

DR. 4 0109



LA ACCION DE TUTELA EN EL DERECHO
COLOMBIANO

BLADIMIR JOSE FLOREZ CASTILLA

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar el título de Abogado.
Director : ELIZABETH FONSECA.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL
DESARROLLO "SIMON BOLIVAR"

FACULTAD DE DERECHO

1993

NOTA DE ACEPTACION

Presidente del Jurado

JURADO

JURADO

JURADO

DEDICATORIA

A Dios, mis padres,
hermanos, familiares y
en general a todas aquellas
personas que depositaron
su confianza y me brindaron
apoyo hasta culminar esta
hermosa profesión.

A todos ellos, dedico con
todo mi amor este triunfo.

TABLA DE CONTENIDO

	PAG.
INTRODUCCION	1
1. LA TUTELA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	4
2. LA TUTELA EN EL DERECHO COMPARADO	10
2.1 MEXICO	10
2.1.1 ACCION,RECURSO O JUICIO DE AMPARO	10
2.1.2 SU AMPLITUD PROTECTORA	12
2.1.3 NECESIDAD DE ACTUALIZAR EL AMPARO MEXICANO	15
2.2 BRASIL	16
2.2.1 EL MANADADO DE SEGURANCA	16
2.3 ESPAÑA	18
2.3.1 AMBITO DE APLICACION	19
2.4 BOLIVIA	20
2.5 CHILE	21

2.6	GUATEMALA	23
2.7	HONDURAS	23
2.8	NICARAGUA	24
2.9	PANAMA	25
2.10	PARAGUAY	25
2.11	VENEZUELA	26
2.12	COLOMBIA	26
2.13	ACCION PUBLICA, POPULAR O CIUDADANA EN OTROS PAISES	29
2.13.1	ECUADOR	29
2.13.2	SALVADOR	30
3.	ANTECEDENTES DE LA NORMA COLOMBIANA	32
3.1	UBICACION	32
3.1.1	EXPRESION NORMATIVA QUE FUNDAMENTA EL CONTROL EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1991	33
4.	INTERPRETACION DE LA NORMA NACIONAL	35
4.1	ARTICULO 86 DE LA CONSTITUCION NACIONAL	35
4.2	INTERPRETACION GRAMATICAL	38
4.3	INTERPRETACION SISTEMATICA	49
4.4	INTERPRETACION TELEOLOGICA	51
4.5	INTERPRETACION HISTORICA	52
5.	PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA	53
6.	ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS	74
6.1	PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS	78

6.2 JURISPRUDENCIA	80
7. ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES	99
7.1 PROCEDENCIA	100
7.2 TRAMITE	104
8. EL DEFENSOR DEL PUEBLO	105
8.1 LA TUTELA Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO	108
9. CONSIDERACIONES GENERALES	110
- CONCLUSIONES	
- BIBLIOGRAFIA	
- ANEXOS	

INTRODUCCION

El motivo que me inspira desarrollar el presente trabajo de investigación; el cual he titulado la "LA ACCION DE TUTELA EN EL DERECHO COLOMBIANO", se debe en gran parte a la gran acogida que ha tenido esta figura jurídica contemplada en el Art.86 de la nueva carta magna y particularmente en atención a su interpretación, aplicación y procedencia, por cuanto ello ha permitido de que para muchos sea la mayor novedad en materia jurisdiccional; puesto que ésta le ha abierto las puertas de la justicia a toda una serie de ciudadanos que de otra forma no hubieran tenido acceso a ella.

Por ello considero que el mejor camino para tratar de dilucidar en lo posible el tema de la tutela, es el de enfocarla desde el Derecho Comparado; lo que nos permitirá sacar unas conclusiones y dejar expuesto un criterio bastante acorde y que pueda a su vez darle a los estudiosos el derecho además de un concepto, una idea de como llegó a nosotros este modelo jurídico que hoy hace parte de una de las tantas garantías que contempla nuestra Constitución Nacional aplicables a todos los ciudadanos residentes en la República.

Pretendo igualmente tomando como ejemplo a aquellos países donde dicha figura ha tenido un mayor ámbito de aplicación contribuir a la aclaración de los tan suscitados problemas que ha traído consigo la interpretación y subsiguiente aplicación de la acción de tutela, que precisamente por ser tan novedosa no podría escapar de los enfrentamientos y fricciones del Estado y sus subditos, y mucho menos de las altas jerarquías de los poderes del Estado como son el Consejo de Estado, La Corte Suprema de Justicia, la recién creada Corte Constitucional y la Procuraduría General de la Nación.

La interpretación creada en torno al derecho de tutela, es de una complejidad tal que requiere de un análisis serio, objetivo y pormenorizado de los hechos, para emitir como lo dije en un comienzo, un concepto que si bien es cierto no pretende que lo que aquí se diga sea la última palabra, por lo menos se ajuste en lo más posible a la realidad.

Por lo extenso y complejo de este tema, trataré de enfocar entonces esta investigación más hacia la interpretación, aplicación y procedencia e improcedencia de la acción de tutela para luego hacer una síntesis o forjar unos criterios que permitan aclarar y darle una mejor interpretación a dicha figura; ya que es precisamente ahí donde existe controversias en nuestro país por parte de los profesionales del derecho y funcionarios de la rama jurisdiccional encargados de administrar justicia.

Los primeros, al poner en marcha el amparo jurisdiccional del Estado, utilizando esta vía cuando evidentemente era otra la que debía ser utilizada, y los segundos al conceder o negar los derechos exigidos por medio de esta acción cuando ella no era la indicada para eso.

El problema se torna más grave aún cuando los superiores de estos funcionarios, ya sean los Tribunales Superiores, la Corte Constitucional o El Consejo de Estado desconocen un derecho concedido por los inferiores y esos derechos son de amplia aplicación inmediata, evento este que ha permitido crear un caos jurisdiccional, y ha sido y será objeto de acalorados debates toda decisión o fallo en la que el poder jurisdiccional aparezca con dos concepciones opuestas del derecho, en donde la del superior deje infundada la del inferior.

1. LA TUTELA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho de amparo en el derecho internacional ha sido trascendental como instrumento protector de los derechos humanos: en este sentido se pueden mencionar los artículos XVIII y 8, respectivamente, de las declaraciones americana y universal de los Derechos Humanos, expedidas en Mayo y Diciembre de 1948, y reguladas en los artículos 25 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre (San José, Costa Rica, Noviembre de 1969) y 2 fracción III, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, Diciembre de 1966).

Nos parece pertinente indicar el tratamiento que ha tenido el recurso de amparo en el Derecho Internacional. Para ello nos remitimos a los artículos que lo contemplan.

La Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante depósito de instrumentos de ratificación en Julio 31 de 1973, que entró en vigor en Colombia el 18 de Julio de 1978, dice:

Art. 81. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación personal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Art. 25. Protección judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley a la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a.) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.

b.) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c.) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes,

de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante depósito de instrumento de ratificación el 29 de Octubre de 1969, que entró en vigor en Colombia el 23 de Marzo de 1976, dice:

Art. 2-3. Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar que:

a.) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

b.) La autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades del recurso judicial.

c.) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A(XIII) de 10 de

Diciembre de 1948, establece:

Art. 8o. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, establece:

Art. 18. Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Así mismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Estos artículos, en especial el 25 de la Convención Americana, el 18 de la Declaración Americana, el 8 de la Declaración Universal y el 2-3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran el derecho que tienen los individuos a asegurar mediante un recurso efectivo la protección de sus derechos fundamentales.

Como elemento común en estas normas encontramos la posibilidad de acudir ante los jueces o tribunales para que mediante un procedimiento sencillo y breve sea resuelto el recurso.

En cuanto a los derechos que se pretenden tutelar, su extensión varía de un instrumento a otro y depende en todo caso, de lo que en cada país sea consagrado como derecho fundamental, bien sea en la Constitución o en la ley.

Se puede afirmar que de los anteriores instrumentos el más restringido es el Pacto Internacional que se refiere tan solo a "los derechos o libertades reconocidos en el presente pacto:". En la Convención Americana se introduce una disposición más amplia, puesto que puede interponerse el recurso "contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

Por último vale la pena anotar que salvo la declaración universal, las demás disposiciones consagran el derecho al recurso efectivo aún en caso de violaciones perpetradas por autoridades o funcionarios de gobierno.

Si bien es un acierto que las normas específicamente se refieran a las acciones por parte de las autoridades, el que se omita tal enunciado no quiere decir que las personas se vean desprotegidos ante las acciones de dichos funcionarios. Por el contrario, al disponer, como lo hace la declaración universal, el amparo "contra actos que violen sus derechos fundamentales" se entiende que no hace distinción alguna respecto a la(s) personas(s) de quien provenga la

violación y por tanto cobija a todas las personas, incluso a las autoridades.

2. LA TUTELA EN EL DERECHO COMPARADO

2.1 MEXICO

2.1.1 ACCION, RECURSO O JUICIO DE AMPARO:

Consideran algunos juristas mexicanos que el amparo es "el instrumento procesal más eficaz y adecuado para la tutela específica de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente."

La corriente más ostensible que influyó en este juicio de amparo, deriva, de la constitución de los Estados Unidos de 1787.

Sus antecedentes se remontan al proyecto de constitución del Estado de Yucatán, de 1840, preparado por Manuel Crecencio Rejón, quien concibió el "amparo" para proteger a las personas contra leyes, decretos y actos del órgano legislativo o del órgano ejecutivo contrarios a la Constitución. La Constitución del Estado de Yucatán, de 1841, instituyó el recurso de "amparo" ante la Suprema Corte de Justicia contra providencias tanto del órgano legislativo como del

ejecutivo. Esto en el campo regional.

En cuanto al ámbito federal, el "amparo" fue incorporado a través del "Acta de Reformas", promulgada el 21 de Mayo de 1847, a la Constitución Federal de México, de 1824, y sirvió de molde a la Constitución de 1857 para el juicio de amparo de tutela de los derechos y libertades fundamentales. El Art.25, redactado por Mariano Otero, estatuyó: "Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta constituciones y leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la Ley o acto que lo motivase". Y los constituyentes de 1856 - 1857, que se inspiraron en el modelo de la revisión judicial de los Estados Unidos, divulgando en toda América Latina primordialmente en el clásico libro de Alexis Tocqueville, la democracia en América del Norte, a través de la traducción española de Sánchez de Bustamante, y en menor grado por el conocimiento fragmentario de la clásica obra de El Federalista.

El trasplante legal produjo una institución diversa del modelo norteamericano, en cuanto se estableció un instrumento procesal específico desarrollado en ordenamientos especiales que se aplica a

través de numerosos instrumentos procesales y que, por lo mismo, constituye un principio y no una vía particular. Lo que más impresionó a los juristas y políticos mexicanos del Siglo XIX en cuanto a la revisión judicial norteamericana, fué su carácter difuso e incidental. Tocqueville al respecto decía:

Pero cuando el Juez ataca una ley en un debate oscuro y sobre una aplicación particular, oculta en parte a las miradas del público la importancia del ataque. Su fallo solo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por su casualidad; por otra parte, la ley así censurada está destruída: Su fuerza moral ha disminuído, pero su efecto material no se suspende. Solo poco a poco y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir.

2.1.2 SU AMPLITUD PROTECTORA El juicio de amparo mexicano es una institución amplia y de estructura compleja, pues se utiliza con varios propósitos y para llenar vacíos constitucionales. Héctor Fix Zamudio, tras analizar la legislación vigente, concluye que la institución tiene cinco facetas diferentes y cada una de ellas es autónoma y tiene su propio procedimiento: a.) El "Amparo-Libertad"; b.) El "Amparo contra leyes" reputadas inconstitucionales; c.) El "Amparo casación" (o directo contra sentencias judiciales, administrativas y laborales); d.) El "Amparo administrativo" y e.) El "Amparo en materia agraria".

Aunque el "Amparo" es un medio de protección de las "garantías individuales", tal como éstas están reconocidas en los primeros 29 artículos de la Constitución, recibe el nombre de Amparo - Libertad cuando se utiliza contra las detenciones arbitrarias, en forma similar al Writ Of Habeas Corpus de la Gran Bretaña o de los Estados Unidos de América. De ahí que algunos autores hayan establecido un paralelo entre ambas instituciones. Otros juristas por el contrario, afirman que el amparo tiene su origen en el Derecho Hispánico.

El Art.14 de la Carta Federal vigente dispone que "a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades especiales del procedimiento conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Por su parte el Art.103 de la misma carta nos dice: "Los tribunales de la Federación resolverán todas las controversias que se susciten:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; y

III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal". Y el Art.107 dispone que "todas las controversias de que habla el Art.103, se sujetarán a los procedimientos y formas del juicio jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes"...

En síntesis el Art.14 establece la procedencia de amparo contra sentencias judiciales por violación de las leyes secundarias; es decir, sirvió para comprobar la "exacta aplicación de la ley". Esto gracias a una interpretación amplia que dió la Suprema Corte de Justicia en mención. Y que fué tomado casi literalmente de la quinta enmienda (Bill of Rights) de la Constitución de los Estados Unidos de América.

La ampliación de la esfera protectora del amparo culmina con el Art.16 constitucional que establece el principio de legalidad, es decir, que el juicio de amparo mexicano protege todo el orden jurídico nacional, desde los más elevados preceptos constitucionales

hasta las disposiciones de un modesto reglamento municipal, lo que explica la complejidad que ha asumido la institución en nuestros días y la necesidad de actualizarlo.

2.1.3 NECESIDAD DE ACTUALIZAR EL AMPARO MEXICANO. La problemática de mayor trascendencia se centra en tres aspectos:

— Darle efectividad a la protección del juicio de amparo respecto de los derechos fundamentales que la Constitución Federal otorga tanto a las personas individuales como a las colectivas.

La función para la cual surgió el juicio de amparo fué la relativa a la tutela de las "garantías individuales", pero esta protección ha disminuído notablemente su fuerza debido a que a través del propio amparo se plantean cuestiones sobre la ilegalidad de las resoluciones judiciales y de los actos administrativos que impide conocer y resolver rápidamente lo relativo a los derechos fundamentales.

— Es preciso establecer, así sea paulatinamente, el principio de la elaboración general de inconstitucionalidad, superando la "fórmula Otero".

— Es necesario restringir la competencia de la Suprema Corte de Justicia a las controversias sobre cuestiones estrictamente

constitucionales, debido a que actualmente, el más alto tribunal funciona como tribunal de casación.

2.2 BRASIL

2.2.1 EL MANDADO DE SEGURANCA. Para complementar el recurso de habeas corpus contra detenciones arbitrarias, ilegalidad o abuso de poder, la Constitución del Brasil, de 1934, creó el recurso o auto de "mandado de seguridad" (mandamiento de seguridad) para tutelar judicialmente los demás derechos y libertades fundamentales (art.133/33).

Bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, de 1939, el "mandado de seguridad" tuvo el carácter de recurso ordinario. La institución se consolidó en la Constitución de 1946. La Constitución de 1967 refrendó: Se concederá mandamiento de seguridad, para proteger derecho individual puro y cierto, no amparado por el habeas corpus, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder.

La Constitución de la República Federativa del Brasil, del 5 de Octubre de 1988, estipula: Se concederá "mandado de seguridad" para proteger derecho manifiesto y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuere autoridad pública o agente de persona jurídica en

ejercicio de atribuciones del poder público. Y, además, confirma la práctica del "mandado de seguridad colectivo", el cual puede ser interpuesto por: a.) Partido político con representación en el Congreso Nacional; b.) Organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento con un mínimo de un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

La gran innovación de la Constitución de 1988 es el habeas data: a.) Para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a persona del peticionario, constancias de registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de entidades de carácter público, y b.) Para rectificación de datos cuando no se prefiera hacerlo por proceso sigiloso, judicial o administrativo.

En resumen, el "mandado de seguridad" tiene por objeto proteger la inviolabilidad de los derechos constitucionales a la vida, la libertad, la seguridad individual y la propiedad. El auto procede contra actos de autoridades administrativas. La doctrina de los tribunales lo admite excepcionalmente como un recurso para impugnar resoluciones judiciales cuando no hay otro medio idóneo. Y se le ha usado también como auto preventivo contra "grupos de presión" con personería jurídica".

Algunos autores observan que el "mandado de seguridad" tiene su origen en el recurso contra el abuso de poder que en Francia se

ejerce a través del Consejo de Estado. Se trata, empero, de una institución original. Como bien lo aclaró Fix Zamudio, "en el estado actual, el mandato o mandamiento de seguridad debe considerarse como instrumento de garantía tanto constitucional como de carácter legal, que se traduce en el procedimiento extraordinario para la tutela rápida y eficaz de los derechos ciertos e indiscutibles de los particulares, contra la ilegalidad o abuso de poder de cualquier autoridad, pero especialmente de las administrativas.

2.3 ESPAÑA

En el Derecho Hispánico el término "Amparo" se utilizó como interdicto posesorio, como un recurso contra resoluciones judiciales y procedimiento sumario para proteger la libertad personal. Lo que le ha permitido venir adquiriendo una gran importancia desde que se incorporó en su Constitución de 1978; y con base en los anteriores antecedentes.

Es así como dicha constitución establece que en contra de las violaciones a los derechos y libertades allí contenidos y según el texto del Art.53 párrafo segundo: "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el Art.14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basados en los principios de preferencia y

sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el Art.30".

2.3.1 AMBITO DE APLICACION No todos los derechos subjetivos pueden hacerse valer mediante el recurso de amparo sino tan solo los previstos en el respectivo artículo de la Constitución. Este catálogo de derechos fundamentales; como objeto procesal se ha ido incorporando paulatinamente en el ordenamiento.

Promulgada la Carta Constitucional, la ley de protección jurisdiccional del 23 de Enero de 1979, estableció por vez primera una relación de derechos fundamentales sobre los que habían de extenderse su ámbito de aplicación, que fué posteriormente ampliada por el Organo Legislativo.

Por lo tanto, con el recurso de amparo, solo puede solicitarse la reposición o restablecimiento de los derechos fundamentales señalados en la constitución, aunque puede invocarse cualquier otro concepto fundamental vulnerado, pero en tal caso:

- Si se trata de derechos constitucionales distintos a los previstos en la Constitución, deben relacionarse de alguna manera, con alguno de los protegidos a través del amparo. Ejem.: La

vulneración del derecho de propiedad, para ser invocada en su recurso de amparo, debe haber producido una violación de algún derecho catalogado como fundamental.

- Si se trata de derechos subjetivos públicos, consagrados en el convenio europeo de derechos humanos, tampoco pueden por sí solos fundamentar un recurso de amparo.

2.4 BOLIVIA

Art.19. Fuera del recurso de Habeas Corpus a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta constitución y las leyes.

El recurso de amparo se interpondrá por la persona que creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente, ante las cortes superiores en las capitales de departamento y ante los jueces de partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima. El ministerio público podrá también de oficio este recurso cuando no lo hiciere o no pudiese hacerlo la persona afectada.

La autoridad o la persona demandada será citada en la forma prevista

por el artículo anterior a objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de 48 horas.

La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente recibida la información del denunciado y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente. La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su resolución ante la Corte Suprema de Justicia para su revisión, en un plazo de 24 horas.

Las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutados inmediatamente y sin observación aplicándose en caso de resistencia, lo dispuesto en el artículo anterior (habeas corpus).

2.5 CHILE

Art.20. El que por causa de actos y omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 10.

(derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona); 2o. (igualdad ante la ley); 3o. inciso 4o. (toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento); 4o. (el respecto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia); 5o. (la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada); 6o. (la libertad de conciencia); 9o. inciso final (cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado); 11o. (libertad de enseñanza); 12o. (libertad de emitir opinión y de informar); 13o. (el derecho de reunirse pacíficamente); 15o. (el derecho de asociarse); 16o. en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso 4o. (negociación colectiva con la empresa en que labore); 19o. (derecho de sindicarse); 21o. (derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral); 22o. (no discriminación arbitraria en el trato que deben dar en el Estado y sus organismos en materia económica); 24o. (el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales), y 25o. (derecho del autor, sobre sus creaciones intelectuales y artísticas y de cualquier especie) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las

providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá también el recurso de protección en el caso del num. 8o. del artículo 19, cuando el derecho a vivir, en un medio o ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

2.6 GUATEMALA

Art.265. Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

2.7 HONDURAS

Art. 183. El Estado reconoce la garantía de amparo. En consecuencia

toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de esta, tiene derecho a interponer recurso de amparo:

1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece; y
2. Para que se declare en casos concretos que una ley, resolución,

acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución. El recurso de amparo se interpondrá de conformidad con la ley.

2.8 NICARAGUA

Art. 188. Se establece el recurso de amparo en contra de toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o a gente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política.

Art. 190. La Ley de amparo regulará los recursos establecidos en este capítulo.

Art. 45. Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal o de amparo, según el caso o de acuerdo con

la ley de amparo.

2.9 PANAMA

Art. 50. Toda persona contra la cual se expida o se ejecute por cualquier servidor público una orden de hacer o de no hacer que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

2.10 PARAGUAY

Art. 77. Toda persona que por un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionada o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier juez de primera instancia a reclamar amparo. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción pública y el juez tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La ley

reglamentará el procedimiento.

2.11 VENEZUELA

Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

2.12 COLOMBIA

Los antecedentes que en materia de amparo tiene nuestro país se remontan a la Constitución expedida en la Villa del Rosario de Cúcuta el 30 de agosto de 1821. Se ignora si la acción fue utilizada. El artículo 157 disponía:

La libertad que tienen los ciudadanos de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y el respeto debidos, en ningún tiempo será impedida ni limitada. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, de las injusticias y los daños que sufrieren en sus personas, en sus propiedades, en su honor y estimación.

Luego, la Constitución Política de la Nueva Granada, expedida el 21

de mayo de 1853, daba facultades a la Suprema Corte de la Nación para: "óo. Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la Constitución y las leyes de la República". La acción era para cualquier persona.

La Constitución de la Confederación Granadina de 1858, confería atribuciones a la Suprema Corte para suspender "la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la Constitución o a las leyes de la confederación, dando cuenta de la suspensión al Senado, para que éste decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos" (Art. 51).

Y en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia, de 1868, se le dió facultades a la Suprema Corte para "suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del Procurador General o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados"... (Art. 72).

Este sistema de tutela directa de los derechos y libertades fundamentales se denominó "acción pública contra leyes inconstitucionales", consistente en la acción pública o ciudadana que tenían las personas para acudir ante la Corte Suprema de Justicia a fin de impugnar una ley violatoria de la ley suprema. Y la sentencia que pronunciare la Corte a ese efecto producía efectos jurídicos erga omnes hacia el futuro y que se traduce en la

abrogación de la ley impugnada o en la derogación de la disposición atacada. Con ese nombre fue restablecido en el Acto Legislativo No. 3 de 1910, reformativo de la Constitución de 1886 y hoy, por medio de la Constitución Política del 7 de julio de 1991, aparece ampliada esa acción ciudadana intentada ya no ante la Corte Suprema sino ante la nueva Corte Constitucional, la cual tiene competencia, según el

Artículo 241, para :

a) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la constitución, cualquiera que sea su origen solo por vicios de procedimiento en su formación.

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

c) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno en los estados de excepción (Arts. 212 a 215). La Corte Suprema de Justicia, bajo la carta de 1886, había declarado constitucionales el "Estatuto de Seguridad" de 1978, y el "Estatuto Antiterrorista" de 1988.

La Corte Constitucional ha recibido facultades, igualmente para

decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación, y sobre la constitucionalidad de los referendos sobre las leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

2.13 ACCION PUBLICA, POPULAR O CIUDADADA EN OTROS PAISES

Igualmente fue adoptada la acción pública, popular o ciudadana para demandar la inconstitucionalidad de las leyes ante el Tribunal Supremo por países como Ecuador y El Salvador, entre otros.

2.13.1 Ecuador. En el año de 1869, adoptó la acción pública contra las leyes inconstitucionales. La Constitución de 1978, que reafirma lo estatuido en la de 1967, confiere facultades al Tribunal de garantías constitucionales para "conocer de las quejas que formula cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución" (Art. 141-143). Además, la Corte Suprema de Justicia puede suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales por vicios de fondo o de forma. También tiene dentro del Control difuso (control inspirado en el sistema estadounidense), la facultad de declarar inaplicable

cualquier precepto legal contrario a la constitución, siempre y cuando se trate de causas materia de su pronunciamiento.

2.13.2 El Salvador. La Constitución de 1967 atribuyó competencia a la Suprema Corte de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos "en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano" (Art. 96). La Constitución de 1983 establece que:

La Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano (Art. 183).

Igualmente países como Venezuela y Panamá cuya aplicación en materia de amparo ya ha sido tratada; en principio adoptaron, la acción pública, popular o ciudadana. Venezuela, en su Constitución de 1858 atribuyó a la Suprema Corte de Justicia la competencia para "declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarias a la Constitución". Y que posteriormente se refrendó, para leyes nacionales, en su Constitución de 1893 (Arts. 110 y 117). La Constitución de 1961 por su parte da competencia a la Corte Suprema de Justicia para declarar la nulidad, total o

parcial, de las leyes nacionales y demás actas de cuerpos legislativos que colindan con la Constitución, y para declarar la nulidad de las leyes de los Estados, de las ordenanzas municipales y demás actas de los cuerpos deliberantes o de los municipios que colindan con la propia Constitución (Art. 115, párrafos 3 y 4).

Panamá en su constitución de 1972, con antecedentes en 1904 le confiere a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, para lo cual en pleno conoce y decide sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona. Así mismo, la jurisdicción contencioso-administrativa, confiada a la Corte, se ha hecho extensiva no solo a las personas directamente perjudicadas por el acto, resolución o disposición, sino también a cualquier persona natural o jurídica en todo caso en que un servidor o autoridad pública contravenga una norma legal.

3. ANTECEDENTES DE LA NORMA COLOMBIANA

3.1 UBICACION

El control constitucional es un conjunto de procedimientos judiciales, políticos, de control y administrativos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes de los de la comunidad.

La jurisdicción constitucional es una de las varias formas del control de constitucionalidad, que en el ámbito de ejercicio del poder público lo define y lo limita conforme a las competencias judiciales y un procedimiento determinado. Se trata de jurisdicción constitucional, propiamente dicha, cuando existe una especialización orgánica y funcional (sistema concentrado) aunque pueden existir procedimientos ante la jurisdicción ordinaria destinados a la defensa de la constitución (sistema difuso) como es el caso de la excepción de inconstitucionalidad y de la Acción de Tutela.

3.1.1 Expresión normativa que fundamenta el control en la Constitución Política de 1991 El eje normativo conformado por los artículos 3o., 4o. y 241 de nuestra Carta Fundamental somete a los poderes estatales, sus funcionarios, los particulares y especialmente la Ley, a la Constitución. Son complementarios los artículos 188 y 192 que pretenden reforzar el sometimiento a la Constitución mediante el establecimiento del juramento de defensa y cumplimiento del orden fundamental, por parte del Presidente de la República.

Los artículos 6o. y 198 declaran responsables a los infractores de la Constitución, expresamente a los servidores públicos, no solo por sus actos sino también por sus omisiones, el último, en particular al Presidente de la República. Porque la Constitución ha dejado de ser un puro concepto ideal y es un documento jurídico con contenido preciso y con unos efectos determinados sobre los ciudadanos; la Constitución es vinculante, preferente y coercitiva.

La misma norma fundamental se encarga de establecer competencias para sancionar las infracciones a la Constitución. Permite que el Presidente objete los proyectos de ley por motivos de inconstitucionalidad, pudiendo llegar hasta la Corte Constitucional para que resuelva definitivamente; de igual forma el Gobernador puede objetar los proyectos de ordenanzas departamentales y el

Alcalde los proyectos de acuerdos municipales, pudiendo llegar hasta el Tribunal Administrativo para que resuelva definitivamente sobre su inconstitucionalidad o ilegalidad. Establece competencias jurisdiccionales al Senado y la Corte Suprema para juzgar altos funcionarios por causas constitucionales o legales. De otra parte, atribuye a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado facultades para invalidar leyes o actos administrativos mediante la declaratoria de inexequibilidad o nulidad respectivamente. Por último, el artículo 4o. permite la inaplicación de la ley, al parecer por cualquier funcionario, por incompatibilidad con la Constitución.

La complejidad y multiplicidad de los controles precisan la adopción de varios criterios a fin de diferenciar la jurisdicción constitucional de los demás controles, pues desde la óptica normativa la Constitución es la base y fundamento del ordenamiento jurídico y todo funcionario debe cumplir y defender tal orden, así todo control, acción o impugnación están encaminados de forma indirecta a la realización de la norma constitucional.

En general, los recursos que se proponen ante la Administración y la jurisdicción son una forma de control general e indirecto de constitucional, que permite, además, oponer normas constitucionales como derecho aplicable y preferente; y hay fórmulas generales que obligan a los funcionarios a defender el ordenamiento.

4. INTERPRETACION DE LA NORMA NACIONAL

4.1 ARTICULO 86 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

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

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

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de 10 días entre la solicitud de tutela y su resolución.

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

Interpretar es recrear. Cuando el interprete de una norma establece su contenido y alcance en cada caso particular, vuelve a crear un objeto normativo dentro del ámbito literal que la misma norma le permite. En materia de interpretación constitucional no habían normas que nos indicaran cómo debía ser su interpretación; distinto es el caso de la ley, ya que de ella se ocupan los artículos 25 y siguientes del Código Civil. La doctrina, siguiendo un proceso análogo al de la ley, ha interpretado la norma fundamental mediante los mismos métodos; otros han ido un poco más allá arguyendo que la interpretación estará determinada por la ideología predominante en el momento que se realiza.

La interpretación comúnmente operada busca establecer la voluntad del Constituyente expresada en el articulado del documento constitucional. Para ello utiliza arbitrariamente diferentes vías, como son :

- Interpretación gramatical. Se realiza a partir del texto literal.

- Interpretación sistemática. Busca conexión con otras normas del sistema, pues la norma no es un predicado aislado sino que pertenece o es parte integrante de una unidad coherente y sistemática.

- Interpretación teleológica. Pretende establecer la finalidad y sentido de la norma, previendo a lo menos abstractamente el efecto de la misma.

- Interpretación histórica. Mira el proceso de creación de la norma, la exposición de motivos y sus réplicas.

Si bien es cierto que nos parece criticable la interpretación que busca establecer la voluntad constituyente, estas vías nos permiten ilustrar el entendimiento de la norma por parte de sus distintos destinatarios y ofrecen elementos de juicio para su aplicación en cada uno de los casos concretos, que son las situaciones en las que la norma adquiere plena potencia y desarrolla su alcance.

Sin embargo, la Constitución de 1991 en su artículo 93 establece un principio de interpretación constitucional, circunscrito a "los derechos y deberes consagrados en esta Carta", ordenando que se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia.

4.2 INTERPRETACION GRAMATICAL

Pretendemos dar contenido a algunos términos del artículo 86 de la Carta, que a nuestro juicio ofrecen dificultad interpretativa, ellos son:

- Toda persona.

Comprende a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, públicas y privadas, sin que se sugiera restricción alguna.

Debemos preguntarnos si puede ejercerse esta acción en nombre de los nasciturus o quien está por nacer, respondiéndonos que si estos tienen derechos constitucionales fundamentales, como en nuestra opinión los tienen, la acción puede adelantarse por quien tenga alguna representación, argumento que se refuerza cuando la misma norma al referirse al titular de la acción dice "o por quien actúe a su nombre". argumento similar es aplicable a las personas muertas (sucesiones ilíquidas), en cuyo caso los herederos pueden actuar en nombre del difunto para proteger los derechos que le son inherentes, v. gr. la honra y el buen nombre.

También es procedente preguntarnos si el Estado y las personas jurídicas de derecho público son titulares de la acción, habida cuenta de que son quienes ejercen la autoridad pública y se

constituyen en los posibles infractores de los derechos constitucionales fundamentales. Pensamos que sí pueden intentar la acción de tutela, frente a otra autoridad pública, siempre que demuestren la titularidad de un derecho fundamental, pues esta acción nos sería el medio idóneo para resolver un conflicto de competencias.

No es este el lugar para abordar la polémica doctrinaria de la oponibilidad de los derechos constitucionales de los particulares frente al Estado o entre particulares; por ello consideramos simplemente que los entes públicos, cuando no ejercen autoridad y demuestren ser titulares de derechos fundamentales, en igualdad de condiciones que los particulares, pueden ejercer esta acción, para proteger por ejemplo el derecho al buen nombre, a actualizar y rectificar informaciones, e incluso ejercer la acción contra particulares cuando estén encargados de un servicio público o su conducta afecte gravemente el interés colectivo. Sirve de sustento a esta interpretación la autorización constitucional del artículo 282-3 que permite al defensor del pueblo interponer la acción de tutela, no obstante que el artículo 46 del decreto coloca al defensor del pueblo en igual condición que las personas titulares de la acción.

- Ante los jueces.

Son los jueces los competentes para conocer de la acción, sin que se

distinga ni califique clase alguna de juez; en consecuencia debe entenderse que todos los jueces tienen competencia, sin perjuicio que la ley reglamente la materia.

Sin embargo, debemos preguntarnos quiénes son jueces, si lo son quienes cumplen con la función de administrar justicia, o los que pertenecen al ramo judicial, o los que además de pertenecer a él, administran justicia como función permanente, esencial y ordinaria, no sobra recordar que otros órganos del Estado eventualmente administran justicia como es el caso del Senado, algunas autoridades administrativas, y los particulares por expresa autorización constitucional. En nuestra opinión no estarían comprendidos quienes excepcionalmente administran justicia (Senado, autoridades administrativas, particulares) ni algunos órganos del mismo ramo judicial como el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, por tratarse de órganos cuya función esencial es diferente a la de administrar justicia, ni la Corte Constitucional en razón de su competencia taxativa y de su condición de tribunal de revisión eventual de las decisiones que adopten los jueces en esta materia. En cuanto a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, afirma el Presidente del Consejo de Estado que "ello resulta contrario a su naturaleza de jurisdicción especial encargada del juzgamiento de la administración"; con similares argumentos podrían igualmente excluirse los jueces penales militares. No encontramos de recibo estas razones pues nos parece

que la garantía constitucional es cualquier juez de cualquier lugar pueda expedir la orden de protección inmediata del derecho.

No obstante nos parece conveniente, sin contrariar la norma constitucional, no atribuir competencia en primera instancia a los altos tribunales de las diferentes jurisdicciones para que puedan conocer de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de los jueces que le son inferiores. Con ello se le daría cumplimiento a la parte del mismo artículo que dice: "El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente".

De otra parte excluiríamos a las autoridades de los pueblos indígenas por tratarse de un ejercicio excepcional de la función jurisdiccional en el contexto de las costumbres y tradiciones indígenas; de igual modo, excluiríamos a los jueces de paz pues son falladores en equidad, no en derecho, elegidos popularmente, lo cual implicaría la incidencia de un factor político que debe ser ajeno a la tutela de los derechos fundamentales.

- En todo momento y lugar.

La acción no está sometida a término de caducidad ni prescripción, puede ser ejercida en cualquier tiempo. Distinta es la situación cuando la vulneración ya ha tenido lugar o el perjuicio ya ha

ocurrido, caso en el cual no existe actividad u omisión susceptible de ordenarse por parte del juez, o sea, se presenta el fenómeno de la sustracción de materia, que no deb ser onjeto de regulación legal bajo instituciones tales como la improcedibilidad o la caducidad.

En lo referente al lugar, consideramos que la garantía constitucional apunta a dar una competencia amplísima, o sea, la acción de tutela puede ejercerse en el lugar donde se encuentre la autoridad judicial, esto es, en cualquier municipio, por lo cual concluimos que la competencia debe ser a prevención, de tal forma que el interesado pueda sin limitación alguna en razón a competencias territoriales, ejercerla en el lugar más próximo o donde se le facilite, según sea su elección.

- Procedimiento preferente y sumario.

El procedimiento debe ser preferente en cuanto atienda el trámite antes que otros de distinta naturaleza.

La sumariedad no solo debe entenderse por la brevedad del procedimiento, sino además en el sentido de que se pueden tomar decisiones sin que exista una controversia o contradicción previa; en otros términos podríamos afirmar que la decisión de protección del derecho fundamental puede ser adoptada con base en una prueba sumaria, sin perjuicio de la impugnación por parte de quienes

resulten vulnerados por esta.

- Protección inmediata.

La pretensión de la acción de tutela es obtener la protección de un derecho fundamental, que según la misma norma, "consistirá en una orden para que aquel (autoridad pública o particular) respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo". El hecho de que se trate de una decisión de ejecución inmediata respalda nuestros argumentos relacionados con la sumariedad procedimental y probatoria, y excluye, a nuestro juicio, cualquier otra decisión, como es el caso de la indemnización de perjuicios, sanciones a la autoridad o particular infractor de orden disciplinario, policivo o penal. La orden de tutela debe entenderse sin perjuicio de las otras acciones y de los deberes legales del juez.

- Derechos constitucionales fundamentales.

Se trata de los derechos consagrados en la Constitución y que tengan la naturaleza de fundamentales. Desde el punto de vista gramatical, debemos entender por constitucionales, todos aquellos que de manera expresa o referida estén comprendidos en la Carta, esto es, los del título II y los reconocidos en los tratados y convenios internacionales en virtud del mismo artículo 93. El concepto de

fundamental tiene que ver con aquellos que sirven de fundamento a la organización de la comunidad o que es principal. Para nosotros, son fundamentales los derechos que garantizan el ámbito mínimo de libertades y prerrogativas de los administrados, los gobernados de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 94 que establece como derecho fundamental lo que es inherente a la persona humana; por lo tanto, no son derechos fundamentales aquellas prerrogativas que la Carta atribuye a las entidades descentralizadas de cualquier orden, pues estas corresponden a la estructuración del Estado y al ejercicio del poder público.

No sobra que mencionemos cuáles son los tratados y convenios internacionales aprobados por el Congreso, que reconocen derechos humanos.

* En el marco de la Organización de la Naciones Unidas:

a. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. New York, diciembre 16 de 1966. Aprobado mediante la ley 74 de 1968. Depósito de instrumento de ratificación, octubre 29 de 1969.

b. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. New York, diciembre 16 de 1966. Aprobado mediante la ley 74 de 1968. Depósito de instrumento de ratificación, octubre 29 de 1969.

c. Protocolo Facultativo del Pacto de derechos civiles y políticos. New York, Diciembre 16 de 1966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968. Depósito de instrumento de ratificación, Octubre 29 de 1969. Y otros.

* En el marco de la Organización de los Estados Americanos:

a. Convención americana sobre los derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica. San José, Noviembre 22 de 1969. Aprobado mediante la ley 16 de 1972. Depósito de instrumento de ratificación, Julio 31 de 1973.

* En el marco del derecho internacional humanitario:

a. Convención de Ginebra. Ginebra, Agosto 12 de 1949. Depósito de instrumento de ratificación, Noviembre 8 de 1961.

- Acción u Omisión.

La acción está destinada a oponerse a acciones u omisiones que perturben los derechos constitucionales fundamentales. En otros términos, al efecto de hacer, ejecutar una actividad o abstenerse en su realización. Se trata propiamente de lo que conocemos como vías de hecho, que consisten en la actividad fáctica que la autoridad pública pueda adelantar y que con su ejecución amenace o vulnere un derecho.

En nuestra opinión, no debemos incluir los actos o manifestaciones de voluntad del Estado (leyes, actos administrativos o jurisdiccionales) sino la actividad que desarrolla para su cumplimiento cuando involucre de manera particular y de hecho el goce de un derecho, sin dejar de lado la consideración de que tales manifestaciones de voluntad generan medios de defensa judicial para aquellos que resulten vulnerados con estos (acción de inconstitucionalidad, nulidad, responsabilidad, los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión); distinta podrá ser la apreciación, en casos excepcionales que deberán ser determinados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- Orden de protección.

El pronunciamiento del juez consiste en una orden a la autoridad pública para que realice una determinada actividad o se abstenga de hacerlo, de tal modo que se garantice, en forma concreta, el derecho del titular de la acción. no es una decisión judicial que dirime un conflicto en el que se discute la existencia de un derecho, pues este existe por mandamiento constitucional; lo que se demanda en su garantía en razón de una amenaza o vulneración concreta. En consecuencia, la orden es de inmediato cumplimiento y la Carta establece que esta puede impugnarse ante el superior del juez.

- Revisión eventual.

Las decisiones de tutela serán enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión. La eventualidad de la revisión consiste en que esta no se realiza de manera general e indiscriminada respecto de todas las órdenes de tutela, sino dependiendo de unas condiciones que la ley o la misma Corte señalen, pudiendo incluso llegar a permitirse que quede librada a la discrecionalidad de los magistrados.

- Perjuicio Irremediable.

La acción de tutela puede interponerse, excepcionalmente, en aquellos casos en que aun existiendo medios de defensa judicial con ella se pretenda evitar un perjuicio irremediable cuando el daño no pueda ser reparado retrotrayendo las circunstancias al estado anterior de la perturbación, v. gr., la pérdida de la vida o la difusión de la información íntima de la persona. Si el daño es remediable a través del medio de defensa judicial correspondiente, no procederá la tutela.

- Término en ningún caso superior a diez días.

Se trata de un término perentorio, cuyo incumplimiento deberá causar sanciones disciplinarias, respecto del cual los jueces no podrán

alegar excusa alguna para prorrogar su decisión. En este punto vale la pena recordar que los términos de los procesos de constitucionalidad prevalente, pues se trata de las garantías sustanciales de los ciudadanos y los términos deberán cumplirse con igual rigor.

Debemos preguntarnos cuál es el efecto de la cláusula constitucional si el legislador, al reglamentar la acción, diseña un procedimiento que impide la obtención de la decisión dentro del término. Pensamos que debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad y dar plena aplicación del artículo constitucional atendiendo que este regula la materia y que los vacíos deben ser llenados por la jurisprudencia.

- Interés colectivo.

La norma constitucional al referirse a la aplicación de la acción respecto de particulares, indica que esta procede en los casos que señale la ley cuando la conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. No debe confundirse el interés colectivo con el interés general y menos aún con el interés nacional o popular; es, sin duda, una situación intermedia entre el interés general y el particular, en la que se ve afectado un número significativo de personas, que aun en tratándose de intereses particulares la circunstancia de afectarlos de manera plural la aproxima a los intereses de la comunidad, v. gr. los usuarios de un servicio

público.

4.3 INTERPRETACION SISTEMATICA

El artículo 86 debe interpretarse dentro de dos contextos básicos que nos presenta la misma Constitución: sistema de control de los derechos fundamentales (capítulo 4, título II); y sistema de control de constitucionalidad.

* Sistema de control de los derechos fundamentales

La acción de tutela es uno de los procedimientos de defensa de los derechos fundamentales consagrados en el el Título Segundo de la Constitución, que pretende realizar dichos derechos en las situaciones concretas de cada una de las personas. En consecuencia, el Capítulo Cuarto de este título establece unas acciones constitucionales particulares y unos principios generales que deben guiar la aplicación y garantía de estos derechos. Estos principios son:

- Presunción de buena fé (Art.83). En todas las actuaciones que realicen las personas deberá suponerse que actúan en ejercicio lícito de sus intereses y derechos; cualquier postura en contrario por parte de las autoridades deberá sustentarse en las pruebas correspondientes o ser objeto de las acciones penales y

disciplinarias pertinentes.

- Derechos fundamentales de aplicación inmediata (Art.85). Se trata de aquellos derechos que no requieren de algún tipo de reglamentación, legal o administrativa para su aplicación concreta.

- Competencia legislativa general para el establecimiento de acciones de defensa de derechos fundamentales (Art.89).

- Derechos humanos. (Art.93). Los derechos constitucionales fundamentales deben extenderse dentro del contexto de los tratados públicos ratificados por el Congreso.

Los anteriores principios y el artículo 50. de la Carta así como los artículos 84, 90, 91, 92 y 94, nos permiten afirmar la prevalencia de los derechos fundamentales en la Constitución; en otras palabras el lugar privilegiado de la normatividad le dá a la persona humana en franca preferencia frente a la institución estatal y todos los procedimientos establecidos para su funcionamiento. En síntesis, es una Constitución para la dignificación del hombre.

Como consecuencia de lo anterior, se atribuyen a la persona, unas acciones para el reclamo efectivo de sus derechos, que junto con la acción de tutela configura un sistema especial de control de constitucionalidad:

a.) Acción de cumplimiento efectivo de la ley o acto

administrativo. Para evitar que los derechos fundamentales su reglamentación y su concreción en situaciones particulares quede exclusivamente en el plano jurídico sin efectos fácticos, se establece esta acción en desarrollo de la supremacía constitucional.

b.) Acciones populares. Se trata de aquellas acciones en que una de las personas perteneciente al grupo de afectados, se encuentra legitimada para defender los intereses de la totalidad del grupo.

En síntesis, la acción de tutela junto con la de cumplimiento y las acciones populares constituyen el sistema de control de los derechos fundamentales, su desarrollo legal y reglamentario.

4.4 INTERPRETACION TELEOLOGICA

La Acción de Tutela persigue la realización efectiva del derecho, desbordando en mucho el ámbito de las declaraciones y reconocimientos jurídicos y facultando a los jueces para dar órdenes a las autoridades que concreten mediante vías de hecho el derecho del reclamante.

4.5 INTERPRETACION HISTORICA

Ya se vió como llegó hasta nosotros esa figura conocida como acción de tutela, tanto los motivos que la inspiraron y las diversas propuestas hasta contar con el texto del artículo 86 de la Constitución Nacional.

5. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Con base en los artículos 2 y 5 del decreto 2591 del 91, podemos hacer el siguiente análisis:

El artículo 5 del mencionado decreto manifiesta:

La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el capítulo III de este decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico.

El artículo 2o. de este decreto dice: "Derechos protegidos por la tutela.

La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales

fundamentales . Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

Comencemos por definir los derechos fundamentales:

Es necesario definir el alcance del artículo 86 de la Constitución, que dice:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública". (1)

Con el fin entonces de establecer cuando procede la acción de tutela de que trata los artículos 2 y 5 del decreto 2591 de 1991 de criterios que no son concurrentes: los criterios principales y los subsidiarios.

(1) CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, Art.86, inc.1o.

- Criterios Principales.

Los criterios principales para determinar los derechos constitucionales fundamentales son dos: la persona humana y el reconocimiento expreso. El principio contiene una base material y el segundo una formal.

* Los derechos esenciales de la persona.

El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del juez de tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana.

El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo comunidad. La razón última de la nueva Carta Política.

Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona.

Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y

su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos.

Los valores y principios materiales de la persona, reconocidos por la Constitución, están inspirados en el primer inciso del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948, que dice: "Considerando que la libertad, la injusticia y la paz en el mundo tienen por base el conocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

Y en otro considerando afirma que : " Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fé en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombre y mujeres".

Los valores y principios materiales de la dignidad, la personalidad jurídica y su libre desarrollo, así como los criterios de la esencialidad, la inherencia y la inalienabilidad, son atributos propios de la persona, reconocidos en la Constitución, así:

El Preámbulo de la Carta contiene los valores de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento.

la libertad y la paz; y en el cuerpo de la Constitución figuran además la moral social, la riqueza natural y el pluralismo expresado en la política étnica y cultural.

En los artículos 1o. y 2o. de la Constitución se establece así mismo que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; y dentro de sus fines esenciales está el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

En este sentido, con el fin de verificar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona humana, el juez de tutela debe investigar racionalmente a partir de los artículos 5o. y 94 de la Constitución, como se procede a continuación.

El artículo 5o. de la Carta establece: "El Estado reconoce, sin discriminación, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

El artículo 94 de la Constitución determina que : "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren

expresamente en ellos". Esta disposición tiene como antecedente la enmienda novena de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1971.

Ambos artículos se interpretan a la luz de la Convención Americana de los Derechos del Hombre (norma interpretativa constitucional según el artículo 93 de la Carta). En efecto la Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José de Costa Rica", fué aprobada por Colombia mediante la ley 16 de 1972, ratificado el 31 de Julio de 1973 y entró en vigencia el 18 de Julio de 1975. Ella es por tanto una norma jurídica vinculante en el derecho interno. Allí se encuentra la idea de que son los atributos de la persona lo determinante para establecer la esencialidad de un derecho, cuando en el Preámbulo se dice: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos".

Entoncés, se pregunta. Que es inalienable, inherente y esencial?.

Podría responderse que inalienable es: "que no se puede enajenar, ceder ni transferir"; inherente: "que constituye un modo de su intrínseco a este sujeto"; y esencial: "aquello por lo que un ser es

lo que es, lo permanente e inviolable de un ser".

Estos términos "inalienables" e "inherentes" deben ser entendidos así: algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial.

Ahora bien, una de las características de los derechos constitucionales fundamentales es la existencia de los deberes correlativos. En el artículo 95 de la Constitución Política se encuentran los deberes y obligaciones de toda persona. La persona humana además de derechos tiene deberes; ello es como las dos caras de una moneda, pues es impensable la existencia de un derecho sin deber frente así mismo y frente a los demás.

Concluyendo se advierte que, como definía Emmanuel Kant, en su libro Fundamento de la Metafísica de las Costumbres, ser persona es ser fin de sí mismo.

* El reconocimiento expreso del Constituyente.

La Constitución es un único caso, concretamente en el artículo 44, determinó en forma expresa unos derechos fundamentales, al referirse a los niños, así: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social".

En ningún otro artículo se encuentra tal referencia tan precisa y por lo mismo no ofrece dificultades en su interpretación.

Este derecho ha sido desarrollado por distintos pactos internacionales entre los cuales se destacan: La Declaración de los niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de Diciembre de 1959, La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada por la ley 12 de 1991; y los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales; de derechos civiles y políticos; los convenios de O.I.T números 52, 29, 62; los Convenios de Ginebra números 1 y 2; y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

- Criterios Auxiliares.

Si bien los criterios principales son suficientes y vinculantes para efectos de definir los derechos constitucionales fundamentales, se reseñan a continuación algunos criterios auxiliares cuyo fin primordial es servir de apoyo a la labor de interpretación del juez de tutela, pero que por sí solo no bastan.

a. Los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El artículo 93 de la Carta es el único criterio interpretativo con

rango constitucional expreso. Dicho artículo dice: "Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Así se reitera en el art. 4o. del Decreto 2591 de 1991.

En este sentido considera Bobbio que: "el fundamento de los derechos humanos, a pesar de la crisis de los fundamentos, está, en cierto modo resuelto, con la proclamación de común acuerdo de una Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Se trata de un fundamento histórico y como tal, no absoluto; pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente".

b. Los derechos de aplicación inmediata.

Nos ocupa ahora el estudio de los derechos establecidos en el artículo 85 de la Constitución.

Este artículo enumera los derechos que no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata.

En realidad la especificidad de estos derechos es un fenómeno de tiempo: el hombre llega a ellos de manera directa, sin necesidad de

la mediación de un desarrollo legislativo. Es pues un criterio residual para los efectos que nos ocupan.

Para que el art. 85 de la Constitución no sea inocuo debe leerse como una norma que no condiciona a la mediatización de una ley, la aplicación de los derechos allí enumerados.

c. Derechos que poseen un plus para su modificación.

El art. 377 de la Constitución es una guía para el juez de tutela; en él se establece que unos derechos poseen más fuerza que otros, otorgándoles un plus, cuando dice: "Deberían someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran éstas a los derechos reconocidos en el Capítulo 10., Título II y sus garantías....., si así lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral...".

Este capítulo de derechos tiene una "supergarantía" que le permite condicionar eventualmente su reforma, lo que hace pensar en la naturaleza especial de tales derechos, siguiendo en esto la orientación de la Constitución Española de 1978 en su art. 168 (a su vez inspirado en el art.79-3 de la ley fundamental de Boon de 1949.

d. Los derechos fundamentales por su ubicación y denominación.

Otro criterio auxiliar de interpretación es la ubicación y denominación del texto para determinar su significado. Es lo que se denomina por la doctrina, para efectos de la interpretación sistemática, los argumentos "sede materiae" y "a rúbrica".

El significado de la norma se puede determinar por su ubicación (sede materiae) y/o por su título (a rúbrica).

La Constitución está organizada en títulos y capítulos que agrupan temas afines y permiten su estudio.

Ahora bien. Que efectos jurídicos tienen los títulos y capítulos en que se divide y denomina la Constitución Política de Colombia?.

Ante esta pregunta hay dos posibles respuestas. Primera, la que considera que se trata de un criterio principal para la determinación de los derechos constitucionales fundamentales, y la segunda, que acoge los criterios de ubicación y denominación pero solo les otorga un valor indicativo para el interprete.

Esta sala de revisión de la Corte Constitucional, para resolver este punto, procede a consultar la voluntad del constituyente a través del método subjetivo. Para ello se acude al Reglamento de la

Asamblea Nacional Constituyente que preveía un procedimiento para adoptar normas jurídicas (art. 40 y 63) otro trámite distinto para la codificación de dichas normas. (39, 43 y 44).

Fue pues voluntad del constituyente de 1991 conferir un efecto indicativo a la ubicación y titulación de las normas constitucionales y en consecuencia ello es una información subsidiaria dirigida al intérprete.

Como se podrá observar, el Constituyente no determinó en forma taxativa cuales eran los derechos constitucionales fundamentales, a diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como es el caso de la Constitución Española de 1978, arts. 14 al 29 y 30-2, y de la Constitución Alemana, arts. 2 al 17 de conformidad con el apartado 3 del art. 10.

En otros países, como por ejemplo en la Constitución de Guatemala de 1985, en el art. 20, relativo a las disposiciones transitorias, se establece que los epígrafes que proceden a los artículos de la Constitución no tienen validez interpretativa y no pueden ser citados con respecto al contenido y alcance de las normas constitucionales.

Ahora bien, al no existir una definición constitucional clara en materia de derechos fundamentales, el legislador en el art. 20. del

Decreto 2591 de 1991 dispuso:

"La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente en la Constitución fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte le dará prelación en la revisión de esta decisión".

El legislador, en relación con el art. 2o. del Decreto 2591 de 1991, se fundamentó en lo establecido por el art. 241 numeral 9o. de la Constitución, que obliga, como una de las funciones de la Corte Constitucional, revisar en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, sin definir los derechos objeto de la acción de tutela.

Problema grande de nuestro tiempo respecto a los derechos fundamentales no es el de su justificación sino el de su protección. No se trata de saber cuántos y cuáles son estos derechos, cual es su naturaleza y fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cual es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que apesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.

Labor del juez de tutela en la búsqueda de los derechos

constitucionales fundamentales.

El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una "especial labor de búsqueda", científica y razonada por parte del juez.

El juez está frente a lo que la doctrina denomina un "concepto jurídico indeterminado"; los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser o no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo modo y lugar.

Para el profesor García de Enterría, inductor de la noción "concepto jurídico indeterminado", la "valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho, si no se ha producido y como se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, por que no puede quedar al arbitrio de la Administración, discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así".

Esta indeterminación sin embargo no le permite al juez actuar total

y absolutamente libre. la interpretación del caso particular se mueve dentro de parámetros establecidos por la propia Constitución.

El juez debe buscar, como lo dice el art. 20. del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza del derecho fundamental que permita su tutela. Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el juez descubre si está frente a un derecho fundamental.

La labor que realiza el juez de tutela es la de verificaciúón, el no crea el derecho fundamental, lo desentraña y lo verifica. Esta "teoría de la verificación" también es desarrollada por Dworkin sobre la figura del juez modelo, capaz de encontrar racionalmente la solución justa. "El juez no tiene una función creadora, sino garantizadora de los derechos".

De conformidad con los criterios expuestos se concluye que cobra gran importancia la labor de la interpretación del juez, al asumir un serio compromiso impuesto por la filosofía que orienta la nueva Constitución, pues solamente mediante el análisis crítico y razonable se puede encontrar los parametros justos en la comparación entre los hechos expuestos y la norma constitucional.

Es condición para la procedencia de la acción de tutela, que los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados.

El art. 5o. contribuye a precisar mejor cuando establece su procedencia cuando se haya violado, viole o amenace violar un derecho fundamental.

Por vulneración se entiende la transgresión, el quebrantamiento o violación de una ley o precepto, en este caso el precepto constitucional. También el verbo violar y el verbo vulnerar, son sinónimos de infringir.

Se preveen tres hipótesis muy claramente diferenciables: en el primer evento la violación ya ocurrió, el quebrantamiento ya se produjo, de tal, manera que el actor tiene como fundamento de la acción de tutela el hecho del pasado.

En la segunda hipótesis, la violación del derecho fundamental está ocurriendo en el momento en que el reclamante actúa.

En la tercera hipótesis, no ha existido una violación como un hecho del pasado, ni hay una violación como un hecho actual. Pero existe una amenaza de violación. Esto se debe entender de la siguiente manera: en primer lugar no es procedente la acción de tutela frente a amenazas o peligros abstractos. El concepto de amenaza debe ser entendido en sentido muy estricto y limitado.(2)

(2). DECRETO 2591, Art. 2o.,1991

En sentido lato se entiende por amenaza el anuncio de un mal que se causará en el futuro. También se entiende como una situación en la cual existen hechos indicantes de un mal futuro.

Para efectos de la acción de tutela es preciso que se esté frente a la amenaza como una situación objetivamente comprobable, verificable por ser externa, conocible por el juez que permita inferir razonablemente que es inminente la violación concreta, directa y personal de un derecho fundamental. No obsta con la posibilidad de la futura violación del precepto constitucional con daño para el reclamante; porque la oportunidad siempre será predicable. Es necesario que exista la posibilidad de la violación y esta probabilidad debe ser próxima, no remota, por lo mismo debe ser violación inminente.

Es preciso tener en cuenta que si la violación es un hecho pasado, los efectos deben ser actuales y persistente al momento de la reclamación porque si el daño es consumado, se estaría en presencia de una causal de improcedencia de la acción de tutela conforme lo establece el numeral 4 del art. 60. del decreto.

La violación puede provenir de una acción o de una omisión. No es dudoso que los funcionarios y los particulares están frente a deberes que el derecho les impone y que pueden ser de hacer o de abstenerse. Si el derecho, en este caso la Constitución les impone

el deber de hacer, abstenerse es quebrantar el precepto y si lo que se les impone es un deber, abstenerse igualmente es una violación del mandato. En ambos casos se impone la Constitución.

Es tan comprensiva la tutela, que ni siquiera está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito. Así lo prevee el art. 5o. del decreto.

No hay pretexto para enervar la acción de tutela con los argumentos bizantinos de que el funcionario o el particular no ha realizado una acción en sentido naturalístico, porque este artículo que se comenta ha comprendido tanto la acción como la omisión. Es decir, ha tomado el concepto de acción en sentido jurídico. Tampoco se puede enervar con el sofisticado argumento de que el funcionario aún no se ha pronunciado por escrito, porque expresamente se dijo en el art. 5o. que no es éste, motivo para negar su procedencia.

Trece según el caso son las personas contra quien se dirige:

. Contra la autoridad pública que presunta o realmente encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.

. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

. Cuando contra quien se hubiese hecho la solicitud viole o amenace violar el art. 17 de la Constitución.

. Cuando la entidad privada sea contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio de habeas data, de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Constitución.

. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la ratificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

. Cuando el particular actuó o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión

respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que presente la tutela.

- Finalmente contra aquellos actos que enuncia el art. 40. Competencia Especial.

Cuando las sentencias y las demás providencias que pongan fin a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Cuando dichas providencias emanen de magistrados, conocerá el magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le siga en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.

PARAGRAFO PRIMERO: La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive, se hubieren agotado todos los

recursos en la vida judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente.

Quien hubiere interpuesto un recurso o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. también podrá hacerla quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

PARAGRAFO SEGUNDO: El ejercicio temerario de la acción de tutela contra sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

PARAGRAFO TERCERO: La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.

6. ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS

El art. 67 del proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia, enviado por el gobierno a la Asamblea Nacional Constituyente, previó que "cualquier persona podrá solicitar en todo momento y lugar, por sí misma o por quien la represente, ante una autoridad judicial el amparo de sus derechos constitucionales directamente aplicables cuando sean violados o amenazados por actos, hechos u omisiones de cualquier autoridad pública".

En su exposición de motivos, señalaba que "el derecho de amparo procedería contra actos, hechos u omisiones de la autoridad pública. Cualquier ley, decreto, ordenanza, resolución, decisión judicial, salvo los fallos de la Corte Constitucional, así como las órdenes o medidas tomadas por cualquier autoridad pública, podría dar lugar a la violación de un derecho y, por consiguiente, a la interpretación del derecho de amparo...".

El art. 86 de la Nueva Constitución, tal como quedó aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, dispone que "toda persona tendrá

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

Obviamente, se entiende por "autoridad pública" no sólo la administrativa, sino también la judicial, para los efectos de la acción de tutela, por cuanto que para los actos del poder legislativo, o sea del Congreso, corresponde la acción pública de inconstitucionalidad contra leyes.

¿De dónde concluye la Corte Suprema de Justicia que el art. 86 sustrae al poder judicial del concepto de "autoridad pública? En un Estado de Derecho la interpretación constitucional es en favor de los derechos y libertades fundamentales, no de los órganos estatales.

El Gobierno, en su proyecto de decreto reglamentario de la acción de tutela presentado a la Comisión Especial Legislativa, incluyó en su art. 38, la competencia especial: "Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, amenacen o vulneren un derecho fundamental será competente para conocer de la acción de tutela, el superior jerárquico

correspondiente".

Los comisionados Jesús Pérez González-Rubio y Alfredo Silva Valdivieso, en su "ponencia sobre acción de tutela", en cuanto a la acción de tutela contra sentencia y demás actuaciones judiciales, conceptuaron que "si se tiene en cuenta que en Colombia el sistema jurisdiccional cuenta con recursos como la apelación, la revisión y la casación, es claro que la acción de tutela no tiene razón de proceder frente a dichas actuaciones". Agregaron: "sin embargo, puede darse el caso de la vulneración del derecho al debido proceso y de la prevalencia del derecho sustancial, por una sentencia contra la cual no esté previsto ningún medio judicial de impugnación: de ahí que sólo en este evento deba proceder la tutela contra las sentencias del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia o de los Tribunales".

Ellos proponían que la acción de tutela (art. 50) procedería: "3. Contra las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, cuando se vulnere el principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el art. 228 de la Constitución Nacional", y "4. Por la misma causal, contra las sentencias de los tribunales judiciales cuando contra ellas no proceda el recurso de casación, y contra las providencias de los tribunales contencioso-administrativos, cuando conocen en única instancia de un negocio. PARAGRAFO: Esta acción sólo procederá cuando el afectado no

disponga de otro medio de defensa judicial".

Finalmente, en la sesión de la Comisión Especial Legislativa del 5 de Noviembre de 1991 se impuso el art. 39 del proyecto final del Gobierno, convertido en el art. 40 del decreto-ley reglamentario. El proyecto original del régimen extendía la acción de amparo contra todas "las sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso", siempre que las mismas "amenacen o vulneren un derecho fundamental", y sería competente para conocer de la acción de tutela "el superior jerárquico correspondiente". El proyecto final limitó las sentencias a las proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Tal limitación no tiene mucho sentido. Obviamente, se supone que en los procesos de doble instancia, en materia penal, civil, laboral y administrativa, la sentencia puede llegar, por apelación a una instancia superior, pero no ante los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Entonces, se han establecido dos tipos de sentencias para los efectos de la tutela, lo cual constituye una peligrosa discriminación en materia de administración de justicia, tal como sucede en los procesos de única instancia por razón de la cuantía: la única instancia para los pobres, con violación del art. 13 de la Constitución Nacional, y la doble instancia para los ricos. Las sentencias de jueces civiles o penales municipales, o mixtos, y las de los jueces de circuito quedan sin tutela, salvo las de los jueces

del circuito (penales o civiles) que pueden llegar por apelación a los tribunales, lo mismo que, hasta ahora, los procesos de los jueces de instrucción criminal.

¿Puede una sentencia que llegue por apelación a un tribunal ser objeto de tutela? En principio no hay nada que lo impida, al tenor de lo previsto en el art. 40 del decreto-ley: "...las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan fin a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado", no importa que se trate de providencias por la vía de la apelación o de cualquier otro recurso, con tal de que provengan de esas instancias.

Por lo demás, la acción de tutela contra tales providencias sólo procede: a). Cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de las mismas, por deducirse de manera manifiesta y directa (de bulto, prima fácil, y b). Cuando no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Pero si el derecho invocado es el debido proceso, entonces la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso precedente.

6.1. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA SENTENCIAS

En los términos del art. 40 del decreto-ley, cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso,

proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Sin embargo, cuando las mencionadas providencias emanen de magistrados (ponentes o sustanciadores), conocerá el magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección. Y, si se trata de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación también podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación. El fallo de la sala plena (tribunal, Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado) es revisable por la Corte Constitucional, sea que el fallo haya sido impugnado o no de conformidad con el art. 31 del decreto-ley reglamentario.

Son requisitos de la acción de tutela, además de que se trate de providencias judiciales que pongan término a un proceso, y que hayan sido proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado:

Por último, el ejercicio temerario de la acción de tutela contra sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará

traslado a la autoridad correspondiente.

6.2 JURISPRUDENCIA

NO PROCEDE CONTRA SENTENCIAS EJECUTORIADAS

- Magistrado Ponente: PEDRO LAFONT PIANETTA

Santafé de Bogotá, D.C. Diciembre Nueve de 1991

Provee la Corte en relación con la Acción de Tutela incoada por JULIAN PELAEZ CANO y LUIS FELIPE ARIAS CASTAÑO, en memorial visible a Folios 59 a 62 de este cuaderno.

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Julián Peláez Cano y Luis Felipe Arias Castaño en memorial que obra a folio 59 a 62 de este cuaderno, por ellos presentado el 13 de Noviembre de 1991 para reconocer sus firmas ante el notario noveno del Circuito de Medellín para que se imparta orden " al señor Juez trece superior de Medellín" para "no cumplir con inconstitucional el fallo contenido en la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la causa contra Julián Cano y Luis Felipe Arias Castaño, de Agosto de 1991, por supuestos delitos de falsedad y estafa, hasta la decisión de la Corte Constitucional en esta acción de tutela que suscitamos, para

evitar los graves e injustos perjuicios que la ejecución de tal fallo inconstitucional causaría y, resuelto esto, pasar la actuación ante la Honorable Corte Constitucional, previa la autenticación de la fotocopia que anexamos- dicen los peticionarios del fallo de la Honorable Corte de Casación penal por medio del cuál no se accedió a decretar la casación de esta sentencia inhumana, injusta e inconstitucional" .

Aducen los peticionarios en el preferido memorial que con la sentencia cuyo cumplimiento persiguen suspender, se reconocen respecto a ellos los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14, 21, 28, inciso 20 y 29 de la Constitución Nacional, por cuanto en el proceso en mención se les impone pena privativa de la libertad por el incumplimiento de "simples obligaciones civiles... Pues varios de los cargos se refieren a mutuos celebrados" por ellos con varias personas, y a lo largo de la actuación procesal " que fué de siete(7) o más años, se desconoció a los suscritos sindicados todo derecho de pedir pruebas, de desconocer dictámenes periciales practicados secretamente, de provocar incidentes de cualquier naturaleza, de conocer los autos del proceso para saber en que prueba se fundamentaban las acusaciones" (folio 59 y 60). Agregan además que para "la acusación se usaron varios documentos falsificados" (folio 60), sin que la tacha de falsedad fuese tenida en cuenta, pretextando que se trataba de algo "dilatorio e improcedente". (folio 60).

- Finalmente, expresan los peticionarios que interpuesto por ellos el recurso extraordinario de Casación contra la sentencia del tribunal dictada en este proceso, se consumó el atropello a sus derechos fundamentales.

- Recibido que fué el memorial que aluden los numerales precedentes, el señor Presidente de la sala de casación penal de esta corporación dispuso, en auto de diecisiete de Noviembre de 1991 (folio 63), dar traslado de la petición la acción de tutela aludida a la Presidencia de la sala de casación, desición a la cual se dio cumplimiento por la secretaria de la sala de casación penal, con oficio 1276 de 28 de Noviembre de 1991, recibido en la secretaria de la sala de casación civil el mismo día y que, repartida el 3 de Diciembre del año en curso fué puesta a disposición de este despacho el 4 de Diciembre de 1991.

- Así las cosas, procede ahora la corte a decidir oportunamente lo que fuere pertinente.

II. CONSIDERACIONES

- Previamente precisa la sala que, conforme a los mencionados antecedentes en el citado escrito se promueve una acción de tutela donde los accionistas se duelen tanto de la sentencia de la sala de casación penal de la corte suprema de justicia de NO CASO el fallo de la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Medellin citado, así como de último (confirmatorio del condenatorio del juez de primera instancia), pidiendo su "no cumplimiento a la decisión de la Corte Constitucional". Para lo cual los endilgan de inconstitucional en cuanto les violen algunos de sus derechos fundamentales constitucionales.

. Luego, atendiendo a las características de esta opción que imponen la interpretación adecuada correspondiente, entiende la sala que en dicho memorial se reclama la tutela con relación a las dos sentencias mencionadas, y además, con el mecanismo transitorio de ellas.

. Sin embargo, como quiera que la acción de tutela del artículo 86 de la constitución es un instrumento de las personas para reclamar del Estado, preferente y sumariamente, "la protección inmediata de sus derechos Constitucionales fundamentales... vulnerados o amenazados... , resulta pertinente determinar, conforme al Estado de derecho que organiza dicha carta política las ramas y órganos a quienes se les atribuye dicha función titular, ya que éstas no pueden tenerse ni ejercerse sino dentro de sus precisos límites (Artículo 113 y 116 de la C N) .

- Ahora bien, como la función de administrar Justicia que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como órgano de la Rama Judicial (Artículo 116 C N), debe ejercerse dentro de estrictos

limites constitucionales y legales, la sala de Casación Civil de esta corporación advierte que la referida función, desde hace mucho tiempo, sólo puede tenerse y ejercitarse de manera separada entre las salas.

. Cuando la atribución de competencia en la Carta de 1886 no correspondía "a los Magistrados individualmente, sino a la corporación entera", fué modificada inicialmente por el Artículo 35 del Acto Legislativo No. 3 de 1910 (que dispuso que, " ... la ley dividirá en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que debe intervenir toda la Corte"), y posteriormente por el acto Legislativo No. 1 de 1924 (que prescribió que ," ... la ley dividirá la Corte en salas, una de las cuales será para la Casación en asuntos criminales y otra de negocios generales; señalará cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir toda la Corte"), y finalmente por el Artículo 48 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, correspondiente al Artículo No. 147 de la anterior codificación (Que disponía: " la Corte Suprema de Justicia se compondrá del número de Magistrados que determine la ley. La misma ley dividirá la corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que debe conocer separadamente, y determinará aquellos en que debe intervenir toda la Corte"), tuvo por objeto primordial establecer como límite constitucional, imperativo para la ley y para la Corte, la titularidad y el ejercicio de funciones separadas principio que en la actualidad se encuentra reiterado y

perfeccionado por las exigencias Constitucionales sobre su autonomía funcional, jerarquía máxima Jurisdiccional ordinaria, separación de conocimientos de asuntos y Tribunal de Casación (Artículos 234 y 235, numeral 1 C N).

. Pues, entiende esta sala que los mencionados preceptos Constitucionales organizan (Se repite, Constitucionalmente) la atribución y ejercicio de la función Jurisdiccional que le corresponde a la corte, mediante salas, unas parciales o especializadas, y otras en Pleno bajo el principio de la separación, esto es, de la diversidad igualitaria.

* Cuando la Carta, de un lado, ordena que son unos " los asuntos que deban conocer separadamente" cada una de las salas especializadas, y del otro, preceptúa que son otros " aquellos en que debe intervenir la Corte en Pleno", está sin lugar a dudas señalando el límite exacto que la ley deba tener en cuenta para la conformación de la sala, esto es, de " competencia separada", lo cual se configura con la atribución del conocimiento de asuntos distintos o diversos, desde luego, deben desarrollarse autónomamente, lo que significa con decisión propia y no dependiente de otra sala.

- Pero cuando la Carta Política de 1991, en desarrollo del principio jerárquico y funcional de la rama Judicial (Artículo 116 C N) dispone que la corte Suprema de Justicia sea "el Máximo

tribunal de la jurisdicción ordinaria" (Artículo 234 C N) y que actúe entre otras cosas, como Tribunal de Casación (Artículo 235 numeral 1 C N), señala con absoluta claridad, que las funciones jurisdiccionales que se les atribuye, y ejerce separadamente cada una de las salas especializadas y la sala en Pleno, tienen igualmente el carácter máximo, por lo tanto, al ser iguales o pares en esta consideración, se concluye en la inexistencia al interior de la Corte, del principio de superioridad jerárquica. Razón por lo cual, en la titularidad y ejercicio de sus funciones una sala especializada no es superior jerárquico de otra, ni la sala plena tampoco lo es, en su propia y autónoma competencia, superior de aquella.

De lo anterior se concluye en la imposibilidad constitucional de que unas salas pueden recibir el poder para conocer posteriormente lo que precedentemente se ha conocido por otra, lo que, además de violar la separación mencionada le quitaría el carácter máximo a esta última para volverla dependiente y subordinada de aquella.

Luego, no hay superioridad jerárquica entre las salas, ni tampoco éstas, en su función jurisdiccional tiene organismo externo superior, porque la Corte Suprema de Justicia a través de sus salas, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional son organismos autónomos y máximos en sus respectivas Jurisdicciones, cuyo ejercicio es separado y, en caso de conflicto, solucionado por el

Consejo Superior de la Judicatura (Artículo 228, 234, 236, 239 de la C N) pero sin superioridad, ni interferencia recíproca .

* Siendo lo expuesto la forma como la Corte se le atribuye y debe ejercer su función Jurisdiccional no puede menos que entenderse que a ellos debe sujetarse la distribución de las competencias que la ley haga entre " los Jueces" para el conocimiento de las acciones de Tutela y entre " los Jueces competentes" pertinentes para el conocimiento de las impugnaciones (Artículo 86 CN).

Luego en la atribución de competencia para acciones y fallos de Tutela, la Corte Suprema de Justicia no puede menos que asimilarlas de la siguiente manera: externamente, como superior jerárquico de los Tribunales que así mismo tenga para conocer de dichos asuntos. E internamente, sin poder superior jerárquico de alguna sala respecto a otra. De allí que si bien que esta Corporación, por medio de sus salas especializadas es (sin perjuicio de lo que corresponda separadamente a la corte constitucional) el " máximo Tribunal" para las decisiones de fondo de las tutelas que sean procedentes, no es menos que una sala especializada carezca, conforme a los mandatos constitucionales, de competencia para conocer de las acciones de tutela impetradas respecto de decisiones judiciales proferidas por otra sala especializada. Porque en este caso de una parte, se quebranta la separación exclusiva de la materia de cada sala, pues el objeto propio respecto del cual se

predica la reclamación de Tutela (frente una acción amenazante o vulneradora de un derecho constitucional fundamental) es precisamente una desición de una sala diferente que a ella sola compete; y, de la otra, se quebranta el principio de igualdad entre las salas pues si existiera la posibilidad (en caso de prosperidad de la Tutela) de que una sala especializada ordenara a a la otra (respecto de quien se solicita protección Tutelar) que " actúe o se abstenga de hacerlo" (como lo indica el artículo 86, inciso 2 de la C N) , estaría señalándole derroteros para la decisión, haciendo a esta última sala dependiente o inferior a la primera, en abierta contradicción con la igualdad máxima entre las salas de la Corte Suprema de Justicia prescrita por la constitución y su sometimiento directo a ésta y la ley (Artículo 230) más bien, aquella orden judicial tutelar guarda plena armonía cuando dentro de la organización de la Rama Judicial se desarrolle el principio jerárquico, orgánico y funcional.

Además, la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal máximo también carece de Superior jerárquico externo, en el sentido orgánico y funcional mencionado, sin perjuicio de las separadas y eventuales revisiones de la Corte Constitucional que establezca la ley (Artículo 86, Inciso 2 241, numeral 9 de la C N).

- Por lo tanto esta sala de casación civil, órgano diferente de aquel que profirió la providencia respecto de cuyo acto se solicita

tutela (sala de casación penal), advierte clara contradicción e incompatibilidad entre los preceptos constitucionales mencionados, y lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 40 del decreto Legislativo especial No. 2591 del 19 de Noviembre de 1991 (reglamento de la acción de tutela), puesto que, en lo que atañe a la Corte de Suprema de Justicia, atribuye intersalas competencia tutelar judicial, en los siguientes términos:

"Tratándose de sentencias emenadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma Corporación".

- Ahora bien, en casos como el sub-examine no puede el órgano o funcionario judicial desatender semejante incompatibilidad, de una parte porque la Constitución al no permitirle tener y ejercer ese tipo de competencia, mal puede con fundamento en ella desplegar la función judicial que se le ha confiado; y porque del otro, se abriría paso a una tutela sin respaldo Constitucional. Pues admitir que sobretexto de establecer una eventual protección a derechos fundamentales constitucionales amenazados o vulnerados, pueda un órgano cualquiera, aun incompetente, entrar a su análisis y estudio de fondo, no sólo quebrantaría las garantías constitucionales de la competencia debida en todo proceso y el principio de la institucionalización de la organización de la jurisdicción

(artículos 29 y concordantes antes citados, sino que también (desatendiendo el estado de derecho) estimularía y provocaría la justicia tutelar por órgano de Facto (artículo 22 C.N).

Ello, en acatamiento a los mencionados preceptos constitucionales, impide a una sala especializada y a cualquier órgano externo (pues no hay superior) conocer de las acciones de tutela apoyadas en el inciso 1 del artículo 86 de la CN, respecto de decisiones judiciales proferidas por otra sala de la misma corte, sin que pueda esta corporación adoptar, mutu propio, los mecanismos constitucionales adecuados que le permita conceder dicha protección.

. En el anterior orden de ideas, esta sala no puede menos que advertir la incompatibilidad entre la constitución y el Decreto Ley mencionado, lo cual la autoriza inaplicar esta última y, a su turno, dar cumplimiento al deber de aplicar las normas constitucionales mencionadas (artículo 4, inciso 1, CN), en virtud de las cuales no se permite tener y ejercer responsablemente (artículo 6) la referida competencia para el conocimiento de la acción de tutela de la que dan cuenta los antecedentes.

Lo anterior, es suficiente para no dar trámite a la mencionada solicitud de tutela respecto del folio de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Con todo, de entenderse que el memorial aludido también contempla una solicitud de tutela contra el fallo del tribunal, y una de carácter transitorio "hasta la decisión de la Corte Constitucional", la sala de casación civil tampoco encuentra procedente dicha acción.

. En efecto, cuando el artículo 86 de la C.N estatuye la acción de tutela como una institución especial, de un lado, la caracteriza, entre otras, por su naturaleza judicial (en virtud de su estructura de "acción" ante los "jueces" para la obtención de "una orden"), su objeto protector "inmediato" o cautelar (en razón de su función policiva o de amparo o de interdicción, sin que implique juzgamiento del derecho en sí mismo controvertido, ni constituya una tercera instancia o revisión adicional, ni medida sustitutiva o adicional de las demás), su causa típica (por cercenamiento o amenaza de derechos fundamentales constitucionales) y su "procedimiento" especial ("preferente y sumario" dentro del "debido proceso").

Pero, del otro, le atribuye su carácter subsidiario y eventualmente accesorio, cuando en el inciso 3 del artículo 86 expresa que "esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

* En efecto en la primera parte de la disposición transcrita aparece

claramente como condición de procedibilidad además del interés (por encontrarse el sujeto afectado), la de que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial". Lo que indica que no es, como lo diría aisladamente el inciso 1, cualquier "acción u omisión de cualquier autoridad pública", sino aquella, en armonía con el inciso tercero, en que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial".

Ahora bien, esta condición, en un sano y razonable sentido significa que la constitución y la ley no le hayan consagrado expresamente a la acción u omisión infractora, cualquier otro medio para su defensa en el proceso (como ser oído, promover incidentes, formular excepciones, interponer recursos, etc) y que, por lo tanto, no haya podido disponer de ellos. Este sentido guarda plena armonía con el carácter excepcional expuesto anteriormente y reiterado en dicho inciso (la expresión "solo" así lo deja ver), con su carácter de garantía de defensa judicial supletoria a la defensa judicial común y ordinariamente consagrada en el artículo 89 de la C.N), así como con su posibilidad de ejercerse en "todo momento".

Pero ello no ocurre cuando habiéndose tenido, también se han agotado algunos de estos medios de defensa judicial, o teniéndose algunos de ellos, se encuentran pendientes, porque resulta entonces improcedente aquella tutela constitucional, ya que, en el primer caso, se ha tenido dispuesto y gozado de la protección ordinaria

para defensa del respectivo derecho de defensa que ha concluido en una sentencia o decisión que ha decidido definitivamente sobre los derechos, aún los constitucionales fundamentales, sin que dicha decisión (como se verá más adelante), pueda ser objeto de tutela posterior, pues se trataría entonces de una garantía adicional y no subsidiaria, de una instancia adicional y no una actuación sumaria, de un medio de impugnación definitivo y no una medida cautelar, todo lo cual resulta contrario a las anteriores características.

Y en el segundo caso, también sería improcedente la tutela porque aún se tienen pendientes medios de defensa, sin que pueda alegarse, por contrariar las anteriores características, que aquella sustituye, reemplaza o acelera o deja pendiente la última.

Y lo anterior no podía ser de otra manera, porque es dicha preceptiva, conforme lo indican claramente sus antecedentes guarda perfecta armonía con el principio universal, no escrito (pero respaldado no solo con los principios universales del derecho, sino también con el artículo 94 de la C.N), de la cosa juzgada en los fallos judiciales, unido a los principios constitucionales expresos de las instancias máximas en número dos (artículo 31), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (artículo 95, numerales 6 y 7) y del sometimiento de los jueces "solo" el imperio de la ley (artículo 230 de la C.N).

* No obstante lo anterior, el inciso 3 antes mencionado señala la posibilidad de una acción de tutela cuando exista defensa judicial, porque es la excepción que trae (cuando dice "salvo que") después de señalar la procedencia general (condicionada a que "no se disponga de otro medio de defensa judicial"). Lo que quiere decir que dicha acción también resulta procedente, cuando de conformidad con la ley, se dispone de otro medio de defensa judicial, ella "se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Sólo en este evento la acción de tutela es adicional y concurrente con el medio de defensa judicial que se tenga.

Pero si la acción respecto de la cual se reclama protección tutelar transitoria fuera una sentencia o providencia que pone fin al proceso, aún no ejecutoriada, que también tuviera medio legal de defensa judicial, debería tenerse en cuenta que, por su carácter transitorio y cautelar (que es el de "evitar") y su objeto central (obtener la definición del derecho) dicha acción de tutela solo y forzosamente tendría que ser accesoria al medio de defensa que se tenga y ejercerse conjuntamente ante el mismo órgano, todo a fin de que éste cautelarmente pudiera decidir sobre la tutela solicitada mientras se adopta la decisión final sobre la defensa principal alegada.

Luego, esta acción de tutela no podría ejercerse sin aquel medio de

defensa. Además, sólo podría emplearse como mecanismo transitorio, esto es, como medio provisional y no definitivo; y sólo podría ejercerse para evitar un perjuicio irremediable, es decir, para prevenir el perjuicio futuro proveniente de una decisión judicial manifiestamente arbitraria que también se habría impugnado, y no para remediar o revisar supuestos perjuicios ya consumados.

Luego, constitucionalmente se trataría de una tutela de ejercicio forzoso conjunto con el medio de defensa judicial ordinario o extraordinario que se tenga, aunque de carácter provisional y cautelar. Todo lo excluye, de una parte, el carácter autónomo de su existencia e independencia de su ejercicio (previa o separadamente de la acción que se tenga), como está consagrado para la jurisdicción ordinaria en el inciso 1 del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991; y de la otra, también impide que, después de agotados dichos medios defensivos, y habiendo concluido en sentencia definitiva, pueda ejercerse dicha tutela, que, como se dijo, por sus caracteres no podría alterar aquella providencia.

Luego cuando el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 incluye dentro de su contenido, como susceptibles de objeto posible de reclamación de tutela "las sentencias y demás providencias que pongan término al proceso" (inciso 1), incluyendo las que "hubiesen agotados todos los recursos en la vía judicial" (inciso 1 del párrafo primero del citado artículo 40), y el artículo 11 que

autoriza la tutela de sentencias o providencias que le ponen fin al proceso que ejecutoriadas, se infringe el mandato constitucional de la no tutelabilidad de dichos actos judiciales excluidos en el artículo 86 de la C.N. Y cuando el artículo 8, inciso 1, permite el ejercicio de la acción de tutela con independencia del ejercicio del medio de defensa, también resulta incompatible con aquel precepto constitucional.

* Ahora bien, frente a esta incompatibilidad tampoco puede el órgano o funcionario judicial entender incluida esa posibilidad de tutela en el citado precepto, cuando realmente no lo está, ni admitir su adición por la vía legal, porque siendo una acción constitucional, debe corresponder a la Carta Política a su total consagración.

Pero la sustracción constitucional de las sentencias ejecutoriadas del control de tutela, en el sentido antes mencionado, en vez de negar defensas, supone, por el contrario haberlas tenido y gozado de ellas (incluyendo, los recursos extraordinarios y otras defensas), y garantizar, con sus efectos vinculantes, la seguridad jurídica y la convivencia de los ciudadanos. Además con esta ausencia de tutela de los fallos ejecutoriados, no se desamparan los derechos constitucionales fundamentales, porque ellos quedan bajo la protección judicial ordinaria antes y después de la conclusión del proceso, tal como lo establece la constitución (artículo 89 CN).

* De allí que en dicho evento deban inaplicarse los mencionados preceptos legales para, a su turno, darle la aplicación al artículo 86 citado, que, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, no consagra la tutela para las sentencias ejecutoriadas, sean irrecurribles o tengan los recursos ya agotados, razón por la cual no habiendo acción de tutela, ninguna de las salas especializadas de la Corte, ni aún la Sala de Casación Penal (como superior funcional), tendrían competencia para conocer de la correspondiente solicitud. Ni tampoco consagra acción de tutela transitoria para sentencias definitivas. Por lo que, ello sería suficiente para abstenerse de admitir también esta última.

- Finalmente, siendo así las cosas, la sala se abstiene de exigir la manifestación bajo juramento del artículo 37 del Decreto citado, por contrariar la economía procesal y la celeridad de la decisión correspondiente. Ahora bien, estima la sala procedente entrar a proveer negativamente, porque la mencionada incompatibilidad tiene, como se dijo, incidencia incuestionable en la competencia y la existencia de la acción de tutela, como presupuesto para el conocimiento y decisión de la solicitud impugnada.

IV DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de

Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Denegar las solicitudes de Tutela formuladas por JULIAN PELAEZ CANO y LUIS ARIAS CASTAÑO con relación a la sentencia de la Sala de Casación Penal, el fallo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín y su protección transitoria, que dan cuenta los antecedentes, por las razones allí expuestas.

Cópiese y Notifíquese oportunamente por telegrama en la dirección indicada por los interesados (artículo 30 Decreto 2591 de 1991).

7. ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES

El gobierno, en su proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia, presentado a la Asamblea Nacional Constituyente, incluyó el amparo contra particulares en su art. 67: "5. El derecho de amparo se extenderá frente a actos, hechos u omisiones de organizaciones privadas, con las cuales el individuo tenga relación de inferioridad jerárquica o subordinación. La ley podrá regularlo respecto de poderes privados organizados, cuya actividad pueda afectar gravemente los derechos fundamentales de las personas".

El art. 86 de la Constitución Nacional, tal como fue aprobado en la Asamblea Nacional Constituyente, dispone en su último párrafo que "la ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

En su exposición de motivos, el gobierno precisó que "la reforma daría al legislador la facultad de extender el derecho de amparo a ciertos poderes privados organizados, cuya actividad puede afectar gravemente los derechos de las personas. Con la consagración de esta facultad se cubriría otra serie de eventos en los cuales poderes organizados, bien sea económicos, sociales, políticos, o culturales podrían aprovechar su situación de superioridad para alcanzar sus objetivos legítimos, pero mediante el desconocimiento de los derechos de otras personas. No solamente el Estado, sino también los monopolios económicos de hecho, los medios de comunicación masiva, los gremios, las organizaciones sociales y, en general, los poderes privados organizados individualmente podrían atentar con sus actos, hechos u omisiones contra los derechos fundamentales. El individuo merece gozar de un respaldo cada vez mayor en la defensa de sus derechos. La libertad de empresa, los derechos de información, rectificación y réplica, la libertad de asociación, el derecho a la intimidad, el derecho a no ser discriminado serían algunos de los derechos directamente aplicables que también deberían ser respetados por los poderes privados en el desempeño de sus actividades"... .

7.1 PROCEDENCIA

El Capítulo III, "Tutela contra los particulares" del proyecto inicial del gobierno, fue aprobado por la Comisión Legislativa

Especial, sin mayores modificaciones, y será la oportunidad más trascendental para experimentar aquí una institución que, en principio, repugnaría a los autores mexicanos: el amparo contra particulares, en una especie de mandado de segurança brasileiro.

Según el art. 42 del decreto reglamentario, la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares es procedente en nuevos casos, como a continuación se verá, o sea taxativos, sin que se pueda, en ningún otro y bajo ninguna circunstancia, "conceder tutela contra conductas legítimas de un particular".

a). Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los arts. 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución Nacional. Ejemplo: un niño negro rechazado de un colegio privado de blancos.

b). Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.

c). Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

d). Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o si fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión contra tal organización.

e). Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole el art. 17 de la Constitución Nacional, el cual prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

f). Cuando la entidad privada sea contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, o exhibición de datos o informes, de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Constitución Nacional.

g). Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas (hechas a través de la prensa, la radio y la televisión). En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

Lo anterior es importante al haberse establecido un medio de defensa contra el libelo calumnioso. El art. 20 de la Constitución Nacional garantiza "el derecho a la rectificación en condiciones de equidad". La Convención americana de derechos humanos, de 1966 (Ley 16 de

1972) prevé el derecho de rectificación o de respuesta:

"1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

"2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido".

Prácticamente el derecho de rectificación o de respuesta no existía frente, por ejemplo, a los oligopolios de la prensa. La ley 29 de 1944, "por la cual se dictan disposiciones sobre prensa", prevé el proceso penal y el derecho de rectificación, pero el procedimiento es dispendioso y complicado. En lo que respecta a la radio y la televisión, el Estatuto de Radio y Comunicación también se contempla el derecho de rectificación. Ahora se simplifica la cuestión a través de la acción de tutela, y de ahí la resistencia de algunos periódicos contra la nobilísima institución.

h). Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, caso en el cual, como es obvio, se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

i). Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se impuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela. Las demás indefensiones hay que demostrarlas así sea sumariamente.

7.2 TRAMITE

El art. 43 del decreto reglamentario prevé que la tutela frente a particulares se tramitará de conformidad con lo establecido en el mismo, salvo en los arts. 9, 23 y los demás que no fueren pertinentes.

El fallo de tutela se rige por los mismos principios que el fallo contra acciones y omisiones de autoridades. Sin embargo, la providencia que inadmita o rechace la tutela deberá indicar el procedimiento idóneo para proteger el derecho amenazado o violado. De todas maneras, la decisión es impugnabile, conforme al art. 31, y tiene la revisión de la Corte Constitucional.

8. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

En el proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno Nacional a la Asamblea Nacional Constituyente, se propuso la creación del Defensor de los Derechos Humanos para velar por el respecto de los derechos constitucionales y promover su ejercicio. una de sus funciones sería la de interponer, en nombre del interesado, recursos de queja ante la Corte Constitucional o de amparo ante los jueces, o sea la tutela.

El gobierno, evidentemente, tomó la decisión de la constitución española de 1978, con el nombre de Defensor del Pueblo, y así la Asamblea Nacional constituyente la incorporó en los artículos 281,282,283 y 284 de la nueva Constitución Nacional.

El gobierno, en su exposición de motivos, dijo que el defensor de los Derecho Humanos sería un intermediario entre el pueblo y las autoridades, independiente y autónomo, responsable de sus actos ante la opinión pública y el Congreso, que recibiría quejas de ciudadanos o que actuaría por iniciativa propia, para proteger los

derechos y libertades fundamentales, elaborar estudios sobre la situación de los derechos humanos, hacer recomendaciones o sugerencias y publicar informes anuales.

Añade que la figura del Defensor de los Derechos Humanos se ha generalizado en el mundo por su eficacia. Pero no como réplica de la institución sueca, sino como respuesta a las necesidades y problemas propios de cada país. Además en el mundo moderno, el ombudsman es lo que distingue un estado o sistema democrático de uno totalitario o autocrático. Únicamente la estructura de un estado democrático puede soportar tal institución. Un estado totalitario rechazaría de plano un control del poder y una participación como la que representa esta institución.

La figura del defensor del pueblo tuvo su origen en nuestro país a iniciativa del gobierno, quien transplató la institución de España por cuanto allá "es el mediador ante las esferas superiores de aquellas capas populares que no cuentan con ningún patrono o protector". Llena parcialmente un vacío para proteger los derechos de carácter económico, social y cultural, ya que los civiles y políticos están protegidos ante los Tribunales Ordinarios y, en última instancia, ante cualquier juez por el recurso de amparo.

En Colombia, bajo la Constitución de 1991, el defensor del pueblo, bajo la dirección del Procurador General, vela "por la promoción, el

ejercicio y la divulgación de los derechos humanos", con estas funciones:

- Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.
- Divulgar los derechos humanos y recomendar las políticas para su enseñanza.
- Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.
- Organizar y dirigir la defensoría pública en los términos que señale la ley.
- Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia.
- Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
- Rendir informes al Congreso sobre el cumplimiento de sus funciones.

- Las demás que determine la ley.

El defensor del pueblo, salvo las excepciones previstas en la Constitución y la ley puede, al igual que el Procurador General, "requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponerseles reserva alguna".

8.1 LA TUTELA Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Ninguno de los comisionados objetó, en el seno de la Comisión Legislativa Especial, en el capítulo IV, "La tutela y el defensor del pueblo", presentado por el Gobierno, el cual fué aprobado integralmente, pero se le agregó, en el proyecto definitivo, el artículo 51 sobre concesión de la tutela, por intermedio del defensor del pueblo, de la acción para colombianos residentes en el exterior, cuyos derechos estén siendo amenazados o violados por una autoridad pública de la República de Colombia.

Como el citado artículo 282 de la Constitución Nacional confiere, en su numeral 3o., atribuciones al defensor del pueblo para "interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados", en los términos del artículo 46, legitimación del decreto, el defensor del pueblo puede, sin ese derecho que asiste a los interesados de hacerlo directamente, "interponer la acción de

tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o que estén en situación de desamparo o indefensión".

No hay ningún límite en las actuaciones del defensor del pueblo en el ejercicio de la acción de tutela en protección de los desamparados e indefensos su mandato es amplio.

Sólo cuando el defensor del pueblo interponga la acción de tutela será, junto con el agraviado parte en el proceso.

Para su mejor funcionamiento, el defensor del pueblo tiene facultades para designar libremente los asesores y asistentes necesarios para el ejercicio de sus funciones.

Por último, el artículo 51 del decreto dispone que, "el colombiano que resida en el exterior, cuyos derechos fundamentales estén siendo amenazados o violados por una autoridad pública de la República de Colombia, podrá interponer acción de tutela por intermedio del defensor del pueblo, de conformidad con lo establecido en el presente decreto". Esta protección se extiende no solo a las autoridades públicas colombianas en el país de residencia del colombiano agraviado, sino también a las autoridades públicas de la metrópoli o territorio nacional.

9. CONSIDERACIONES GENERALES

No cabe duda que la Acción de Tutela se ha convertido en el símbolo más visible y efectivo de la Nueva Constitución. Pero también ha sido el instrumento más revolucionario de todos los consagrados por la Asamblea Constituyente. La tutela tiene la virtud de proteger a la gente de la calle, a los mendigos, a los analfabetos, a los doctores, a los enfermos, a los pensionados, a los presos, a los ejecutivos, a los desocupados, a las amas de casa, a los niños, a los ancianos, a los estudiantes, a los profesores y a los disidentes. A todos.

Ha servido para que desaparezcan los "chepitos", para que se respete el derecho a la educación -así las estudiantes se maquillen o estén embarazadas-, para que el Estado termine obras inconclusas y no las haga donde no debe, para que los enfermos de Sida pobres, tengan atención médica gratuita, para que los militantes de izquierda no sean perseguidos y tildados de guerrilleros y para frenar los abusos de autoridad. Todas esas acciones tienen un único elemento común: La rapidez, puesto que los casos se definen en un plazo no mayor de

cuatro meses. Sin embargo no podría escapar de los enfrentamientos del poder del dominador quienes han creado una polémica frente a los alcances de ésta figura.

Aunque a pesar de ello se ha visto como la Tutela toma cada día más fuerza, al punto que hoy se busca encontrarle un freno; porque al tiempo que comenzaron a congestionarse los despachos judiciales y vinieron los tutelazos a la televisión, los aeropuertos, las obras públicas, las zonas turísticas y los demás medios de comunicación, entre otros. El Procurador, en carta dirigida a los Presidentes de las altas Corporaciones de Justicia, dejó expuesto que esta figura se está aprovechando para que los jueces legislen y los ciudadanos omitan los trámites de la Justicia Ordinaria y Contenciosa.

Lo anterior a mi juicio podrá enseñarle al legislador que si bien su intención por democratizar la justicia es buena, no debe limitarse unicamente a transcribir preceptos de otros países y que por su parte antes de emplearlos, ya deben haberse adecuado a la sociedad.

Considero al igual que todos los aspirantes a la primera magistratura de la Nación, que esta figura debe reglamentarse pero no para establecerle límites sino para reforzarla y hacerla más efectiva. Y buscar más mecanismos que permitan hacer de la justicia ordinaria un verdadero instrumento de democratización de la justicia; ya que precisamente por ser éste un aparato jurisdiccional

tan lento, y los procesos demoran años en lograr solución de la situación jurídica, que las personas al encontrarse con una figura como la tutela, comenzó a acudir a la justicia, obteniendo como se ha visto resultados muy buenos, que en gran parte es lo que explica de pronto las inflaciones de acciones de esta clase que hoy reposan en los distintos juzgados del país.

Y por supuesto que han habido ciertos excesos pero es inevitable en una institución que apenas se está estrenando y que por eso requiere hoy de una reglamentación más completa pero nunca para colocarle límites ni restricciones, sino como lo dije anteriormente para reforzarla y ampliarla.

CONCLUSION

La acción de tutela fue introducida al marco jurídico del país por la Asamblea Nacional Constituyente, que a través del art. 86 de la Carta Política del 91 la consagró para que mediante un procedimiento preferente y sumario, se accediera a la protección inmediata de derechos fundamentales amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública.

En noviembre del mismo año, a través del decreto 2591, se reglamentó el recurso, y se dispuso el trámite para interponer la tutela, la competencia para estudiarla, las formas de procedencia contra los particulares, las facultades para que el defensor del pueblo la interpusiera en casos extremos, y las sanciones para quienes la desacataran.

Desde el comienzo se presentó para los ciudadanos como la más importante arma para enfrentar los excesos de poder; por cuanto fue la figura que abrió las puertas de la justicia a toda una serie de ciudadanos que de otra forma no hubieran tenido acceso a ella y por

su parte debían conformarse viendo como día a día sus derechos fundamentales continuaban siendo violados o amenazados, en un país que cada vez más parecía estaba caminando en un desierto sin justicia, no había justicia o ésta era muy demorada.

Se presenta entonces la tutela en el país, que con la sed de justicia que tenía, se avalanza sobre esa figura y es así como hoy tenemos los juzgados con inflación de acciones de esa clase que se presentan.

Como era de esperarse, a los pocos meses ya se había creado la polémica frente a los alcances de la tutela con clara distinción entre partidarios y contradictores del recurso.

El 1° de octubre de 1992, la tutela tuvo su primera modificación al ser objetada la posibilidad de que procediera contra sentencias judiciales, y surgieron las primeras agremiaciones de defensores de la integridad del decreto reglamentario.

Es pues la acción de tutela un verdadero mecanismo, instrumento o herramienta orientado a la protección rápida e inmediata de los derechos de la gente cuando resulten desconocidos o estén en peligro de amenaza por la acción o negligencia de cualquier autoridad pública o de ciertos particulares.

Se entiende también la acción de tutela como un derecho subjetivo de la persona humana para acudir ante los jueces, para que pongan en actividad su función judicial y de esta forma proteja inmediatamente sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley.

La acción de tutela como se vió durante el desarrollo del trabajo únicamente procede para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, que analizados, son de tres clases:

a). Los expresamente enunciados en el título II, Capítulo I de la Constitución Política de Colombia, a saber: Arts. 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 y 41.

b). Los que no están comprendidos en el título II, Capítulo 1° y que se encuentran diseminados en toda la constitución, pero expresamente se enuncian como fundamentales, ejemplo: Arts. 44, 53, etc.

c). Los que se incluyen como objeto de tutela, que no aparecen expresamente como fundamentales, pero lo son, tales como el derecho a la nacionalidad y a la ciudadanía. La condición para que proceda la acción de tutela de los derechos fundamentales, es pues, que

estos resulten vulnerados o amenazados.

Por vulneración se entiende la transgresión, el quebrantamiento o la violación de una ley o precepto, en este caso el precepto constitucional. También el verbo violar y vulnerar son sinónimos de infringir.

Se preveen tres hipótesis: En el primer evento la violación ya ocurrió, el quebrantamiento ya se produjo, de tal manera que el actor tiene como fundamento de la acción de tutela un hecho del pasado. En la segunda hipótesis, no ha existido una violación como un hecho del pasado, ni hay una violación como hecho actual; pero existe una amenaza de violación. Y en la última hipótesis debe entenderse que la amenaza es el anuncio de un mal que se causará en el futuro.

Para efectos de la tutela es necesario que se esté frente a la amenaza como una situación objetivamente comprobable, verificable por ser externa, conocible por el juez, que permita inferir razonablemente que es inminente la violación concreta, directa y personal de un derecho fundamental.

La violación puede provenir de una acción de una omisión. No es duda que los funcionarios y los particulares están frente a deberes que el derecho les impone y que pueden ser de hacer o de abstenerse.

Si el derecho, en este caso la constitución les impone el deber de abstenerse, hacer es quebrantar el precepto, y si lo que les impone es un deber de hacer, abstenerse igualmente será una violación del mandato.

En ambos casos se infringe la constitución. El hecho de que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, es uno de los aspectos más problemáticos y más polémicos del art. 2591, lo mismo que el precepto constitucional. Además tiene incidencia profunda en la enconada discusión que se ha levantado en torno al art. 40, referido a la competencia especial que se le asigna para conocer la acción de tutela al superior jerárquico correspondiente; cuando ella se interponga contra providencias judiciales que pongan fin al proceso, proferidas entre otras por la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente fue que la tutela procediera contra acciones u omisiones de cualquier autoridad pública. No fue una decisión improvisada, ni carente de fundamento; fue largamente sopesada y por tanto, con independencia de que nos guste o no, es preciso reconocer que es la voluntad del constituyente y que así quedó plasmado en el texto del art. 86 de la Constitución Nacional, es que procede también contra actos judiciales y administrativos.

Sobre este punto se puede afirmar que la acción de tutela si procede contra actos de autoridad judicial. Al mismo tiempo que aparece en el art. 40 del decreto 2591/91.

Se encuentra muy problemática la procedencia de la acción de tutela contra decisiones de la Honorable Corte Suprema de Justicia y en general contra aquellas que han hecho tránsito a cosa juzgada. También procede contra acciones y omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de esta ley.

La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

BIBLIOGRAFIA

- CAMARGO PEDRO PABLO. La Acción de Tutela. Texto y Comentarios.
- COLOMBIA. Constitución Política de Colombia.
- CHARRY U. JUAN MANUEL. La Acción de Tutela.
- DUEÑAS RUIZ OSCAR JOSE. Acción de Tutela.
- DECRETO 2591 DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 1991.
- DECRETO 306 DEL 19 DE FEBRERO DE 1992.
- GACETA JURISPRUDENCIAL. Revista Trimestral.
- PERIODICOS DEL HERALDO. (Diferentes fechas).
- PERIODICOS DEL ESPECTADOR. (Diferentes fechas).
- PERIODICOS DEL TIEMPO. (Diferentes fechas).
- REVISTA SEMANA. (Ediciones 551 - 553).

ANEXOS

* No procede cuando se tienen a disposición medios de defensa judicial o cuando se sirve de ella para rescatar oportunidades agotadas por inactividad del interesado:

- Magistrado Ponente: Rafael Romero Sierra

"Como siempre lo ha indicado esta corporación, el carácter y la razón de ser de la acción de tutela establecida por la Constitución de 1991 en su art. 86, ha sido desde su proposición a la Asamblea Nacional Constituyente, el de ser específicamente subsidiaria, por mandato genérico plasmado en la expresión "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial" contenido en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución Nacional, a menos que el afectado lo proponga como mecanismo transitorio en prevención de un perjuicio irremediable. De ahí la razón de la jurisprudencia de la Corte de no conceder la acción de tutela, cuando como en el presente caso ocurre, los interesados tienen a su disposición medios de defensa judicial, o cuando se sirven de ella para rescatar

oportunidades tertéritas agotadas por inactividad del interesado, pues con ello se tornaría la acción de tutela en un instrumento adicional o paralelo a la actividad jurisdiccional con notorio desconocimiento de su carácter constitucional y legal, y con efectos nocivos para la eficacia de la administración de justicia.

El permitirse que a través del procedimiento preferencial, breve y sumario del que se encuentra revestida la acción de tutela, puedan ser recuperados terrenos que por espacios de varios años vienen ocupando otras personas, con el desconocimiento de los procedimientos ordinarios y comunes que al respecto tiee establecidos la ley para esos precisos efectos, sería ir en contravía de preceptos y principios constitucionales y del derecho en general, tales como el debido proceso, la igualdad de las partes, el derecho de defensa, el derecho de controvertir las pruebas, en otros, por lo que en tales circunstancias no es procedente conceder el amparo del derecho de la propiedad que a través de la acción de tutela se reclama.

Agrégase a las razones hasta acá expuestas que la propiedad no está erigida en derecho constitucional fundamental, como en varios de sus pronunciamientos ha tenido oportunidades de expresarlo esta Corporación y, por ende, no goza como tales derechos de la protección tutelar consagrada en el art. 86 de la C.N..

Respecto de la interposición subsidiaria de la tutela contra las autoridades a quienes dicen los actores han dirigido peticiones de demarcación e iniciado proceso divisorio, sin que se les haya atendido en sus solicitudes,, como ha ocurrido según ellos con el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá el I.D.U., tiene que conforme lo indica el art. 23 de la Carta Política, a toda persona le asiste derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Derecho éste, considerado como fundamental por el mismo ordenamiento constitucional por lo que respecto de él, si es procedente otorgarles la tutela que demandan, para lo que se les ordenará a las autoridades mencionadas, que en el término improrrogable de 48 horas, se sirvan dar respuestas a las solicitudes que les han sido elevadas por los actores, conforme con lo que se ha dejado expuesto, y en caso de no haberseles resuelto con anterioridad las mismas, como lo replican los tutelables".

* Improcedencia cuando existen otros medios o recursos para hacer valer un derecho.

- Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz.

"1.- Dice el actor que en el proceso policivo de lanzamiento por ocupación de hecho, promovido contra y otros, se violó el debido proceso por parte del Secretario de Gobierno (E) del distrito

Capital, por haber asignado su conocimiento al Coordinador de Inspecciones, sin motivo legal alguno, desplazando arbitrariamente al Inspector 14C de Policía quien inició los trámites de acuerdo con la naturaleza del asunto y por ello, el funcionario delegado violó disposiciones especiales como la ley 57 de 1905 y el decreto 992 de 1930, en concordancia con los preceptos contenidos en el Código Nacional de Policía, los artículos 726 y 775 del Código Civil y los decretos 1386 de 1984, art. 60., 1453 de 1986 y 1999 de 1940.

La acción de tutela de haya consagrada en el art. 86 de la Carta Política, para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los eventos previstos en el art. 42 del decreto 2591 de 1991. Y respecto al debido proceso cuando la actuación u omisión referidas al trámite pertinente, quebrante.

La estructura misma de aquél, con exclusión de las decisiones susceptibles de impugnación . Las simples irregularidades no previstas en la ley como causal de nulidad, no tiene la virtualidad de vulnera el derecho constitucional que se garantiza.

El hecho de que el señor,..... a través de apoderado haya presentado querrela policiva de lanzamiento por ocupación de hacho y obtenido por parte del Inspector Distrital de Policía, resolución

favorable, contra la que no procede recurso alguno, no quiere decir que durante la diligencia de lanzamiento correspondiente, los querrellados no puedan presentar oposición con base en pruebas, que finalmente conducen inequívocamente a determinar la improcedencia del trámite o impulso procesal dado pues, de aquellas, el funcionario concluyo que se trataba de un conflicto que debe ser atendido mediante juicio de otra naturaleza y con procedimiento igualmente diverso.

Resulta extraña la afirmación que hace el impugnante en el sentido de que en el procedimiento establecido por la Ley 57 de 1905 y del Decreto Reglamentario 992 de 1930, en ninguna parte "se reconoce o acepta a la Coordinación de Inspecciones de Santafé de Bogotá, como autoridad a la que se haya señalado competencia para intervenir en esta clase de procesos, y menos aún se le reconoce como instancia superior de las Inspecciones de Policía". Pues, por la época en que fueron expedidas dichas normas, la organización administrativa de la ciudad capital era bien distinta de la actual, siendo aplicables también, las posteriores que las adicionan. En el caso concreto, no admite duda que la capital de la república tiene un régimen especial previsto en la propia Constitución, razón por la cual, hoy en día existe un Coordinador de Inspecciones con atribuciones específicas y con la posibilidad de conocer de determinados juicios policivos, en primera instancia, por delegación del Secretario de Gobierno

Distrital.

El Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970), protege en sus artículos 122 y ss., el derecho de propiedad. En el 125 que invoca el actor, se establece que la policía solo puede intervenir para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que

alguien tenga sobre un bien y le faculta para restablecerlo y preservarlo en cabeza del titular al momento de presentarse los actos de perturbación. Finalmente, el Art. 6o. del Decreto Distrital 1386 de 1984, reglamentario del Art.14o. del Acuerdo 36 de 1962 emanado del Concejo Distrital, determina la competencia de los inspectores de policía para conocer de las contravenciones no atribuidas a otra autoridad y de las acciones administrativas de amparo a la posesión o la tenencia, trátese de ocupación de hecho o de simple perturbación y, el Decreto Distrital 1453 de 1986, de conformidad con lo previsto en el Art.8o. del citado Acuerdo Distrital, delegó en el Secretario de Gobierno el conocimiento, trámite y decisión de la segunda instancia, en los asuntos de policía en el Distrito Especial de Santafé de Bogotá, es decir, que el Coordinador de Inspecciones no tiene la condición de superior jerárquico o de segunda instancia en los asuntos policivos, como lo insinúa el impugnante, sino el Secretario de Gobierno Distrital.

Mediante Decreto 110 de 1991, el Alcalde Mayor de esta ciudad

capital, en ejercicio de las facultades otorgadas en el Decreto 3133 de 1968 y el Acuerdo No.18 de 1989 determinó: "cuando a juicio de la Secretaría de Gobierno existan especiales motivos de interés público y social, dicho despacho podrá ordenar que la Oficina de Coordinación de Inspecciones asuma directamente en cualquier etapa del proceso las funciones de Inspector de Policía desplazando al que se encuentre actuando", es decir, que el mencionado funcionario en virtud de la Resolución No.0215 del 4 de Septiembre de 1992, emanada de la Secretaría de Gobierno que lo designó para asumir el conocimiento y continuar con el trámite del proceso policivo por ocupación de hecho promovido ante la Inspección 14C Distrital de Policía por, tenía plena competencia para dictar la Resolución No.002 de fecha 17 de Septiembre último, mediante la cual, declaró la nulidad de lo actuado por el Inspector y dispuso imprimir al asunto el trámite previsto por los juicios policivos de amparo a la posesión o mera tenencia, o sea, el contemplado en el Código Nacional de Policía (Art.125 y ss), en concordancia con el Art.424 del Acuerdo 18 de 1989.

Conclúyese de todo lo anterior que ninguna violación al debido proceso ha ocurrido en este caso que atente contra los derechos fundamentales del actor, siendo igualmente improcedente la acción de tutela de conformidad con lo previsto en el numeral 1o. del Art. 6o. del Decreto 2591 de 1991, pues tratándose de un juicio distinto al

que dió origen la querrela por ocupación de hecho ya referido, las partes disponen de otros medios o recursos para hacer valor sus derechos de propiedad.

2.- Así mismo la Acción de Tutela no está consagrada para controvertir las pruebas de un proceso judicial o administrativo, así como tampoco por la errónea interpretación de las normas aplicables en que incurre el funcionario. Una y otra deben ser objeto de controversia dentro de la respectiva actuación y no fuera de ella.

3.- En evento a la presunta violación del derecho fundamental del trabajo que en forma tangencial alega el actor, es clara la improcedencia de la presente acción, pues las partes deben dirimir su conflicto, como lo destacó el Tribunal de instancia, ante la autoridad competente, ya que la tutela tiene un carácter subsidiario y residual dirigido a la protección de los derechos fundamentales que se vulneren por las acciones u omisiones de las autoridades y de los particulares encargados de la prestación de un servicio público más no para sustituir actuaciones judiciales o administrativas, asignadas a funcionarios específicos y tomar decisiones que corresponden exclusivamente a ellos. Proceder en forma diversa, eso si la violación del debido proceso consagrado en el Art. 29 de la Carta Política.