

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN CUARTA
SUB SECCIÓN B

Bogotá D. C., febrero dos (02) de dos mil seis (2006)

MAGISTRADA PONENTE: **DRA. BEATRIZ MARTÍNEZ QUINTERO**
EXPEDIENTE No. : **05-1725**
DEMANDANTE : **EFRAIN BARBOSA ROJAS**

ACCIÓN POPULAR

Procede la Sala a resolver los recursos de reposición interpuestos por el señor Presidente de la República a través de apoderado, por el señor Procurador Sexto Judicial Administrativo y por los apoderados del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Ministerio de la Protección Social contra el auto de fecha doce de diciembre pasado, por el cual se decretó una medida cautelar dentro del proceso de la referencia.

En sus escritos casi idénticos, los apoderados del señor Presidente y los mencionados Ministerios exponen cuatro aspectos fundamentales para estructurar la argumentación de los recursos: el perjuicio inminente que se causa con la acción popular; la falta de pruebas que sustentan la medida cautelar; la falta de legitimidad por activa; y, la participación de la sociedad civil.

Por su parte, el Señor Procurador Delegado distingue las siguientes glosas: La medida cautelar es improcedente porque la misma acción es improcedente; la medida cautelar decretada es inconducente; la medida cautelar carece de razonabilidad y sustento probatorio; la medida cautelar lesiona la dignidad del Jefe del Estado.

Dada la coincidencia de los fundamentos en que se apoyan varios de los aspectos planteados por los representantes del ejecutivo y el

agente del Ministerio público, efectuará la Sala su estudio de manera integral, en el siguiente orden:

1) PERJUICIO INMINENTE QUE SE CAUSA CON LA ACCIÓN POPULAR / LA MEDIDA CAUTELAR ES INCONDUCTENTE / LA MEDIDA CAUTELAR LESIONA LA DIGNIDAD DEL JEFE DEL ESTADO

Señalan los recurrentes demandados que la facultad para iniciar y concluir negociaciones de tratados con otros Estados o con organismos internacionales, fue otorgada con carácter exclusivo al Presidente de la República como Jefe de Estado, sin que tal potestad pueda limitarse.

Estiman que la medida cautelar ordenada, viola la división de poderes y la separación de funciones de los órganos del Estado, reconocida por nuestra Constitución, causando un perjuicio cierto e inminente al interés público, en cuanto supedita la facultad en alusión, al visto buena de la rama judicial, cuando ni siquiera la Ley la puede limitar.

En el mismo sentido, indica que el respeto a la División de Poderes y a sus competencias, son reglas propias de un sistema democrático y de derecho, manifestándose en ellas el interés público.

Con base en algunos apartes de la sentencia T – 983 A/04, proferida por la Corte Constitucional el del 08 de octubre de 2004, arguye que el control entre los diferentes órganos que integran las ramas del poder público, se cumple con la intervención de cada una de ellas a la oportunidad procesal que la propia Constitución les asigna en el proceso de perfeccionamiento del instrumento internacional que obliga a Colombia, con el debido respeto de la facultad y competencia exclusiva del Presidente de la República para iniciar negociaciones de tratados con otros Estados u organismos internacionales.

Indica que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), lejos de establecer normas ó procedimientos sobre la intervención de todos los órganos de la estructura del Estado, para la negociación de instrumentos internacionales, prevé la representación de los Estados en sus Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores, resguardando la validez de los tratados de la inobservancia del derecho interno y supeditando su entrada en vigor a la decisión de cada parte, según el procedimiento que más le convenga, de acuerdo con los trámites internos establecidos por cada Estado, que en el caso Colombiano dependen de la aprobación previa de las ramas legislativa y judicial.

Estiman inocuo ordenar a los servidores públicos abstenerse de suscribir o refrendar acuerdos que resulten lesivos de los derechos colectivos, toda vez que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley, y de otra parte, todo servidor público es responsable por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Acusan a la medida impugnada de vulnerar el principio de la buena fe, porque la abstención dispuesta supone que las negociaciones van encaminadas a vulnerar los derechos colectivos, recordando que quien afirma la mala fe, tiene a su cargo el deber de probarla, dado que la presunción consagrada en el Sistema Jurídico opera en sentido contrario.

A su turno, el señor Procurador Judicial hace énfasis en que los tratados públicos son actos complejos, porque en su proceso de formación intervienen las tres ramas del poder público, en cuanto expresan el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente, correspondiéndole al ejecutivo la iniciativa e

impulso de los mismos, por ser ello propio de la forma de gobierno presidencialista.

Indica que en su calidad de Jefe de Estado, el Presidente tiene la función privativa y exclusiva de dirigir las relaciones internacionales del País, nombrando agentes diplomáticos y celebrando tratados o convenios internacionales; y que estas facultades son independientes de las funciones asignadas al Congreso y a la Corte Constitucional, en el proceso de formación, siendo la finalidad de tales intervenciones la verificación de la sujeción del tratado y de sus leyes aprobatorias a las previsiones constitucionales que protegen los derechos fundamentales y colectivos.

Asevera que para proteger los intereses colectivos, la Comunidad puede participar en todas las etapas de perfeccionamiento del tratado, dado el carácter público que involucra todo acto internacional; sin que escape a nadie la participación activa de los diferentes estamentos económicos en las negociaciones del TLC, cumpliendo así los principios de publicidad y transparencia que informan tales negociaciones.

Insiste en que los tratados tienen un Sistema propio y complejo de control derivado de la misma Carta Política; que una vez perfeccionados son intangibles, pudiendo denunciarse únicamente conforme con las reglas del derecho internacional, sin que ni siquiera el Congreso tenga atribuciones para derogarlos, porque las relaciones exteriores se fundamentan en la Soberanía Nacional, el respeto por la autodeterminación de los Pueblos y el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

En su parecer, las acciones populares proceden contra el Presidente como Jefe de Gobierno, pero no contra los actos que realiza como Jefe de Estado, porque en tal calidad representa la Unidad Nacional,

expresando ante la Comunidad Internacional la voluntad del País como Estado reconocido; y aclara así mismo que la eventual competencia del Juez para suspender negociaciones internacionales, afectaría los derechos de otras nacionales.

Concreta que por encontrarse en su etapa de negociación, el tratado no existía como tal al momento de impetrarse la acción popular, de modo que el auto impugnado se basa en una mera expectativa sin que ni siquiera exista prueba sobre el eventual daño contingente, aduciendo que de situaciones jurídicas no consolidadas no pueden deducirse posibles daños.

Arguye que al no poderse medir durante el desarrollo de la acción popular, el carácter lesivo del acuerdo hipotéticamente suscrito, la medida decretada incumple todo presupuesto de procedencia, toda vez que no existen serios motivos de daño, ni la necesidad de defender la igualdad procesal de las partes que puedan verse vulneradas durante el desarrollo del proceso, como tampoco la conveniencia de asegurar la efectividad de la sentencia que se haya de proferir.

Ampliando tal consideración, se refiere a los dos Sistemas Básicos de Integración Económica: el europeo y la celebración de tratados de libre comercio, señalando las principales características de cada uno de ellos; y con base en las que el presenta el segundo de los modelos citados, afirma que los efectos nocivos del Tratado sobre los derechos colectivos sólo pueden medirse en el mediano y largo plazo.

Puntualiza que al pretenderse atacar un acto inexistente conforme con lo ya explicado, la medida cautelar resultaría inconducente, más aún al carecer del elemento de coacción que la debe caracterizar; sin que el auto recurrido determinase la acción u omisión lesiva para los derechos colectivos, ni el daño contingente que pudiera ocasionarse con las pruebas aportadas al proceso.

Estima injustificada la medida cautelar adoptada, en cuanto le impone un condicionamiento al Presidente, respecto de una conducta sobre la cual no tiene alternativa.

Señala que la orden del Tribunal reproduce el principio constitucional del sometimiento de los servidores públicos al principio de legalidad, de modo que hace pesar sobre la persona una presunción de que su actuar es normalmente distinto a lo ordenado por la Ley, en desmedro de su dignidad personal.

Para explicar el punto, dice que “la medida cautelar, aunque inocua”, impone al Jefe del Estado un condicionamiento difícil de exponer ante la Comunidad de Naciones, en la cual no existe precedente similar; lesionando así su dignidad por limitar las facultades que la constitución le asigna en materia de negociación de tratados internacionales.

De esta manera, concluye que el auto impugnado contraría el orden jurídico y afecta las relaciones internacionales de Colombia, ocasionando un perjuicio cierto e inminente al interés público.

Para resolver, observaremos tomando en reenvío lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-983 A/04 citada por los recurrentes, que la separación de funciones del poder público y la facultad que asiste al señor Presidente de la República para iniciar y concluir negociaciones de tratados con otros Estados, no excluye el cuestionamiento de las actividades que se realicen en ejercicio de ella, en tanto existe en nuestro modelo democrático **“un cierto grado de superposición material de funciones, como requisito indispensable para asegurar la efectividad del ejercicio recíproco de los controles, que a su vez son necesarios para mantener el balance de poder y así garantizar los derechos y libertades básicas de las personas...”**

Se arriba a esa conclusión partiendo de una realidad que a su vez se presentó necesariamente en la evolución del Estado Social de Derecho, y es la **“creación constitucional de acciones y procedimientos judiciales que permiten que los jueces controlen los actos de la administración pública mediante la acción de nulidad y de plena jurisdicción (C. P. Arts. 237 y 238), dispongan el cumplimiento de leyes y actos administrativos (C.P. art. 87), reparen los daños antijurídicos ocasionados a los administrados por la acción u omisión de los agentes del Estado (C. P. Art. 90), y protejan los derechos fundamentales cuando resulten amenazados ó vulnerados por cualquier autoridad pública (C.P. Fol 335. No. 12).**

Precisamente, dentro de esa evolución, a la pretranscrita enumeración debe agregarse como observa la Sala, la acción establecida en la Constitución Política de 1.991, para la protección de los derechos colectivos cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, conforme dice el artículo 88 de la carta política, ampliando así la antigua acción, existente con objeto limitado, en nuestro Código Civil.

En procura de esa protección, se ha regulado por el legislador de 1.998, que el juez popular pueda intervenir sobre la actividad o inactividad de las personas de derecho público o de derecho privado.

Cuando el sujeto de la acción es una autoridad pública, no existe limitación alguna para la procedencia de la acción sobre una cualquiera de las atribuciones constitucionales o legales que dicen fundamentar o distorsionan el deber ser de su acción; o permiten deducir su omisión dañina, perturbadora o amenazante de los derechos colectivos.

Acerca la distinta naturaleza de esos controles, el político a cargo del Congreso y el jurídico-político a cargo de la Corte Constitucional sobre los tratados suscritos por el Jefe de Estado, posteriores en todo caso a la firma del Acuerdo del que se trate, y el control judicial a través de la acción popular, ya se hizo el señalamiento por esta Sala, recabando que el del juez popular además de anterior y preventivo, busca la protección de los derechos colectivos con independencia del estudio de constitucionalidad que corresponde bajo parámetros distintos a la Corte Constitucional. Los defectos de exequibilidad del texto de un Tratado, no eliminan el acuerdo de voluntades; posibilitan expresar la llamada “reserva”, mientras que a través de la acción popular, esta acción popular, es viable evitar la inclusión de cláusulas cuyo contenido amenace materializar un daño sobre tales derechos.

Y como se trata de una acción de estirpe constitucional es claro que la facultad de control asignada al juez popular puede llegar a tocar los límites del ejercicio del poder que ostenta el Jefe de Estado en orden a comprometer a la Nación colombiana, en un Tratado con otra nación, en tanto sea necesario, a fin de hacer eficaz la finalidad prevista para que tal medio jurisdiccional logre garantizar el goce pleno de esa categoría de derechos, cuya prevalencia resulta oponible ante los posibles desbordamientos de aquél .

Abundantemente han discurrido los doctrinantes de la teoría del Estado, que en un Estado de Derecho no puede haber facultades ilimitadas y por tanto, la existencia de controles al uso del poder es correspondiente al concepto de democracia.

Resulta pertinente al efecto traer a colación los siguientes extractos jurisprudenciales tomados de la sentencia que decidió declarar inexecutable la expresión “*y sin ninguna limitación*” contenida en el artículo 32 de la Ley 182 de 1995:

“..lo que sí encuentra la Corte que riñe con los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución Política, es la facultad “ilimitada” que el aparte de la norma acusada otorga al Presidente de la República y, que es en últimas el cargo central de la demanda, pues el actor afirma en su escrito que el reproche que se hace a la disposición acusada, en manera alguna se refiere a la facultad del Presidente de la República para dirigirse al país a través de la televisión “lo que se reprocha por inconstitucional es la potestad ilimitada que el legislador le otorga para lograr dicho fin”.

...en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, ni los gobernantes, ni las autoridades de cualquier orden pueden tener facultades ilimitadas, por cuanto, precisamente lo que caracteriza al Estado democrático es la imposición de límites al ejercicio de la autoridad pública, tanto por la Constitución como por la ley.

El artículo 1° de la Constitución, consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, democrática, participativa y pluralista “fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. El Estado social de derecho tiene como finalidad la persona humana, no en abstracto, sino propendiendo por su integración y participación en la sociedad de la cual hace parte; por ello, se consagran los derechos fundamentales de las personas, cuya esfera de protección la constituye precisamente los límites al poder del Estado y de los gobernantes.

La limitación del poder del gobernante, ha sido una constante en los regímenes democráticos. Esta Corporación en relación con dicha limitación expresó que: “(...) la soberanía ya no es una atribución absoluta del Estado frente a sus súbditos, ni una relación vertical entre el gobernante y el gobernado, pues las atribuciones estatales se encuentran relativizadas y limitadas por los derechos de las personas. Esto significa que se sustituye la idea clásica de una soberanía estatal sin límites, propia de los regímenes absolutistas, según la cual el príncipe o soberano no está atado por ninguna ley (Principis Legibus solutus est), por una concepción relativa de la misma, según la cual las atribuciones del gobernante encuentran límites en los derechos de las personas. Pero este cambio de concepción de soberanía en manera alguna vulnera la Carta pues armoniza perfectamente con los principios y valores de la Constitución. En efecto, esta concepción corresponde más a la idea de un Estado Social de derecho fundado en la soberanía del pueblo y en la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP arts. 1°, 3° y 5°)”¹.

Los derechos de las personas constituyen el límite a las actuaciones de los gobernantes....”

¹ Sent. C-225/95 M.P. Alejandro Martínez Caballero

(Corte Constitucional, sentencia C-1172 de 2001 de 8 de noviembre de 2001, expediente –3544, Magistrado ponente, Doctor Alfredo Beltrán Sierra.)

Puestas en tal punto las cosas, no encuentra esta Sala fundamento alguno en cuanto a la presunta intangibilidad de la autoridad que ostenta el señor Presidente de la República, en materia de negociación y suscripción de Tratados Internacionales, que impida ejercitar los medios jurisdiccionales de control a que se ha venido haciendo referencia, tanto en la procedencia de la acción popular como en la procedencia de dictar una orden judicial a título de medida cautelar. Por lo mismo, no puede considerarse que el ejercicio de la facultad de control judicial, para hacer eficaz el derecho de acción, resulte lesivo del principio de la separación de poderes y mucho menos de la dignidad del Jefe de Estado, como lo afirma el señor Procurador ante este Tribunal. También es cierto que dentro del contexto geopolítico democrático en el que el presente asunto tiene su escenario, no puede pensarse que la intervención judicial vaya a significar un condicionamiento a la potestad de nuestro Jefe de Estado, impresentable o inexplicable ante los ojos del otro Estado. Si no existe precedente sobre un asunto similar, ello tampoco es óbice para la actuación judicial cuyo sustento es la propia carta política -artículos 88, 228 y 229- tanto para ejercer jurisdicción sobre toda acción u omisión de las autoridades públicas, como para que los actores populares accedan a la administración de justicia con el fin de conjurar la amenaza sobre derechos difusos².

² “ El poder judicial depende, de una manera más evidente, de la autoridad jurídica formal de la que gozan los Tribunales, esto es, del alcance de su jurisdicción, y de las medidas judiciales encaminadas a hacer cumplir sus fallos. Por supuesto, esta autoridad, en última instancia, debe estar sustentada en la Constitución. (...) Tanto los Tribunales como los jurados son íconos populares en Estados Unidos, y por consiguiente, los políticos son conscientes que atacarlos de manera sostenida puede llegar a ser contraproducente.” *(Peter H. Schuck, profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de Yale, “El poder judicial y la democracia”, Poder judicial y Democracia editado por FICA, Bogotá, abril de 2005.*

2) FALTA DE PRUEBAS QUE SUSTENTAN LA MEDIDA CAUTELAR / LA MEDIDA CAUTELAR CARECE DE RAZONABILIDAD Y SUSTENTO PROBATORIO

Anotan los opositores que este tipo de medidas tienen fines precautorios, tendientes a impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso, pierda su virtualidad o eficacia.

Afirman que la decretada se basa en asuntos no probados, sin contemplar varias de sus características intrínsecas y atentando contra los principios de homogeneidad, proporcionalidad e idoneidad que definen su núcleo esencial, toda vez que en caso de prosperar la acción, la sentencia tendría el mismo alcance de la medida; es un acto de prejuzgamiento; y no se sirvió de ningún documento que permitiera determinar alguna violación o amenaza sobre derecho colectivo alguno.

Comentan que la medida cautelar se basó en reportajes periodísticos, cuando estos son producto de una “mezcla multiforme de intereses económicos, políticos y de otra índole, algunos respetables y otros altruistas, y no pocas veces, expresión de intrigas y propósitos mezquinos, constituyen evidencia suficiente de la información pero no de la veracidad de su contenido”, según lo ha dicho la jurisprudencia.

Destacan que aunque la adopción de la medida consideró la presunta lesión de derechos colectivos en virtud de la carta de renuncia de tres miembros del equipo negociador colombiano, y de la información suministrada por los medios de comunicación, la negociación aún no ha finalizado, de modo que no se tiene certeza sobre los compromisos que adquiriría Colombia una vez el tratado entre en vigor, ni por ende, de la eventual amenaza ó violación que sus disposiciones causarían a los derechos colectivos.

Dicen que las acciones populares no pueden fundamentarse en hechos hipotéticos ó conjeturas que no se encuentren plenamente probadas; y que la misma premisa se aplica al decreto de medidas cautelares, bien sea de oficio o a solicitud de parte.

Tildan amplia y ambigua la caracterización de la moralidad administrativa, señalando que su violación se circunscribe a una actuación casuística que debe ser valorada específicamente por el Juez de caso, bajo los principios de la sana crítica y apoyándose en pruebas concretas suministradas por quien predica la vulneración; de manera que, el argumento según el cual el TLC perjudica varios derechos colectivos de la población colombiana, es una mera conjetura que no da pie a la imposición de ninguna medida cautelar, porque carece de pruebas que la sustenten.

Aseveran así mismo, que los argumentos del actor y del Tribunal se basan en afirmaciones infundadas, sin que exista un perjuicio plenamente probado, no obstante que la prosperidad de la acción supone la amenaza o riesgo de daño cierto a un derecho colectivo; aclarando que en el primer caso, debe demostrarse que la amenaza es real.

Insisten en que la prosperidad de las pretensiones exigen la concurrencia de todos los elementos del daño colectivo, como la existencia de una injusta lesión, evidente, cierta, actual y futura, probando que el demandado es quien lo causa.

Por su parte y previa observancia de que la medida decretada se sustentó en informaciones y documentos que no reposan en el proceso ni fueron aportados por el accionante, el señor Agente del Ministerio Público destaca que frente a los argumentos en contra del Tratado,

existen también posiciones a favor, como las plasmadas en los escritos de contestación.

Agrega que las medidas cautelares deben tener dentro del proceso algún sustento probatorio que lleve razonablemente a la conclusión de existir por lo menos una amenaza seria de vulnerarse un derecho colectivo, observando que lo contrario a ello, serían juicios de valor ineficaces procesalmente.

Por último, asegura no existir ninguna amenaza real de perjuicio que justifique la medida cautelar.

Para decidir, nos remitimos al texto del artículo 25 de la ley 472 de 1.998, a cuyo tenor se lee:

“Antes de ser notificada la demanda y en cualquier Estado del proceso podrá el Juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) Ordenar con cargo al Fondo Para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo.*

(...)”

El texto anterior permite afirmar que no existe una tarifa legal de prueba como requisito procesal obligatorio para cautelar los derechos que se observan amenazados y deben resguardarse desde un comienzo o durante el curso del proceso.

Ello no significa que la motivación se halle ausente de valoraciones razonadas y razonables de unos medios de prueba.

Para el presente caso, esos medios de prueba físicamente no reposan en el expediente, lo que para un juzgador practicante del antiguo estilo de equívoca exégesis positivista dogmática, implicaría negarse a incorporar a su razonamiento los elementos que no encuentra plasmados en papel pero están a su disposición en la red virtual del conocimiento y la información.

Dispone ampliamente el artículo 175 del código de procedimiento civil:

“Sirven como pruebas la declaración de parte, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.” (subrayado fuera de texto)”

Por lo que refiere a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, a tono con la era de la información, dispuso:

“Artículo 95. Tecnología al servicio de la administración de Justicia. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información. Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficiencia de un documento original siempre que quede garantizada su

autenticidad integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce así como la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.”

Al examinar la constitucionalidad de esa norma dijo la Honorable Corte Constitucional³ “ (...) *Adicionalmente conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen, deberá ser determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador.”*

La regulación mencionada por la alta corporación, se concretó en principio en la ley 527 de 1.999, también llamada ley de comercio electrónico - tramitada por iniciativa de los Ministerios de Comunicaciones y Comercio Exterior - que preceptuó en lo pertinente:

“Artículo 6º. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.”

Artículo 10. *Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.*

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y, probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate

³ En Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996.

de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original.

Artículo 11. *Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.”*

A su turno el significado de lo que es un mensaje de datos se encuentra en la definición que trae la misma ley en su artículo 2º:

“la información generada, enviada, recibida, almacenada comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

Mediante sentencia C-662 de 2000, con ponencia de Magistrado Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional consideró que la Ley 527 de 1999, podía introducir reformas a las normas procesales puesto que la expedición de códigos es una atribución dada al Congreso, quien la cumple a través de leyes ordinarias. Posteriormente, dictó la Sentencia C-831 de 8 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis, donde reiteró:

“Como tuvo oportunidad de señalarlo ya esta Corporación en la Sentencia a que se hizo referencia en el acápite anterior, los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos requieren la adecuación de los regímenes jurídicos para ponerlos en concordancia con las transformaciones que aquellos han provocado en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial- Sentencia C-662 de 2000

(...)

Como se desprende de esta extensa cita, la Ley 527 de 1999 no se limita al tema del comercio electrónico, aun cuando sus

orígenes y su inspiración internacional conciernen fundamentalmente al ámbito mercantil.

Al respecto recuerda el señor Procurador en su intervención que del análisis del respectivo expediente legislativo se comprueba que si bien el proyecto inicial restringía el contenido de la norma al campo exclusivamente comercial, éste se fue ampliando para hacer finalmente referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos. En este sentido en el texto definitivo se eliminó la alusión al "comercio electrónico en general" contenida en el título del capítulo I de la parte primera de la ley, para hacer simplemente referencia a "las disposiciones generales". En consecuencia, contrariamente a lo señalado por los intervinientes representantes de los Ministerios de Justicia y de Desarrollo, ha de entenderse que la ley 527 de 1999 no se restringe a las operaciones comerciales sino que hace referencia en forma genérica al acceso y uso de los mensajes de datos, lo que obliga a una comprensión sistemática de sus disposiciones con el conjunto de normas que se refieren a este tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en particular con las disposiciones que como el artículo 95 de la Ley Estatutaria de administración de Justicia se han ocupado de esta materia" (...)

La Honorable Corte Suprema de Justicia, en uno de sus primeros pronunciamientos sobre la materia, dijo con ponencia del Magistrado José Roberto Herrera Vergara⁴: *"La tradicional exigencia del original del escrito de demanda de casación puede quedar satisfecha con un mensaje de datos, si la información contenida por éste es fácilmente consultable"*.

En palabras de la misma Corte Suprema de Justicia, en la precitada providencia, lo importante es que: *" (...) el documento electrónico esta contenido en soporte diverso al papel lo que no significa que por esa razón no sea capaz de representar una idea o un pensamiento. Por ello lo han definido como cualquier representación en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes, susceptible de ser asimilado en forma humanamente comprensible. El documento electrónico es un método de expresión que requiere de un instrumento de creación, conservación, cancelación y transmisión: tal instrumento está*

⁴ Sala Laboral, en Auto 13015 de Abril 3 de 2000.

constituido por un aparato electrónico. De esta forma la disciplina de dicho documento no puede prescindir del computador que lo crea, lo conserva y lo cancela y la red de terminales de computador que permiten su transmisión.”

Para quienes aplicamos con frecuencia el derecho tributario, no es ajena la innovación introducida por la ley Ley 223 del 20 de diciembre de 1995, artículo 37 que homologa la factura electrónica para ser tenida como factura de venta como sigue:

“Artículo 37. Adiciónese el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: Artículo 616-1 Factura o documento equivalente. La factura de venta o documento equivalente se expedirá en las operaciones que se realicen con comerciantes, importadores o prestadores de servicios o en las ventas a consumidores finales. Son documentos equivalentes a la factura de venta : El ticket de máquina registradora, la boleta de ingreso a espectáculos públicos, la factura electrónica y las demás que señale el Gobierno Nacional.”⁵

Dentro de la misma materia, la ley 663 de diciembre 29 de 2000, en el artículo 38 modificó el artículo 579-2 del estatuto tributario para adecuar el ejercicio del deber formal de los contribuyentes a las nuevas tecnologías:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 579, el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante resolución, señalará los contribuyentes, responsables o agentes retenedores parte del obligado a utilizar el sistema electrónico, se tendrán como no presentadas. En el evento de presentarse situaciones de fuerza mayor que le impidan al contribuyente presentar oportunamente su declaración por el sistema electrónico, no se aplicará la sanción de extemporaneidad establecida en el artículo 641 de este Estatuto,

⁵ Mediante el decreto 1094 del 21 de junio de 1996, el Gobierno Nacional reglamentó la utilización de la factura electrónica : los documentos que tienen implicaciones legales, como la factura, están aceptados y respaldados por el gobierno nacional para ser enviados vía EDI “Electronic Data Interchange. Intercambio Electrónico de Datos. Transferencia directa (sin papel) de datos entre aplicaciones de procesos mecanizados (asistidos por ordenador) que establecen una sesión durante la que se intercambian documentos con una estructura de datos común (normalizada).”, siempre que se haga bajo el estándar EDIFACT “Electronic Data Interchange For Administration, Commerce and Transport. Estándar internacional del Intercambio Electrónico de Datos para la Administración, Comercio y Transporte. Es un EDI con una sintaxis normalizada que haga inteligible las transacciones comerciales entre empresas.”

siempre y cuando la declaración manual se presente a más tardar al día siguiente del vencimiento del plazo para declarar y se demuestren los hechos constitutivos de fuerza mayor. Cuando se adopten dichos medios, el cumplimiento de la obligación de declarar requerirá para su validez la firma autógrafa del documento.”

De manera que bajo la anterior perspectiva jurídica el recurso no tiene fundamento, por cuanto la decisión sí se encuentra soportada en pruebas que pueden visualizarse en la red informática y durante el proceso serán objeto de contradicción, a través de testimonios y o/ ampliación de experticio.

De un lado se tiene un hecho notorio pues no escapa al conocimiento de todos; de otro, las múltiples inferencias tomadas de las apreciaciones y opiniones de expertos de quienes han tenido la oportunidad de conocer las informaciones que suministra el órgano de divulgación establecido al efecto, como lo reconocen los recurrentes, además de la información de primera mano obtenida por quienes han podido estar en “el cuarto de al lado” siguiéndole los pasos a la negociación, se aúnan para valorar bajo las reglas de la sana crítica la existencia de una amenaza real a los derechos colectivos, que no simple conjetura de este Tribunal. Desde luego que se destaca entre los diferentes elementos de sustento, la renuncia de los negociadores cuya copia reposa en la red informática. Así mismo, es asimilable a informe de perito la opinión del experto Germán Velásquez, que sobre el derecho de acceso a los medicamentos fue expuesta más ampliamente en el análisis de la ponencia insertada en la página web de la Organización Panamericana de la Salud.

Ignorar el valor probatorio de los documentos que recoge la red cibernética es ir en contravía de la modernidad, y hasta incurrir en

pasividad, cuando lo exigido por la ley en esta clase de acciones es la proactividad del juez⁶.

Es de observar de otra parte, que en lo concerniente a la renuncia de los negociadores, los recurrentes no han negado la real existencia de tal documento, pues su ataque solamente se relaciona con su falta de incorporación física dentro del expediente.

Finalmente, cabe llamar la atención de los abogados representantes de la parte demandada, en cuanto al juez no se le puede exigir descomedidamente que pruebe lo que afirma. El papel del juez popular, si bien dinámico y proactivo no es equiparable al de las partes. Lo que la Constitución y la ley exigen y se espera de la actividad judicial es que las providencias se hallen debidamente motivadas, que sus juicios de valor sean razonados y razonables, dando prevalencia a lo sustancial y al fin primordial de la administración de justicia: hacer efectivos los derechos, empezando por el derecho fundamental de acción. Por lo demás, resulta ser una distorsión de la necesidad de motivación de las providencias, el que se pretenda que cada enunciado de la argumentación jurídica tenga que apoyarse en medios de prueba, sobre todo si el razonamiento jurídico de quienes niegan la verdad de los argumentos, parte de una realidad tan limitada como lo es el universo de las afirmaciones que únicamente pueden verificarse en la prueba documental incorporada al expediente.

3) FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

⁶ La actitud señalada constituye positivismo dogmático típico del “conservadurismo del juez de antiguo estilo”, y encaja en lo que plantea el Magistrado del Tribunal Supremo Español como el “desfase cultural del juez”.

Por el contrario, la aceptación de esta clase de innovaciones ha sido apreciada por los analistas como una posición liberal. (*Ensayo en “Legalidad, jurisdicción y democracia, hoy” Perfecto Andrés Ibáñez, en “Poder Judicial y Democracia”, Bogotá, abril de 2005*).

Respecto a la falta de legitimidad por activa, anotan que los individuos ejercen sus derechos colectivos por pertenecer a la comunidad que se identifica por el respectivo interés y no como titulares directos de los mismos, ni tampoco de manera exclusiva y/o excluyente.

Estiman que al no advertirse ninguna violación ó amenaza de vulneración, es improcedente el amparo de la acción constitucional; y que al perseguirse con ella un objeto diferente a la protección de los intereses colectivos, la acción debe rechazarse, indicando que en el sub lite lo que se busca es proteger el interés personal de quien acciona.

Atribuyen al demandante una conducta temeraria, porque según sus conceptos, pretende con la acción un fin contrario a la constitucionalidad.

Resaltan que sólo en caso de que el tratado entre en vigor podría causarse el daño que pretende evitar la medida cautelar, siendo tal circunstancia – la entrada en vigor – un hecho futuro e incierto sujeto a controles previos cuyo ejercicio permiten adoptar las medidas necesarias para evitar los daños que pudiere ocasionar el texto finalmente suscrito, y los cuales operan dentro de los términos constitucionales y legales previstos para el trámite de la Ley aprobatoria del tratado ante el Congreso, y para su respectivo control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Anotan que al no entrar en vigor el tratado con la finalización de la negociación, ni con la firma del instrumento internacional, ninguna de estas dos actuaciones constituye violación inmediata de los derechos colectivos, porque el acuerdo debe primero someterse al proceso de verificación de los requisitos internos que establece la Constitución para comenzar a regir; que al involucrar la intervención de las tres ramas del poder público, hacen del tratado un acto complejo.

Tendemos que considerar en primer lugar, que la legitimación es en sí misma una condición subjetiva para las sentencias favorables, consistente en la identidad del actor con la persona a cuyo favor está la ley, y en la identidad del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley. La primera constituye la legitimación activa; la segunda, la legitimación pasiva⁷.

Atendiendo a tal premisa, el interés para actuar de quien acude al aparato judicial, constituye uno de los presupuestos de la acción que toca directamente con la pretensión, la cual, entratándose de las acciones populares, surge dentro del ámbito comunal como expresión del reclamo colectivo tendiente a lograr la protección judicial de los derechos que la Ley le reconoce, frente a las conductas arbitrarias de las autoridades públicas.

Conforme con ello, el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 reguló el presupuesto en alusión, en los siguientes términos:

“Podrán ejercitar las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica

(...)”

Como puede apreciarse, el legislador utilizó una disposición general que reviste de universalidad a la legitimación de quien ejerce la acción popular, precisamente por su naturaleza pública, en cuanto salvaguarda intereses difusos en el grupo social, a diferencia de las

⁷ **LOS TERCEROS EN EL PROCESO CIVIL. JAIRO PARRA QUIJANO. EDICIONES LIBRERÍA DEL PROFESIONAL. 5ª EDICIÓN. 1989. PÁGINA 20.**

“La legitimación en la causa es la actitud específica que tienen ciertas personas para demandar, otras para contradecir o intervenir (en sentido amplio), respecto a determinada relación material que es objeto del proceso y en virtud del interés tutelado por el legislador mediante la consagración de aquélla.”

acciones ordinarias de naturaleza particular, donde la protección recae sobre derechos reconocidos a destinatarios específicos.

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó en sentencia del 01 de noviembre de 2001, dentro del expediente AP-236, con ponencia del doctor Germán Rodríguez Villamizar:

“...Teniendo en cuenta que en general existe confusión con relación a la legitimación del demandante para actuar, la Sala considera necesario entrar a precisar dicho aspecto. Al respecto, el numeral 1 del artículo 12 de la Ley 472 de 1998 establece que “toda persona natural o jurídica” podrá ejercitar las acciones populares, razón por la cual, en aplicación del principio de interpretación que establece que cuando la ley no realiza distinción alguna, no le es dado hacerla al intérprete, y teniendo en cuenta la finalidad de esta clase de acciones, es decir, la protección de los derechos e intereses que están en cabeza de toda la comunidad, se entiende entonces la razón por la cual tanto el constituyente de 1991 como el legislador establecieron de manera clara que “cualquier persona” puede ejercer estos mecanismos judiciales para la protección de los derechos o intereses de naturaleza colectiva. En ese orden de ideas, se tiene que cualquier persona como integrante de la sociedad tiene derecho a que le sean protegidos los derechos e intereses colectivos..., por lo que es perfectamente claro que, según lo preceptuado en la ley y lo considerado por la jurisprudencia, todas las personas están legitimadas para ejercitar una acción popular cuando exista una amenaza o sea lesionado algún derecho o interés de índole colectiva. En consecuencia, es desacertada la decisión del a quo en cuanto estimó que el actor carecía de la legitimación en la causa por no ser residente del municipio de ..., toda vez que, ese aspecto en modo alguno es exigido por la ley, porque, como ya se indicó, la titularidad de dicha acción se predica respecto de cualquier persona...⁸”

Bajo tales orientaciones, las circunstancias subjetivas que predicen los impugnantes carecen de mérito válido para restarle eficacia el presupuesto en alusión, no sólo porque la condición de persona natural que tiene el actor, le permite ejercer la acción judicial; sino porque además, justipreciar el móvil que tuvo para ello, atribuyéndole una

⁸ En el mismo sentido, ver las sentencias del 20 de septiembre de 2001 (Exp. AP-0395(182) del Consejo de Estado; y C-215 de 1999 de la Corte Constitucional.

titularidad directa, ajena a la protección del interés colectivo, es una conclusión apresurada e incluso desmedida, habida cuenta de que su calidad de habitante y ciudadano Colombiano, le hace destinatario del Tratado de Libre Comercio que eventualmente se suscriba, dado que las medidas de éste vinculan al elemento humano de los Estados partes, ya sea en forma mediata ó inmediata.

Por lo demás y ante la propia naturaleza del presupuesto en alusión, argumentos como los relacionados con la inexistencia de daño o amenaza del mismo sobre los derechos colectivos, resultan impertinentes para atacar el presupuesto in examine, pues mientras este se circunscribe a la titularidad del derecho de acción, aquéllos atañen a la procedencia de la misma desde el punto de vista sustancial que compete analizar al Juez en la sentencia de mérito.

Adicionalmente, la coexistencia de controles para que el tratado entre en vigor, en nada relega el análisis que corresponde efectuar al Juez Popular bajo la primacía del interés colectivo.

Es de señalar que adoptar una medida cautelar contra cualquier autoridad pública, dentro de un proceso cursado en acción popular, no es equivalente a una acusación de mala fe, ni en esta clase de procesos se juzga el dolo o la culpa en la responsabilidad por el daño al derecho colectivo. También sin quebrantamiento de la buena fe conforme ya lo dilucidó en alguna providencia el H. Consejo de Estado, puede darse la violación de un derecho colectivo.⁹

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA [AP-0787](#) DEL 02/04/25. PONENTE: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. ACTOR: ALONSO MUÑOZ SÁNCHEZ

“...La buena fe exigible a la administración, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83 de nuestra Constitución y 3 de la ley 489 de 1998, tiene un alcance mayor en relación con la que se exige a los particulares, pues aparte de que no puede excusarse en el desconocimiento de la ley cuando ejerce sus funciones en virtud de facultades regladas, tampoco puede alegar ignorancia de aspectos específicos de una materia cuando ellos sean el objeto de las facultades discrecionales por medio de las cuales cumple su función (...) la Sala encuentra que, establecida la no violación ni amenaza al derecho a la moralidad

Lo anterior permite desestimar el calificativo de temeridad adjudicado a la actividad del actor y reafirmar la medida cautelar para evitar que se concreten los siguientes daños a los derechos colectivos:

1. La lesión del derecho de los consumidores al acceso a medicamentos genéricos de producción nacional si se permite el aumento del plazo de duración de las patentes a productos farmacéuticos de empresas extranjeras, patentamiento de segundos usos y cambios menores sobre productos farmacéuticos ya patentados y extensión del tiempo de protección a los datos de prueba presentados para la aprobación de una patente por fuera de las normas de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones CAN. Aceptación de cláusulas semejantes, no solamente afectaría ese derecho colectivo al libre acceso a los medicamentos, sino que pondría en grave riesgo la salud de los colombianos¹⁰, pues arruinaría a los

administrativa, podría existir, sin embargo una amenaza o la vulneración del derecho al patrimonio público.”

¹⁰ “

- La protección de datos de prueba producto del Decreto 2085, evidencian un impacto económico estimado en 280 millones de dólares para el año 2010, equivalente al acceso a medicamentos de casi 400,000 personas.
- Incorporar la prolongación de las patentes en un eventual TLC determinaría un impacto económico y sanitario significativo, perceptible a partir del año 2025. En el mercado farmacéutico, este impacto se ha estimado en US \$ 400 millones que corresponden al 13% del valor del mercado. El impacto sanitario equivale el acceso a medicamentos de cerca de 2.5 millones de personas (el 4,13% del total).
- Incorporar la ampliación del espectro de patentabilidad (usos, modificaciones menores, combinaciones etc.) en un eventual TLC ocasionaría un impacto económico estimado para el año 2014 de cerca de 1.200 millones de dólares, que representarían un 23% del valor del mercado en el último año. En el impacto sanitario significaría un equivalente al acceso a medicamentos de un poco más de 2 millones de personas, un 3,5% del total de la población.
- Incorporar la restricción al uso de la Denominación Común Internacional (DCI) en un eventual TLC puede representar un impacto económico anual de 50 millones de dólares en el año 2005 (3,14% del mercado) y un impacto sanitario en el acceso a medicamentos para cerca de 430,000.
- Incorporar medidas de protección de la propiedad intelectual en un eventual TLC como el aumento en el espectro de patentabilidad, tendrá un efecto en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, expresado como impacto en la Unidad de Pago por Capitación

productores nacionales y se erigiría un monopolio para las empresas norteamericanas, afectando además el derecho a la libre competencia económica de las empresas farmacéuticas nacionales.

2. La lesión al derecho colectivo a conservar la diversidad cultural y biológica, prevenir el deterioro ambiental y proteger el conocimiento tradicional, si se permite el patentamiento de seres vivos, animales o plantas, del patrimonio natural de la Nación colombiana. Cláusula de ese tenor permitiría que empresas norteamericanas patentaran bienes de la diversidad biológica nacional (seres vivos – vegetales o animales)¹¹, base de la

UPC, equivalente a un incremento del 6.61% en el año 2008, para mantener el mismo listado de prestaciones farmacéuticas. Desde la perspectiva sanitaria esto pudiera representar la necesidad de desvincular aproximadamente 300.000 personas del sistema.

- Incorporar medidas de protección de la propiedad intelectual en un eventual TLC como el aumento en el espectro de patentabilidad, determinaría un impacto en el gasto de bolsillo de los hogares, mucho más pronunciado en los estratos más bajos. Mientras los hogares del estrato 1 deberán incrementar el porcentaje de sus ingresos para mantener su actual nivel de consumo hasta el 22.28% del total, para el estrato 6 el incremento llegaría al 4,67%.

- Incorporar medidas de protección de la propiedad intelectual en un eventual TLC como el aumento en el espectro de patentabilidad, corresponde en el caso del VIH-SIDA, equivalente al tratamiento para casi 10.000 pacientes que lo necesitan. En el caso de no activar medidas correctivas habría un incremento de mortalidad estimado en 61 eventos en el año 2005, con un aumento hasta de 4000 muertes anuales en el año 2014.”

(Modelo Prospectivo Del Impacto De La Protección A La Propiedad Intelectual Sobre El Acceso A Medicamentos En Colombia, Bogotá, Noviembre 19 De 2004, Estudio Financiado y Dirigido Por la Organización Panamericana De La Salud, Oficina Regional De La Organización Mundial De La Salud. Ejecutado Por Fundación Instituto Para La Investigación Del Medicamento En Los Sistemas De Salud Ifarma, Colombia / En [Www.Col.Ops-Oms.Org/Noticias/2004/Prospectivo.Doc](http://www.col.ops-oms.org/Noticias/2004/Prospectivo.Doc).)

¹¹ **Constitución Política de Colombia.**

Artículo 7º. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 8º. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Artículo 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”

alimentación del pueblo colombiano, que además del despojo de ese patrimonio inalienable dado por la naturaleza, pondría en grave riesgo la seguridad alimentaria de las generaciones futuras.

Decisión 391 del Acuerdo de Cartagena (COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES):

**DE LOS PRINCIPIOS
CAPITULO I
DE LA SOBERANÍA SOBRE LOS RECURSOS GENÉTICOS Y SUS PRODUCTOS
DERIVADOS**

"Los países miembros ejercen soberanía sobre los recursos genéticos y sus productos derivados y en consecuencia determinan las condiciones de su acceso, de conformidad con lo dispuesto en la presente Decisión

La conservación y utilización sostenible de los recursos genéticos y sus productos derivados, serán reguladas por cada país miembro, de acuerdo con los principios y disposiciones contenidos en el convenio de la Biodiversidad

Los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los países miembros son países miembros son países de origen, son bienes o patrimonio de la Nación o del Estado de cada país miembro, de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones internas. Dichos recursos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos biológicos que los contienen, el predio en que se encuentran, o el componente intangible asociado." (resaltado fuera de texto)

En relación con tales regimenes, desde una perspectiva judicial se ha visto la necesidad de proteger el conocimiento tradicional. Dijo la Corte Constitucional, en sentencia C-262 de 1.996 dictada en el proceso de revisión de ley 243 de 1.995:

"...13. La forma de interacción de las comunidades étnicas con los recursos naturales implica que, en ocasiones, no sea admisible la idea de una apropiación individual, comercial y excluyente de las variedades vegetales obtenidas a través de la gestión cultural. Incluso, el reconocimiento de formas tradicionales "occidentales" de propiedad, - que suelen traducirse en el otorgamiento de un derecho de uso individual y exclusivo -, sobre las especies vegetales que los grupos étnicos explotan a través de métodos tradicionales de producción, podría conducir a las consecuencias negativas que se ponen de presente en los conceptos de los dos antropólogos consultados (desintegración cultural, desnutrición, hambrunas, insatisfacción de las necesidades médicas y de salud, y en general la amenaza a la supervivencia de la étnia).

En razón de las observaciones anteriores, la Corte considera que las normas sobre propiedad intelectual protección a los obtentores de nuevas variedades vegetales deben ser respetuosas de las culturas y tradiciones propias de las comunidades indígenas, negras y campesinas, de modo que so pretexto de una necesaria protección en ámbitos propios de la economía de mercado, no se imponga a dichas comunidades restricciones desproporcionadas que atenten contra su propia supervivencia. En consecuencia sería inconstitucional el sistema de protección que no admitiera el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre dichas obtenciones o que privilegiara la oportunidad en la cual se presenta la solicitud de reconocimiento del derecho respecto de la existencia previa y notoria de la variedad vegetal y de su utilización tradicional por parte de dichas comunidades."...

3. La lesión al derecho de los consumidores al acceso a productos en condiciones de precio favorable¹², a la seguridad alimentaria, el empleo en el agro y la libre competencia económica de los agricultores nacionales, si se acepta el ingreso de productos agrícolas subsidiados por el fisco norteamericano, bajo el sistema de cupos que excedan la capacidad de la producción nacional. Una permisión semejante pondría en riesgo el patrimonio público, si en compensación por las pérdidas económicas de la agroindustria colombiana el gobierno propone al Congreso el establecimiento de medidas con cargo al Presupuesto Nacional, que implican en consecuencia creación de gasto público. Esta última circunstancia resultaría inadmisibles

¹² **Constitución Política**

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

Nota de la Sala:

Para entender la amenaza sobre los derechos de los consumidores puede examinarse la bibliografía sobre monopolio, leyes antimonopolio y acuerdos de cartel. Una de las obras ilustrativas del tema es la “Guía Práctica para la ejecución de la ley Antimonopolio para una Economía en Transición” por Craig W Conrath, editado por Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Promoción de la competencia, Bogotá, 1.998. (Atención a la página 73 “Acuerdos de Lobby de Gobierno”).

en tanto los impuestos de los colombianos subsidiarían las utilidades de las empresas de Estados Unidos. De la misma manera, resultaría lesivo para tales derechos y para el patrimonio público, permitir la entrada de productos bajo régimen de tarifa cero por aranceles y demás tributos a las importaciones, sin la idéntica reciprocidad para los productos colombianos de exportación.

4. La lesión al derecho a la seguridad y la previsión de desastres técnicamente previsibles, si se acepta la importación al país de máquinas o partes de máquinas remanufacturadas. Ello además conllevaría la lesión al derecho a la libre competencia económica de los productores nacionales de tales bienes.
5. La amenaza al derecho a la salud de las personas, a la libre competencia económica de las empresas colombianas y a la dignidad nacional si se acepta la introducción al País de ropa o cualesquiera clase de bienes usados o considerados de desecho por la industria de los Estados Unidos.

Se advierte que los anteriores enunciados no agotan todos los eventos constitutivos de daño o amenaza de daño contra los derechos colectivos en la medida que actualmente no se conoce el texto íntegro del proyecto de Tratado, sino sus lineamientos principales, que han sido debatidos públicamente. Ello, por lo mismo, no permite ir más allá de ese conocimiento público, sin que en frente de esa desigualdad de información, pueda tildarse la actuación de esta Corporación con el calificativo de “peligrosista”. Rechazan las suscritas Magistradas tal apreciación. Su misión en el asunto sometido a estudio es defender los derechos de tercera generación; que también son derechos humanos.

No podría afirmarse por lo tanto, que la medida cautelar sea todo lo que el Tribunal tiene que ordenar si llegara a la etapa de sentencia¹³. Esa errada conclusión plantea la hipótesis de una comparación imposible actualmente: lo dispuesto en la providencia cautelar y lo que dispondría la sentencia.

4) PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

Resaltan que dentro del nuevo modelo de democracia, se ha reconocido la intervención de los ciudadanos en las decisiones que los afectan y en el impulso de la acción de las autoridades con el propósito común de asegurar el cumplimiento de los fines estatales.

Aseguran que para el caso de la negociación del TLC, el Gobierno Colombiano siguió las pautas del Estado Social de Derecho y los parámetros de la democracia participativa, porque el equipo negociador de Colombia se conformó con representantes de todas las carteras involucradas en los temas de la negociación y profesionales expertos, bajo la coordinación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, cuyo representante solicitó también el acompañamiento de la Procuraduría en el proceso de negociación comercial, como entidad encargada de vigilar el correcto desarrollo de la función pública, para salvaguardar los derechos e intereses de los ciudadanos, garantizar la protección de los derechos humanos y la representación de la sociedad para defender el patrimonio público.

Señalan que la intervención del Procurador en el proceso de negociación, garantiza que en ella se tuvieron en cuenta los intereses de los ciudadanos; que nunca antes se había conformado un equipo negociador para negociar paso a paso un tratado comercial; que tal

¹³ Los procesos iniciados en ejercicio de las acciones populares, pueden terminarse por pacto de cumplimiento (*Ley 472 de 1998, Art. 27*)

proceso lleva un año y medio, celebrándose 13 rondas de negociación en sedes nacionales e internacionales, en las cuales han intervenido varios individuos y colectividades, a través de foros y seminarios dictados por diferentes entidades y bajo la figura del “cuarto de al lado”, donde participan miembros de la comunidad empresarial y académica del País, asistiendo a las rondas de negociación dentro o fuera de él.

Por último, agregan que el “Cuarto de al Lado” constituye una herramienta mediante la cual los Colombianos pueden participar en las rondas de negociación, desarrollándose consultas de interés nacional y construyendo colectivamente los elementos necesarios requeridos para definir los intereses y estrategias de Colombia en las negociaciones comerciales internacionales.

Al respecto, se dirá:

En primer lugar, es evidente el carácter formal de esa vinculación de la sociedad civil durante el proceso actual ó etapa de negociación.

En efecto, atendiendo al público conocimiento del estado de la cuestión, respecto de la cual voceros del sector gremial – tales son los presidentes de la SAC, de FENAVI, de FEDEARROZ, de FEDEPANELA, ASOCAÑA o ASINFAR, entre otros -, han manifestado sus temores porque el gobierno ha hecho caso omiso de sus observaciones, en materia agrícola agroindustrial, o propiedad intelectual, donde la propuesta norteamericana no se ha movido de sus exigencias inequitativas, resulta claro que si a quienes han tenido la capacidad económica de asistir al “cuarto de al lado”, que representan a su vez grandes capitales o patrimonios de los cultivadores de arroz, maíz o azúcar, no se les ha oído efectivamente, la participación de los demás estamentos de la sociedad civil, consumidores en general, es francamente irrita.

Se ratifica por lo tanto que este mecanismo de acción judicial, es la única vía para prevenir la ocurrencia de los daños que padecerían la economía y la población colombiana, si el Tratado se suscribe en los términos que son del dominio público, aunque no se conozca un texto concreto del mismo, como quiera que del mismo no ha circulado copia alguna y al parecer permanece en la reserva de los negociadores, hecho que dificulta aún más al común de las personas descifrar su verdadero alcance para accionar en su contra. Desde luego que hay quienes según su interés de mercado, dado que en algunos aspectos se crearán oportunidades o mejorarán comerciales (que según expertos no requieren necesariamente un tratado de libre comercio), están a favor de la suscripción del Tratado, pero ello no puede pesar más que el derecho de la mayoría que resultaría afectada en aspectos tan fundamentales como la Salud humana o la seguridad alimentaria.

Es claro, se insiste, en que con posterioridad a la suscripción del Tratado, el control que se realiza por el Congreso y por la Corte Constitucional, difiere esencialmente del judicial por activación de demandante popular; y ha sido también reiterativo decir, en la jurisprudencia del Consejo de Estado que la acción popular no es medio subsidiario para la protección de los derechos colectivos, ni improcedente en vista de la existencia de otros medios de defensa judicial.

En cuanto hace al llamado acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, no hay evidencia de su eficacia en la defensa de los derechos colectivos en el actual proceso, si bien lo más apropiado sería asumir esa tarea por la Defensoría del Pueblo, cuyo silencio y falta de presencia en esta etapa han sido notables. De otra parte, la simple condición de acompañante, sin herramienta coercitiva distinta a las meras sugerencias, no resulta eficaz para impedir que se concrete un daño a los derechos colectivos.

Todo lo anterior conduce a negar la reposición solicitada.

En mérito de lo expuesto, la **SUB SECCIÓN “B”, DE LA SECCION CUARTA, DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: No reponer el auto admisorio, proferido el 12 de diciembre de 2005, a través del cual se dispuso como medida cautelar ordenar “a la señora ministra de relaciones exteriores, y / o los negociadores colombianos del tratado de libre comercio Estados Unidos - Colombia, así como, al señor presidente de la república, abstenerse de la suscripción parcial o total, y/o la refrendación, de acuerdo alguno que resulte lesivo de los derechos colectivos antes enunciados o de cualquiera otro que surja en conexidad con los mismos.”

SEGUNDO: Para efectos de aclarar el sentido de la medida ordenada en cuanto a la delimitación de su alcance, se precisa : se considerarán dañinas para los derechos colectivos las cláusulas del Tratado en discusión que impongan obligaciones a Colombia en los aspectos anteriormente enunciados en la parte motiva de la presente providencia y son entre otros los siguientes:

- Permitir el aumento del plazo de duración de las patentes a productos farmacéuticos de empresas extranjeras, patentamiento de segundos usos y cambios menores sobre productos farmacéuticos ya patentados, así como extensión del tiempo de protección a los datos de prueba presentados para la aprobación de una patente por fuera de las normas de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones CAN.

- Permitir el patentamiento de seres vivos, animales o plantas, del patrimonio natural de la Nación colombiana.
- Aceptar el ingreso de productos agrícolas subsidiados por el fisco de los Estados Unidos, bajo el sistema de cupos que excedan la capacidad de la producción nacional, condición que a modo de compensación a las empresas nacionales afectadas por las pérdidas económicas consiguientes, conduzca a proponer ante Congreso de Colombia, el establecimiento de medidas con cargo al Presupuesto Nacional, que impliquen en consecuencia, creación de gasto público. O permitir la entrada de productos bajo régimen de tarifa cero por aranceles y demás tributos a las importaciones, sin la idéntica reciprocidad para los productos colombianos de exportación.
- Aceptar la importación al país de máquinas o partes de máquinas remanufacturadas.
- Aceptar la introducción al país de ropa o cualesquiera clase de bienes usados o considerados de desecho por la industria de los Estados Unidos.

TERCERO: Notifíquese personalmente la presente providencia al señor Presidente de la República, a la señora Canciller de la República y al Jefe del equipo negociador por Colombia, doctor Hernando José Gómez Buendía.

CUARTO: CONCÉDESE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto directamente por los Ministerios de Comunicaciones y Agricultura y Desarrollo Rural y, subsidiariamente por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Relaciones Exteriores,

el Ministerio de la Protección Social y el señor Procurador Delegado ante esta Sección del Tribunal.

Una vez cumplidas las notificaciones ordenadas, remítase el expediente al H. Consejo de Estado para los fines correspondientes.

El recurso se concede en el efecto devolutivo.

QUINTO: Reconócese personería al doctor Carlos Eduardo Serna BARBOSA, portador de la T. P. No. 12.257, para que en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, asuma la representación judicial de dicha entidad (*Fls. 76 a 77*); a la doctora Eugenia Méndez Reyes, identificada con la C. C. No. 52'258.642 de Bogotá, para que en la misma calidad defienda los intereses del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (*Fls. 133 a 134*); al doctor Armando López Cortes, portador de la T. P. No. 61.948, como apoderado de la Presidencia de la República (*Fl. 105*); y a la doctora María Teresa Gil Cortes, portadora de la T. P. No. 80.039 del C. S. de la J., como apoderada del Ministerio de la Protección Social (*Fl. 158*).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha. Acta No.

BEATRIZ MARTINEZ QUINTERO

Magistrada

FABIO O. CASTIBLANCO CALIXTO

Magistrado

(Salva Voto)

NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA

Magistrada