

LA TUTELA: MECANISMO DE DEFENSA DE LAS PERSONAS

**PRESENTADO POR:
WALBERTO GUERRERO OSPINO**

**ENSAYO PRESENTADO PARA OPTAR EL TITULO DE
ABOGADO**

ASESORES:

ALVARO ACOSTA GUERRERO

Sociologo

Dr: RODOLO PEREZ V.

PROCESAL CIVIL

Dr: JULIAN CABALLERO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DERECHO

Barranquilla ,1.997

INTRODUCCION

Debido a que la Nueva Constitución incluyó La Acción de Tutela, en su artículo 86, y desarrollados en los Decretos 25 91 del 19 de noviembre de 1991, y 306 de febrero de 1992, como un fenómeno nuevo al ciudadano colombiano, ha generado las más diversas opiniones en pro y en contra, haré un esfuerzo investigativo en dar a conocer cuáles fueron los asomos u orígenes de las distintas teorías práctica de esta acción, plasmada en distintos sistemas de gobierno por la que ha atravezado la sociedad.

Precisamente ^{hí} he escogido el tema de la Tutela Mecanismo de Defensa de las personas, por lo impactante, haciéndose un análisis de sus antecedentes; en histórico y normativo, según su desarrollo evolutivo hasta su incorporación en nuestra Carta Fundamental.

Antecedentes como de Antígona, que nos narra un hecho conmovedor, y desbordamiento de poder del Rey Creonte;

e igualmente los Normativos, como la Ley de Favia, La Intercessio, El Justicia Mayor, y Los Procesos Forales de Aragón, La Carta Magna, El Habeas Corpus en Inglaterra, Los Derechos del Hombre y Deberes del Ciudadano, en Francia, la Constitución de Virginia en los Estados Unidos, el Juicio de Amparo en Méjico, etc.

Para mí fue algo motivante, el haber escogido este tema debido a que era algo innovador por lo trascendental y de repercusiones jurídicas en nuestra sociedad; por el objetivo perseguido de esta Acción, ante la serie de desbordamientos por acción y omisión de los detentadores del poder.

Teniendo en cuenta las relaciones existentes entre el Estado y el Ciudadano, mirando al Estado como el órgano coercitivo, sometedor, opresor, avasallador, y el ciudadano como el sometido, han surgido unas relaciones no siempre cordiales y armónicas, sino por el contrario, cruentas, sangrientas, por el exceso de poder en cuanto al sometimiento, y por la búsqueda de espacio del ciudadano común y corriente, han dado así origen a Normas Supra Legales o Constitucionales denominadas Tutela o Habeas Corpus, sirviendo de mecanismo de defensa al ciudadano y protección de los Derechos Fundamentales de la Constitución.

1. LA TUTELA, MECANISMO DE DEFENSA

1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS

La Acción de Tutela, de acuerdo al análisis jurídico, de los acontecimientos jurídicos históricos que la precedieron, se le puede ubicar en algunos de ellos tales como: Carta Magna de 1215, su confirmación de 1257, la Petición de Justicia de 1627, el Bill of Rights del 13 de febrero de 1628, en Inglaterra.

Declaración de derecho de Virginia del 12 de enero de 1776.

Declaración de los derechos de Mariland del 14 de agosto de 1776.

Declaración de los derechos de Massachusetts de 1780.

Constitución de los Estados Unidos de Norte América, 1787.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano cuatro de agosto de 1789, en Francia.

Constitución de Yucatán en México en 1841 y los actos de reforma de 1857.

Como antecedentes históricos podemos ilustrar el siguiente :

ANTIGONA, tragedia de SOFOCLES. ANTIGONA, ejemplo de mujer tierna y amorosa hasta el sacrificio, después de haberse convertido en lazarillo de su padre EDIPO, y en esta condición haberlo acompañado en todos los padecimientos hasta la muerte, se encontró con otra amarga desdicha, sus dos hermanas ESTEOCLES y POLINICES, se dieron muerte mutuamente, y el rey CREONTE, dispuso en condiciones de soberano, honores para ESTEOCLES y en forma terminante PROHIBIO que dieran sepultura a POLINICES. Esta prohibición significaba la muerte para la persona que la transgrediera. Siendo CREONTE, legítimo rey de TEBAS y por tanto soberano absoluto omnímodo, su prohibición se debía también considerar legítima. No obstante esta ley fue considerada desbordada por parte de toda la ciudadanía de TEBAS, incluyendo a a HENON hijo de CREONTE, y obviamente por ANTIGONA, hermana de POLINICES, cuyo cadaver debería por ley, permanecer insepulto para que, según la voluntad del rey, fuera devorada por los perros y las aves de rapiña"(1).

Este es uno de los acontecimientos históricos en donde se aprecia, el atentado contra la dignidad de una persona, familia y pueblo, en general por parte del

(1) ARENAS SALAZAR, Jorge. La tutela. Acción humanitaria. 2 ed. Santafé de Bogotá : Doctrina y Ley, 1993. p. 16

desbordamiento de poder de un rey, conculcando lo más íntimo lo más hondo de la dignidad del ser humano, como lo es el dolor y el afecto, considerándosele como un conmovedor antecedente, enseñándonos la necesidad que tiene la humanidad, de disponer de instrumentos o mecanismos de defensa, contra estos abusos de poder, que siempre surgen con frecuencia y proclividad.

1.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA ACCION DE TUTELA

En el Derecho Romano encontramos :

- La Ley Favia de Plagiariis.

Libro I de Reglas de Ulpiano: "Si alguno compra al hombre libre sabiendo que lo es, por la ley Favia de Plagio incurre en pena capital, en el cual incurre también el que vende, sabiendo que es libre"(2).

- Interdicto - "Digesto del Emperador Justiniano".

Del Interdicto que compete para que exhiba al hombre el que lo posee como siervo.

En la sociedad Esclavista Romana, se puede decir que

(2) Ibid., p. 22

encontramos la práctica de esta institución denominada Tutela, para los ciudadanos libres, como mecanismo de defensa de la libertad, cuando por abuso se les desconocían sus derechos, vendiéndolos como esclavos sin serlo, se podía recurrir al Interdicto, como causa de defensa de las personas libres, cuando se le retenían con Dolo Malo, para lo cual se obligaba al acreedor a que lo exhibiera, y así impedía su retención y no la retención.

Esta práctica de esclavizar al hombre libre en Roma, iba acentuándose en la medida que se dificultaba la consecución de esclavos en las Costas Africanas o en las Guerras, recurriéndose así a la utilización de este mecanismo de defensa.

- El Intercessio. Origen: Eugenio Petite lo describe así :

La apelación data del principio del Imperio. Lo probable es que hubiera sido establecida por una ley Julia Judiciaria, teniendo por origen sin duda alguna, el derecho, que pertenecía a todo magistrado bajo la República, de oponer su veto a las decisiones de un Magistrado igual o inferior; ésto era la Intercessio. La persona que quisiera quejarse de la decisión de un Magistrado, podía desde luego, reclamar la Intercessio del Magistrado Superior, Apellare Magistratum. De aquí procede la apelación. Pero el Magistrado delante de quien se llevaba, no se contentaba con oponer su veto a la sentencia; la anulaba también y la remplazaba por una nueva(2)

(3)Ibid., p. 25

✓ Se le puede denominar, a esta institución en el imperio, como a uno de los antecedentes normativos de origen de la tutela, más resaltante, teniendo en cuenta que la persona podía recurrir al Magistrado, para que éste, le anulara, le replazará o modificará la sentencia, por otra nueva, cuando crean que se le hayan conculcado sus derechos como ciudadano.

Estas facultades concedidas en un comienzo a los Magistrados Patricios, fueron extendidas, producto de las revueltas populares a los Tribunos quien a nombre del pueblo la ejercían, sirviendo como instrumento para controlar los abusos de los gobernantes y vetar los actos de poder, cuando se desbordaran, obligándolos muchas veces a consultar a los Tribunos, surgiendo así la Institución, Intercessio Tribunicia, de arraigo popular y democrática; en la muy larga historia de las luchas populares el logro más concreto de un instrumento de defensa frente al poderoso Estado lo es esta Institución.

- La Justicia Mayor y los Procesos Forales de Aragón.
Origen: Año 1265.

Con la caída del Imperio Romano, y el surgimiento de la sociedad Feudal, sociedad ésta que tiene como super estructura, a la Iglesia, los Monasterios, el Papado

quienes ejercían el poder ideológico; debido a los conflictos internos y a los ataques externos, permitieron que en Aragón se diera un rey, a condición de que éste se sometiera a los términos que los señores feudales no nobles establecieran, dando origen al Justicia Mayor, como instrumento, de Salva Guarda de la nobleza no real, de la misma manera como se crearon los Fueros, al igual que sucedió con la Intercessio en Roma, muy pronto fueron extendiéndose su cobertura, hacia otros sectores hasta convertirse en verdaderas instituciones populares.

E igualmente surgieron los procesos florales de aprehensión y de manifestación.

Consistentes en darle protección a las personas, cuando consideraran que habían sido violados en sus derechos patrimoniales y libertad, quienes a través de procesos breves y comprobación sumaria, El Justicia Mayor, decretaba el amparo provisional, si el perturbador iniciaba acción judicial para reclamar su derecho. El objetivo era asegurar los bienes o que estos no fueran manipulados o desaparecidos, le inventariaban también siendo ésta una clásica medida cautelar a la utilizada hoy día, en los procesos civiles.

El de manifestación, procedía cuando se le privaba

injustamente de la Libertad a una persona, tutelación de los derechos de la libertad. Esta institución en su procedimiento guardadas las distancias es lo que hoy comprendería un trámite de habeas Corpus.

- Carta Magna Inglesa. Origen: Año 1215.

Esta institución, que surge por los grandes acontecimientos que azotaban a Inglaterra, para la época y en donde el Rey Juan Sin tierra, se ve obligado a firmarla, para proteger los intereses de la Iglesia Católica, y de los Nobles, con el Papa a la cabeza. de similar características al Justicia Mayor.

- El de Habeas Corpus. Origen: Año 1627. Consistía en la protección de los derechos personalísimos del ciudadano, tales como el de privar, prolongar e injusta e ilegalmente de su libertad a una persona.

- Declaración de los Derechos de Virginia: Por primera vez , se plasman en el derecho positivo los más elementales derechos fundamentales del ciudadano, una vez instaurada su independencia en relación a la Corona Inglesa, aquí se plasman principios como: el poder reside en el pueblo, la separación de los poderes, recopilándose así postulados del movimiento Iluministas Europeos, e

igualmente la Tutela, como Instrumento o Mecanismo de protección de estos principios, y de las garantías individuales del ciudadano, y que posteriormente estos principios fueron incluidos en la Constitución Federal de 1887.

- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Origen: Año cuatro de agosto de 1789. Con la Revolución Francesa, se implantan en su Carta fundamental, principios relacionados con la libertad individual al Estado y a su organización, señalándose así los parámetros legales a que debía estar sometidos los detentadores del poder y los súbditos. Se puede decir que esta declaración, igualmente se tutelaron la libertad y los derechos patrimoniales del ciudadano, otorgándole las garantías o mecanismo cuando quiera que fueren conculcados por las autoridades.

- Constitución de Yucatán - Méjico. Origen: Año 1841. Es es una Constitución de derechos breves, fraccionados en nueve artículos lo cual resaltamos el que tiene que ver con el llamado Juicio de Amparo por tener semejanza con la Acción de Tutela nuestra, pero también gran diferencia, destacándose el hecho o las facultades que tiene el poder judicial para decidir sobre los reclamos o querellas que le soliciten los particulares, al ser

conculcados sus derechos por actos, leyes, sentencias contrarias a la Constitución y obligando a las autoridades a reparar el agravio, en la parte en que hubiesen sido violados.

Es de anotar que a través del Juicio de Amparo, se protege al ciudadano, sobre todo el orden jurídico existente, desde la norma más alta em categoría, hasta la más elemental en reglamento, no sucediendo así con nuestra Acción de Tutela, limitada nada más a los Derechos fundamentales y se asemejan en cuanto al procedimiento que es breve, sumario y preferencial.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS EN COLOMBIA

De acuerdo a la investigación realizada, con respecto al origen de la Tutela en Colombia, podemos manifestar, que ésta aparece en una forma muy tímida en las Constituciones de Tunja año 1811 y de Cartagena, año 1811 y la de Cúcuta 1821, según lo expresado por el insigne catedrático doctor Ricardo Barrios Zuluaga, artículo 28 "jamás se puede prohibir, suspender ni limitar el derecho que tiene el pueblo, y cada uno de los ciudadanos de dirigir a los depositarios de la autoridad pública, representaciones o memoriales para solicitar legalmente y pacíficamente la reparación de los agravios que se le han hecho y de las molestias que sufra"(4).

La de Cartagena artículo 19, aquí se encuentra un concepto más preciso

El ciudadano debe hallar en las leyes un remedio cierto a todas las injurias y perjuicios que pueda recibir una persona, propiedad o carácter. El debe

(4) BARRIOS ZULUAGA, Ricardo. Tutela I y II. En: El Espectador, Bogotá (21, 28, Nov., 1991).

tener derecho y justicia gratuitamente, y sin ser obligado a comprarla, completamente y sin ninguna denegación o repulsa, prontamente y sin dilaciones conforme a las leyes(5). Y la de Cúcuta artículo 157, que también expresa idénticos conceptos a la de Cartagena, aquí en estas Constituciones se observan el objetivo de tutelar las garantías individuales, como son dignidad, propiedad, quedándose corto en cuanto al término en forma prentoria, aunque se habla de término pronto, este se hace indefinido en la práctica, para los detentadores del poder, en aquella época.

E igualmente encontramos antecedentes legislativos en el año de 1945 a nivel Constitucional, muy parecidos a la tutela de hoy, como lo anota el catedrático doctor Ricardo Barrios Zúluaga en el artículo 93 y desarrollados en el Código Contencioso Administrativo artículo 152 y siguientes

El Consejo de Estado y los Tribunales administrativos, podrán suspender los actos administrativos. Cuando así lo solicitan a través de demanda y se sustenta de modo expreso, antes de ser admitida, si la acción de la Nulidad basta que haya manifiesta infracción de unas de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma y si es distinta a Nulidad se deberá demostrar, aunque sea sumariamente el perjuicio que la ejecución del alto demandado causa(6).

(5)Ibid.

(6)Ibid.

Aquí se puede anotar que al igual que la Tutela, se puede suspender provisionalmente el acto cuando se está causando el perjuicio, para evitar que se le siga causando, guardando desde esta óptica semejanza con la Tutela, hasta evolucionar plenamente incorporándose en el Constituyente de 1991, en su artículo 86.

3. CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA

Por primera vez en nuestra Constitución Política Colombiana encontramos en forma clara y precisa la Acción de Tutela; en su artículo 86 y desarrollada en los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, en donde se prescribe que toda persona tendrá Acción de Tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario, por si 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 cualquiera 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.

"En ningún caso podrán transcurrir más de 10 días entre la solicitud de Tutela y la Resolución".

"La ley establecerá casos en lo que la Acción de Tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte gravemente y directamente al interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

Como se puede apreciar en Colombia, se le otorgó la competencia a todos los jueces, a diferencia de otros países, ejemplo Méjico, en donde sólo la Corte o Tribunal Constitucional se puede acudir a promover tal derecho.

La Tutela, se asemeja al Juicio de Amparo mejicano, siendo que a éste se le dan mucho más facultades a los jueces, para conocer sobre todas las Normas Constitucionales, al ser agraviado cualquier ciudadano de sus derechos, es más procede contra las Sentencias Judiciales, por violación de leyes secundarias, el Juicio de Amparo, protege todo el Orden Jurídico Nacional, desde las normas Constitucionales hasta el más elemental acto. Cosa que nos sucede con nuestra Tutela, limitada a las violaciones de los Derechos fundamentales, y no procediendo contra las Sentencias Judiciales, que desde mi punto de vista

se quedó muy corta ^{en} ~~en~~ cuanto la garantía ofrecida a los ciudadanos, desde luego abogamos para que se haga extensiva a la protección de toda la Norma Constitucional, y aún contra las Sentencias Judiciales, e igualmente se creen los Jueces Especiales de Tutela.

Una de las notas relevantes de la Tutela, es que es preferencial, sumaria y breve, lo cual se le puso término perentorio ^{en} 10 días para decidir, lo que no sucedía antes del constituyente de 1991. Su objeto, es hacer efectivo el predominio de los Derechos Fundamentales de la Constitución considerándose a éstos como inalienables, intransferible, intrínsecos o esenciales del sujeto, En cuanto a la interpretación de estos derechos, se debe hacer teniendo en cuenta, los tratados internacionales, sobre derechos humanos, para lo cual los jueces deben verificar.

Podemos manifestar, a manera de ilustración, sin salirnos de la temática, que en Colombia, ~~el~~ Control a la Constitución, se ejerce de manera distinta a la de los Derechos Fundamentales, ya que áquel se ejerce a través del Control Indirecto por Vía Oblicua, y el otro por medio de la Acción de Tutela.

Ejemplo, de Control a la Constitución.

El ciudadano Agraviado por la Ley o Acto inconstitucional, no lo ataca directamente, sino que espera ser llevado a juicio y entonces interponer la Constitucionalidad como defensa y excepción, prácticamente no solicita la Ley o Acto en cuestión, sino que el mismo no sea cumplido, o que la Ley no sea aplicada, y que un perjuicio sea reparado por ser ella contraria a la Constitución(7).

Control de Efecto Individual :

Incluye a los sistemas que celosos al principio de Separación de los Poderes, limita la declaración de constitucional al caso concreto donde fue planteada, dejando como plena vigencia a las normas en cuestión. Este es el alcance típico en los sistemas de control judicial, donde hay un afectado que ataca la Nulidad a una Ley, Decreto o Reglamento, etc., por estar en discrepancia con las normas constitucionales, siendo los propios interesados los que ponen en movimiento el procedimiento Constitucional(8).

En nuestro Sistema Judicial, en la práctica este "Control" algunos jueces lo han hecho inoperante, al estar interpretando Leyes y Decreto en abierta oposición a los Principios y Exigencia de la Nueva Constitución. Ejemplo, en el proceso de Restitución de inmueble, si el arrendatario no está al día en el pago de su arriendo éste no será oído en juicio, y así se practica por nuestros jueces, pronunciando sentencia en contra vía de la Norma Constitucional, de ser oído ^{en} juicio.

(7) POVIÑA, Jorge Raúl. El poder constituyente: los jueces y la constitución. Argentina : s.n. p. 152

(8) Ibid., p. 156

3. CONCLUSIONES

Podemos afirmar, que la Acción de Tutela, surge producto de las grandes acciones de masas en sus luchas por defenderse de los Desbordamiento o Arbitrariedades de los Depositarios del Poder, y que debido a estas acciones cruentas, surgen Instituciones denominadas con distintos nombres, de acuerdo a la época y país donde han sido incorporada, la Intercessio en Roma, el Justicia Mayor en España, el Hábeas Corpus en Inglaterra, Juicio de Amparo en Méjico, etc. Siempre con un mismo objetivo Evitar el Desbordamiento de Poder, y Protección de los Derechos Fundamentales en las Constituciones, tales como la Libertad, Patrimonio, Dignidad, Debido Proceso y Derecho de Defensa, etc.

A través de estos mecanismos, el ciudadano común y corriente ha podido evitar que se cometan grandes atropellos en sus derechos Intrínsecos, por ejemplo, que se le sentencie, sin que se le haya oído en juicio

y con las formalidades de cada proceso, o se le prolongue ilegalmente su libertad, desde este punto de vista de Acción de Tutela, se convierte en una acción de defensa de la Humanidad, en una acción humanitaria contra el exceso de poder de la Administración Pública.

La Acción de Tutela, ha venido perfeccionándose cada día más en defensa de las personas.

Se puede observar en el desarrollo de este Ensayo, el hecho conmovedor traído a colación Antígona, y el Rey Creonte, como éste al tomar una medida deslegitimada, atenta contra la dignidad de una persona, como lo es el Dolor y el Afecto, al dejar insepulto a la intemperie al hermano de Antígona.

Al adentrarnos a la sociedad esclavista de Roma, encontramos Instituciones como la Ley Favia, la Intercessio, que sirvieron de base de soporte, a la evolución de la Acción de Tutela de hoy, implantándose en países como España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos, Méjico, etc. Quienes a través del Control Judicial, hacen respetar todas las normas Constitucionales, hasta el más elemental de sus reglamentos.

En Colombia, la Acción de Tutela, tiene sus inicios desde la Constitución de Tunja año 1811, Cartagena, 1811, y Cúcuta año 1821, e igualmente en la Constitución de 1945, se incluye la Suspensión Provisional en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en la Constitución de 1991, en su artículo 86.

Se diferencia del Juicio de Amparo Méjicano, en el sentido de que aquella, se concede nada más en violación de los Derechos Fundamentales de la Constitución, no así el Mejicano, que se hace extensivo a todas las Normas Constitucionales, Leyes, Decretos, Actos Administrativos, y Sentencias Judiciales, lo cual en mi criterio en Colombia dicha Acción, debería extenderse al igual que el Juicio de Amparo Majicano, en igual forma se debería crear Jueces Especiales para esta Institución.

Observamos que por primera vez en Colombia, el ciudadano común y corriente, puede acudir ante cualquier juez, a título personal o por medio de apoderado, en defensa de sus Derechos fundamentales, cuando quiera que estos se hallen conculcados o amenazados en inminente peligro, por autoridad o particular en prestación de un servicio público, para lo cual mediante un proceso breve y sumario decidan el asunto, para que se abstengan o a reparar los daños si esta se ha causado. Institución, está

considerada algo trascendental y de mucha importancia, de contenido progresivo y democrático, para el ciudadano indefenso ante el Estado, y de Omnipotentes Particulares que presten Servicios Públicos.

Esta Institución es Digna de Defensa y Perfeccionamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS
~~BIBLIOGRAFÍA~~

ARENAS SALAZAR, Jorge. La tutela : acción humanitaria. 2 ed. Santafé de Bogotá : Doctrina y Ley, 1993. 643 p.

CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA DE 1991. Compilado por Jorge Torres Ortega. Santafé e Bogotá : Temis, 1991.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR.
Educación Continua. Compilación
documentación Derecho Constitucional General y Comparativo.
1995. *Artículos de Prensa de*

Decretos 25, 91 del 19 de noviembre de 1991 y 306 de febrero de 1992.