



**LA FIGURA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.
UN DESARROLLO HISTÓRICO
SOBRE LAS PRINCIPALES FUNCIONES
QUE ESTA INSTITUCIÓN JURÍDICA EJERCE.
AVANCES DE ESTA INSTITUCIÓN EN LA ACTUAL
COYUNTURA COLOMBIANA**

***COLOMBIA'S PUBLIC ADVOCATE
(DEFENSOR DEL PUEBLO):
HOW THIS INSTITUTION HAS EVOLVED.
MOST RECENT DEVELOPMENTS***

JORGE SEBASTIÁN BARRERA VILLABONA
AUGUSTO ENRIQUE SIERRA APARICIO*

*Fecha de recepción: 2 de agosto de 2019
Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2019
Disponible en línea: 30 de diciembre de 2019*

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis de las funciones del defensor del pueblo en Colombia y su campo de aplicación en el país, a través de sus facultades legales. Por esto mismo, se pretende delimitar algunos aspectos relevantes como su origen, características y la opinión que las altas corporaciones jurisdiccionales tienen de las herramientas a través de las cuales el defensor actúa o interviene en la población. Por último, se hace una revisión de casos referidos a acciones populares impulsadas por el defensor mismo, mostrando

* Estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana Contactos: jorge-barrera@javeriana.edu.co y augustosierra@javeriana.edu.co

cuál ha sido su impacto. Todo esto pretende mostrar que esta figura constitucional ha tenido avances y mejoras durante los últimos años, pero requiere de nuevas formas para seguir interviniendo, con base en la reforma de equilibrio de poderes que lo dotó de autonomía desde la Procuraduría General de la Nación.

Palabras clave: Ministerio público, defensor del pueblo, Procuraduría General de la Nación, ombudsman, acción popular, acción de grupo, derechos humanos.

ABSTRACT

This paper presents an analysis of the role of the Office of the Public Advocate of Colombia and examines the origins of the institution, its characteristics and the opinions of Colombian courts about the set of legal tools currently available to that Office. The paper also reviews some legal actions initiated by the Public Advocate and the impact thereof. The paper also shows how the institution has evolved in the most recent years and argues that new forms to continue fulfilling its mission need to be designed, particularly in the light of a legal restatement that provided that Office with more autonomy from the office of the Inspector General.

Keywords: Public Ministry, Ombudsman, Office of the Attorney General of the Nation, ombudsman, popular action, group action, human rights.

*No hay nadie menos afortunado
que el hombre a quien
la adversidad olvida,
pues no tiene oportunidad
de ponerse a prueba.*

Séneca

INTRODUCCIÓN: ORIGEN, SUSTENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El crecimiento poblacional siempre ha sido, es y será un tema de interés para todos, pues a través de este fenómeno se definen modelos de organización política, creencias e inclusive reglas de conducta. Sin embargo, el concepto de *Estado* como mecanismo legitimado para mantener un orden mínimo sobre estos

grupos poblaciones resulta moderno, pues ha tenido que sufrir un largo camino para llegar a este concepto. En efecto, la idea de Estado a criterio de autores como Hernández Becerra, nace propiamente con la de *imperio* dada durante el derecho romano que fue en su momento, la idea más completa de gobierno que se podía dar desde el siglo XI¹.

Esta noción resulta la base principal sobre la cual se desarrolla la legitimidad del Estado como tal. Sobre ella se crean propuestas que fueron la antesala para desarrollar el modelo de gobierno. Tal ha sido el caso del Imperio Romano o el Imperio Otomano, idearios clásicos de la definición de *Imperio* por excelencia. No es hasta fines de la Edad Media que la noción de *Imperio* pasa a ser la de Estado, donde la legitimidad de una forma de gobernar se transforma en una soberanía que un ente político organizado ejerce sobre una comunidad como tal².

Adoptando la propuesta sugerida por el mismo Hernández Becerra sobre los orígenes del Estado, se parte del presupuesto donde los primeros dos movimientos en los cuales nace el ideario de *Estado* surgen por la teoría de la supremacía eclesiástica y la teoría de la supremacía estatal³. Es por ello que la escuela defendida por San Agustín halla en el iusnaturalismo un orden social político fundado por Dios y gobernado por la Iglesia Universal. Así, la teoría de la supremacía eclesiástica encuentra que la soberanía era válida solo cuando los cuerpos eclesiales eran quienes tomaban decisiones, delegados hacia el papa como su representante o monarca territorial que derivó en su eventual caída⁴.

Por otro lado, se encontraba de forma antagónica la teoría de la supremacía del Estado, donde si bien no resultaba en un contrargumento de la supremacía eclesiástica, sí se cuestionaba un orden supremo religioso o predominantemente clericalista⁵. Esto generó que años más tarde se diera lugar a un punto de inflexión secular, donde iglesia y Estado no iban de la mano.

1 Augusto Hernández Becerra. Las ideas políticas en la historia. Editorial Universidad Externado. 2008. Página 149.

2 Augusto Hernández Becerra. Las ideas políticas en la historia. Editorial Universidad Externado. 2008. Página 150.

3 Augusto Hernández Becerra. Las ideas políticas en la historia. Editorial Universidad Externado. 2008. Página 151.

4 Para mayor información ver: Augusto Hernández Becerra. Las ideas políticas en la historia. Editorial Universidad Externado. 2008. Página 154 y siguientes.

5 Para mayor información véase el Conflicto de las Investiduras o Querrela de las Investiduras.

Las discusiones entonces, siguieron girando en torno a la legitimidad y a la soberanía, pero basadas en discusiones de modelos de gobierno y no en un gobierno religioso absoluto. Posterior al debate de la iglesia y Estado como entes autónomos, deriva uno de los primeros gérmenes de Estado donde más se pretende hacer énfasis: la monarquía. En este punto se refiere a un *Estado* que funciona a través de un complejo aparato institucional y así, establecer organizaciones que preserven el orden social, que sirva a la sociedad misma que lo forma. En ella, hay una unidad establecida por el rey o monarca, que por derecho divino le es atribuida la función de gobernar de forma justa. Un deber sobre el cual debe primar la razón y la justicia. Y es acá donde nace el defensor, frente a la necesidad de hacer cumplir uno de los primeros mandatos que tenían los gobiernos monárquicos: la razón y la justicia.

La doctrina del deber incondicional de la obediencia⁶ generó un choque por el abuso del poder que podía ejercer el monarca o aquellos que ejercían sus funciones cuando este no estuviese contra sus súbditos. Las decisiones que este tomaba sufrían de una crisis de legitimidad, pues esta teoría pregonaba por una sumisión más que por un cumplimiento de los mandatos. Era necesario retomar los cánones de razón y justicia. Y en Suecia, con la muerte del rey Adolfo Federico en 1770 lo entendían, ya que con la llegada del rey Gustavo III se materializó un abuso en la legitimidad de la forma de gobierno.

Con origen en las injusticias realizadas por el rey Gustavo III a raíz de la autocracia establecida con apoyo del ejército (*stormaktstiden*), comienza una sistemática violación de derechos por parte de la administración pública y de toda entidad estatal sueca. Esta constante extralimitación del poder, propia del monopolio legal de la fuerza física de alguna forma encuentra en los ciudadanos suecos un móvil ideal para empezar a frenar conductas arbitrarias y abusivas propias del aparato institucional estatal de la monarquía del rey, lográndolo sin éxito alguno.

Posterior a la muerte del rey Gustavo III, Gustavo IV Adolfo lo sucede; durando pocos años en el poder por la ocupación de Rusia en el territorio de la actual Finlandia. Como consecuencia de todo esto, Carlos XII toma el poder. Y es a motu proprio del mismísimo Carlos XII donde surge la primera entidad capaz de vigilar y controlar a la burocracia estatal de esa época. Sin embargo, no bajo el nombre de defensor del pueblo sino de Procurador Supremo (*Högste Ombudsmannen*) —elegido por el mismo rey— para exigir a los funcionarios

6 Para mayor información ver: Augusto Hernández Becerra. Las ideas políticas en la historia. Editorial Universidad Externado. 2008. Página 163 y 164.

el debido cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, llevarlos ante los tribunales.

Su inclusión en la Carta Política de Suecia tardó cerca de un siglo. No es sino en 1809 donde el mismo parlamento (*Riksdag*) decide atribuirse las funciones de elegir al defensor del pueblo. Su aparición en otros mandatos constitucionales fue paulatina, llegando a asentarse inicialmente en los países nórdicos dada su similitud geográfica y cultural.

Posteriormente, a través de la adopción de esta figura en España en 1978, se empieza un recorrido intelectual del defensor para así dar un brinco en América Latina, hasta llegar a la Constitución Política en el año 1991 por medio de los artículos 281, 282 y 283. Esta figura institucional ha reforzado de alguna forma el mandato del Estado Social de Derecho colombiano, ya que a través del correcto funcionamiento del defensor se ha visto un control casi instantáneo frente a la aplicación de los derechos colectivos. Cabe destacar que existen otros regímenes que regulan esta figura, como el Acto Legislativo 2 del 2015, que establece inhabilidades para aquellos que sean postulados para el cargo de defensor del pueblo. Para ello, el Presidente de la República propone una terna de posibles elegibles, dando la última palabra a la Cámara de Representantes para que sea elegido por un período de cuatro años, el cual debe reunir las mismas calidades exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional o bien, ser consejero del Consejo de Estado.

Basta también hacer alusión al Decreto 2067 de 1991, donde en su artículo 7 inciso 3 otorga facultades para que el defensor pueda demandar, impugnar, o defender una norma a solicitud de cualquier persona; mientras la Ley 24 de 1992 establece toda la estructura orgánica y de funcionamiento del defensor, por disposición del artículo 283 de la Constitución Política. Finalmente, el defensor del pueblo tiene en su poder dos herramientas de suma importancia; a saber: la acción popular y la acción de grupo. Estas dos instituciones legales fungen como los puntos cardinales en los que el defensor propugna por la defensa de los derechos. Ellos serán descritos y estudiados más adelante.

1. SUECIA: PUNTO BASE DEL DEFENSOR

Previamente, se refirió de los conflictos derivados por el abuso de las instituciones públicas suecas frente a sus conciudadanos como eje generador de esta institución. Distintas entidades como el Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP) se han encargado de brindar un acápite recopilatorio de los orígenes de esta figura, dando a entender que esta figura nace en Suecia con el término de *ombudsman*.

Según fuentes del CINEP, no es hasta el siglo XVIII que la monarquía sueca busca crear un medio de control y vigilancia del poder real frente a la burocracia estatal, administradores de justicia y la población. Este mando estatal al mando de Carlos XII, tuvo que afrontar muchos problemas militares y políticos, causando así su huida a Turquía. Las funciones principales de este rey caen así en manos del *ombudsman*; entre las que destacan velar por garantizar el cumplimiento de todas las leyes y estatutos del reino.

Carlos XII vuelve a Suecia y muere, dejando en Gustavo Adolfo la necesidad de mantener el orden y la seguridad. Este también muere a inicios del siglo XVIII y no es hasta este momento que surge una entidad capaz de generar control y vigilancia frente a entidades de carácter público. En 1713 entonces, nace un híbrido de la Procuraduría con el Defensor mismo conocido como el *Justitiekansler*; encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones que tenían los órganos públicos a su cargo. Se incorporó con un principio incólume al día de hoy: mantener una moral impoluta y la imparcialidad del *ombudsman*, como para investigar y ejercer todo tipo de controles por concepto de violación de derechos. Era elegido por ternas especiales. Luego, se cambia el esquema del defensor del pueblo cuando en 1909 surge la Corte Suprema Administrativa para atender apelaciones por concepto de aportes tributarios. Eso logra determinar ciertos asuntos para ser de competencia exclusiva de esa, mientras que el defensor del pueblo atendía conflictos de carácter humanitario. Posterior a ello, se extendieron las funciones del defensor del pueblo para que así interpusiera acciones judiciales como demandante frente a otras entidades por acciones y omisiones cometidas⁷.

Durante la Primera Guerra Mundial, Suecia separa funciones de supervisión de las autoridades militares para encargar a un defensor del pueblo especializado en ese tema conocido como *militieombudsman*. También se crearon *ombudsman* de reserva o suplentes para hacer las veces de asistente frente a los demás defensores del pueblo.

Hoy en día, el defensor tiene control sobre posible abuso por facultades a las que están los jueces (frente a retrasos injustificados para la administración de justicia) y le permite estar presente en deliberaciones de autoridades administrativas y de los tribunales. La ley misma confiere entonces amplias facultades de investigación, más no sancionatorias⁸. Es así que Suecia tiene adoptado un

7 Documentos CINEP (Centro de Investigación y Educación Popular). El defensor del pueblo en Colombia. Colección No. 20 Educación de Derechos Humanos (1993).

8 Documentos CINEP (Centro de Investigación y Educación Popular). El defensor del pueblo en Colombia. Colección No. 20 Educación de Derechos Humanos (1993).

modelo con más de un solo defensor del pueblo, pues ellos se encuentran especializados en distintas funciones.

Cabe destacar que el éxito de la figura del defensor fue adoptada por países que, años después, incluyeron esta figura en el ordenamiento jurídico. El caso de Finlandia resulta interesante, ya que estuvo sometido por Suecia hasta que en la Primera Guerra Mundial se convirtió en un Estado soberano. El defensor entonces, se desliga de sus funciones de derechos humanos y adopta una encaminada a ser como Canciller de Justicia de 1713 pero con el nombre de *Prokurador*, con la característica de poder controlar al juez para que cumplan sus obligaciones legales.

Por otro lado, en Dinamarca surge en 1853. Sin embargo, por producto de la Segunda Guerra Mundial se hace una reforma a los estatutos constitucionales, causando así que el *Folketing* (parlamento) designe a una persona miembro del mismo para ejercer control en el sistema administrativo y militar. Los argumentos resultaron ser la expansión excesiva de la administración pública y sus instituciones, aunado al hecho que los tribunales ordinarios no podían mantener control de la potestad discrecional de entidades de carácter público.

2. CARACTERÍSTICAS QUE DEFINEN ESTA FIGURA

Inicialmente, el defensor del pueblo está constitucionalmente establecido por la Carta Política de 1991. A pesar de ello, la ley 24 de 1992 se encargó de desarrollar la figura como tal, dando lugar a diferentes tipos de directrices que el defensor del pueblo tiene. Es así que a el defensor le corresponde esencialmente velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, en virtud del artículo 1 de la presente ley. Además, es un órgano autónomo administrativa y presupuestalmente. Basta mirar más allá de esto, ya que al formar parte del Ministerio Público se encuentra bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación.

Para el año 2015 surgió una norma que redefinió la percepción que poseía el defensor y la incidencia que tiene con la Procuraduría General de la Nación. Por conducto del Acto Legislativo 02 del 2015 en su artículo 24, la Defensoría del Pueblo pasó a ejercer sus funciones de manera autónoma⁹, garantizando así el cumplimiento de las funciones que se les ha previsto con base en las labores que se pretenden cumplir dentro del Ministerio Público.

9 Acto Legislativo 02 de 2015. Artículo 24. Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones.

Con la llegada de la Constitución Política de 1991, las labores del Defensor del Pueblo se ampliaron gracias a que este se enfocó a la protección, defensa, promoción, divulgación y ejercicio de derechos humanos; determinando así junto a la Procuraduría para esta labor. En efecto, de esta manera se constituye la dualidad de ambas entidades como entes rectores dentro del Ministerio Público; explicado de la forma en que mientras la Procuraduría ejerce labores disciplinarias y preventivas para la sanción de entidades públicas que incumplen sus funciones, la defensa de derechos humanos de la población está a cargo del Defensor del Pueblo. De esta forma, se salvaguardan la defensa de los derechos mismos de la población: por conducto tanto de la investigación de irregularidades y enjuiciamiento de organismos de carácter estatal, como por medio de la defensa de los derechos humanos.

Entre las funciones derivadas del ordenamiento jurídico, para el defensor son de suma relevancia:

- La interposición de acciones públicas en defensa de la Constitución Política, la ley o el interés público o particular¹⁰.
- Apoyar al Procurador General en la elaboración de informes sobre la situación de derechos humanos en el país¹¹.
- Diseñar y adoptar con el Procurador General de la Nación las políticas de promoción y divulgación de los derechos humanos en el país, en orden a tutelarlos y defenderlos¹².
- Evaluar y presentar los proyectos y planes que se encuentren en defensa de los derechos humanos¹³.
- No podrá ejercer funciones judiciales o disciplinarias, salvo las de su propia dependencia¹⁴.

10 Ley 24 de 1992. Artículo 9. Inciso 9. Por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones, en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia.

11 Ley 24 de 1992. Artículo 9. Inciso 8. Por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones, en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia.

12 Ley 24 de 1992. Artículo 9. Inciso 1. Por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones, en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia.

13 Ley 24 de 1992. Artículo 8. Por la cual se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones, en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia.

14 *Ibidem*.

El defensor del pueblo encuentra cabida en nuestro ordenamiento jurídico como garante de los derechos humanos. Siguiendo una línea moderada, propende no solo por las arbitrariedades de los servidores de entidades públicas, sino que también se encuentra abanderado para velar por una sociedad más digna. Para ello, tiene a su mando el impulsar todo tipo de acciones populares y acciones de grupo, las cuales se procede a definir a continuación.

3. ACCIÓN DE GRUPO Y ACCIÓN POPULAR: LAS HERRAMIENTAS DEL DEFENSOR

Habiendo entendido los orígenes en los que se cimienta el defensor, se ha de remitirse a uno de los primeros cánones legales que instituyeron esta figura: el Código Civil de 1887. A partir del artículo 1005, esta norma decide definiendo a las acciones populares como aquella que tienen los municipios o habitantes de un pueblo en favor de bienes públicos tales como caminos o plazas por conducto de un daño sufrido a estos bienes¹⁵. En este artículo, el colectivo o el derecho colectivo de una municipalidad o pueblo sobre sus bienes públicos es el punto base para un esquema historiográfico como tal de esta figura.

Más adelante, en el artículo 2359 y 2360 del mismo código, se desarrollan otros elementos propios de esta acción popular. En efecto, el artículo 2359 se refiere a los titulares de la acción de perjuicios para referirse a la misma acción en abstracto, en un sentido más general. Es así que se entienden legitimados para interponer todo tipo de acción aquellos que por imprudencia o negligencia ejerzan cualquier acto que amenace a personas indeterminadas.

A través de este precepto se reafirma entonces, lo que se debe entender como acción a favor de la colectividad, pues se vulnera o se amenaza un derecho sobre personas indeterminadas solamente. Más adelante, el mismo artículo define que si el daño se presentase sobre personas determinadas, solamente las personas que se encuentran individualizadas serán las legitimadas para ejercer otro tipo de acción. Este último hecho no pasó desapercibido y fue posteriormente regulado por conducto de la acción de grupo, por virtud de la Ley 472 de 1998.

Tanto la acción de grupo como la acción popular son instrumentos utilizados por el defensor con la finalidad de velar por los intereses colectivos de la sociedad. Sin embargo, tienen campos de aplicación completamente distintos. Ello hace que entre ambas acciones existan diferencias esenciales:

15 Ley 84 de 1873. Artículo 1005.

- Por un lado, la acción de grupo halla sustento legal en la Ley 472 de 1998 en su artículo tercero¹⁶. Este instrumento está creado con la intención de resarcir un daño común de un grupo determinado de personas ya existente. Se protege un interés personal individualizado pero que en ocasión del daño se agrupa. Tal es el caso de un grupo de personas cuyo objeto de litigio encuentra una unidad de causa, como lo puede ser una constructora que durante sus labores normales de construcción causa daños en un edificio aledaño. En ella, es cada propietario afectado el legitimado para iniciar una acción de reparación contra la constructora misma por concepto de daños materiales al edificio mismo, pero que, cumpliendo los requisitos que reviste este mecanismo para su ejecución pueden ser manejados bajo la figura de una acción de grupo contra el agente dañador. El derecho de propiedad será el bien jurídico a proteger.
- Mientras que la acción popular está consagrada en el artículo segundo de la misma ley, teniendo como objeto jurídico de protección los derechos colectivos¹⁷. En efecto, surge una diferencia relevante, ya que este mecanismo tiene una naturaleza preventiva y no resarcitoria, ya que busca evitar daños colectivos a un derecho que la sociedad posee como tal. Cabe resaltar que esta acción tiene la posibilidad de resarcir un daño, siempre que esta reparación prevenga un daño mayor que aquel que se está reparando. Basta pensar con el mismo ejemplo anterior, con la salvedad que el bien jurídico afectado ya no será el derecho de propiedad sino el medio ambiente. En efecto, es un daño que se causa o se puede causar en su totalidad a una colectividad, pero que se encuentra sujeto a una afectación completamente distinta: un derecho colectivo como lo es el medio ambiente sano.
- En materia de daño, encuentran ambas acciones diferencias sustanciales. Mientras que la acción de grupo se da por un daño materializado y existente que busca ser reparado, la acción popular no. Ello se debe a la naturaleza preventiva de la misma, dando lugar a que el daño sea potencial y no material. Sin embargo, existe la posibilidad de la reparación de un daño por virtud de la acción popular, establecida solamente en casos donde la causación prolongada del daño dé lugar a situaciones más gravosas para la colectividad.

16 Ley 472 de 1992. Artículo 3. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

17 Ley 472 de 1992. Artículo 2. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

- Frente a la caducidad de ambas acciones, la acción de grupo encuentra un término de caducidad de 2 años desde el momento en que se causó el daño u omisión, mientras que la acción popular no tiene término alguno, ya que si bien se estipula un término de 5 años posterior a la cesación del daño al derecho colectivo por virtud del artículo 11 de la Ley 472 en Sentencia C-215-99¹⁸ se elimina este precepto normativo dando prelación al interés de la comunidad para acudir a la jurisdicción por un eventual riesgo a sus derechos colectivos.
- La acción de grupo puede ser presentada por conducto de un abogado o a petición de parte dirigida al Defensor del Pueblo delegado, mientras que la acción popular no requiere de abogado y se puede hacer de oficio o a petición de parte dirigida al mismo Defensor.
- Es importante recalcar el número mínimo de integrantes que conforman el grupo de la acción, que no puede ser inferior a veinte personas. La acción popular, por otro lado, no tiene un límite mínimo o máximo de integrantes para ser instaurada, pues basta con la protección de un derecho colectivo en potencial riesgo para hacer uso de esta acción.
- Finalmente, la acción popular es un mecanismo que tiene prelación sobre los demás procesos (salvo hábeas corpus y acciones de tutela) de carácter preventivo, dado el interés constitucional legítimo que constituye por virtud del artículo 88 de la Constitución Política. La acción de grupo no tiene prelación alguna.

Como se mostró anteriormente, existen dos herramientas a favor de la colectividad, que como mecanismos de protección de derechos resultan pilares básicos para que el defensor pueda cumplir con sus funciones legales en pro de la población. Sus marcos de maniobra resultan distintos entre ellos y la finalidad sobre la cual se instaura cada una también. Sin embargo, estas dos acciones resultan confusas entre ellas; pues al hallar una acción que se enfoque en la defensa de los derechos de un grupo, se da la posibilidad que surjan eventuales confusiones con una acción que defienda derechos colectivos y no intereses colectivos.

Esto ha obligado a que entidades como la Corte Constitucional intervenga en juicios de constitucionalidad para dar claridad frente al asunto. También, el Consejo de Estado se ha encontrado en la necesidad de emitir pronunciamientos

18 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-215 de 1999 (M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano: 14 de noviembre de 1999).

por conducto de acciones populares instauradas en jurisdicción contenciosa administrativa, que no son objeto del presente estudio. A continuación, se procede a hacer énfasis en lo referente al manejo que la Corte Constitucional ha dado a una de las herramientas de trabajo del defensor como lo es la acción popular.

4. INTERVENCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ACCIONES POPULARES

Dado el amplio desarrollo que esta figura ha tenido en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto consejeros como magistrados se han dado la tarea de ir redefiniendo poco a poco esta figura, bien sea por las sentencias de tutela, unificación o estudio de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, como por apelación y por parte del Consejo de Estado. Este activismo judicial de alguna forma ha incidido en mayor medida frente a la acción popular, en tanto ha modificado las condiciones sobre las cuales se debe hacer uso determinada acción y le ha dado nuevas condiciones donde los criterios de reparación pueden ser resarcitorios y no preventivos, siempre que se pretenda evadir un daño mucho mayor al que se está expuesto la población. Serán analizados entonces, los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha realizado frente al tema.

4.1. CORTE CONSTITUCIONAL

Inicialmente, la Sentencia T-437/1992¹⁹ y la T-508/1992²⁰ abren camino frente a la acción popular. Un año después, surgen distintos pronunciamientos de mayor impacto por medio de la T-254/1993²¹, la T-376/1993²², la T-366/1993²³, la SU-067/1993²⁴. Y no menos importante la C-215/1999²⁵. De la T-437/92 y la

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-437 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: 30 de junio de 1992).

20 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-508 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz – Simón Rodríguez Rodríguez – Jaime Sanín Greiffenstein: 28 de agosto de 1992).

21 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-254 de 1993 (M.P. Antonio Barrera Carbonell: 30 de junio de 1993).

22 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 7 de septiembre de 1993).

23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-366 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: 3 de septiembre de 1993).

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-067 de 1993 (M.P. Fabio Morón Díaz – Ciro Angarita Barón: 24 de febrero de 1993).

25 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-215 de 1999 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano: 14 de noviembre de 1999).

T-376/93 se hablará más adelante. Frente a las demás, encontramos que la T-508, desarrolla que la forma en la que se defiende un derecho de carácter colectivo es por un criterio de causalidad directa y eficiente pues no basta que determine una relación entre la situación jurídica o situación de hecho y otra correspondiente a la violación o amenaza de violación para que proceda la acción de tutela como mecanismo de defensa de derechos colectivos. Asimismo, establece que una acción popular no persigue la reparación plural de un eventual daño que se cause, sino que para ello se encuentran las acciones de grupo. Este pronunciamiento delimita de alguna forma, ambas figuras. Del mismo modo, esta sentencia se sitúa en un espacio donde la acción popular aún mantiene un carácter preventivo y no indemnizatorio. Esta línea permanece un año después, con una salvedad en la Sentencia T-254 de 1993, siendo certera en que la acción popular seguía sin poseer un carácter resarcitorio en principio. Acá, ya se inicia una suerte legislativa que da lugar en las altas corporaciones, manifestando que la ley puede lograr que se protejan intereses y derechos colectivos por medio de la reparación en colectivo y no en particular. La T-366 del mismo año da lugar a que se creen nuevos espacios donde la acción popular sea procedente, siempre y cuando sea el legislador el encargado de establecerlo, ya que esta lista solo es enunciativa y no taxativa. Acá, la Corte Constitucional añade que la acción popular no puede perseguir cualquier beneficio económico o pecuniario para obtener un lucro. De la SU-067 se da la novedad de dividir a la acción popular en aquellas que tienen fines abstractos y las que son de fines concretos. De las abstractas se establece que solo buscan asegurar la legalidad y la constitucionalidad de actos jurídicos de carácter legislativo y administrativo. Mientras las acciones populares con un fin concreto en cambio tienen problemas en temas referentes a limitar una vía de acceso a la justicia o de aplicación de derechos colectivos. Finalmente, la C-215 de 1999 no es discreta, pues es aquella que rompe la prevención de la acción popular para dar un paso adelante: darle un carácter restitutorio. Sustentando el hecho en que siempre que fuere *físicamente posible retomar la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho*, la acción popular podrá ser de carácter restitutorio, basado en que ello surta una protección efectiva de los derechos colectivos y frene todo tipo de efecto perjudicial producto de la violación del mismo. Este concreto recuento, solo muestra que existen elementos que legislativamente no se encuentran en la norma y que, de alguna forma, han generado avances para dilucidar un poco el campo de aplicación de la acción popular, instrumento de alta importancia para el defensor del pueblo. No deja de llamar la atención la C-215, pues altera la estaticidad en la que la misma acción popular fue concebida para dinamizar su contenido y volverla una herramienta de carácter restitutoria, rompiendo lo establecido por la T-254 de 1993. O bien, establecer un carácter enunciativo de los derechos a proteger.

5. CASOS PROBLEMÁTICOS PARA NUESTRO ORDENAMIENTO: FALENCIAS EN CUESTIÓN

Ante el eventual pronunciamiento que las altas corporaciones han tenido frente a esta herramienta, cabe preguntarse entonces cuáles son las fallas que la acción popular y la acción de grupo encuentra. Inicialmente, resulta problemático que haya espacios donde se dé el choque de acción de tutela con acción popular, puesto que ante la subjetividad de lo que debe ser considerado como una amenaza inminente, la línea entre tutela y acción popular se vuelve tenue. Tal es el caso de la Sentencia T-437 de 1992²⁶, donde al omitirse un concepto preferente a diseños, equipo, material y capacitación de una obra pública se derivó en una afectación sanitaria y una amenaza ecológica a los alrededores, al Río Medellín y la quebrada La Hueso por la creación del metro en el Valle de Aburrá.

En este problema jurídico se deriva un perjuicio colectivo y uno individual por la individualización del sujeto como elemento que conforma la población y como daño generado por la perturbación ambiental. Sin embargo, la Corte Constitucional decide apelar por los criterios de responsabilidad, donde al no encontrar un daño irreparable o un peligro inminente sobre la cual pueda actuar la tutela, proceden con encontrar en la acción popular un mecanismo idóneo para este tipo de problemáticas. La llegada de esta tutela a la Corte resulta por revisión, por lo cual previamente había llegado al Tribunal del Distrito de Bogotá, que también había fallado en contra del peticionario. La ambigüedad sobre la cual la acción popular es o no procedente en lugar de las tutelas encuentra un fallo de regulación que merece ser resuelto, pues este tipo de actuaciones desgastan el acceso a la justicia y bloquea la posibilidad que se surtan otro tipo de procesos dentro de la administración de derechos. Esta falla también sucede en sentencia T-376 de 1993²⁷, donde encuentran problemas de contaminación del ambiente por un aserrío de propiedad particular.

Es por ello que el propietario del predio se comprometió con la Alcaldía a mantener limpio y arreglado el andén para evitar que se volviera un foco de contaminación, pero incumple en su acuerdo. El tutelante, al momento de solicitar tutela al juzgado sexto civil de Circuito de Bogotá, no se le es concedida la misma y la Corte revisa este proceso. Durante el proceso, hay dos tutelas: una por derecho de petición a procedimientos que no han sido respondidos por la

26 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-437 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: 30 de junio de 1992).

27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 7 de septiembre de 1993).

Alcaldía y otra por seguridad y salubridad. La Corte Constitucional encuentra que la protección de los derechos que el tutelante estima por vulnerados tienen dos visiones: una donde estos sean objeto de amenaza y otro donde sean objeto de defensa de un interés colectivo, dejando un espacio de consideración establecida por los perjuicios que se pueden derivar de un derecho fundamental, por conexidad a un derecho colectivo. Y nada más. La tutela resulta denegada frente a la petición de proteger la seguridad y salubridad, pues son derechos que merecen la protección de la acción popular y no de la tutela como tal.

En efecto, encuentra la acción popular un área gris, donde la discrecionalidad del juez será aquella capaz de dirimir el conflicto, mientras los tutelantes puedan valerse de un material probatorio lo suficientemente sólido como para acreditar un daño, que a pesar de poder ser cierto, corre el peligro de ser desestimado por la justicia misma.

Otro de los problemas que encuentra esta figura está supeditada a la estructura orgánica desarrollada por el defensor mismo. En uno de los balances realizados por Eduardo Realpe Chamorro, actual primer Procurador Delegado para la vigilancia administrativa y antiguo Director Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo (donde a través del *litigio defensorial* derivado por las oficinas regionales y seccionales se incurre en un alto costo de funcionamiento), surge una preocupación por el mal uso que se le designa al fondo de la defensa de derechos e intereses colectivos, llegando a estar en el 2009 con un consolidado de 98% de acciones populares y un 2% de acciones de grupo²⁸.

El uso de esta figura encuentra falencias, pues no solo se está haciendo un uso inadecuado de la figura, sino que también va en contravía de los derechos colectivos mismos, pues estos se encuentran instituidos para reivindicar, la función e importancia que tiene el individuo en sociedad, y a la sociedad como tal. Dan una conciencia social del individuo como parte de un conglomerado social. En un ideario netamente kantiano, estos derechos deberían sensibilizar al juez en materia de derechos colectivos, pues es la colectividad misma lo que se pretende proteger por ser ella titular de los derechos y no la existencia de un daño o no, sino la materialización básica de la figura: prevenir daños a priori para crear condiciones de vida humana.

28 Estos datos fueron producto de la charla de Eduardo Chamorro Realpe sobre el balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años, 1998-2008, el cual fue adaptado a modo de texto por Beatriz Toro Londoño en su texto *Justiciabilidad sobre los derechos colectivos*. Para mayor información ver: Beatriz Toro Londoño. *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. Colección de textos de jurisprudencia Universidad del Rosario. 2009.

6. AVANCE DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DURANTE LOS ÚLTIMOS AÑOS (INFORME DEL 2018)

Habiéndose referido a todas las labores defensoriales establecidas, es importante atender la importancia del Defensor del Pueblo dentro de las álgidas discusiones que componen hoy en día la crisis de derechos humanos en la que estamos inmersos. Teniendo en cuenta lo anterior, se revisa uno de los documentos de mayor relevancia para la investigación como lo es el informe XXV del Defensor al Congreso, que rinde cuentas a este cuerpo estatal frente a las labores más difíciles del país.

En principio, por medio de la llegada del acuerdo de paz en años atrás y la llegada de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), la actual Defensoría del Pueblo dirigida por Carlos Alfonso Negret Mosquera se ha encargado de llamar la atención por las labores ejercidas por la Comisión Especial de la Verdad (CEV) y con el plazo que tiene la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de hechos para realizar informes. La injerencia del defensor ha sido tal, que ha establecido de manera reiterada la idoneidad que tiene la imposición de nuevos plazos razonables para que la JEP expida resoluciones en concordancia con el marco legal sobre el cual se creó esta entidad²⁹.

Otro de los casos de interés para el defensor responde a la defensa de los grupos étnicos que afrontan una vulnerabilidad de sus derechos por factores externos como la aparición de grupos al margen de la ley y la planificación de proyectos medioambientales a escala. Por todo lo anterior, la defensoría ha logrado realizar un acompañamiento a estos grupos étnicos por parte de 23 defensorías regionales ya instauradas. Este tipo de iniciativas ha logrado darle mayor protagonismo a herramientas de suma importancia como lo son las consultas previas, instrumento esencial para las poblaciones indígenas durante la toma de decisiones³⁰.

Además de ello, con base a un seguimiento que los defensores delegados han realizado y por parte del mismo monitoreo realizado por distintas dependencias a los Planes Integrales de Reparación Colectiva (PIRC) se ha señalado irregularidades durante el proceso de reparación para la adopción de compromisos que estén dirigidos a sostener y mantener a las comunidades étnicas.

29 <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXV-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso.pdf>

30 Para mayor información sobre la Consulta Previa remitirse a la sentencia SU-123/2018, M.P. Rodrigo Uprimny y Alberto Rojas Ríos.

Otro fenómeno manejado por la Defensoría responde a la violencia a la mujer, que muchas veces se encuentra desestimado por las comisarías de familias, al punto de ejercer contra ellas mismas una violencia psicológica por parte de las mismas comisarías al expresar que eran problemas de poca importancia. La Defensoría no ha sido indiferente a ello, y en respuesta a lo anterior, ha decidido analizar y abordar el problema de manera más profunda. Por medio de un equipo constituido por agentes especializados en el área de la psicología y las leyes, esta institución ha visto que las quejas donde se abordan temas por violencia o trata de mujeres requieren de un reconocimiento de problemas estructurales que fomentan este tipo de conductas violatorias a los derechos humanos, tales como la pobreza, inequidad, inseguridad, normalización de hábitos machistas que refuerzan las conductas violentas, sistemas legales que causan barreras de acceso y hasta redes criminales complejas.

Por todo lo anterior, la Defensoría ha decidido abordar de una forma más idónea una respuesta estatal hacia esta problemática, que dispone al fortalecimiento de una intervención preventiva sobre las causas ya mencionadas a partir de la promoción de derechos y una función correctiva con un enfoque intersectorial. También han abordado las problemáticas a los servicios de salud dentro de las institución carcelarias, ya que con datos suministrados por la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria han logrado demostrar que hay un suministro insuficiente en insumos medicamentos y en el cuidado de los mismos, causando complicaciones graves para condenados con condición de pacientes que sufren enfermedades de alto costo y con enfermedades psiquiátricas; de la mano de personal médico insuficiente y asistencia precaria, que causa a corto y mediano plazo un daño mayor a los reos y a largo plazo problematiza mucho más la situación actual.

Finalmente, la situación de las personas LGBTI también ha sido de interés para la Defensoría. Es por ello que, atendiendo la seguridad y protección de esta población, para garantizar su subsistencia digna y evitar los nocivos discursos de odio y de legitimación por polarización política y sexual en razón a la identidad de esta población, la Defensoría se ha visto en la necesidad de atender las distintas agresiones que las personas LGBTI ha sufrido. En el mandato de Negret Mosquera, se solicitó la activación de rutas de protección que buscaron frenar las distintas formas en que la sociedad colombiana se ha encargado de naturalizar la violencia contra personas con orientación sexual diversa. Es importante hacer énfasis a este último punto, ya que la visibilidad que tienen estos casos es poca en razón a la violencia social, económica, laboral y generalizada que sufren estas personas.

De esta forma, la Defensoría afronta una tarea bastante grande, que tiene una arista que está coligado a la creación de costumbres violentas por parte de la

sociedad al momento de integrar dentro de ella personas de identidad de género distinta. Esta institución se ha visto en la necesidad de poner en manifiesto las deficiencias que tienen las políticas públicas de protección frente a las personas LGBTI, ya que el análisis de riesgos de estos instrumentos macroeconómicos no tiene en cuenta la amenaza o vulneración a estas personas, ni tampoco la actividad que desarrollan al momento de ser segregados o violentados, haciendo así un llamado a la movilización social y a medidas que solucionen el tema de raíz.

CONCLUSIONES

La defensa de los intereses colectivos se hace bajo distintas figuras legales. Por un lado, encontramos en la acción popular un mecanismo sobre el cual el Defensor del Pueblo permite ejercer contrapeso frente a conductas arbitrarias de cualquier ente u organismo. Ello, de cierta forma, puede clasificarse como un desarrollo frente a la percepción originaria con la que nace el defensor del pueblo sueco, que fueron los precursores de esta institución. Por otro lado, la acción de grupo también pretende la defensa de la colectividad, pero en casos excepcionales, requiere al menos de 20 personas para ser instaurado, mientras se desarrollan otros requisitos e inclusive, un término de caducidad de la acción que previamente fueron enunciados y desarrollados. Resulta evidente entonces, que la ley ha querido dotar al Defensor del Pueblo de distintas herramientas para servir a la comunidad y brindar protección frente a los intereses comunes o colectivos, pero que ellos resultan distintos entre sí y que no resulta procedente clasificarlos de forma homogénea, dada su naturaleza y características esenciales. Todo esto, en aras de poder brindar una defensa activa de los derechos humanos y ser un representante del pueblo.

Resulta relevante poner de manifiesto la llegada del Acto Legislativo 02 del 2015, que adoptó la reforma de equilibrio de poderes; ya que el eterno anclaje que sufrió el defensor al ser un órgano dependiente de la Procuraduría se ha roto por virtud de esta norma, dándole así un nuevo aire a la aplicación de derechos colectivos. El *tradeoff* que aplica la ejecución de derechos de la colectividad con los costos de transacción implícitos para que el defensor funcione con la dualidad de la Procuraduría General ha podido ser superado de cierta forma, con la autonomía que brinda la reforma de equilibrio de poderes del 2015.

Prueba de ello está en el nuevo ámbito de aplicación a los derechos colectivos, que según informes de la Defensoría del 2018³¹, refleja los esfuerzos gubernamentales de los últimos años por parte de la defensoría misma para frenar

31 Ibidem.

la violencia relacionada con el conflicto armado; mientras se avanza para llegar al punto óptimo social donde los niveles de pobreza son bajos. Por un lado, la acción de grupo ha perdido protagonismo respecto al funcionamiento inicial, pues contrario sensu, en lugar de agilizar los trámites referidos frente a intereses colectivos los ha ralentizado. Mientras que la acción popular ha encontrado en la acción de tutela un enemigo asiduo para entorpecer la administración de justicia por virtud de los criterios de daño determinado y la discrecionalidad del juez a la hora de tutelar o no el derecho y hallar viabilidad en una u otra acción, teniendo el material probatorio o los elementos para determinar una amenaza real de un derecho como su juicio primario de valor, sin obviar antes el criterio de conexidad para que este sea fundamental.

Ante el eventual atasco que ha resultado del desarrollo legislativo de esta figura, el activismo judicial ha entrado a ser un actor más que relevante. Prueba de ello encuentra sustento con el eventual modelo híbrido de la acción popular, que ahora ha pasado a ser preventivo y en casos excepcionales indemnizatorio. A pesar de hallar un manejo problemático con la interposición de acciones de grupo o populares, no debe dejarse a un lado que la ya mencionada reforma de equilibrio de poderes dotó a este organismo de otras formas de generar grandes avances como los que se reflejaron para el 2018 con la creación de informes que datan de manera idónea algunos de los principales problemas que nuestro país afronta en materia de derechos humanos, como la implementación de la JEP, el seguimiento del ECI por la actual problemática en materia carcelaria y penitenciaria que es uno de las crisis humanitarias más complejas que tiene nuestro país y la violencia hacia las personas LGBTI. Sin embargo, el funcionamiento del defensor aún puede mejorar. Ante todo esto, solo queda dar memoria de los versos de Serrat: caminante, no hay camino, se hace camino al andar.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acto Legislativo 02 de 2015. Por medio del cual se adopta una reforma al equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. D.O No.49560 de 1 de julio de 2015.
2. Augusto Hernández Becerra. Las ideas políticas en la historia. Editorial Universidad Externado. 2008.
3. Beatriz Toro Londoño. Justiciaabilidad de los derechos colectivos. Colección de textos de jurisprudencia Universidad del Rosario. 2009.
4. Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Arts. 1005, 2359 y 2360. 15 de abril de 1887 (Colombia).
5. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-437 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: 30 de junio de 1992)

6. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-508 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz – Simón Rodríguez Rodríguez – Jaime Sanín Greiffenstein: 28 de agosto de 1992).
7. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-254 de 1993 (M.P. Antonio Barrera Carbonell: 30 de junio de 1993).
8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-376 de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo: 7 de septiembre de 1993).
9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-366 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: 3 de septiembre de 1993).
10. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-067 de 1993 (M.P. Fabio Morón Díaz – Ciro Angarita Barón: 24 de febrero de 1993).
11. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-215 de 1999 (M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano: 14 de noviembre de 1999).
12. Decreto 25 de 2014 [Departamento Administrativo de la Función Pública y Presidencia de la República]. Por el cual se modifica la estructura orgánica y se establece la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. D.O No. 49.029 de 10 de enero de 2014.
13. Documentos CINEP (Centro de Investigación y Educación Popular). El defensor del pueblo en Colombia. Colección No. 20 Educación de Derechos Humanos (1993).
14. [Http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXV-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/XXV-Informe-del-Defensor-del-Pueblo-al-Congreso.pdf)
15. Ley 24 de 1992. Por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia. D.O. N° 40.690, de 15 de diciembre de 1992.
16. Ley 472 de 1998. Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. D.O. N° 43.537, de 6 de agosto de 1998.