes del iusnaturalismo y el iuspositivismo. Para este jurista los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica (dignidad) como una juricidad básica (norma material) (p. 29).

Para Peces Barba (2009) el término derecho fundamental es más integrador, pues supera la dialéctica iusnaturalismo-positivismo y pone de relieve la necesaria complementariedad y la coherencia interna de las aportaciones liberal, democrática y socialista (p. 29). Plantea que los derechos fundamentales son el conjunto de normas o de un ordenamiento jurídico, que forman un subsistema de éste, fundadas en la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, expresión

de la dignidad, que forma parte de la norma básica material de identificación del ordenamiento, y constituyen un sector de la moralidad procedimental positivizada, que legitima al Estado Social y Democrático de Derecho (p. 42).

Desde el profesor Tulio Chinchilla (2009) se plantea que para aclarar la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales habrá de recurrir a la teoría jurídica contemporánea, donde se ha concertado llamar derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivación necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional, y que por tanto logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva. Advierte el autor que la fundamentalidad de un derecho debe pasar el test de la positivación interna, es decir la inclusión en el catálogo o carta de derechos de una Constitución, eso sí reconoce que los derechos humanos se tienen como una categoría previa legitimadora e informadora de los derechos fundamentales. Es así como los derechos fundamentales serían una categoría descriptiva de los derechos humanos positivizados en el ordenamiento jurídico (p. 118).

La idea que inspira a esta concepción es la de que ciertos derechos forman el núcleo del sistema político adoptado en la Constitución, por cuanto sobre tales derechos descansa dicho orden constitucional, es decir con su fundamento (Chinchilla, 2009, p. 118).

En general, podría decirse que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos de los cuales es titular el hombre, por el mero hecho de serlo, los que redundan en su dignidad sin discriminación alguna. Se les ha dado varias denominaciones, pero en últimas han sido definidos como derechos fundamentales por estar consagrados en un texto constitucional. Estos derechos están protegidos por medios jurisdiccionales respecto del poder público y los particulares.

Para Rodolfo Arango Rivadeneira (2005) los derechos fundamentales son derechos subjetivos, que se componen de las características del derecho subjetivo, y de su importancia. En este sentido como derecho subjetivo se entiende, generalmente, el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios, mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo; sus características son: (i) una norma jurídica, (ii) una obligación

jurídica de otro derivada de esta norma y (iii) un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto (pp. 8-9; 31).

Refiere Arango (2005) que los derechos fundamentales tienen que estar relacionados con la norma jurídica fundamental del derecho, pero la relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental no lleva a la conclusión de que únicamente los derechos, explícitamente establecidos, cuentan como derechos fundamentales, también los derechos ganados interpretativamente entran en consideración, lo que deja abierta la pregunta de los derechos fundamentales innominados (p. 34).

### **1.3 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Antes de hacer una relación respecto a la clasificación de los derechos fundamentales, habrá de plantearse un hecho trascendental, y es referente a la universalidad de estos derechos.

Peces Barba (2009) señala que lo que es universal son los valores morales que arrancan de la idea de dignidad, la que se expresa en que el ser humano es un ser comunicativo, social, que construye su propia moralidad, y con un ideal de vida. Refiere este escritor que con el concepto de universalidad se hace referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los seres humanos; que esa universalidad representa, con el requisito de ser humano, ser titular de los derechos fundamentales.

Peces Barba también nos habla de la universalidad de los derechos colectivos, que abarcan lo económico, social y cultural, puestos en marcha por las crisis del Estado social a fin de favorecer a los trabajadores y a los menos favorecidos para que puedan satisfacer necesidades básicas para su desarrollo personal; derechos que no están amparados por una moralidad básica.

A medida que fue evolucionado el concepto de derecho fundamental, el ordenamiento jurídico internacional estableció una clasificación de los derechos humanos; la más reconocida es la de las tres generaciones. La primera generación se identifica por los derechos y libertades individuales, integradas por los derechos civiles y políticos. La función principal de estos derechos consiste en

limitar la intervención del Estado en la vida privada de las personas y garantizar la intervención de la comunidad en los asuntos públicos. Entre los derechos civiles se encuentran el derecho a la vida, libertad ideológica y religiosa, derecho a la libre expresión, derecho a la propiedad privada, a la intimidad, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la honra; y como derechos fundamentales políticos están el derecho al voto, a la huelga, derecho de asociarse libremente para formar un partido político o un sindicato, entre otros (Cubaencuentro.com).

Por su parte los de segunda generación incluyen los derechos económicos, sociales y culturales; su objetivo fundamental es garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, a la educación y a la cultura. Con ellos se exige al Estado que implemente acciones, programas y estrategias a fin de fomentar la igualdad real entre las personas, dando a todos las mismas oportunidades para que puedan desarrollar una vida digna. Entre estos derechos se encuentran, el derecho a la seguridad social, el trabajo equitativo, derecho a formar sindicatos, salud, alimentación, vestido, vivienda, y los servicios sociales necesarios (Caso Dionisio, s.f.).

Los derechos de tercera generación, colectivos y difusos, son conocidos como los de solidaridad o de los pueblos, y contemplan el derecho a la paz y cooperación entre naciones, y propugnan por un ambiente sano. Son promovidos, a partir de los años setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de las comunidades. (Caso Dionisio, s.f.).

La Constitución Política de 1991 consagra las tres generaciones de derechos humanos; los de primera generación, o sea, los derechos individuales, civiles y políticos (arts. 11 a 41); los de segunda generación, o derechos sociales, económicos y culturales (arts. 42 a 77); y los de tercera generación, o de derechos colectivos, reseñados entre el art 78 y el 82.

Retomando a Rodolfo Arango Rivadeneira (2005), respecto a esa clasificación indica que los derechos fundamentales se clasifican según distintos criterios, pero la opinión mayoritaria en la doctrina jurídica distingue entre derechos de defensa y derechos de prestación. Según la relación que los derechos cumplan en la relación Estado- ciudadano, explica que el derecho de defensa se trata del derecho a la acción negativa del Estado (omisión estatal), que limita su campo de acción y asegura la libertad del individuo. Por su parte, los derechos de prestación hacen referencia a los

derechos a la acción positiva del Estado (a un hacer estatal) la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas (p. 35).

#### **1.4 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991**

La Constitución de 1886 hizo consagración de los denominados, “Derechos Civiles y Garantías Sociales”, sin embargo no se ocupó de instituir mecanismos procesales para garantizar su efectividad, aspecto que fue común en todas las constituciones liberales de corte similar, promulgadas a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX. De allí la denominación de constituciones formales, al reconocer derechos, pero no las herramientas para lograr su materialización, lo que era producto natural del desarrollo histórico de la época, generándose en consecuencia que la Constitución como tal no tuviera fuerza normativa, reduciéndose a un mero catálogo de derechos, siendo lo relevante la parte orgánica que describía los poderes constituidos y toda la estructura de poder.

Pero la Constitución de 1991, producto de otras circunstancias no solo en el país, sino siguiendo muy de cerca los desarrollos dados en el mundo occidental y reflejados en los textos constitucionales desarrollados en el siglo XX, en especial la alemana (1949) y la española (1978), entra en la corriente no sólo de reconocer derechos sino que introduce en el mismo cuerpo normativo mecanismos que permiten al ciudadano lograr la materialización de los mismos.

Como fundamento de lo anterior se afirma en el Artículo 1º que Colombia es un “Estado Constitucional de Derecho”, asunto sobre el cual la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones; una de las primeras veces fue en la trascendental sentencia T-406 de 1992, en la que claramente consigna que el término "social", no debe ser entendido como una “simple muletilla retórica”, pues ello incide en la organización sociopolítica, tanto cuantitativa como cualitativamente, lo que se refleja en el Estado Bienestar y en el Estado constitucional democrático, conceptos que se complementan de manera evidente, siendo uno de los pilares del Estado Constitucional de Derecho el concepto de derecho fundamental, el cual tiene dos notas características: de un lado una dimensión objetiva, según se expone en la citada providencia, al

trascender de la esfera individual hacia toda la organización estatal, el cual solo tiene sentido porque está encaminado a garantizar los derechos fundamentales; y del otro, por la existencia de la acción de tutela, la cual tiene como objetivo claro la de ofrecer la protección inmediata de los derechos fundamentales. Ahora, en relación con el concepto de derecho fundamental se dice allí, en el apartado 15 de esta sentencia, que para que un derecho tenga tal naturaleza es menester que reúna dos requisitos esenciales. En primer término que tenga conexión directa con los principios constitucionales, que son “(...) la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo”(T-406 de 1992), recalándose que todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio. El segundo de los requisitos para que un derecho constitucional ostente el rango de fundamental es el de la eficacia directa, esto es que el mismo pueda ser aplicado de manera directa, que no requiera la mediación de una norma, o del legislador para su protección judicial, por lo que de manera expresa la Corte Constitucional afirma: “(...) no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales”(T-406 de 1992); sin embargo, es menester aclarar, como lo hace el alto tribunal Constitucional colombiano que la eficacia directa no puede identificarse con los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación, es por ello que, como se advierte allí, puedan ser objeto de la tutela eventos en los que el juez estime que, aun tratándose de prestaciones económicas, sociales o culturales, o la falta de ellas, pongan en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales.

De lo dicho hasta ahora se concluye que la fundamentalidad de un derecho dependía de su conexión directa con los principios constitucionales como de su eficacia igualmente directa; sin embargo tales referentes han ido evolucionando; es así como en la sentencia T-235 de 2011 la Corte Constitucional al hacer un recuento jurisprudencial sobre el desarrollo del concepto “derecho fundamental”, muestra cómo los criterios de conexidad y eficacia directa no son ya los raseros para establecer tal criterio de distinción; es decir, para establecer que es un derecho fundamental y hacerlo protegible a través de la acción de tutela; y de otro lado, que es un derecho social o prestacional, y por ende su eficacia depender de la voluntad política y del legislador.

Es así como se arriba al convencimiento de que los derechos fundamentales tienen una “estructura compleja o una multiplicidad de facetas” (T-235 de 2011), lo que impone que su materialización en el ciudadano implique no sólo el cumplimiento de obligaciones negativas, sino también positivas.

Recuérdese que la ideología liberal separaba de manera tajante los derechos en negativos y positivos, entendiendo los primeros como derechos de libertad, esto es la esfera individual donde el Estado no puede inmiscuirse. Sus obligaciones son de no hacer, de ahí su denominación de negativos o libertades negativas, imponiéndose éstas obligaciones netamente de garantía de libertades políticas y civiles, por lo que puede decirse que tenía obligaciones de abstención, para no invadir las esferas de la voluntad individual o de la comunidad; a su vez los derechos positivos, reconocidos por esa ideología liberal, eran los llamados derechos prestacionales, o sea los derechos sociales y económicos (López, 1991).

Acorde a lo dicho, y retomándose el hilo conductor sentado en la sentencia T-235 de 2011, la Corte establece allí que según lo había referenciado ya en su sentencia T-016 de 2007, bajo el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), precisamente éstos - los Derechos Humanos- son de carácter indivisible e interdependiente, existiendo una relación intrínseca entre todos los derechos, dado que su fundamento y finalidad es la eficacia de la dignidad. De tal manera que la Corte Constitucional reitera lo dicho en la sentencia T-227 de 2003 sobre las características de los derechos fundamentales: “(...) son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario.”

Acota esta alta corporación judicial que la posibilidad de “traducirse o concretarse en derechos subjetivos” se analiza en cada caso a efectos “de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental” (T-227 de 2003), en el caso concreto, y poder así “establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de los citados consensos” (T-235 de 2011),

agregando en la misma providencia que para que proceda la tutela para la protección de esferas positivas de los derechos se requieren tres requisitos:

(i) que la esfera prestacional requerida no comprometa un alto esfuerzo económico, como cuando se solicita información adecuada en un puesto de servicio al público; (ii) que se solicite el cumplimiento de obligaciones que hayan recibido concreción política, o (iii) que sean prestaciones imprescindibles para la garantía de la dignidad, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación o el DIDH.

Debe precisarse, además, que por “derecho subjetivo” se entiende según H. Maurer (como se citó en Arango Rivadeneira, 2012), “(...) el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo” (p. 9). Precisamente Arango Rivadeneira (2012) define los derechos fundamentales como “(...) derechos subjetivos con un alto grado de importancia”; de suerte que, según su criterio un derecho fundamental es el que cumple con las características del concepto de derecho subjetivo y con la característica de alto grado de importancia (p. 32), lo que comporta que un derecho fundamental, siempre será al mismo tiempo un derecho subjetivo, según sostiene este doctrinante.

En tal dirección, se observa el concepto de derecho fundamental de la Corte Constitucional, al afirmar que todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales (C-288 de 2012), ya que cada uno de ellos encuentra un vínculo escindible con el principio de dignidad, que es el fundamento y justificación del Estado Constitucional de Derecho, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, de suerte que cualquier derecho fundamental implica de cierto modo obligaciones en mayor o menor medida, ya que visto de ese modo, incluso hasta el derecho a la vida resultaría ser de naturaleza prestacional (C-288 de 2012).

Ahora ciertamente, y como la misma Corte Constitucional lo reconoce, no hay una definición unívoca de derechos fundamentales (C-372 de 2011), pero según se advierte por esa misma Corporación judicial, hay elementos que necesariamente deben estar presentes en ellos, tales como el que tengan la posibilidad de su justiciabilidad, que estén encaminados a lograr la dignidad y que sean traducibles a derecho subjetivo; y aunque admite la Corte Constitucional que

tampoco existe una definición única de derecho subjetivo (C-859 de 2003), reconoce que todas las definiciones coinciden en los siguientes tres elementos: “(i) debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, (ii) el concepto de derecho involucra una obligación jurídica, (iii) así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado” (C-288 de 2012), definición que coincide con la noción referenciada de Arango Rivadeneira.

En conclusión, aunque no existe una definición absoluta de derechos fundamentales en Colombia es claro que los mismos materializan la dignidad, de ahí que en circunstancias especiales un derecho pueda ser considerado fundamental, atendiendo las condiciones de las personas.

## **1.5 ACCIÓN DE TUTELA**

Ahora, se esbozará el tema concerniente a la acción de tutela, se establecerán definiciones en lo concerniente a dicha acción, sus características, requisitos de procedibilidad y los titulares de la misma, en la medida que es la acción constitucional por medio de la cual se da la protección a los derechos antes desarrollados. La acción de tutela es el mecanismo de protección de los derechos fundamentales; la Constitución de 1991 la establece en los siguientes términos.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección es una orden emitida por un juez, para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacer. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación renuente o indefensión.

La acción de tutela fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, el cual a su vez fue reglamentado por el Decreto 306 de 1992. En lo que sigue se aprecian los principales aspectos de la acción de tutela; toda vez que lo demás puede ser ampliado con el estudio de los decretos mencionados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La tutela está instituida para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales. Además, para que la tutela sea procedente deben cumplir con las siguientes condiciones: se trate de la violación de un derecho fundamental (C-018 de 1993), y -se trate de una violación no consumada definitivamente o de una amenaza de violación (C-018 de 1993). Además debe ser ejercida por la persona (natural o jurídica) directamente afectada en sus derechos fundamentales (salvo los casos de representación o de agencia oficiosa); los personeros pueden interponer acciones de tutela cuando lo hagan a nombre de una persona que así lo solicite, o cuando la persona esté en condición de amparo o indefensión (T-420 de 1997).

La acción de tutela puede ejercitarse contra las autoridades públicas o contra particulares; según se desprende de la norma transcrita; procede, en principio, cuando la autoridad pública con una acción u omisión viola un derecho fundamental. Pero dicha violación también puede provenir de un particular, evento donde el particular presta servicios públicos o afecta el interés colectivo, o hay subordinación o indefensión con respecto a él.

La tutela es un mecanismo de protección subsidiario, ello significa que procede cuando no se disponga de otros medios de defensa. No obstante, se puede utilizar la tutela aunque haya otro mecanismo cuando el otro medio ya se agotó y no sirvió, el otro medio existe, pero se acude a la tutela para evitar un perjuicio irremediable (el fallo es transitorio), el medio existe, pero no goza

de eficacia similar a la tutela, la tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el cumplimiento de una conciliación donde se convengan asuntos laborales (T-020 de 1997), no es el mecanismo idóneo para debatir asuntos que correspondan a otras jurisdicciones (SU-111 de 1997), la tutela protege excepcionalmente derechos económicos, sociales y culturales, si en el caso concreto, tienen conexidad con "pretensiones amparables a través de la acción de tutela" (SU-111 de 1997), la tutela no es procedente para proteger los derechos en situaciones de maltrato familiar en tanto la Ley 294 de 1996 establece medios de defensa judicial expresos y ágiles (T-420 de 1996), la tutela no reemplaza a las acciones contenciosas administrativas (T-346 de 1996), y la tutela no reemplaza a las acciones populares (T-354 de 1996).

Es de aclarar, que el perjuicio es irremediable cuando se cumplen las siguientes condiciones: Que sea inminente, o sea que esté por suceder prontamente, que las medidas que se requieran para conjurarlo sean de carácter urgente, dada la prontitud o inminencia del suceso que está por realizarse y -que sea grave, esto es, que el daño sea de una gran intensidad o menoscabo material o moral en detrimento del afectado(T-081 de 2013).

El Decreto 1382 de 2000 establece las reglas para el reparto de la acción de tutela, el artículo 1° señala que las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, serán repartidas, en primera instancia, a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura.

A los jueces de circuito, les serán repartidas, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

Así mismo indica el decreto que a los jueces municipales, le serán repartidas en primera instancia las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra particulares. Cuando la acción de tutela se promueva contra más de una autoridad, y éstas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía. Si se promueve contra un funcionario o corporación judicial, será repartida al respectivo superior

funcional del accionado. Si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal.

Si la acción de tutela se dirige contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartido a la misma corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, sección o subsección que corresponda de conformidad con el reglamento.

Para la presentación de la tutela ésta debe contener: La acción u omisión que la motivan, es decir, acción u omisión que viola el derecho fundamental, el o los derechos que se consideran violados o amenazados; el nombre de la autoridad pública si fuera posible, y el nombre y lugar de la residencia del solicitante, sin que sea necesario citar la norma constitucional.

De otro lado puede ser formulada sin formalidad alguna, incluso puede presentarse verbalmente, sin requerir tampoco de abogado (Art.14 DCTO 2591 de 1991).

Se caracteriza porque es un procedimiento preferente, esto es, el juez debe darle prevalencia por encima de los demás asuntos que tenga a su cargo, salvo del mecanismo de protección de derechos denominado Habeas Corpus (C-186 de 1998). El trámite también se caracteriza por su sumariedad y celeridad, lo cual significa que es corto y ágil en su tramitación, pues en el término de 10 días después de ser presentada debe emitirse la sentencia. Además en su actuación se rige principalmente por los siguientes principios: publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, así como interpretación de acuerdo con tratados internacionales. Se puede interponer cualquier día a cualquier hora, aun en estados de excepción (C-186 de 1998).

El principio de publicidad en el trámite de la acción de tutela consiste en que las decisiones del Juez se deben dar a conocer de manera oportuna, lo que permite que la contraparte pueda oponerse. Respecto a la prevalencia del derecho sustancial, el artículo 228 de la Constitución Política señala que en las decisiones de la administración de justicia deberá prevalecer el derecho sustancial, es así como en sentencia T 114 / 2010 (M.P. Dr. Mauricio González Cuervo), se indica que “al interior de un trámite judicial no se puede hacer valer primero el formalismo sobre

la solución justa de los casos, por el contrario, las formas solo deben ser tenidas como medios a través de los cuales se amparan los derechos subjetivos de los sujetos procesales).

Que la acción de tutela sea sumaria significa que tiene un procedimiento breve y eficaz, porque el juez debe tomar una decisión de fondo, esto es, concediendo o negando la protección invocada (Carrera Silva, enero-junio 2011). Ahora, sobre el principio de economía que debe regir en esta acción constitucional, significa que se debe tramitar en el menor tiempo posible y de manera gratuita.

En esta medida, para poder garantizar al afectado el pleno ejercicio del derecho vulnerado, o protegerlo respecto de la amenaza del derecho fundamental, el juez de tutela tiene como posibilidades ordenar el restablecimiento del derecho, volviendo al estado anterior a la violación, si ello fuere posible (Art.18 Decreto 2591 de 1991).

Si la vulneración al derecho fundamental proviene de una omisión, se ordenará realizar el acto correspondiente o la acción adecuada. Para lo cual el juez podrá señalar un plazo perentorio no mayor de 48 horas (Art. 23 DCTO 2591 de 1991). Igualmente, si la vulneración del derecho fundamental proviene de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, el juez ordenará su cesación inmediata y también ordenará evitar toda nueva violación, amenaza, perturbación o restricción.

Es importante reconocer que el fallo de tutela es susceptible de impugnación, este recurso podrá ser interpuesto por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente. La impugnación consiste en la solicitud de que el superior jerárquico revise la decisión; además de esto la Corte Constitucional realiza una revisión eventual de los fallos de tutela, esto significa que no todos son revisados por dicho organismo, sólo elige algunos de ellos.(T-191 de 1994), (Art. 31 DCTO 2591 de 1991).

## **CAPÍTULO II**

### **LOS DERECHOS COLECTIVOS Y LAS ACCIONES POPULARES**

Expuesto el concepto de los derechos humanos y fundamentales, se hace necesario adentrarnos en el concepto de los derechos colectivos. Cruz Parceró (2007) señala que el tema de los derechos colectivos es un tema tan antiguo como el de derechos individuales, sólo que su desarrollo no ha sido paralelo, pues se ha teorizado más sobre éstos últimos. No obstante, en los recientes tiempos la idea de los derechos colectivos se ha ido acrecentando en las discusiones políticas, de hecho, después de la segunda guerra mundial, los dos pactos internacionales de la ONU: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecieron que “(...) todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación” y se reconocieron algunos derechos a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas (p. 101).

Es así, como puede leerse en este autor, que el renovado ánimo por el tema de los derechos colectivos, siempre estuvo asociado a los movimientos étnicos, pues diversas minorías han reivindicado sus derechos para la preservación de su identidad cultural.

En esa misma línea, Rincón Córdoba (2002) afirma, que al finalizar la segunda guerra mundial reinaba un ambiente de preocupación por el temor de que pudiera estallar un nuevo conflicto entre las grandes potencias, en donde podrían ser utilizadas armas nucleares; además la economía mundial crecía aceleradamente, la población se aglutinaba en las ciudades, la industria ofrecía nuevos productos, sin ningún tipo de control en su calidad, los patrimonios históricos, culturales y arquitectónicos se encontraban en un estado de indefensión, por lo que cada una de estas circunstancias causó que en el ámbito internacional los estados empezaran a preocuparse por la protección de una nueva categoría de derechos que se caracterizarían por resguardar intereses que trascienden más allá del aspecto individual y se enfocan en el bienestar de la comunidad. Resalta este autor que fue este sentimiento el que motivó la celebración de numerosas conferencias y tratados internacionales, que dieron nacimiento a lo que hoy se conoce como derechos de tercera generación (p. 126).

También, Domenico Piscioti Cubillos (2001) resalta que después de la segunda guerra mundial surgieron nuevos tipos de derechos, de los que no se puede determinar su grupo; y al hablar del origen de estos derechos, dice:

(...) es hablar de la acelerada evolución tecnológica e industrial y de comercio transnacional en que vive el mundo de los últimos tiempos, causando y produciendo afectaciones a derechos o intereses de personas que se encuentran dispersas y no se han organizado, debido a que dicho menoscabo no se encuentra en grupos sociales identificados sino en forma muy amplia en diversos sectores sociales, por lo que no resulta sencillo conocer ni identificar a los lesionados (p. 36).

Señala el autor Rincón Córdoba (2002), que estos derechos han sido llamados por la doctrina constitucional como derechos solidarios, “(...) porque se fundan en el principio de solidaridad que implica pensar en conjunto dentro de la sociedad y extender lazos de colaboración entre el Estado y los asociados y viceversa” (p. 128).

Rodrigo Rivera Morales (2007) señala que la presencia de derechos colectivos en el mundo son una realidad indudable que demanda una tutela efectiva, que dichos derechos no deben reducirse sólo a un reconocimiento nominal, sino que deben abrirse caminos para posibilitar el acceso de los grupos sociales a la justicia, para el amparo de los derechos de interés colectivo. Conceptúa Rivera Morales (2007), que los derechos colectivos,

(...) son intereses abiertos a la participación, pues, a través de ello el hombre, sea como individuo o en su dimensión social, comparte un determinado interés con una colectividad o un grupo, en función de una progresividad en el desarrollo de su personalidad y de sus condiciones de vida, considerándose de esta manera que los derechos colectivos son complementarios de los derechos individuales (p. 1).

En la evolución del derecho internacional, con respecto a los derechos colectivos, pueden señalarse dos períodos claramente diferenciados. El período de Entreguerras, reflejado en la

actividad de la sociedad de Naciones<sup>5</sup>, y el período de la postguerra protagonizado fundamentalmente, aunque no de modo exclusivo, por la ONU<sup>6</sup>.

Los derechos colectivos pueden referirse al derecho de un grupo a limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad de grupo o de la pureza cultural; o bien pueden aludir al derecho de un grupo a limitar el poder político y económico, ejercido sobre dicho grupo por la sociedad de la que forma parte, con el objeto de asegurar que los recursos y las instituciones, de que depende la minoría, no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría (Ansuategui Roig, 2001, p. 29).

Joseph Raz (1994), analiza que un derecho colectivo existe cuando se dan tres condiciones: la primera, existe porque un aspecto del interés de los seres humanos justifica que alguna persona esté sujeta a un deber; segundo, los intereses en cuestión, son los intereses de individuos como miembros de un grupo, en relación con un bien público; y el derecho, es un derecho a ese bien público, porque sirve sus intereses como miembros de un grupo; y tercera, ningún interés de un solo miembro de ese grupo, respecto a ese bien público, es suficiente por sí mismo para justificar que a otra persona tenga que someterse a un deber (p. 210).

Para Nicolás López Calera (como se citó en Ansuategui Roig (2001), el individualismo liberal acierta cuando afirma que los derechos colectivos no pueden tener más finalidad que la de servir a los derechos individuales, entonces los derechos colectivos se justifican por los derechos individuales, pues no hay derechos colectivos sin sujetos individuales, que hablan, escriben, piensan, y desean; en este sentido, si no hubiera sujetos individuales no habrían sujetos colectivos. La realidad habla indudablemente de derechos colectivos (autodeterminación de pueblos y naciones, derechos de minorías, derechos de instituciones, derechos de mujeres, de niños, de discapacitados, derechos del medio ambiente, derechos de paz, entre otros) (p. 40).

---

<sup>5</sup> La Sociedad de Naciones otorgó una especial atención y énfasis a la protección de las minorías étnicas.

<sup>6</sup> En la carta de Naciones Unidas de 1945 se alude de forma expresa al derecho de autodeterminación, pero el reconocimiento general de los derechos colectivos se da hasta la firma del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Así también, se analiza que la inevitable sociabilidad del ser humano, hace que no sea una insensatez teórica justificar la existencia de derechos colectivos; además, la protección de esa sociabilidad demanda derechos o exigencias radicales de justicia que no se confunden o se identifican con los derechos individuales, aunque sin duda su última justificación no puede ser otra que servir a una existencia digna de los individuos.

Gurutz Jauregui (como se citó en Ansuategui, 2001) argumenta que los derechos colectivos son aquellos derechos cuya titularidad recae en el colectivo, tratando de protegerse en este caso la cohesión interna; el grupo no es un mero beneficiario sino que se constituye en titular del mismo (p. 57).

Este autor plantea que el surgimiento de los derechos colectivos está basado en la necesidad de complementar y perfeccionar los derechos individuales en su contexto social, ya que de esa manera se pasa de la defensa del ser humano en abstracto al ser humano en concreto, en sus diversas maneras de estar en la sociedad, que unos no pueden existir sin los otros.

De otro lado, Agustín Grijalvo (2009), plantea que los derechos colectivos son diversos pero no opuestos a los derechos humanos; los primeros incluyen derechos individuales, en cuanto los grupos humanos que son titulares están formados por individuos, y en cuanto crean condiciones para el ejercicio de derechos individuales. Por ejemplo:

El derecho colectivo a un medio ambiente sano ampara tanto la salud de la comunidad como la de cada uno de los individuos que la forman. Sin embargo, los derechos colectivos son indivisibles: Son derechos del grupo y de todos y cada uno de sus miembros individuales, pero nunca de solo uno o algunos de ellos, con abstracción del grupo (p. XV).

Es así que el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, consejera María Elena Giraldo Gómez, exp, 2500-23-25-000 2003-00254-01. 10 de febrero de 2005), establece;

(...) derecho colectivo no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el

derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada.

Desde la posición de autores como Martínez Bautista y Diez Bernal (2009), los derechos colectivos desde el punto de vista de la persona son de carácter extraindividuales y abstractos, por cuanto pertenecen a toda la comunidad de la que forma parte es decir, todo un grupo humano; estos derechos son indivisibles, sin perjuicio de que la persona o jurídica, que genera el daño por acción u omisión, se pueda individualizar en determinada persona (p. 15).

La Constitución de 1991 revivió aspectos como la solidaridad, la colaboración, la prevalencia del interés social, dejando de lado la indiferencia de la sociedad, razón por la cual consagró los principios y fines que han de orientar la actividad del Estado, así como la figura de las acciones populares, como uno de los pilares que tienden a defender los derechos e intereses colectivos (Martínez & Diez, 1999, p. 22). Estos derechos buscan obtener la satisfacción de las necesidades de orden social, y se distribuyen entre cada uno de los distintos miembros de la comunidad de manera uniforme, idéntica y compartida.

## **2.1 ORIGEN DE LAS ACCIONES POPULARES**

Diversos autores concurren en considerar las acciones populares como originadas principalmente en el derecho romano y en el antiguo derecho anglosajón. Germán Sarmiento Palacio (1988), sostiene:

(...) tanto en el derecho romano como en el antiguo derecho inglés las acciones populares buscaron la objetividad del derecho subjetivo, sin las cuales carecía de amparo. Surgieron en ambas organizaciones jurídicas, como respuesta a la falta de procedimientos adecuados que permitieran el reconocimiento y los efectos propios de ciertos derechos consagrados en la ley sustantiva, como expresión del imperio de la equidad.

Y refiriéndose exclusivamente al ordenamiento jurídico romano afirma que “(...) la acción popular constituyó una figura procesal generalizada. El ciudadano, quien no era más que un

elemento integrante del *populus*, defendía los intereses de éste y su propio interés a través de las acciones populares”.

No obstante, era una acción que miraba más los intereses públicos que los privados, tal vez por ello Paulo la definió como: *Eampopular emactionemdicimus, quaesuumjus populi tuetur*, que significa “Llamamos acción popular a la que ampara el derecho propio del pueblo” (digesto, 47, 23, 1).

Sarmiento Palacio (1988) sostiene, además, que

La consolidación y desarrollo de las figuras de las acciones populares en el Derecho Romano estuvo ligada al concepto *populus*, que existió en la evolución política de Roma. Cicerón precisó tres elementos del concepto:

Que haya multitud de personas, que estén reunidas por un consenso jurídico,.

1. que busquen una utilidad superior.

Más adelante, afirma que “*populus*” significaba los ciudadanos mismos, organizados jurídicamente. La condición de sujeto de derecho del *populus* romano derivó, precisamente, de su derecho a litigar, como titular de ciertas acciones y recursos procesales.

Pero, todo lo anterior podría hacer creer que el ciudadano romano era representante del *populus*, lo cual no es cierto; él, como señala el auto seguido, “no tenía el carácter del representante del *populus*. Por un lado, actuaba como parte del *populus* y como expresión directa de él, por el otro, en defensa de sus propios intereses”.

Asimismo, la figura jurídica “acción popular” no era la única vía procesal para la defensa del interés público a la mano de los ciudadanos romanos, también existían los denominados “interdictos populares”. Estos, más antiguos que las acciones populares, eran unos decretos emitidos por los cónsules, magistrados superiores o pretores, destinados a la defensa del interés público, religioso o social (*res sacra* y *res pública*), proferidos a solicitud de alguien o de forma oficiosa.

Otras acciones populares eran las del “sepulcro violato”, que la podía ejercer cualquier ciudadano; la acción de “termine moto”, dirigida contra quien removía mojones o lindes de la propiedad privada; la acción de “albo corrupto”, dirigida contra quienes hubieran violado dolosamente el edicto pretorio; la acción de “dejectis et effusis”, con la cual podían ser perseguidos por quienes arrojaban de las casas objetos sobre la vía pública; la acción de “positis et suspensis”, dirigida contra quién tenía suspendido del techo o sobre un arimez un objeto, sin tomar las precauciones necesarias para que no caiga en lugar público; la acción de “bestiis”, dirigida contra quien llevaba a lugares frecuentados animales peligrosos, entre otros (digesto 103).

Más recientemente, en el continente Europeo, los ordenamientos jurídicos han asimilado las acciones populares, por resultar concordantes con el carácter liberal de muchos de sus regímenes, tal sucedió en Inglaterra que en los últimos dos siglos las utilizó ampliamente; así mismo, en el ámbito continental, sobre todo en lo que toca con la administración local. Ya en el siglo XX, su aplicación se ha venido extendiendo a otros países, entre los que se cuentan Argentina, Brasil, España, Portugal e Italia (Sarmiento Palacio, 1988).

## **2.2 ACTUALIDAD**

Las acciones populares son el mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos y difusos (los relacionados con ambiente sano, moralidad administrativa, espacio público, patrimonio cultural, seguridad y salubridad pública, servicios públicos, consumidores y usuarios, libre competencia económica, entre otros).

Están previstas en el primer inciso del artículo 88 de la Constitución Política de 1991:

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

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos<sup>7</sup>.

Además, la corte Constitucional, en la Sentencia C-630 de 2011, las ha definido así:

La jurisprudencia constitucional ha recordado que la acción popular es un derecho político constitucional, en el contexto de una sociedad que se erige como democrática y que defiende a las personas frente a intrusiones ilegítimas de los derechos, sin importar a qué tipo de poder sean adjudicables. Ha recordado que la acción popular es uno de aquellos “[...] instrumentos que forman parte del conjunto de mecanismos que el movimiento constitucionalista occidental contemporáneo ha ido incorporando de manera paulatina a los sistemas jurídicos, para optimizar los medios de defensa de las personas frente a los poderes del Estado, de la administración pública y de los grupos económicamente más fuertes.” En el mismo sentido, ha indicado que el modelo de democracia participativa no restringe la política a las votaciones y a los debates y procesos que se adelanten en las Corporaciones de representación democrática. Ha sostenido que según el “[...] 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.” Recientemente, a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina en la materia, la Corte Constitucional ha sostenido que las acciones populares pueden ser entendidas “[...] como el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidad la de a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).” Uno de sus principales objetivos es,

---

<sup>7</sup> La Ley 472 de 1998 desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política.

entonces, defender los derechos e intereses colectivos de todas las actividades que den lugar a perjuicios para amplios sectores de la comunidad, como por ejemplo la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión, omisión o retraso en la construcción de una obra, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, la publicidad engañosa o los fraudes del sector financiero, por mencionar tan sólo algunos ejemplos. Ahora bien, como lo ha indicado la jurisprudencia anteriormente, la acción popular no tiene sus especificidades y particularidades, por lo que no tiene que ser regulada de la misma manera que otro tipo de acciones similares.

Las acciones populares se caracterizan por poseer un carácter preventivo y restaurador de los derechos e intereses colectivos. "Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anteriores cuando fuere posible" (Ley 472 de 1998, artículo 2°).

La acción popular es una acción pública, lo cual significa que puede interponerla cualquier persona. La Ley 472 (artículo 12) dispone que sean titulares de esta acción, esto es, que están legitimados para usarla:

- Toda persona natural o jurídica.
- Las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o similares.
- Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia.
- El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales en lo relacionado con su competencia.
- Los alcaldes y los servidores públicos que deseen promover la protección y defensa de los derechos e interés colectivos.

Para ejercitar una acción popular no se requiere actuar a través de abogado (artículo 13), cuando se interponga sin la intermediación de abogado la Defensoría del Pueblo podrá intervenir en el respectivo proceso.

Las acciones populares pueden ejercitarse contra el Estado o contra los particulares, según sea quien viole o amenace los derechos o intereses colectivos. En este sentido, la Ley 472 señala en su artículo 14 que "la acción popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación y omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o, interés colectivo", e incluso se puede demandar sin que estén determinados los responsables, previendo esta situación la ley agrega: "En caso de existir vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos".

Para instaurar una acción popular hay que tener en cuenta que sí se adelanta contra entidades públicas o personas privadas, que cumplen funciones públicas, conocen la jurisdicción contencioso administrativa, concretamente en primera instancia los jueces administrativos, y en segunda el Tribunal Administrativo del respectivo Departamento. Si se adelanta contra particulares, conocen la jurisdicción ordinaria, específicamente los jueces civiles del circuito (artículo 15 y 16). Excepcionalmente puede presentarse ante el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, quien lo remitirá inmediatamente al Juez Civil de Circuito competente.

La acción popular no tiene término de caducidad, puede emplearse en cualquier tiempo. La demanda debe contener:

(I) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, (II) la indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan la petición, (III) la enunciación de las pretensiones, (IV) el señalamiento de la persona natural o jurídica, o la autoridad pública responsable de la amenaza o agravio si acaso fuese posible determinarla, (V) las pruebas que se pretenda hacer valer, (VI) las direcciones para notificaciones y nombre e identificación de quien ejerce la acción.

En cuanto a sus efectos, la sentencia es cosa juzgada respecto de las partes y el público en general (artículo 35). En cuanto a su contenido, si es favorable: da una orden de hacer o no hacer. Además se podrá condenar al pago de perjuicios a favor de la entidad pública que cuida del bien protegido para que se realicen las conductas necesarias para el restablecimiento.

### **CAPITULO 3**

#### **EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE CONEXIDAD**

Como quedó explícito en acápites anteriores, la tutela sólo ampara derechos de rango fundamental, en palabras de la Corte Constitucional, se ha establecido que para que esta acción constitucional pueda prosperar deben confluír ciertos presupuestos, como que se trate un derecho constitucional fundamental, (o que provenga de un derecho humano de índole internacional previamente consagrado) que el mismo esté siendo vulnerado o amenazado, y que no haya otro medio de defensa judicial (Sentencia T-169 de 2009).

Definido lo anterior debe esclarecerse sí a través de este mecanismo se pueden proteger los derechos colectivos.

Varios son los criterios que en el tiempo de vigencia de la tutela han sido utilizados para determinar cuando existe un derecho fundamental, lo que permite contemplar las bases a partir de las cuales otros derechos como los colectivos se hacen amparables a través de la tutela::

- Son derechos fundamentales únicamente los que se encuentran en el Título II, Capítulo I de la Carta Política bajo la denominación “derechos fundamentales”. Este criterio ya está revaluado, la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballerosostuvo que el constituyente no determinó en forma taxativa cuales eran los derechos constitucionales fundamentales, sino que fue su voluntad “conferir un efecto indicativo a la ubicación y titulación de normas constitucionales y en consecuencia ello es una información subsidiaria dirigida al intérprete”. El hecho que en el Decreto 2591 en su Art. 2º preceptúe que cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente como fundamental por la Constitución, la Corte Constitucional deberá darle prelación para la revisión. Indica, en conclusión, que los derechos fundamentales no son solamente los comprendidos en el Título II, Capítulo I de la Carta Fundamental (T-002 de 1992).

- Son derechos constitucionales fundamentales únicamente los de aplicación directa o inmediata, en tanto no requieren desarrollo legal para su puesta en práctica. La Corte Constitucional ha expresado que “*el carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata*”; siendo así, es necesario distinguir entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata. Ante esta dificultad, corresponde a la jurisprudencia, y en especial a la Corte Constitucional, la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata” (T-084 de 1994).
- Los derechos fundamentales son los inherentes a la persona humana. Para la Corporación mencionada el primer y más importante criterio para diferenciar los derechos constitucionales fundamentales consiste en establecer si se trata o no de un derecho esencial de la persona humana. Sostiene que lo determinante para establecer la esencialidad de un derecho son los atributos de la persona humana. Dentro de la misma línea, Juan Manuel Charry, asesor en la Asamblea Nacional Constituyente, y miembro de la Comisión Especial Legislativa, considera como fundamentales “los derechos que garantizan el ámbito mínimo de libertades y prerrogativas de los administrados, los gobernados de acuerdo con lo preceptuado por el art.94 que establece como derecho fundamental lo que es inherente a la persona humana”. (T-002 de 1992).
- Los que para la comunidad internacional son fundamentales deben ser tenidos como tales (C-225 de 1995).
- Si un derecho está en conexión directa o indisoluble con un derecho fundamental debe protegerse mediante la acción de tutela. “Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales, sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección”. Se han planteado otros criterios como tener por fundamentales aquellos derechos que requieren referendo para su modificación que son, según el art.377, los del Capítulo I, Título II y sus garantías. (Constitución Política).

Otros piensan que son fundamentales todos los derechos que se encuentren en la Constitución Nacional, e incluso algunos afirman que no hay derechos que no sean fundamentales. Para la Corte Constitucional existen varios criterios principales y subsidiarios de interpretación; acoge como principales el referente a los derechos esenciales de la persona y el del reconocimiento expreso del constituyente (el único caso es el del art.44); los auxiliares, que no bastan por sí solos, son los tratados internacionales, los derechos de aplicación inmediata, los derechos que poseen un plus para su modificación (los que requieren referendo), y por último, la ubicación y denominación.

Aplicando los criterios esbozados a los derechos colectivos, se tiene que referente a la ubicación topográfica de los derechos en la Constitución, quedarían descartados de plano los derechos colectivos como fundamentales, a excepción del derecho de paz, consagrado en el art. 22 de la Constitución; sin embargo este criterio ya ha sido revaluado.

. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que “(...) la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación” (T- 406 de 1992). En algunos casos los derechos sociales económicos y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso de los arts.17 al 37 sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes; consagrados principalmente en el código de infancia y adolescencia, Ley 1098 de 2006.

Bajo la luz del criterio que alude al carácter de inherencia de un derecho a la persona humana o esencialidad del derecho, no se logra mucha claridad. Este tipo de conceptos son propios de una interpretación ius naturalista que termina por asimilar los derechos fundamentales a los individuales, porque entiende que estos son los “inherentes a la persona”, y descarta de plano la índole colectiva.

De conformidad con el criterio de conexidad, los derechos colectivos pueden ser amparados con la tutela cuando su desconocimiento implique la violación de derechos fundamentales. No

obstante, lo anterior no significa que los derechos colectivos en esas circunstancias se tornen en fundamentales, sino que se hacen tutelables. Considera la Corte Constitucional que:

(...) en tales eventos el juez debe tomar decisiones que consulten no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos, y por el otro, los propósitos de igualdad y justicia social que señala la constitución (T-406 de 1992).

Este criterio ha planteado la posibilidad de que un derecho colectivo, como es el referido al medio ambiente sano, sea tenido si no como fundamental, sí al menos defendible por la vía analizada, en tanto se relacione directamente con derechos fundamentales como el derecho a la vida, que finalmente es indisoluble del derecho al medio ambiente sano.

Puede colegirse que parece entenderse tanto por la Corte Constitucional como por la doctrina en general que los derechos fundamentales son únicamente los de corte individual, por cuanto la mayoría de los criterios utilizados por la Corte Constitucional para determinar cuándo se está frente a un derecho fundamental, excluyen de uno u otro modo a los derechos colectivos (T-231 de 1993). Expresamente ha dicho la Corte Constitucional:

(...) la acción de tutela, procede para obtener el amparo específico de los derechos constitucionales fundamentales y no el de otros derechos que, como los colectivos, deben perseguirse judicialmente por virtud del ejercicio de las acciones populares o de las acciones de clase o grupo en los términos de su regulación legal, salvo las hipótesis de la protección indirecta o consecencial (T-518 de 1995).

Además, el art. 6° numeral 3° del decreto 2591 de 1991, sustrajo expresamente de la órbita de protección de la tutela, los derechos colectivos.

Como se puede ver, en ciertos casos, concretamente cuando el derecho colectivo que se pretende amparar se encuentra en conexión inmediata e indisoluble con un derecho fundamental, es procedente la acción de tutela. Esta es la posición que subyace en la sentencia de la Corte

Constitucional de junio 17 de 1992, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, al decidir sobre una tutela en materia ambiental “(...) que el derecho a un ambiente sano es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin él la vida misma correría letal peligro”. La sala plena de la corporación se pronunció sobre la naturaleza de la relación de conexidad entre el derecho colectivo y el derecho fundamental:

La conexión que los derechos colectivos puede presentar, en el caso concreto, con otros derechos fundamentales, es de tal naturaleza que sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o se haría imposible una protección eficaz. En estos casos se requiere una interpretación global de los principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos colectivos, para fundamentar la aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analizan a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos (T-412 de 1992).

El otro evento en que puede proceder la tutela es cuando se busca impedir un perjuicio irremediable del derecho colectivo. El art. 6º, numeral 3º del decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá.

(...) cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el art.88 de la constitución. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

Se considera en este evento que siendo la acción de tutela un mecanismo de carácter excepcional, pues sólo procede su utilización cuando no haya otro mecanismo jurídico para la defensa del derecho a proteger, es claro que en el caso de los derechos o intereses colectivos no tiene aplicación, puesto que ellos tienen defensa procesal por medio de las acciones populares y de grupo.

Pero la misma disposición señala que sí se busca impedir un perjuicio irremediable, procederá la tutela para el titular que la solicite en defensa de intereses o derechos colectivos que estén amenazados o violados, lo cual es acorde con la consagración constitucional de la figura, cuando se estipula su aplicación transitoria ante un peligro que puede causar daños irremediables, y las demás vías procesales que existan aparezcan tardías o dilatorias. Sería de esta manera un modo de aplazar la discusión de fondo (el centro del litigio), por medio de una orden que impida la propagación de los efectos o provocación del daño, a fin de esperar que la justicia por la vía normal consignada lo decida (C-018 de 1993).

Es claro entonces que la referida acción no procede en principio para proteger tales derechos colectivos, salvo que el derecho colectivo esté en conexión con un derecho fundamental, o se vaya a producir un daño irremediable con rasgos de inminencia que, razonablemente, hagan pensar en la defensa lenta e ineficaz por la vía procesal ordinaria. Esta segunda forma de aplicación de la tutela en defensa de los derechos o intereses colectivos, se asemeja a las medidas cautelares o preventivas que tiene el actor popular. No es necesario analizar en ese caso si existe vía o medio de defensa judicial previsto para la solución a la situación de agravio o amenaza, por cuanto esta exigencia es propia de la aplicación por vía general de la tutela y no de la exceptiva; basta que el daño sea inminente, e irremediable de llegar a producirse (1993, C-531).

Los dos eventos señalados, de procedencia de la tutela frente a derechos colectivos, fueron expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-347 de 1992, cuya ponencia correspondió al Dr. José Gregorio Hernández, también en el campo del medio ambiente.

Como se observa, la defensa del ambiente sano concierne a la comunidad en tanto tal; y para el amparo de los derechos que a ella corresponden ha sido previsto el mecanismo de las acciones populares, que en ese sentido tiene un objeto diferente al de la acción de tutela. Eso explica el porqué de la norma contenida en el art. 6°, numeral 3° del decreto 2591 de 1991, a cuyo tenor no procede la acción de tutela cuando se pretenda proteger los derechos mencionados en el art. 88 a menos que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

Pero sí, además, una persona individualmente considerada puede probar que la misma causa (perturbación del medio ambiente), está afectando o amenazando de modo directo sus derechos fundamentales o los de su familia, al poner en peligro su vida, su integridad, o su salubridad, cabe la acción de tutela en cuanto a la protección efectiva de esos derechos fundamentales en el caso concreto, sin que necesariamente el amparo deba condicionarse al ejercicio de acciones populares.

Es de notarse que en la segunda parte transcrita, no se entiende la tutela como dirigida a proteger directamente el derecho colectivo, sino un derecho individual del solicitante, lo que sucede es que por estar ese derecho vinculado a intereses o derechos colectivos, tutelando el primero se logra la protección de los otros.

En vista de lo anterior, se requiere del despliegue de toda una labor interpretativa del juez o los tribunales, para que conforme a los criterios de identificación, dados por la Corte Constitucional, evalúe la procedencia de la acción de tutela, cuando existen de por medio derechos colectivos afectados; eso sí, el operador jurídico debe encontrar el derecho lesionado y argumentar el porqué hace parte de aquellos derechos fundamentales amparados por la acción de tutela, por lo que aquí ha de acogerse a los criterios de equidad, raciocinio, experiencia y conocimiento, fundamentando las razones de tal decisión.

Es así como en sentencia T-437 de 1992 analiza la Corte Constitucional que en principio no puede solicitar la acción de tutela para invocar la protección de un ambiente sano, pues para el mismo se ha creado otra vía constitucional (art. 88 del C.P) la acción popular; pero advierte que quien siendo parte de la comunidad es afectado o amenazado en forma directa por la contaminación del ambiente, por cuanto su salud y vida están de por medio, además se acredite un nexo de causalidad existente entre la causa alegada para la perturbación ambiental y el daño o amenaza que dice padecer, puede concluirse que es procedente la acción de tutela. Y para el caso la Corte encontró que la acción de tutela era improcedente por cuanto no se acreditó, por parte de los actores la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de la accionada.

Así mismo, en sentencia T 402 de 1992, la Corte Constitucional adujo, sobre el tema, lo siguiente,

En consecuencia, el derecho al servicio de alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela. Siendo ello así y teniendo en cuenta, de un lado, las consideraciones de los expertos doctores Yepes Parra y John Flórez, y del otro, el hecho de que se trate de una situación de carencia claramente comprobada en el barrio de Vista Hermosa en Cartagena, con previsibles consecuencias nefastas para los habitantes del barrio. Esta Sala de Revisión considera que se trata de una clara violación a un derecho fundamental. El alcantarillado inconcluso ha ocasionado el desbordamiento de las aguas negras sobre las calles del barrio. Es importante, además, que se trata de un barrio de clase baja, (estrato 2 según información obtenida en planeación municipal de Cartagena) y que por lo tanto los recursos económicos para afrontar el problema son presumiblemente insuficientes lo que lleva a pensar que las condiciones de higiene y salubridad deben ser precarias.

Sobre el particular adujo la Alta Corporación que pese a que ciertos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales, pero se evidencia una clara conexión con otros derechos fundamentales, es procedente la vía de la acción de tutela, pues sin este amparo quedaría el derecho vulnerado sin protección alguna.

No obstante advierte que se requiere una labor interpretativa que encierre tanto principios, valores y derechos fundamentales para poder apoyar razonadamente una decisión judicial; además se plantea que un derecho fundamental de aplicación inmediata, que aparece como insuficiente para respaldar una decisión, puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural, y viceversa, aclarando que se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no están claramente definidas cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.

Ahora bien, caso contrario ocurre en sentencia T-213 de 1995, donde no se accede al amparo invocado por vía de tutela, por cuanto los peticionarios no acreditaron afectación.

(...)sino que simplemente se limitan a señalar que por las actividades de explotación de minerales que viene adelantando desde 1977 la Empresa Agregados de la Sabana en la Vereda El Santuario del Municipio de Guasca, han visto amenazados sus derechos “fundamentales” al medio ambiente y a la libre locomoción, los cuales, como se ha dicho, el primero no es fundamental y requiere para que prospere su amparo a través de la tutela de la afectación de un derecho constitucional fundamental en forma conexas o por relación de causalidad, y en cuanto al segundo, no aparece demostrada su afectación, pues en ningún momento se les ha impedido a los accionantes el libre tránsito o circulación por la zona donde realiza sus actividades la empresa accionada.

Plantea la Corte Constitucional que para que pueda darse la procedencia de la tutela, en los eventos en que esté por medio la alteración del entorno natural, medio ambiente o ecosistema-es indispensable que el afectado en uno de sus derechos fundamentales, acredite plena prueba del nexo causal existente entre las modificaciones o afectaciones ambientales, y los efectos en alguno de los derechos fundamentales, tales como la vida o la salud de las personas, o entre aquellas y la verdadera y actual amenaza que puedan estar afrontando.

Para el caso, indicó la Corte que se debió demostrar al juez de tutela que las alteraciones y modificaciones hechas al medio ambiente constituyen una amenaza o vulneración de un derecho fundamental, lo que no se acreditó, por lo que la tutela es improcedente, disponiendo los accionantes entonces, de las acciones colectivas o populares para la protección de sus derechos, que se dicen afectados por la empresa accionada.

De ello que la jurisprudencia constitucional ha señalado entonces la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos. Así, en sentencia C-215 de 1999 la Sala Plena de la Corte definió el derecho colectivo como el “interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares”. En el mismo sentido, en sentencia C-377 de 2002, la Corte dijo:

(...) derechos colectivos se caracterizan porque son derechos de solidaridad, no son excluyentes, pertenecen a todos y cada uno de los individuos y no pueden existir sin la cooperación entre la sociedad civil, el Estado y la comunidad internacional. En este sentido los derechos colectivos

generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno.

Y, más adelante agregó que el interés colectivo “pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección”. Además, en sentencia T-659 de 2007, la Corporación afirmó: “(...) un derecho es fundamental y, por consiguiente, puede ser protegido por vía de tutela cuando se demuestre la afectación subjetiva o individual del demandante y, será colectivo, protegido mediante la acción popular, cuando afecte a una comunidad general que impida dividirlo o materializarlo en una situación particular”.

La Corte Constitucional ha sido unánime en considerar que, en principio, frente a los debates relacionados con derechos colectivos no es procedente la acción de tutela, a menos que los derechos fundamentales del demandante estén siendo vulnerados o amenazados por la afectación del derecho colectivo. En la misma sentencia T-659 de 2007, se remite a lo expuesto también en la sentencia T-1205 de 2001, en la que sobre el punto señalara lo siguiente:

(...) la protección de un derecho fundamental cuya causa de afectación es generalizada o común para muchas personas afectadas, que pueda reconocerse como un derecho colectivo, sólo es posible cuando se demuestra la afectación individual o subjetiva del derecho. Dicho de otro modo, la existencia de un derecho colectivo que pueda protegerse por vía de acción popular no excluye la procedencia de la acción de tutela cuando se prueba, de manera concreta y cierta, la afectación de un derecho subjetivo, puesto que ‘en el proceso de tutela debe probarse la existencia de un daño o amenaza concreta de derechos fundamentales, la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, que afecta tanto los derechos colectivos como los fundamentales de una persona o grupo de personas, y un nexo causal o vínculo, cierta e indudablemente establecido, entre uno y otro elemento, pues de lo contrario no procede la acción de tutela..

Posteriormente en sentencia de T-724 de 2011, la Corte Constitucional fue tajante en señalar que los derechos colectivos deben ser amparados a través de las acciones populares, pero excepcionalmente, y con base en el inciso final del artículo 86 constitucional, que reconoce su procedencia cuando se afecte grave y directamente los intereses colectivos, será posible amarrar los derechos mediante la acción de tutela siempre que del atentado contra bienes colectivos, se

derive también la vulneración o amenaza de derechos individuales, o de un grupo concreto, como una familia, y siempre que la afectación de derechos colectivos implique afectaciones de naturaleza fundamental individualizables, pero los jueces deben ser cuidadosos, pues deben verificar si se presenta conexión con la vulneración de derechos fundamentales, ya que es esencial que la amenaza contra bienes colectivos se derive la violación de derechos individuales o de un grupo concreto; es por ello que la jurisprudencia ha determinado unas reglas de ponderación como criterio auxiliar que el juez puede tener en cuenta para eventualmente conceder una tutela:

1. Que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.
2. El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, pues la acción de tutela es de naturaleza subjetiva.
3. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas...
4. La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

En ese orden de ideas la Corte Constitucional en las sentencias hasta aquí referenciadas, insiste que cuando el juez constitucional esté frente a un caso en el que se le pida la protección de un derecho fundamental de carácter subjetivo, cuyo quebrantamiento se origine en la afectación de un derecho enlistado como colectivo, debe ser en extremo cuidadoso al momento de determinar cuál es la acción procedente, de manera que no descarte *in limine* la protección solicitada mediante la vía de tutela, por concebir erradamente que la protección de un derecho colectivo comporta *per se* la improcedencia de la acción de tutela, ya que, acorde a los criterios establecidos por la Corte Constitucional, que anteriormente se citan, existen eventos, en los que se torna indispensable la actuación del juez de tutela, dada la afectación de derechos subjetivos.

Adicionalmente, en esta misma sentencia SU-1116 de 2001, la Corte Constitucional recalca que es necesaria la comprobación de la falta de idoneidad de la acción popular en el caso

concreto. En este sentido, aduce que la Ley 472 de 1998 es una herramienta idónea a efectos de la protección de los derechos, lo que implica que los requisitos acabados de señalar para la procedencia de la acción de tutela en caso de afectación de derechos individuales, son de rigurosa exigencia, dado que la acción de tutela, como se sabe, es de carácter residual y subsidiaria en los términos definidos por la Constitución en su Artículo 86, de modo que debe ser evidente que la acción popular no resulta idónea en el caso concreto, a fin de proteger el derecho amenazado o conculcado, pues pueden existir casos en que, aunque la acción popular sea la vía procesal para pedir la protección del derecho colectivo, pero no resulta apta a fin de salvaguardar el derecho fundamental amenazado o afectado, lo que determina entonces la procedencia de la acción de tutela.

En caso contrario, esto es si la acción popular puede amparar de manera idónea el derecho fundamental, entonces no será procedente aquella, a no ser que como lo advierte la Corte Constitucional, se use como mecanismo transitorio, en tanto la Administración de justicia, mediante el juez competente decide la acción popular.

Ahora, esbozado lo anterior, respecto a cómo se presenta el fenómeno de la procedencia de la acción de tutela para la protección de intereses colectivos, es menester comprender como se define o explica el criterio jurisprudencial de la conexidad, a partir del cual derechos de naturaleza no fundamental, como los colectivos, se conviertan en derechos tutelables.

El art. 86 de la Constitución debe interpretarse en consonancia,

(...) con todas las normas que integran los contenidos de la carta Política, preferentemente con los derechos fundamentales que consagra el capítulo I Título II de la normatividad constitucional, característica que puede ser comunicada al grupo de los derechos sociales, económicos y culturales y a los derechos colectivos y del ambiente, cuando en virtud de su conexidad con los derechos fundamentales, si aquellos no fueren protegidos podría ocasionar la vulneración o amenaza de estos últimos (Gaitán Bohórquez, 1996, p. 55).

El tratadista Manuel José Cepeda Espinosa (2007), refiere sobre el tema de la conexidad entre derechos, que esta es una herramienta interpretativa de la jurisprudencia constitucional colombiana, en virtud de la cual se relaciona un derecho de rango constitucional, pero al que la

propia jurisprudencia ha considerado como no susceptible de protección mediante la acción de tutela, con otro u otros que si se consideran “tutelables”, o con los principios y valores constitucionales, para determinar, atendiendo el caso particular, si se está ante un hecho en que es procedente la acción de tutela. Es de esta manera que es posible para el juez constitucional proteger vía acción de tutela aquellos casos donde se invocan derechos que no están amparados con esta acción constitucional, pero que van aparejados con violaciones a derechos fundamentales.

Es de entender que la conexión entre derechos, de los denominados de segunda o tercera generación, con los denominados de primera, adquieren esa garantía en virtud de su conexidad con principios constitucionales, o con derechos de creación jurisprudencial, como el mínimo vital. Lo que permite inferir que la argumentación por conexidad no es otra cosa que una manifestación del método sistemático de interpretación del Derecho, que de igual modo puede ser empleado para solucionar casos en los que se presentan conductas pluriofensivas de derechos fundamentales.

Resalta el autor Manuel José Cepeda Espinosa (2007) en su texto *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*, que la Corte Constitucional concede gran importancia a los hechos de cada caso concreto cuando utiliza la argumentación por conexidad, al punto que considera que es mediante el análisis de los hechos, y no de las disposiciones jurídicas, que se puede determinar si se está ante un caso de conexidad, o si, por el contrario, se trata de un asunto que no merece protección mediante la acción de tutela. Este modo de proceder se puede apreciar con nitidez en la sentencia 489 de 2011, a la que corresponde el siguiente extracto.

Dicha conexidad no puede ser establecida en abstracto. Ella debe ser el resultado de un análisis detallado en el cual se ponga en relación una interpretación normativa de tipo sistemático de las normas constitucionales en juego, con un estudio detallado del caso y de sus implicaciones. En relación con este proceso de confrontación y ponderación, esta Corporación ha señalado la importancia de los hechos en la definición y solución del problema planteado.

Una acción de tutela que podría tornarse improcedente para proteger un derecho de rango legal, de aquellos derivados de las normas constitucionales que consagran derechos económicos,

sociales, culturales y colectivos, puede ser el mecanismo judicial idóneo para su protección, en el evento de demostrarse una conexidad concreta entre su desconocimiento y una situación de vulneración o amenaza a un derecho fundamental (Gaitán Bohórquez, 1996, p. 73).

La Corte Constitucional ha exigido que debe acreditarse de manera concreta la vulneración del derecho fundamental, cuando se afecten derechos de naturaleza no tutelable; es decir, que debe demostrarse la conexidad, sin que sea un asunto que obedezca a la mera presunción, lo que significa que por estar siendo vulnerados derechos consagrados como no fundamentales, se crea que se vulneran los tenidos por tal.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en su aspecto fáctico, se tiene que la conexidad es un aspecto que se relaciona con la justiciabilidad, lo cual remite la acción de tutela constituida para la protección de los derechos fundamentales, y como se verá a continuación, esos contenidos integrados por el Estado Constitucional de Derecho, ha permitido la solicitud de amparo al órgano judicial, y en muchos casos la consiguiente protección derechos sociales a través de ese mecanismo.

Es pertinente afirmar que toda construcción realizada en el tiempo entraña la posibilidad de identificar elementos, eventos o situaciones que permiten agruparlos y nominarlos de determinada manera, es así como en el estudio de las sentencias de la Corte Constitucional se perciben aspectos que permitieron establecer el desarrollo de la argumentación en favor de la justiciabilidad de otros derechos no catalogados de fundamentales, y es conveniente señalar que esos elementos y la consiguiente agrupación, fue posible identificarlos a partir de los objetivos, de la metodología y del fin descriptivo propuesto para el presente trabajo, lo cual no es óbice para identificar otras etapas, partiendo de otros presupuestos diferentes.

La sentencia ya referenciada, que se retoma nuevamente por su importancia, debido a que estableció un hito en relación con los derechos considerados no fundamentales, sin desconocer los otros aspectos que le dan trascendencia, y en la que será más extensa la relación en este escrito, y se constituyó en referente, es la Sentencia de Tutela 406 de 1992 de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón.

Es conveniente para entender su contenido, comenzar por señalar que ese fallo se originó en una acción presentada por un habitante de una localidad colombiana Cartagena, en contra de una empresa de servicios públicos domiciliarios, donde solicitaba que se tutelara o se brindara amparo a su derecho a la salubridad, contenido en el artículo 88 de la Constitución colombiana de 1991, el cual se estaba afectando, debido a una obra inconclusa de saneamiento.

De esa acción conoció el tribunal de la localidad del accionante, el cual decidió mediante la emisión de una sentencia, no acceder a tutelar el derecho al considerarlo improcedente, ya que ese derecho en su concepto no se encontraba expresamente señalado como fundamental.

Dicha sentencia fue seleccionada por la Corte Constitucional para efecto de la revisión establecida en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, con los artículos 33 y 34 del decreto 2591 de 1991, y el primer aspecto que resalta es que la Corte consideró de suma importancia emitir pronunciamiento en relación con los derechos, por la trascendencia del tema, y por la motivación a su juicio errada, contenida en la sentencia de tutela que originó la revisión; por lo que indicó lo siguiente:

En vista de la trascendencia del tema, no sólo por estar vinculado con lo esencial de la parte dogmática de la Constitución, sino también por la circunstancia de que en los actuales momentos, una definición sobre este tema es indispensable para la adecuada aplicación de los textos constitucionales, esta Sala de Revisión considera que es necesario un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y su relación con los derechos fundamentales. Pero antes, es indispensable una referencia a dos temas básicos, cuya definición será determinante para la delimitación de tales derechos. El primero de ellos se refiere al alcance del Estado Constitucional de Derecho, y el segundo a la delimitación de los derechos fundamentales (T-402 de 1992).

Es de anotar, como se observa en el extracto anterior, que la Corte asumió su papel de máximo intérprete de la nueva Constitución, tomando la decisión de utilizar ese espacio para definir, delimitar y señalar la aplicación de conceptos básicos contenidos en el texto constitucional, en los albores de su vigencia. En esa medida, procedió a estructurar una argumentación, y de la lectura

de sus consideraciones se extraen aspectos que a continuación se relacionaran por considerarlos de suma importancia:

Afirma que el Estado Constitucional de Derecho tiene elementos que marcan o definen su carácter, considera que tiene un aspecto cualitativo y uno cuantitativo superior que lo diferencian del modelo del Estado de Derecho, que podrían simplificarse con la expresión “*debe ser más y mejor,*” lo que a su vez presenta una pretensión clara como modelo. Así mismo concibe una nueva forma de interpretar el Derecho desde la perspectiva de la justicia material, lo que implica una forma diferente de concebir las necesidades, las controversias, de abordarlas y de brindarles solución; es así como indica que la nueva y compleja realidad ha creado: “(...) la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez (...) para favorecer el logro del valor de la justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así eso conlleve un detrimento de la seguridad jurídica” (T-402 de 1992).

Continuando con su argumentación, la Corte aborda el tema de los principios, enfatizando que en el nuevo contexto del Estado Social estos son referentes y las instituciones y procedimientos previstos en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con la importancia de su contenido.

De igual forma, considera que los contenidos de los principios consagran “*prescripciones jurídicas*” que poseen un carácter general, pero que a su vez, “*son normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional*”; y que suponen además una “*delimitación política y axiológica*”, lo que en su conjunto implica una restricción del ámbito de interpretación, que a su vez establece un marco para el proceso de creación y aplicación del Derecho a todo nivel.

Es de anotar que la Corte relaciona como principio constitucional el Estado Constitucional de Derecho, y continua la caracterización de los mismos, indicando que al ser normas jurídicas constitucionales tienen una función interpretativa, y por el rango que ostentan son ineludibles; son normas del presente y de aplicación inmediata como se ha indicado. No obstante es consciente que tienen un carácter general que impide brindar una solución específica a un caso

concreto, lo que no es óbice para que en conjunto con otras normas constitucionales si sea posible hacerlo.

Los anteriores aspectos indican la importancia de los principios para la Corte y para el concepto de Estado Constitucional de Derecho, lo cual se reafirma cuando manifiesta que: “(...) no pueden ser desconocidos por otra norma constitucional o legal u otro principio no expresado en la constitución” (T-402 de 1992).

Otro aspecto que se resalta de la sentencia, es que se percibe que el concepto de Estado Constitucional de Derecho y la importancia de otorgada a los principios, han modificado el papel del juez, debido a que la nueva realidad de los estados, la complejidad de los mismos y sus relaciones con la sociedad en los hechos y en el Derecho, han orientado un cambio generado por la imposibilidad de regular todas las situaciones con instrumentos basados solo en la ley, de ahí que los principios y las decisiones judiciales, en ese nuevo contexto adquieran gran importancia, por lo que indica la Corte:

(...) Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado Constitucional de Derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (T-402 de 1992).

Señala además para afirmar esa idea, que el desarrollo de la democracia constitucional ha permitido que el órgano jurisdiccional acompañe al órgano legislativo para la preservación de la democracia, el orden y para la defensa de los ciudadanos: “(...) la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del Derecho a la realidad social”.

El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido

político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambas procesos de creación de derecho (T-402 DE 1992).

En otro sentido, la Corte confronta el concepto de Estado Constitucional de Derecho en relación con los derechos fundamentales, indicando que el Estado Liberal delimitaba los derechos fundamentales, estableciendo una lista de los que estaban incluidos en esa categoría, y señala que una de las principales críticas a esta concepción tradicional se expresa de la siguiente forma:

(...) de nada sirve una buena lista de derechos sino se tiene en cuenta su proceso de aplicación” y agrega como un punto esencial de la crítica, que “ el problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son”...“Si lo esencial de la definición de los derechos fundamentales, se juega en el ámbito de la relación entre los mismos, esto trae como consecuencia: 1) que la definición a priori de todos los que son no tiene mayor importancia; 2) que esta tarea debe ser llevada a cabo por el juez, puesto que la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos (a través de la tutela); 3) de esta manera, en la relación texto constitucional-hecho social, se irá construyendo una nueva interpretación de la carta de derechos adecuada a una realidad propia del subdesarrollo (nuevo constitucionalismo para América Latina) (T-402 de 1992).

Entiende además que la Constitución de 1991 planteó una nueva forma para conseguir la efectividad de los derechos, basada en la relación entre los derechos fundamentales, y el nuevo papel de los jueces, lo que fue un cambio fundamental respecto a la anterior Carta, ya que el juez se convierte en el responsable principal de la eficacia de los derechos fundamentales.

Profundiza en el tema de los derechos fundamentales caracterizándolos como el pilar del Estado Constitucional de Derecho, por lo que indica que: “(...) su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos (T-402 de 1992)”.

En la sentencia T-402 la eficacia directa de los derechos fundamentales contiene uno de los argumentos más importantes, ya que modifica la forma de interpretar el concepto de aplicación

inmediata, permitiéndole gozar al juez de un mayor radio de acción, que se puede extender a otro ámbito de derechos bajo ciertas condiciones. Además es de gran valor la declaración expresa, que permite la protección de los derechos de contenido no fundamental mediante la tutela, y a su vez afirma que esa protección se establece con base en la naturaleza o vínculo fundamental del derecho, más allá de su ubicación formal, y por su carácter, por la figura de la conexidad, lo que coincide con lo siguiente:

El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata, de ahí que se debe realizar una distinción entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata y esta distinción le corresponde al juez quien a juicio de la Corte debe definir la naturaleza y el alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata (T-402 de 1992).

Otro aporte de importancia en la sentencia es el reconocimiento de derechos de “*contenido difuso*”, los cuales no pueden ser considerados como fundamentales y ser objeto de protección mediante tutela, pero plantea una excepción al establecimiento de esa regla que denominó conexidad, permitiendo el amparo de ese tipo de derechos. Así mismo, enumera los criterios que a su juicio permiten distinguir esos derechos:

El primero es la consagración expresa, es decir que esos derechos formalmente sean calificados como fundamentales, o estén contenidos en una categoría con tal denominación. Otro criterio es la remisión expresa, aspecto que se refiere al vínculo de algunos derechos con tratados y convenios ratificados, que les da un carácter de prevalentes y de pauta interpretativa, ya que generalmente ofrecen mayores garantías.

De igual forma, la conexión directa con derechos expresamente consagrados se constituye en uno de esos criterios; lo cual es de suma importancia para el presente estudio y al respecto señala la Corte lo siguiente:

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones

se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos (T-402 de 1992).

Lo anterior podría calificarse como una síntesis de la argumentación de la Corte, donde se observa el vínculo que se establece entre los conceptos de Estado Constitucional de Derecho, principios constitucionales, derechos fundamentales y su interpretación global, que permite el reconocimiento de otros derechos.

Adicional al criterio de la naturaleza inherente del derecho a la persona, la Corte señala otros criterios de tipo fáctico. El primero se refiere a la importancia del hecho y a la asociación que se puede establecer con los valores y principios de la Constitución, es una labor de carácter interpretativo y de enlace entre la norma y la realidad, en esa medida indica que:

A partir de estos dos elementos, normas y hechos, el juez constitucional debe ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos; esto quiere decir que el resultado final de la interpretación debe tener en cuenta las dificultades estructurales de la realidad económica colombiana sin que dichas dificultades hagan inócua la voluntad constituyente de construir, desde el presente, una sociedad más justa, más libre y más democrática, tal como lo establece el preámbulo de la Carta.

De conformidad con lo anterior, en aquellas situaciones en las cuales la norma constitucional se encuentra en franca contradicción con hechos generalizados e irremediables en un futuro próximo por la falta de recursos económicos -como por ejemplo la mortalidad infantil por carencia de agua potable- el juez, sin desconocer los mandatos constitucionales -en este caso el artículo 366 sobre prioridad del gasto público social- debe apreciar los límites impuestos por las posibilidades económicas, de tal manera que su decisión no se convierta en un bendición al "statu quo", pero tampoco en una orden que imponga un cambio imposible de llevar a la práctica sin cambiar las reglas estructurales de la economía (T-402 de 1992).

Un segundo criterio de esa naturaleza, se relaciona con el carácter histórico del derecho fundamental e indica que:

No todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil, y b). La entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos (T-402 de 1992).

En otro sentido, en relación con los derechos económicos sociales y culturales, o colectivos, la Corte parte por analizar el aspecto relacionado con su naturaleza jurídica informando sobre la discusión jurídica entre su concepción como plenos derechos constitucionales o como enunciados programáticos que necesitan que la ley los desarrolle, y frente a esas dos alternativas establece su posición cuando afirma que: “En lo que sigue de este fallo se defenderá una posición intermedia, en concordancia con lo anotado anteriormente sobre estado social y principios constitucionales” (T-402 de 1992).

Advierte la Corte que ese auspicio al legislador en la práctica, se puede plantear como una especie de presión, que se evidencia cuando el juez debe actuar irrumpiendo en el ámbito funcional del legislador; no obstante, respecto a los derechos sociales, señala los motivos específicos y la pauta de comportamiento del juez cuando indica lo siguiente:

(...) la intervención judicial en el caso de un derecho económico social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional (t-402 de 1992).

En el desarrollo de su argumento se refiere a lo relacionado con la justicia distributiva, y los derechos sociales indicando:

[...] Ahora bien, la aceptación de la tutela para los derechos en cuestión, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción antes anotados; sólo en estos casos, el juez puede, en ausencia de pronunciamiento del legislador, y con el fin de adecuar una protección inmediata del derecho fundamental, pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho (T-402 de 1992).

Afirma la Corte que en estos casos el juez debe consultar la gravedad de la violación del derecho fundamental, las posibilidades económicas y el “(...) propósito de igualdad y justicia social que señala la Constitución [...] la aplicación de los derechos económicos sociales y culturales plantea un problema no de generación de recursos sino de asignación de recursos y por lo tanto se trata de un problema político” (T-402 de 1992).

La amplia referencia realizada a la sentencia relacionada, se justifica debido a que se identificó como el fundamento de la primera etapa argumentativa, ya que los conceptos base de esa decisión fueron desarrollados en tal medida, que establecieron un paradigma para los derechos sociales y su justiciabilidad.

En ese sentido, es posible percibir, desde los primeros párrafos de la sentencia, la importancia de los contenidos que se desarrollarían, cuando la Corte manifiesta como uno de los objetivos de la sentencia, emitir un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de los derechos sociales y su relación con los derechos fundamentales, lo cual denota suma importancia, porque pretende establecer a través de la sentencia, conceptos que van más allá del caso concreto objeto de controversia.

De ahí que esa pretensión por definir y delimitar el alcance de esos conceptos tan importantes para el ordenamiento jurídico, sea uno de los primeros aspectos que permite afirmar la conformación de una etapa en la argumentación.

De igual forma, sobre esa pretensión se puede indicar que en sí misma, contiene el planteamiento de una división en dos categorías conceptuales, derechos fundamentales y derechos colectivos, sobre las cuales se pretende hacer evidente una relación, y en esa medida para demostrarla fue necesario que en su argumentación, la Corte estableciera dos temas fundamentales, la determinación del alcance del concepto de Estado Constitucional de Derecho y la delimitación de los derechos fundamentales.

El desarrollo de esos dos aspectos, son el soporte o los puntales que estructuran argumentación del tribunal, en relación al planteamiento de un concepto de los derechos sociales dirigido a su protección judicial, y en esa medida la determinación del contenido y del alcance de esos conceptos constituyen los primeros elementos que caracterizan esta etapa argumentativa, lo cual es posible detallar de la siguiente manera.

El contenido del concepto del Estado Constitucional de Derecho, es desarrollado a partir del establecimiento de diferencias cualitativas y cuantitativas, en relación con el Estado Liberal, con una clara alusión a las obligaciones, prestaciones, finalidades, visión de hombre, de la sociedad, de las necesidades y de su función, entre otros aspectos; así mismo es un concepto cargado con un contenido valorativo orientado a la consecución de justicia material, a la protección de la dignidad y al desarrollo de valores sociales.

Ese contenido, y la orientación del Estado Constitucional de Derecho, concedió a su vez a los principios constitucionales, una categoría que los elevó a referentes interpretativos, legislativos y decisivos, para todos los actos y hechos de regulación; por tanto, son considerados un límite en lo político, axiológico y normativo, brindándoles además el carácter de normas de aplicación inmediata. Cabe anotar que las limitaciones de los principios según criterio de la Corte, son atenuadas por una interpretación sistemática y global de la Constitución. Por su parte, el concepto acerca de los principios puede considerarse como el tercer puntal en la argumentación de la Corte, así como el tercer elemento que identifica esta primera etapa.

**Comentario [J1]:** ME PARECE QUE SOBRE, QUE DESBORDA MUCHO EL TEMA.

Otro de los aspectos que estructuraron la argumentación, y que se mencionó al inicio de este apartado, corresponde al concepto de los derechos fundamentales, señalados por la Corte como el pilar básico del Estado Constitucional de Derecho, el cual no se concibe sin su garantía. En la sentencia, el contenido, la determinación y alcance de estos derechos se presenta como un avance respecto a las concepciones tradicionales que giraban en torno al concepto de aplicación inmediata, sin desconocer que este es uno de los tantos elementos que ayudan a su identificación; de igual forma se aparta del excesivo formalismo, que solo concibió su definición desde el punto de vista de su enunciación o enumeración expresa.

Desarrollar ese concepto fue esencial para la argumentación de la Corte, a tal punto que constituyó el tema con mayor extensión en el documento, donde relacionó requisitos y criterios para identificarlos, y otorgó al juez la responsabilidad de su eficacia.

Otro de los elementos característicos, se refiere al contenido del concepto de eficacia directa, el cual es separado del concepto de aplicación inmediata, ya que tal orientación permite considerar que en algunos casos, derechos que no son de aplicación inmediata pueden tener eficacia directa; lo que a su vez lleva a desligar el concepto de derecho fundamental del concepto de aplicación inmediata, lo cual amplió el margen de protección hacia otros derechos.

En relación con el concepto de los derechos colectivos, que ha sido influido por la anterior estructura conceptual y sus contenidos particulares, fue posible observar que la Corte establece una división entre derechos con un contenido concreto y derechos con un contenido difuso; reconoce a su vez que algunos derechos sociales, pueden ser objeto de protección judicial a través de la tutela, porque una norma constitucional así lo dispone, o cuando la prestación asociada a ese derecho sea necesaria para proteger un principio constitucional o un derecho fundamental.

Este último aspecto hace referencia a la figura de la conexidad entre derechos fundamentales y derechos colectivos en razón del vínculo íntimo entre ambos, y la necesaria protección de unos, para la garantía de los otros.

En esa medida, cuando la Corte dinamizó los conceptos de aplicación inmediata y eficacia directa, permitió proteger esos derechos sociales a través de la intervención judicial, que se fundamentó a su vez, en un cambio en la concepción clásica de la división de poderes, al pasar de una división estricta de órganos a una división de ámbitos funcionales, lo que obligó a concebir la estructura de una forma diferente y en función de unos objetivos específicos; en consecuencia, el papel de los elementos que conforman esa organización sufrió un cambio, consintiendo que los jueces asumieran la concreción material de los principios constitucionales y de ese ideal de Estado a través de sus decisiones, incluso llegando a denominar esa participación como un acompañamiento del órgano jurisdiccional al legislativo.

Desde la jurisprudencia constitucional se confirma el vínculo fundamental entre los principios y el Estado Social, orientados a la protección de los derechos; y se percibe la importancia central otorgada al principio de la dignidad, que resalta el carácter humanista de la carta política; de igual forma en esa sentencia T-570 de 1992, se plantea la posibilidad, que del concepto de Estado Social con su contenido, implicaciones y fines, sea posible deducir eventualmente exigencias prestacionales, indica:

Con el objeto de crear oportunidades reales para el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la comunidad, la Constitución impone al Estado objetivos, metas y programas de acción que pueden eventualmente traducirse en derechos a diferentes prestaciones de orden económico, social y cultural. Con la consagración de este tipo de derechos y de intereses legítimos que representan para el Estado obligaciones positivas, se pretende conseguir la igualdad social de tal forma que la libertad y el pleno desarrollo vital no se encuentre solamente al alcance de una fracción mínima de la población (T-570 de 1992).

Es pues evidente que se mantiene la misma estructura argumentativa en las sentencias posteriores, que conduce a la misma conclusión; por tanto, a continuación se describirá lo observado respecto a otro de los argumentos planteados que estructuran el concepto de los derechos colectivos; en esa medida acerca del concepto de conexidad se indica:

Considera la Sala conveniente aclarar al fallador de instancia que la tesis sostenida por esta Corporación, sobre la existencia de "derechos fundamentales por conexidad", y que consiste en

aceptar como tales, aquellos que no siendo denominados de esta manera en la Constitución, "sin embargo se califican así en virtud de su íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos", como por ejemplo, el derecho a la salud, que no siendo a primera vista fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando se pone en peligro la vida de las personas. (Sent. T-491/92) (T-200 de 1993).

Las anteriores sentencias son una muestra de que se continuó básicamente con la línea de argumentación de la sentencia T-406 de 1992, de la cual puede afirmarse que estableció los parámetros sobre la defensa judicial de derechos colectivos hasta el año 1997, cuando se emitió la sentencia SU-111 de 1997, ya que se considera que esta última decisión fue el inicio de una nueva etapa, en primer lugar por el tipo de sentencia, ya que al ser de unificación, el objetivo de la Corte era concretar en sala plena una posición frente a un tema o situación particular, para ser seguida en principio por las demás salas de revisión en decisiones posteriores, y luego por los demás jueces; en segundo lugar, porque el objetivo expresado era el de unificar criterios sobre el alcance de los derechos fundamentales y los no considerados así, lo cual ya había sido desarrollado en la sentencia T-406 de 1992; y en tercer lugar, porque en la práctica se estableció como nuevo paradigma respecto ciertos derechos, entre otras razones por las múltiples citas y referencias encontradas en sentencias posteriores, por lo que significó un cambio en la argumentación de la Corte, como se describirá a continuación.

La primera referencia de importancia encontrada en la sentencia SU-111 de 1997 es la siguiente.

Por la importancia de la materia y la necesidad de precisar el contenido y alcance de los derechos económicos y sociales, lo mismo que el significado del Estado Constitucional de Derecho y el papel que corresponde desempeñar a la jurisdicción constitucional en su progresiva configuración material, la Sala Plena decidió asumir la revisión de la sentencia de instancia.

El primer aspecto que aborda, es el concepto de Estado Constitucional de Derecho, indicando que su finalidad es procurar las condiciones materiales para que las personas gocen de igual libertad, por lo cual establece herramientas para la consecución de ese logro, señala que:

La cláusula del Estado Constitucional de Derecho (C.P. art. 1), tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. En este orden de ideas, tras este objetivo la Constitución consagra derechos sociales, económicos y culturales; asigna competencias al legislador; establece como deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; amplía el ámbito de responsabilidades de la administración en punto a la gestión, inspección y vigilancia de los servicios y prestaciones a cargo del Estado; abre un claro espacio de participación a los usuarios y beneficiarios de los servicios y prestaciones estatales (SU-111 de 1997).

En cierta medida se percibe una diferencia en la concepción de la finalidad del Estado, o por lo menos en su enfoque principal, ya que se pasó de concebirlo como un aparato para la materialización de los derechos fundamentales, a un aparato que busca principalmente ofrecer las condiciones materiales para gozar de una igual libertad, es claro que es una diferencia sutil debido al vínculo de esos enfoques y a la gran relación entre esos conceptos, pero es algo que se percibe al analizar la sentencia y es pertinente señalar; continua indicando que:

La voluntad democrática, por lo visto, es la primera llamada a ejecutar y a concretar en los hechos de la vida social y política la cláusula del Estado social, no como mera opción sino como prescripción ineludible que se origina en la opción básica adoptada por el constituyente. Lo contrario, esto es, extraer todas las consecuencias del Estado Constitucional de Derecho, hasta el punto de su individualización en forma de pretensiones determinadas en cabeza de una persona, por obra de la simple mediación judicial, implicaría estimar en grado absoluto la densidad de la norma constitucional y sobrecargar al juez de la causa.

No puede, por consiguiente, pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos (SU-111 de 1997).

Con lo anterior, la Corte plantea el cisma con el precedente establecido por la sentencia T-406 de 1992, y las que fortalecieron su argumentación, debido a que se interpreta la cláusula del Estado Constitucional de Derecho en un sentido más restringido, otorgando al legislador el rol principal en el desarrollo de los derechos sociales o colectivos. Es de anotar que en la sentencia SU-111 de 1997, la referencia a los principios y a su importancia para el Estado Constitucional de Derecho, es mínima y básicamente por inferencia, lo cual se puede interpretar como un acto dirigido a restringir ese concepto del Estado Constitucional de Derecho, en contraste con la anterior argumentación.

En relación con los derechos fundamentales y su vínculo con los derechos colectivos, en la sentencia SU-111 de 1997 se manifiesta que:

El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata. El derecho a la vida protegido por el artículo 11 de la C.P., comprende básicamente la prohibición absoluta dirigida al Estado y a los particulares de disponer de la vida humana y, por consiguiente, supone para éstos el deber positivo de asegurar que el respeto a la vida física sea el presupuesto constitutivo esencial de la comunidad. Esta faceta de la vida, bajo la forma de derecho fundamental, corresponde a un derecho fundamental cuya aplicación no se supedita a la interposición de la ley y puede, por lo tanto, ser amparado a través de la acción de tutela.

El Estado como organización política de la sociedad adquiere sentido cuando, además de asegurar la intangibilidad de la vida y la libertad, se ocupa de establecer las bases de orden material y jurídico para que ellas sean posibles y su goce sea general. El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores.

En esa medida, es claro que la relación entre derechos fundamentales y derechos colectivos es íntima, y de ella surgen exigencias positivas para el Estado; sin embargo, y a pesar de ello, las prestaciones que se derivan requieren la participación del órgano legislativo el cual tiene la competencia para su desarrollo.

Otro aspecto que se modifica sustancialmente, respecto al precedente anterior, es la comprensión del concepto de aplicación inmediata, debido a que establece una restricción solo a los derechos que no requieren de intervención legislativa, a diferencia del anterior precedente que entendía ese concepto de una forma amplia y con una dinámica especial. La sentencia SU-111 de 1997 indica que,

Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

En relación con la figura de la conexidad y la protección de los derechos colectivos bajo el concepto del mínimo vital, la Corte dice que “(...) la Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela”.

Al igual que en la sentencia primera, en la SU-111 de 1997, la argumentación se estructura desde el concepto de Estado Constitucional de Derecho, al cual se refiere en términos algo restrictivos a diferencia la sentencia T-406 de 1992.

En relación a su contenido, ese concepto se desarrolla en la sentencia de 1997, en torno a una finalidad diferente el posibilitar el goce de una igual libertad, para lo cual determina a los

derechos sociales como herramientas o medios para conseguir ese objetivo, y establece a su vez una competencia para el legislador denominado "la voluntad democrática", quien tiene el deber y es el primer obligado a ejecutar el ideario de ese Estado Constitucional de Derecho, en relación con los derechos colectivos, ya que permitir o ceder esa competencia al juez afectaría la igualdad y crearía una distorsión en el sistema.

En consecuencia, el concepto de Estado Constitucional de Derecho está cargado de un contenido o una orientación diferente, con énfasis en la consecución de una finalidad disímil a la planteada en el anterior referente, y esa determinación estableció un límite sobre alcance del concepto, que lo deja aun como un referente, pero que se queda sin el poder interpretativo relacionado en sentencia de 1992, y el aspecto que más resalta es la pérdida de la capacidad para ser referente decisivo en el ámbito de protección judicial de los derechos sociales, debido a que se considera que esa cláusula del Estado Constitucional de Derecho, no puede generar por sí sola, y de forma directa, obligaciones positivas a cargo del Estado y su desarrollo sólo se puede adelantar a través de la legislación.

Otro aspecto identificado como relevante, se relaciona con el contenido del concepto los derechos, se observa que la Corte parte de la distinción entre derechos sociales y derechos fundamentales, reconoce el vínculo íntimo que puede existir entre unos y otros. Sin embargo, atendiendo al aspecto de su protección judicial, a través de la tutela, plantea la excepción de la conexidad.

Otra referencia que reviste importancia, es la contenida en la sentencia SU-225 de 1998, en la cual se reiteran argumentos señalados por la SU-111 de 1997, e incluye precisiones a la misma que son de suma importancia, por lo que merecen ser presentados. En esa medida la Corte indica en la sentencia SU-225 de 1998, que:

La Corte, en reciente jurisprudencia de unificación, ha indicado que el juez constitucional no puede, en principio, intervenir en el proceso de asignación de derechos constitucionales de carácter prestacional, pues ello implicaría una grave lesión al principio democrático y, eventualmente, la ruptura de principios y derechos tan fundamentales como la igualdad. A este respecto, la sentencia SU-111 de 1997, indicó:

Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

No obstante, en la misma decisión, la Corporación consideró que en algunos casos excepcionales, el juez constitucional podía conceder la tutela de un derecho social o económico, siempre que se cumplieran una serie de estrictas condiciones constitucionales. Al respecto señaló:

La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela.

De igual forma, hace referencia a dos tipos de derechos prestacionales, el primero los derechos de prestación que no pueden ser protegidos sin la figura de conexidad, y los derechos prestación que son expresamente señalados por la Constitución como fundamentales, como lo indica:

Podría sostenerse que una violación flagrante a los derechos económicos o sociales consagrados en el artículo 44 de la Carta, se encontraría claramente tipificada en la excepción a la que alude la Corte en la precitada sentencia. Sin embargo, no se precisa en este caso seguir con una línea de argumentación semejante. La discusión que la Corte salda en la referida providencia hace relación a la eventual conexidad entre los derechos de prestación, como el derecho a la salud, y derechos fundamentales, como el derecho a la vida. No obstante, no se refiere a los derechos prestacionales que, adicionalmente, por expreso mandato constitucional, son derechos fundamentales y, por lo tanto, resultan susceptibles de ser defendidos mediante el mecanismo judicial de la tutela (SU-225 de 1998).

De los anteriores extractos se puede afirmar una idea de forma clara, la pretensión de justicia y de igualdad sustancial del texto constitucional en situaciones humanas límite que afectan la dignidad, de grupos específicos como los pobres, indigentes y discriminados, requiere acciones positivas y materiales por parte del Estado, el cual debe concurrir porque el individuo por sí mismo no puede revertir esa situación límite, y la sociedad no ha respondido, por lo que el Estado no puede abstenerse. El papel del juez, bajo esa premisa, va dirigido a corregir esa abstención, ordenando el cumplimiento del deber estatal.

Lo que se plantea es una concepción que facilita la protección de los derechos prestacionales mediante acción de tutela; deja claro que van dirigidos a la protección de un grupo de individuos especiales, fundamentado en la búsqueda de legitimidad del Estado Constitucional de Derecho, cuya finalidad es la promoción de la igualdad sustancial, que exige en los casos en que una abstención del Estado en una situación que atente la dignidad, de forma extrema y donde se comprometa la existencia del individuo, el juez debe ordenar el cumplimiento de la acción positiva que el Estado se abstuvo de ejecutar. De forma concreta, se puede indicar que cuando un individuo es reducido a una situación extrema, se crea una necesidad básica, que no genera directamente una obligación a cargo del Estado, excepto cuando la Constitución y la ley la determinan; sin embargo, en los casos en los que no es determinada, el juez constitucional, en cumplimiento del mandato de la Constitución, de poner término a la discriminación y a la marginación social, fruto del principio de la dignidad, puede obligar al Estado a concurrir.

Se encuentran además, sentencias que reiteran, la naturaleza prestacional de los derechos sociales, las implicaciones de dicho enfoque y como pueden generar derechos subjetivos, al modificar su "*naturaleza*":

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que

cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”.

Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección (T-108 de 1993, T-207 de 1995 y T-042 de 1996).

Para finalizar este apartado, cabe anotar que las anteriores ideas, permiten señalar una variante que se identificó en uno de esos elementos clave, el cual se refiere al contenido otorgado al concepto de derecho fundamental; ya que se percibió que en la sentencia T-227 de 2003, con ponencia del magistrado Doctor Eduardo Montealegre Lynett, se dotó de un contenido diferente al señalado concepto.

En esa sentencia, se sostiene que de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es posible determinar un concepto preciso e inequívoco de derecho fundamental, y no se propone un abandono de esos preceptos establecidos, sino que considera necesario efectuar una labor de sistematización, la cual debe partir de la dignidad como "valor central del sistema y principio de principios".

Al respecto, se afirmó que la dignidad hace referencia a las condiciones intrínsecas de la persona humana, y además a "la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle", y con la "posibilidad real y efectiva de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad

según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad” (T-227 de 2003) .

Explica a su vez, que la Constitución contiene un sistema de valores imperantes en el momento de su creación, que a su vez son un reflejo del momento histórico y una definición de las características de la sociedad para la cual está destinado el sistema jurídico.

Por tanto, al ser la dignidad el valor central, ese contenido axiológico define "lo que es esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias” (T-227 de 2003).

En ese orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente este dirigido a lograr la dignidad y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella.

Sobre esa necesidad, indica que se define por los consensos acerca de lo necesaria de la prestación o de la abstención que define como la traducibilidad en derecho subjetivo, y las circunstancias del caso concreto.

Esa sentencia, desde la perspectiva del presente estudio, permite considerar la posibilidad, de que se esté gestando un cambio, o por lo menos permite avizorar la conformación de una nueva etapa en la construcción, y se habla en términos que aluden a crecimiento, debido a que ese elemento ha sido cargado de un contenido diferente<sup>8</sup>, que plantea por consiguiente un nuevo desarrollo jurisprudencial en la materia; sin embargo, el contenido de ese concepto no ha sido articulado de forma clara con los demás elementos identificados en la argumentación, que la Corte ha realizado para la protección de derechos sociales vía judicial, lo que no permite afirmar que se ha establecido una nueva etapa en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales; en esa medida, al no integrarse de una forma evidente para estructurar una nueva argumentación que

---

8 \* Nota: el cual que ha sido reiterado en la sentencia T 219 de 2005.

tenga la pretensión de constituirse en nuevo paradigma, no es adecuado indicar que se estableció una nueva etapa, sin embargo no se desconoce la importancia de la perspectiva señalada en esa sentencia, y bajo el marco de este análisis se plantea como un concepto que será el eje de la siguiente etapa argumentativa.

La anterior referencia denota que la construcción jurisprudencial de la Corte, no se encuentra concluida, y en vista de la complejidad del tema es posible esperar desarrollos importantes; lo que determinará que se constituyan o no en paradigmas, dependerá de su articulación, de su integración a referente, o del nivel de cambio o incluso de contradicción que se establezca.

Establecido ese criterio jurisprudencial de la conexidad, le corresponde entonces al juez constitucional, constatar si en la actuación que está en trámite se encuentra acreditado, de manera cierta y fehaciente, que la afectación del derecho colectivo también amenaza el derecho individual de carácter fundamental de la persona que interpone la acción de tutela, cuya protección no resulta efectiva mediante la presentación de una acción popular, sino que, por el contrario, debe ser evidente la urgencia en la intervención inmediata del juez de tutela. No obstante, como ya se dijo, es de precisar que la orden judicial que imparta en razón de la acción de tutela que resulte procedente, debe estar orientada a obtener, únicamente, el restablecimiento del derecho de carácter fundamental y no el derecho colectivo.

La Corte Constitucional ha sido coherente en sus distintas sentencias sobre el tópico, estableciendo unas denominadas “reglas de ponderación” que el juez debe usar como “criterio auxiliar” para decidir si hay lugar o no a la protección de derechos fundamentales, a través de la acción de tutela, cuando la afectación proviene de la vulneración de derechos colectivos, señalando que sólo es procedente si acredita la vulneración individual o subjetiva del derecho; de manera textual señaló en la T-517 de 2011:

Dicho de otro modo, la existencia de un derecho colectivo que pueda protegerse por vía de acción popular no excluye la procedencia de la acción de tutela cuando se prueba, de manera concreta y cierta, la afectación de un derecho subjetivo, puesto que “en el proceso de tutela debe probarse la existencia de un daño o

amenaza concreta de derechos fundamentales, la acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, que afecta tanto los derechos colectivos como los fundamentales de un apersona o grupo de personas, y un nexo causal o vínculo, cierta e indudablemente establecido, entre uno y otro elemento, pues de lo contrario no precede la acción de tutela (T-1205 de 2001) (T-659 de 2007).

Habrà de tenerse en cuenta entonces que la jurisprudencia constitucional ha establecido que en algunos casos los juzgadores podràn admitir la acción de tutela cuando se constate que existe conexidad entre la vulneración de derechos colectivos y la afectación de derechos fundamentales, es decir, que de la violación de los intereses colectivos se derive la amenaza de prerrogativas individuales.

Es de anotar que la Alta Corporación parte de una premisa general, según la cual la acción de tutela no procede para la protección de los derechos colectivos, pues la Constitución ha previsto en su artículo 88 que este tipo de derechos podràn ser protegidos por las acciones populares, reguladas en la ley 472 de 1998.

Con la entrada en vigencia de esta ley, la acción de tutela cobra definitivamente carácter subsidiario para la protección de los derechos colectivos y su procedencia se torna, en estos casos, excepcional, razón por la cual los juzgadores deben ser especialmente cuidadosos al comprobar el requisito de conexidad con la afectación de derechos fundamentales.

Se hace necesario, entonces, que los jueces analicen con sumo cuidado los casos sometidos a su conocimiento, para determinar si la acción procedente es la acción consagrada en la ley 472 de 1998, o si es la acción de tutela, pues ésta tiene que conservar su naturaleza de mecanismo subsidiario al que debe recurrirse únicamente cuando esté demostrado que, a través del ejercicio de la acción popular, no sea posible el restablecimiento del derecho fundamental que ha resultado lesionado, o en amenaza de serlo por la afectación de un derecho de carácter colectivo. Para el efecto, entonces, se hará necesario demostrar que, pese a haberse instaurado la acción popular, ésta no ha resultado efectiva para lograr la protección que se requiere. Igualmente, se podrá hacer uso de la acción de tutela como mecanismo transitorio mientras “(...) la jurisdicción competente

resuelve la acción popular en curso y cuando ello resulte indispensable para la protección de un derecho fundamental”.

Ahora bien, es importante anotar que el juez de tutela, en la decisión que tome una vez se encuentren plenamente identificados los requisitos ya mencionados, deberá proteger los derechos fundamentales que se encuentran amenazados o vulnerados. De la misma manera, y en aras de los principios que sustentan nuestro ordenamiento jurídico, podrá en ciertos casos tutelar los derechos fundamentales de las demás personas que, no habiendo instaurado la acción, son víctimas de las mismas circunstancias del demandante, al cual se le ha reconocido mediante fallo de tutela la protección de sus derechos fundamentales, vulnerados en conexidad con la afectación de un derecho colectivo.

Los derechos constitucionales por conexidad son aquellos que,

(...) no siendo denominados como tales por el texto constitucional, sin embargo, le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de manera que, si no fueren protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos (571 de 1992).

El art. 86 de la Constitución debe interpretarse en concordancia con las normas contenidas en la Carta Política, preferentemente con los derechos fundamentales que consagra el capítulo I Título II de la normatividad constitucional, característica que puede ser comunicada al grupo de los derechos sociales, económicos y culturales y a los derechos colectivos y del ambiente, cuando en virtud de su conexidad con los derechos fundamentales, si aquellos no fueren protegidos podría ocasionar la vulneración o amenaza de estos últimos (Gaitán Bohórquez, 1996, p. 55).

El tratadista Manuel José Cepeda Espinosa (2007) refiere sobre el tema de la conexidad entre derechos, que esta es una herramienta interpretativa de la jurisprudencia constitucional colombiana, en virtud de la cual se relaciona un derecho de rango constitucional, pero al que la propia jurisprudencia ha considerado como no susceptible de protección mediante la acción de tutela, con otro u otros que si se consideran “tutelables” o con los principios y valores

constitucionales, para determinar, atendiendo el caso particular, si se está ante un hecho en que es procedente la acción de tutela, es de esta manera que es posible para el juez constitucional proteger vía acción de tutela aquellos casos donde se invoca derechos, que no están amparados con esta acción constitucional, pero que van aparejados con violaciones a derechos fundamentales.

Resalta el autor Manuel José Cepeda Espinosa (2007), en su texto *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*, que la Corte Constitucional concede gran importancia a los hechos de cada caso concreto, cuando utiliza la argumentación por conexidad, al punto que considera que es mediante el análisis de los hechos, y no de las disposiciones jurídicas, que se puede determinar si se está ante un caso de conexidad, o si, por el contrario, se trata de un asunto que no merece protección mediante la acción de tutela, Este modo de proceder se puede apreciar con nitidez en la sentencia 489 de 2011, a la que corresponde el siguiente extracto.

Dicha conexidad no puede ser establecida en abstracto. Ella debe ser el resultado de un análisis detallado en el cual se ponga en relación una interpretación normativa de tipo sistemático d las normas constitucionales en juego, con un estudio detallado del caso y de sus implicaciones. En relación con este proceso de confrontación y ponderación, esta Corporación ha señalado la importancia de los hechos en la definición y solución del problema planteado.

## CONCLUSIONES

Los derechos humanos no surgen de un momento determinado de la historia, ellos nacen con el hombre mismo, siendo estos atributos propios del individuo, que se fundamentan en valores como la libertad, la dignidad y la igualdad. A medida que con la convivencia entre seres humanos fueron surgiendo nuevas formas de vivir, se fueron generando otras necesidades para poder preservar la vida misma, y el posicionamiento dentro de una misma comunidad o sociedad. Estos derechos han tenido gran relevancia en la historia de la humanidad por cuanto han sido parte de una lucha de los débiles contra los fuertes, y el punto álgido ha sido su violación, por lo que se ha debido exigir el respeto de los mismos, cuando son algo connatural al hombre.

Se ha vivido, pues, a través de la evolución del hombre, una lucha continua por los derechos humanos, tema este tan tocante al individuo que ha impregnado todos los campos de acción en el mundo como la literatura, el arte, la filosofía, la epistemología, la sociología, la psicología, el derecho, entre otros.

El ordenamiento jurídico internacional vio la necesidad de regular estos derechos, sin que los mismos pudieran chocar con los intereses de la comunidad en general, es así que un Estado que se tilde de constitucionalista los tiene consagrados en su Carta Magna. El hecho de que un estado reconozca estos derechos indica que estarán bajo su tutela y resguardo.

Los conceptos dados en este trabajo sobre derechos humanos, dan cuenta de la imperiosa necesidad de los Estados por positivizarlos en sus constituciones, a fin de poder ofrecer garantía y protección a los mismos, y ello en el entramado constitucional colombiano se hace a través de varias vías procesales, dos que quizá, en nuestra opinión, son las más importantes: la acción de tutela y la acción popular; la primera instituida para la salvaguarda de los derechos fundamentales de carácter subjetivo; y la segunda, para la guarda y protección de los derechos colectivos;

entendidos los primeros (derechos fundamentales) como los que son inalienables a la persona humana; y los últimos (derechos colectivos), como los que pertenecen a todos.

Establecido lo anterior, y según criterios jurisprudenciales, los derechos colectivos pueden ser amparados vía acción de tutela, bajo unas estrictas exigencias que permitan al juez, bajo unos criterios estrictos de ponderación que evidencien *i)* la conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental de manera tal que perciba que el daño o la amenaza del derecho fundamental es consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo; *ii)* que quien solicita la protección sea la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, dado que acción de tutela es subjetiva, *iii)* La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas sino que deben aparecer expresamente probadas y *iiii)* que la orden que emane del juez busque el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con su decisión resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

Así las cosas debe destacarse como básico el criterio jurisprudencial de la conexidad, el cual es considerado como una herramienta interpretativa de la jurisprudencia constitucional, que permite relacionar un derecho de naturaleza constitucional pero no fundamental con otro u otros que sí ostentan tal carácter y por ende son protegibles a través de la acción de tutela, criterio que permite a derechos de naturaleza no fundamental, como los derechos colectivos, transmutarse en derechos tutelables.

Tal criterio de conexidad es visto como una expresión del método sistemático de interpretación del Derecho, que entiende el ordenamiento jurídico como un todo y por ende todas las normas del sistema se interpretan acorde a los principios y valores consagrados en la norma superior.

Debe tenerse presente que la conexidad no opera en abstracto, por lo que los hechos planteados en el caso juegan un rol importante a la hora de interpretar las normas constitucionales aplicables, debiéndose atender sus connotaciones específicas.

Para la aplicación de este criterio, es menester probar la afectación del derecho fundamental, cuando se trata de derechos de naturaleza no tutelable como los colectivos, lo que implica que debe demostrarse también la conexidad, a efectos de hacer justiciables los derechos a través de la acción de tutela.

Es claro entonces que la conexidad hace referencia a un vínculo inescindible entre derechos fundamentales y derechos colectivos; de ahí la necesaria protección de estos últimos para poder proteger los primeros, bajo la exigencia que las órdenes judiciales derivadas de la protección judicial deben dirigirse a la restitución del derecho fundamental y no al derecho colectivo.

Es necesario recalcar la definición de derechos fundamentales por conexidad, destacándose la que hace la Corte Constitucional en la sentencia T-571 de 1992, al precisar que son aquellos que sin ser calificados como fundamentales por la Constitución, dada su relación íntima e inescindible con otros derechos de tal estirpe fundamental, deben ser protegidos de manera inmediata, so pena de la afectación de derechos fundamentales; de ahí que se pueda concluir que no son absolutos, pues dependerá de su configuración fáctica, pues bajo determinadas circunstancias, la afectación a un determinado derecho colectivo podrá estar unido inescindiblemente a un derecho fundamental, lo que lo hará protegible a través de la acción de tutela; mientras que en otros casos cuando no se observe el quebrantamiento de derechos fundamentales el camino será el de la acción popular por no estar la conexidad presente.

## Referencias

- Ansuategui Roig, F. J. (2001). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid, España: Dykinson
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A
- Benavides López, J. E. (1999). *Nociones de derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario*. Medellín, Colombia: Señal Editora. Recuperado de <http://www.saberia.com/2010/07/que-es-la-sociedad-de-naciones/>
- Camargo, P. P. (1995). *Manual de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Leyer
- Carpintero Benítez, F. (1999). El derecho natural de la edad moderna. En *Historia del Derecho Natural. Un Ensayo*. (pp. 183-322). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de [http://dspace.universia.net/bitstream/2024/581/4/5\\_noPW.pdf](http://dspace.universia.net/bitstream/2024/581/4/5_noPW.pdf)
- Carrera Silva, L. (enero-junio 2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista IUS* 5(27). Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472011000100005&script=sci_arttext)
- Caso Dionisio, A. (s.f.). *Derechos humanos: clasificación de las tres generaciones*. Recuperado de <http://formacioncivicayciudadana.webnode.es/derechos-humanos-clasificacion-de-las-tres-generaciones/>
- Cepeda Espinosa, M. J. (2007). *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*. Colombia: Proyectos Editoriales Curcio Penen.
- Congreso de Colombia. (1998). Ley 472.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-002. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-347. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-402. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-406. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-412. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-570. Magistrado ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-571. Magistrado ponente: Jaime Sanín Greiffenstein.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-018. Magistrado sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia T-200. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia T-231. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia T-084. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia T-213. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-225. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia T-518. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-346. Magistrado ponente: Julio César Ortiz Gutiérrez.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-354. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia T-420. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia SU-111. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia T-020. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia. (1997). Sentencia T-420. Magistrado ponente: Dr. Jorge Arago Mejía.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia SU-225. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T-473. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T-560. Magistrado ponente: Valdimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-215. Magistrado ponente: Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia T-586. Magistrado ponente: Valdimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia SU-1116. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia T-1205. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-215. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-227. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-859. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T-659. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-169. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia T-114. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-235. Magistrado ponente: Jorge Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-372. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-489. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-517. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-630. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-655. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-724. Magistrado ponente: Martha Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-288. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Cubanencuentro.com. recuperado de <http://www.cubaencuentro.com/derechos-humanos/clasificacion-y-caracteristicas/clasificacion>

Cubo Ugarte, O. (2010). Derecho e historia en la filosofía jurídica de Kant. *Actas del Congreso El Fondo de la historia: Idealismo, Romanticismo y sus Repercusiones*, 51-57. Recuperado de [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14728/derecho\\_cubo\\_FH\\_2012.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14728/derecho_cubo_FH_2012.pdf?sequence=1)

Chinchilla H., T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* (2 ed.). Bogotá, Colombia: Temis

Editorial (marzo de 2004). Una Mirada Universitaria a la Tutela. *Un Periódico* (55). Recuperado de <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/55/17.htm>

Ferrajoli, L. (2001). *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trota. Recuperado de [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos\\_fundamentales\\_ferrajoli.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Derechos_fundamentales_ferrajoli.pdf)

Fmmeduación.com (s.f.). *Declaración de derechos de Virginia del 12 de junio de 1776*. Recuperado de <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1776declavirginia.htm>

González, N (2002). *Los derechos humanos en la historia*. México: Alfaomega.

Gómez Sierra, F. (2004). *Constitución Política de Colombia* (19 ed.). Bogotá, Colombia: Leyer.

- Grijalva, A. (2009). Introducción ¿Qué son los derechos colectivos? En M. P. Ávila Ordóñez & M. B. Corredores Ledesma (Eds.) *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección* (XV-XVIII). Recuperado de <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2011/08/LIBRO-LOS-DERECHOS-COLECTIVOS.pdf>
- López, D. (1991). *El constitucionalismo social: genealogía mundial y desarrollo local de los derechos sociales, económicos y culturales bajo la constitución colombiana de 1991*. Recuperado de [http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA\\_200610\\_Derecho\\_Hipertexto/doku.php?id=derechos\\_negativos\\_vs.\\_derechos\\_positivos](http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=derechos_negativos_vs._derechos_positivos).
- Martínez Bautista, J. E. & Diez Bernal, L. (1999). *Acciones Populares. El Ministerio Público en la defensa del medio ambiente*. Bogotá, Colombia: doctrina y Ley
- Nash Rojas, C. (2008). *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales* (Tesis de Doctorado). Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Nava G., J. G. (noviembre 2012-enero 2013). Doctrina y filosofía de los derechos humanos: definición, principios, características y clasificaciones. *Razón y Palabra* (81). Recuperado de [http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/01\\_Nava\\_M81.pdf](http://www.razonypalabra.org.mx/N/N81/M81/01_Nava_M81.pdf)
- Peces-Barba Martínez, G. (2007). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Dykinson
- Pérez Luño, A. E. (2004). *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica* (3 ed.). Madrid, España: Tecnos
- Pisciotti Cubillos, D. (2001). *Los derechos de la tercera generación, los intereses difusos o colectivos y sus modos de protección*. (Tesis de grado). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Polo G., L. F. (2000). *Fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.url.edu.gt/PortalURL/Archivos/83/Archivos/Departamento%20de%20Inves-tigaciones%20y%20publicaciones/Articulos%20Doctrinarios/Derecho/Fundamentos%20filosoficos%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf>

Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid, España.

Rincón Córdoba, J. I. (2002). *Las Generaciones de derechos fundamentales y la acción de la administración pública* (Tesis de grado). Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia.

Rivera Morales, R. (2007). *Los derechos e intereses colectivos como derechos fundamentales*. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Recuperado de <http://www.icdp.co/revista/articulos/33/Rodrigo%20Rivera%20Morales.pdf>

Sarmiento Palacio, G. (1988). *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Universidad Libre Seccional de Pereira (s.f.). Recuperado de <http://www.unilibrepereira.edu.co/catehortua/posgrados/archivos2/los%20derechos%20fundamentales%20ensayo.pdf>

Uprimny Yepes, R. & Rodríguez Villabona, A. A. (mayo de 2006). *Interpretación Judicial*, Módulo de Autoformación. Bogotá, Colombia: Consejo Superior de la Judicatura.