

LA ACCION DE TUTELA SEGUN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Ex-Presidente del Consejo de Estado
Profesor Titular de la Universidad Nacional

1. Introducción

Cumplidos ya cinco años de vigencia de la Constitución expedida en 1991 es pertinente analizar cómo los diferentes organismos y entidades encargados del desarrollo de su normatividad han materializado en su funcionamiento las instituciones que, remodeladas o introducidas por primera vez en nuestro constitucionalismo, están contenidas en el máximo estatuto jurídico.

Una de esas instituciones, novedosa por lo demás en nuestro derecho, es la Acción de Tutela, la cual ha tenido que ser aplicada por el Consejo de Estado como una de las autoridades judiciales competentes para su trámite, de conformidad con lo dispuesto por la propia Carta Política al respecto.

De esa aplicación, que por cierto, ha sido bastante profusa, comoquiera que en estos años se han tramitado alrededor de tres mil quinientas acciones de tutela por el Consejo de Estado, primero en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y luego en los últimos tres años en las Secciones Especializadas, la entidad ha logrado no solo estructurar unas líneas jurisprudenciales muy decantadas sobre los diversos aspectos afines a esta

novísima acción constitucional para la defensa de los derechos fundamentales, sino que, como producto de su experiencia, del análisis doctrinario y de la aproximación crítica a la institución, ha logrado formular documentadas recomendaciones que, plasmadas en un proyecto de ley estatutaria, plantean mecanismos que permitirán corregir las que hasta ahora, y a juicio del Consejo, aparecen como fallas, imprecisiones, excesos o vacíos de este importante instrumento constitucional. Desafortunadamente ni el Congreso, ajeno a toda preocupación legislativa que no le reporte dividendos políticos, ni el Gobierno, tanto el presidido por Gaviria como el que dirige el Presidente Samper, empeñado en mantenerle a la institución en comento el marcado tinte populista que le dio el Decreto 2591 de 1991, miraron con buenos ojos esta iniciativa y ello determinó que no se le haya dado ningún impulso en las anteriores legislaturas y que no se advierta ningún intento serio por darle apoyo político gubernamental a éste o a otro proyecto que introduzca los cambios que la institución reclama para su efectiva operatividad.

No obstante, podemos decir que existe una copiosa jurisprudencia que ha venido definiendo y puntualizando las distintas facetas que dicen relación con la Acción de Tutela, delimitada así por lo que pudiéramos llamar el

cuadro caracterológico de la misma. Es propósito de este trabajo mostrar de manera sistemática la forma como la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado respuesta a interrogantes doctrinarios que surgen de la aplicación de la Acción de Tutela y que, en la mayoría de los casos, como sucede con todas las instituciones jurídicas, no encuentran respuesta directa y precisa en el texto de las normas constitucionales y legales que las contienen. Es por eso que el proceso de aplicación de la norma, el desarrollo judicial de la institución, es el medio idóneo para que, interpretada la hipótesis normativa y subsumido en ella el hecho objeto de juzgamiento, se puedan responder aquéllos interrogantes.

Con respecto a la Acción de Tutela, consagrada y regulada de manera bastante prolija en el artículo 86 de la Constitución Política, se plantean, no obstante el anotado nivel de detalle, muchos interrogantes y dudas, no pocos de ellos, producto de la antitécnica, desproporcionada, y en algunos aspectos, inconstitucional regulación que se hiciera en el ya mencionado Decreto 2591 de 1991.

Definiciones tales como las relativas a cuáles son los derechos fundamentales; quiénes son los titulares de tales derechos y por ende, sujetos de la protección tutelar; qué derechos fundamentales son de protección inmediata; qué relaciones existen entre la acción de tutela y otras acciones constitucionales como las de cumplimiento, el *habeas corpus*, o las acciones populares y, en fin, tantas otras que surgen de la confrontación entre la realidad y la formulación jurídica, deben ser, y han sido hechas, por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Nos proponemos mostrar en los capítulos siguientes cuáles han sido las tendencias o líneas preponderantes que respecto de tales aspectos contiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, advirtiendo, eso sí, que ella puede no coincidir conceptualmente con la que sobre tópicos similares hayan acogido o diseñado otros organismos judiciales, como la Corte Suprema de Justicia o aún, la misma Corte Constitucional, habida cuenta de la aplicación del principio de independencia del juez, en buena hora elevado a norma constitucional por lo que disponen los artículos 228 y 230 de la Carta.

2. Presentación analítica de las principales tesis jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre la acción de tutela

2.1. Los derechos constitucionales fundamentales

2.1.1. Definición

La Constitución Política de 1991 nos dice en su artículo 86 que la acción de tutela se concibe para la "protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales", lo cual determina entonces la necesidad de una definición previa: ¿Qué debe entenderse por Derechos Constitucionales Fundamentales?

Son en realidad muchas las posiciones doctrinarias que a este respecto se han expresado, pero en todas ellas encontramos un elemento común que nos podría llevar a decir que los derechos fundamentales son aquellos inherentes—consustanciales— a la persona humana y que por ello mismo, son anteriores a la Constitución, tal como es anterior a ella el ser humano.

No se trata pues de atribuir la naturaleza de derecho Constitucional Fundamental a todo tipo de derechos, de los muchos que hoy podemos identificar en los distintos regímenes políticos, la mayoría de ellos de creación por el ordenamiento jurídico respectivo y producto de la evolución ideológica, histórica y política que muestran las diversas organizaciones sociales. Esta definición tiene la importancia de delimitar el campo de la protección por medio de la acción de tutela, ya que dicha protección no puede estar referida sino a aquellos derechos que tengan el carácter de constitucionales fundamentales.

La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de la cual fue Ponente el autor de este trabajo, trató de conceptualizar y definir la naturaleza de los derechos fundamentales referidos a la Acción de Tutela regulada por la Constitución, en los siguientes términos:

"Se trata de que como se narra en los antecedentes, la acción es promovida por el Sindicato de Trabajadores

de Carbones de Colombia "Sintra-carbocol", entidad que no es una persona física sino una persona moral y que en tal virtud no podría ser titular de acciones de tutela que por definición están encaminadas a la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuyos sujetos no pueden ser otros que los seres humanos.

El derecho de asociación, y su variedad de asociación sindical, están denominados ciertamente, como derechos fundamentales por nuestra Constitución, y solo pueden tener tal característica en cuanto se predicen de las personas humanas, al igual que todos aquellos otros derechos que a lo largo de la evolución del sistema de derechos humanos han sido considerados como fundamentales.

El profesor Valencia Zea describe esta evolución diciendo que:

"La expresión "derechos de la personalidad" sufre sensibles cambios en nuestros días, pues a la antigua concepción individualista que de ellos se tenía (derecho a la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad, etc.), se agrega la moderna concepción socialista postulada desde 1918 con ocasión de la victoria de la revolución comunista de la Unión Soviética, que consideró como derechos humanos o de la personalidad los denominados derechos sociales y culturales (derecho al trabajo, a un mínimum vital, a la previsión social, a la instrucción, etc.) Igualmente las antiguas expresiones derechos naturales, derechos individuales, derechos de la personalidad, son reemplazadas a partir de 1948 por la sintética de derechos humanos" (Derecho Civil, Tomo I, Parte General y Personas, duodécima edición. Temis 1989, pág. 335).

"Dice además el citado autor que se trata de derechos básicos integrantes de la dignidad humana en su máxima expresión y que constituyen proyecciones de la

"Los derechos fundamentales son aquellos inherentes a la existencia de la persona humana y que por ello mismo son ajenos a la Constitución tal como es ajena a ella el ser humano"

personalidad de cada ser humano.

"Ahora bien, la equiparación de la denominación "derechos constitucionales fundamentales" con la de "derechos humanos" es clara en la doctrina y todos los autores que pueden citarse al respecto, son unánimes en utilizarlas como sinónimas.

"Comienza la Sala por citar lo que dice al respecto Mario Madrid Malo cuando enseña que:

"También se hace referencia a los derechos humanos con el nombre de derechos fundamen-

tales. Esta expresión se emplea para señalar aquellos derechos del ser humano que por su incorporación en las normas reguladoras de la existencia y de la organización de un estado, se incorporan al derecho positivo como fundamentos de la "técnica de conciliación" entre el ejercicio del poder público y el de la libertad de los gobernados" (Los derechos humanos en Colombia, pág. 29).

"Este mismo autor considera como tautológica la expresión derechos humanos porque únicamente el hombre es en rigor, sujeto de tales derechos.

"También el tratadista Bidart Campos reafirma la titularidad de esos derechos en el hombre, en cuanto entidad natural, esto es, la persona de carne y hueso. Expresa que:

"No hay duda de que la doctrina de los derechos del hombre tuvo en mira titularizarlos y defenderlos en cabeza del hombre. Y tampoco la hay de que, actualmente, al menos en el referido proceso de su internacionalización, es el ser humano, a cada uno de los cuales muchos tratados lo reconocen y definen sin distinción alguna como persona, el sujeto activo de tales derechos, por lo que parece que, en la esfera internacional, los pactos que engloban todo el plexo integral de derechos humanos presupone su titularidad exclusiva en el hombre" (Teoría

General de los derechos humanos, pág. 41).

“Además, el distinguido autor argentino, es también categórico en apreciar como sinónimas las expresiones, derechos fundamentales y derechos humanos, afirmación que la Sala respalda con la siguiente transcripción tomada de la obra citada:

“¿“Derechos humanos” puede significar derechos del hombre, o derechos de la persona humana, o derechos individuales, o derechos naturales del hombre, o derechos fundamentales del hombre?”.

Si contestamos afirmativamente avanzamos algo, en cuanto señalamos el sujeto al que pertenece o al que atribuimos eso que denominamos “derechos”.

Eso que en plural denominamos derechos tiene un titular: el hombre; y es bueno reparar en que a ese titular lo mencionamos en singular; no decimos: derechos de “los hombres”; sino “del hombre”. Y lo decimos en masculino porque lo hacemos equivalente al ser humano, hombre o mujer.

“Ello significa que los supuestos derechos tienen como sujeto al hombre en cuanto es hombre, en cuanto pertenece a la especie que llamamos humana. Si luego reconocemos ciertas especificaciones cuando el ser humano es niño, o anciano, o mujer, o trabajador, los derechos que le adjudicamos seguirán siendo “del hombre” (en cuanto ese hombre es niño, o es anciano o es mujer, o es trabajador, por si antes no fuera hombre –o ser humano– carecería de toda especificación de las señaladas” (Bidart Campos, pág. 2).

“Aún más, en la misma dirección y reafirmando el concepto de derechos fundamentales como derechos del hombre, el español Truyol y Serva explica que:

“Solamente son susceptibles de protección tutelar aquellos derechos que la propia Constitución ha delimitado expresamente y en forma taxativa como derechos constitucionales fundamentales.”

“Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser humano, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados” (Los derechos humanos. Edt. Tecnos Madrid 1977, pág. 1).

“Es también interesante para la Sala traer en apoyo de la tesis que aquí se sostiene, respecto de que la titularidad de los derechos fundamentales corresponde exclusivamente a las personas humanas, el exhaustivo estudio realizado por el profesor mexicano Héctor Fix Zamudio, titulado “La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales”, en el cual describe los distintos mecanismos procesales existentes en los ordenamientos constitucionales para la protección constitucional de los derechos fundamentales del hombre, bajo la denominación genérica ideada por Capelletti de “La Jurisdicción Constitucional de la Libertad”. Al escribir el prólogo de su obra manifiesta el distinguido profesor que:

“...podemos observar que en un número cada vez mayor de ordenamientos constitucionales se advierte la influencia recíproca, y por tanto, la combinación de varias instituciones jurídicas, con el propósito de lograr una protección lo más vigorosa posible de los derechos fundamentales, tomando en cuenta la situación angustiosa de la persona humana frente a un Estado cada vez más poderoso y de una sociedad crecientemente compleja, en la que es necesario armonizar los intereses de los diversos grupos, que son cada vez más heterogéneos” (La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, pág. 17).

— “La Constitución de 1991 incurrió en la impropiedad de pretender agrupar en un capítulo determinado de su articulado los derechos fundamentales, sin hacer una precisión específica al hecho de que tales derechos fundamentales son predicables de los hombres y lo que es más grave, dejando por fuera de tal enumeración derechos que franca y categóricamente han sido reconocidos como tales y en cambio, incluyendo en ella, algunos que evidentemente carecen de tal connotación...

— “No obstante, el artículo 94 de la Carta, traído para el caso en aplicación de la interpretación sistemática, permite a la Sala establecer que la denominación “derechos fundamentales” está utilizada en la Constitución en el sentido que la utiliza la doctrina universal, esto es, equiparable a la de “derechos humanos” y que tales derechos no son otros, no pueden ser otros, que los inherentes a la persona humana. Dicho texto constitucional reza:

— “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”¹.

2.1.2. ¿Cuáles son los derechos constitucionales fundamentales?

Resuelto el problema de saber qué es un derecho constitucional fundamental debería consecuentemente tenerse una respuesta al interrogante de cuáles son los derechos constitucionales fundamentales, por ende, susceptibles de ser protegidos mediante el instrumento de la acción de tutela. No obstante, dos razones impiden aplicar esta deducción de forma matemática: De una parte, el hecho de que la Constitución de 1991 optó por enlistar los derechos Constitucionales Fundamentales, dejando por fuera de la lista algunos que, como el derecho de

propiedad, ha sido considerado ideológica e históricamente como un derecho fundamental, e incluyendo otros que nada tienen que ver ni con la esencia, ni con la naturaleza del hombre y que son simples atribuciones o creaciones del ordenamiento jurídico. De otra parte, por cuanto el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 2o., al disponer sobre los derechos protegidos por la tutela, hizo una extensión, a nuestro modo de ver inconstitucional, al permitirle a la Corte Constitucional tutelar en casos concretos otros derechos no señalados expresamente por la Constitución como fundamentales.

Esta última razón introdujo un preocupante factor de indefinición sobre la materia que ha sido motivo de la inconveniente desnaturalización de la acción de tutela y ha permitido crear en los administrados la falsa convicción de que todos los derechos son objeto de protección por medio de este mecanismo extraordinario.

El Consejo de Estado para delimitar el campo de aplicación de la acción de tutela frente de los derechos constitucionales fundamentales, ha producido numerosas sentencias en las cuales sostiene la tesis de que solamente son susceptibles de protección tutelar aquellos derechos que la propia Constitución ha definido expresamente y en forma taxativa como derechos constitucionales fundamentales. En palabras distintas, sólo son considerados como derechos fundamentales constitucionales, para efectos de la acción de tutela, los derechos que se denominaron así por la propia Constitución, ya por aparecer en el catálogo comprendido entre los artículos 11 a 41, o bien por tener esta calificación expresa como sucede en el artículo 44 sobre “derechos fundamentales de los niños”.

Entre muchas de las sentencias que al respecto pueden citarse se incluyen algunas referidas al tema.

— “No es objeto de acción de tutela (se refiere al derecho de propiedad consagrado en el art. 58 de la Carta), pues ella está consagrada para la “protección de los derechos constitucionales fundamentales” (art. 86 C. N.), y el derecho de propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (art. 58 ib.), no lo son, si se tiene en cuenta que no están consagrados en el Capítulo I del Título II de la Carta Política, sino en el Capítulo

1. CHAHIN, Lizcano Guillermo. Sentencia No. 119, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Sintracarbocol, en Anales del Consejo de Estado - Jurisprudencia de Tutela. 1992. Tomo CXXX. Pág. 245.

II del mismo Título que trata de los "Derechos sociales, económicos y culturales"².

"*Prima facie* encuentra la Sala que el derecho objeto de la tutela no es un derecho fundamental.

"La Carta Política de 1991 ha querido que la tutela tenga cobertura frente a derechos constitucionales FUNDAMENTALES exclusivamente, y el hecho de que se ocupe de desarrollar el derecho a la seguridad social, no lo convierte *per se* en un derecho fundamental. Si ésta hubiera sido la intención del Constituyente, lo habría incorporado en el capítulo correspondiente.

"Si por fundamental debe entenderse que se trate de un derecho importante, entonces se llegaría a la absurda conclusión de que todo derechos constitucional es un derecho fundamental"³.

"Las normas invocadas por la accionante están incluidas dentro del capítulo que enmarca los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, donde se señalan diversos aspectos relacionados con la protección de la tercera edad, el derecho a la seguridad social e igualmente los principios rectores del trabajo y la garantía "al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

No cabe duda de que tales preceptos contienen varios de los más altos propósitos en que debe estar empeñado el Estado y que de su eficaz cumplimiento dependen en gran medida el bienestar de la colectividad y la paz social, pero es lo cierto que no corresponden a los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 86 de la Constitución Política y que concreta el estatuto en el Título II, Capítulo I, para su protección inmediata mediante el ejercicio de la acción de tutela.

"Es claro, en consecuencia, que, si la misma Carta señala expresamente los derechos fundamentales y determina la procedencia de la acción para su protección

y amparo, la prerrogativa allí prevista no puede extenderse a otros derechos, ni ejercerse, por lo mismo, en casos diferentes de los previstos. Por lo tanto, no tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto 2591 de 1991, por desbordar el precepto constitucional"⁴.

"Con respecto a la violación de los derechos a que se refieren los artículos 43 y 48 de la Carta, tiene dicho la Sala que ellos no corresponden, de conformidad con la definición que hizo la propia Constitución, a la categoría de derechos fundamentales y por tanto no pueden ser objeto de la acción de tutela.

No sucede lo mismo con los derechos a que se refiere el artículo 44 *ibidem*, puesto que como bien lo anota el Tribunal *a-quo*, el propio Constituyente calificó los derechos de los niños, como derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia estos derechos, no obstante no estar comprendidos dentro del capítulo Primero del Título 2o. de la Carta, son, a juicio de la Sala, derechos tutelables"⁵.

Adicionalmente, en la exposición de motivos que se elaboró por la Comisión de Proyectos de Ley del Consejo de Estado para acompañar el proyecto de Ley Estatutaria sobre acción de tutela que este organismo presentó a estudio del Congreso de la República en la legislatura de 1992, se dijo sobre este particular, para reforzar la tesis restrictiva plasmada en la jurisprudencia:

"1) Los "derechos constitucionales fundamentales", a que se refiere el artículo 35 de la Constitución, exclusivamente son los definidos como tales por el Título II, Capítulo I, del mismo estatuto. Por consiguiente, el artículo 2o. del Decreto 2591 de 1991 no podía deferir a la Corte Constitucional, mediante el recurso de revisión, para determinar otros: la Corte Constitucional, mediante el recurso de revisión, debe tomar las disposiciones pertinentes para garantizar la observancia de los "derechos

2. GONZALEZ, Rodríguez Miguel. Sentencia No. AC-035. Actor: Benito Eliseo Beltrán F. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXX, 1992, pág. 95.

3. GONZALEZ, Rodríguez Miguel. Sentencia No. AC-073. Actor: Hilda Martínez. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXX, 1992, Pág. 191.

4. ARCINIEGAS, Baedecker Reynaldo. Sentencia No. AC-169. Actor: Ana J. Castro vda. de Olmos. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXX, 1992, pág. 433.

5. CHAHIN, Lizcano Guillermo. Sentencia No. AC-384. Actor: Luz Amparo Vanegas S. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXX, 1992, pág. 739.

constitucionales fundamentales", pero no tiene competencia para adicionar o complementar los que están contemplados por la Constitución. Además, las constituciones escritas sustancialmente se caracterizan porque establecen un orden objetivo y eficaz que obliga a gobernantes y gobernados, en tal forma que sus disposiciones

deben ser observadas por todos, sin que los intérpretes puedan ampliar o restringir su sentido: el principio según el cual "lo escrito está" y como tal debe ser obedecido rige inexorablemente en materia constitucional. Además, el artículo 377 de la Constitución, que prescribe que las reformas constitucionales más importantes efectuadas por el Congreso, mediante el procedimiento prescrito por el artículo 375 de la Carta, entre las cuales se cuentan las que versen sobre los "derechos constitucionales fundamentales", contemplados por el Título II, Capítulo I de la carta, pueden ser sometidos a referendo, demuestra, inequívocamente, que la Constitución le atribuye especial trascendencia⁶.

2.1.3. Derechos fundamentales de protección inmediata y derechos fundamentales de protección diferida

Parece un contrasentido, y en efecto lo es, el hablar de derechos constitucionales fundamentales de protección inmediata frente de unos supuestos derechos constitucionales fundamentales de protección diferida. Si nos colocamos en la primera de las oraciones tendríamos que calificarla de redundante puesto que filosóficamente todo derecho fundamental debe ser de protección inmediata, habida cuenta de que la nó protección de un derecho constitucional fundamental implica, ni mas ni menos, que la fractura directa del orden

*"Filosóficamente
todo derecho
fundamental
debe ser de protección
inmediata"*

jurídico y por ende, la quiebra del Estado de Derecho, el cual debe ser inmediatamente restablecido. Si nos colocamos en la segunda de las oraciones habremos de concluir que ella, al dejar entrever la posible existencia de unos derechos, que siendo constitucionales fundamentales no son

de protección inmediata, incurre en una inexcusable contradicción, pues ello querría decir que puede quebrantarse transitoriamente el orden jurídico y que su restablecimiento pudiera no ser inmediato atendidas ciertas circunstancias de conveniencia política o económica, lo que en otras palabras vendría a significar la existencia institucionalizada de un estado de no derecho.

Las anteriores reflexiones para tratar de mostrar el absurdo que contiene el artículo 85 de la Constitución Política cuando toma, de los artículos señalados como constitucionales fundamentales, sólo la mayoría de ellos para decir que son de aplicación inmediata, con lo cual los que no se incluyen en tal enumeración, como los consagrados en los artículos 22, 25, 32, 35, 38 y 39, no obstante ser fundamentales por haberlos definido así la propia Constitución, no merecen la protección inmediata del Estado. De donde además se colige que, siendo la tutela un instrumento para la protección inmediata de los derechos fundamentales, estos que se excluyen, que tienen tal carácter, no son pasibles de protección tutelar.

Sobre la expresada contradicción formuló sus críticas el Consejo de Estado en la sentencia número AC-119 al decir que:

"Igualmente es inexplicable por la contradicción que apareja, haber consagrado como fundamentales ciertos derechos, que como el del trabajo, o el derecho a la paz, o el de asociación sindical, ostentan indudablemente dicho carácter, para a renglón seguido, en el incomprensible artículo 85, negarles filosófica y jurídicamente dicha condición, al excluirlos de la enumeración de los derechos fundamentales de aplicación inmediata, como si filosó-

6. CONSEJO DE ESTADO. Exposición de motivos al proyecto de ley estatutaria de la Acción de Tutela, pág. 4.

ficamente fuera posible admitir la existencia de derechos fundamentales de aplicación diferida”⁷.

Así las cosas, y por disposición de la propia Carta Política nos encontramos con unos derechos como el de la paz, el de trabajo, el de asociación y el de constitución de sindicatos, entre otros, que habiendo sido calificados como derechos fundamentales no son de protección inmediata y por lo tanto no son tutelables. Así lo ha expresado el Consejo de Estado en sentencias como las que a continuación se transcriben en lo pertinente:

“El derecho de asociación sindical, no obstante ser un derecho fundamental consagrado en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política, no es de aquellos que según el artículo 85 de la Carta se consideren como de aplicación inmediata y por lo tanto tampoco podrían estimarse como objeto de protección inmediata por medio de la acción de tutela”⁸.

“Dentro del anterior universo, la acción de tutela, no tiene vocación de prosperidad, pues como reiteradamente lo ha dicho la Sala, el derecho al trabajo, aunque está incluido en la Constitución Nacional, como un DERECHO FUNDAMENTAL, conforme al artículo 85 de la misma, no es un derecho de aplicación inmediata”⁹.

“El derecho del trabajo (art. 25. Cons. Pol.) es, indudablemente, un derecho fundamental o básico de la persona, al mismo tiempo que una obligación social. Sin embargo, la propia Carta no le ha dado la calidad de “derecho de aplicación inmediata”, (art. 85), por lo cual, salvo casos especiales, no puede ser amparado a través de la acción de tutela, al tenor de los alcances de la norma que la regula”¹⁰.

2.2. Titulares de la Acción de Tutela

Otro aspecto de la mayor importancia, en cuanto a su definición se refiere, es el que dice relación con la

determinación de las personas que pueden ser titulares de la acción de tutela. Resolver la cuestión no es tan sencillo como pudiera pensarse y no basta con la simple lectura del texto constitucional del artículo 85 que respondería con la expresión “toda persona”, lo que nos llevaría admitir que todas las personas, naturales o jurídicas, civiles o estatales, podrían ser sujetos de este derecho. No obstante una elaboración un poco más refinada nos pondría a pensar si personas, que por su origen no pueden ser titulares de derechos fundamentales, podrían serlo de esta acción extraordinaria para su protección, como sería el caso de las personas jurídicas (morales o colectivas) o de las personas estatales.

El Consejo de Estado ha sostenido jurisprudencialmente la tesis de que solamente personas titulares de derechos fundamentales pueden serlo de la acción de tutela. Que se sepa la única persona que puede ser titular de derechos fundamentales es, filosófica e ideológicamente hablando, el hombre; el ser humano; la persona humana. Otras “personas” que existen y coexisten con el hombre en la realidad jurídica y que de acuerdo con el ordenamiento legal han alcanzado el reconocimiento de su personalidad jurídica, no pueden ser titulares de derechos fundamentales, sino apenas, de derechos atribuidos, en la medida en que su propia existencia es algo que depende del ordenamiento jurídico mismo y no del orden natural (o Divino, para los creyentes), como si acontece con el hombre.

La anterior posición doctrinaria no puede rebatirse diciendo que la Constitución dice que son titulares de este derecho de acción de tutela “todas las personas”, porque no todas ellas son titulares de derechos fundamentales, ni tampoco diciendo que algunos de los derechos fundamentales constitucionales señalados en la Constitución sí pueden ser ejercidos por personas distintas a los seres humanos, como acontece con los derechos de defensa y del debido proceso, los cuales no pueden ser desconocidos a las personas jurídicas, por ejemplo. Lo que ocurre en este caso es que esas personas jurídicas son titulares de tales derechos pero no a título de fundamentales sino meramente a título de derechos comunes atribuidos o reconocidos por el ordenamiento jurídico y en conse-

7. CHAHIN, Lizcano Guillermo. Sentencia No. AC-119. *Ibidem* pág. 250.

8. CHAHIN, Lizcano Guillermo. Sentencia AC-119. *Ibidem*, pág. 245.

9. URIBE, Acosta Julio César. Sentencia No. AC-097. Actor: Fedepanela. *Anales del Consejo de Estado*. Tomo CXXX. 1992, pág. 209.

10. LECOMPTE, Luna Alvaro. Sentencia No. AC-144. Actor Tomás Rafael Villero C. *Anales del Consejo de Estado*. Tomo CXXX. 1992, pág. 345.

cuencia su efectividad y su protección deberán darse en la misma forma y con los mismos instrumentos ordinarios con que se dan para aquellos derechos de las personas naturales que no son constitucionales fundamentales sino que derivan su existencia de lo que al respecto haya dispuesto el ordenamiento jurídico respectivo.

La primera sentencia en la que el Consejo de Estado plasmó esta tesis, que ha venido manteniendo invariablemente no obstante reiterada jurisprudencia en contrario promulgada por la Corte Constitucional, fue la No. AC-119 en la cual se dijo:

"La Sala estima con base en los anteriores planteamientos doctrinarios que no pueden ser titulares de derechos fundamentales sujetos que no son esenciales sino de creación meramente artificial. Si lo fundamental, lo esencial, lo natural es el hombre, sólo él puede ser el titular de los derechos fundamentales.

"Los sujetos derivados, de creación por el ordenamiento jurídico correspondiente, solo pueden ser titulares de derechos derivados, atribuidos por ese mismo orden jurídico y, por supuesto, modificables y extinguiibles por las respectivas instancias jurídico políticas.

"Los derechos fundamentales de los hombres son, en cambio, anteriores al Estado y no una creación o emanación de éste. Son, por cierto, la razón de ser del Estado, al punto de que no puede perderse de vista que la mayoría de las teorías elaboradas para explicar su origen, entre ellas la Roussoniana, estiman que el Estado se crea por los hombres para la protección de sus derechos naturales amenazados por el egoísmo en que éstos han caído después de salir del estado natural, o que ya traían también por naturaleza, de acuerdo con la concepción hobbesiana, desde su nacimiento.

"Solamente personas titulares de derechos fundamentales pueden serlo de la acción de tutela. La única persona que puede ser titular de derechos fundamentales es, filosófica e ideológicamente hablando, el hombre."

"En esta misma dirección es bueno recordar lo expresado por el ilustre profesor de la Introducción al Derecho, Eduardo García Maynez en el sentido de que:

"Por regla general, los que piensan que el hombre, como tal, es sujeto de obligaciones y facultades, defienden la tesis de Windscheid sobre el derecho subjetivo. Si la esencia de éste es el poder volitivo humano, el sujeto de tal voluntad será, necesariamente, sujeto de derecho. Es claro que la ley puede establecer excepciones a tal principio, como ocurre, verbigracia, en el caso de las personas colectivas; pero la existencia de tales personas no

es, según los mismos autores, natural y necesaria, sino artificial. De este modo llegan a la teoría de la ficción..." (Eduardo García Maynez. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. Porrúa II Ed. 1963).

"Ahora bien, aplicadas las anteriores reflexiones al caso de la impugnación que se estudia, habría que decir que, salvada la garrafal contradicción que se anotó referente al hecho de disponer la Constitución que existen derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata (lo cual de ser válido implicaría que tampoco serían tutelables), los sujetos titulares de la acción de tutela por la presunta agresión contra el derecho de asociación sindical que se denuncia, son los trabajadores o los empleadores (personas humanas) y no el sindicato al cual pertenecen o pretenden pertenecer"¹¹.

En sentido similar y con motivaciones idénticas a las anteriores se ha pronunciado el Consejo de Estado para negarle a las entidades estatales la titularidad de derechos fundamentales y por ende su protección mediante accio-

11. CHAHIN, Lizcano Guillermo. Sentencia No. 119. *Ibidem*, pág. 250.

nes de tutela, lo cual está en perfecta consonancia con la estructuración de su doctrina acerca de los derechos constitucionales fundamentales anteriormente descrita.

Sobre este tópico es interesante traer a colación la aclaración de voto realizada en la sentencia AC-013 por el Consejero Juan de Dios Montes en un caso en que el actor de la tutela era un municipio :

"... el municipio de Condoto (Chocó) no puede ser titular de la acción de tutela, puesto que esta acción fue instituida para ser ejercida por "las personas", en garantía y protección de sus derechos fundamentales, previstos en el Capítulo I del Título 2o. de la Constitución Nacional. Se entiende por "personas", tanto las naturales como las jurídicas, pero siempre regidas por el Derecho Privado; en otros términos, las denominadas "particulares". Un Municipio es una persona de derecho público, tal como la Nación o un Departamento, por vía de ejemplo. Estas personas de derecho público no son titulares de derechos fundamentales, en los términos previstos en la Constitución Nacional y en los Pactos Internacionales –Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y la Convención Latinoamericana de San José de Costa Rica–. Estas entidades ejercen potestades sujetas a control y son ellas las autoridades públicas contra quienes se dirige la acción de tutela, por cuanto en el ejercicio de sus potestades pueden violar derechos fundamentales"¹².

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

El Consejo de Estado desde el momento mismo en que tuvo oportunidad de expresar su opinión, tanto en la Asamblea Nacional Constituyente como en la Comisión Legislativa o Congreso sobre el tema particular de la Acción de Tutela, se mostró en contra de que dicho instrumento pudiera ser utilizado en relación con sentencias judiciales y actos administrativos, fundado en

el hecho de que este recurso extraordinario no puede concebirse de otra manera que como un mecanismo de protección excepcional, eminentemente residual, aplicable sólo en aquellos casos en los cuales no existan recursos ordinarios que permitan la defensa del derecho constitucional fundamental vulnerado o amenazado. Como quiera que, precisamente una de las competencias que constituyen la razón de ser de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la de controlar en todos los niveles la constitucionalidad y la legalidad de los actos administrativos, no se veía claro, de una parte que existiendo unos medios ordinarios para la protección de los derechos que pudieran resultar comprometidos al expedirse los actos administrativos, fuera necesario reemplazarlos por otros extraordinarios, de raigambre constitucional, que cumplieran tal cometido, máxime que, como es sabido por todos, existe dentro de ese mecanismo de control jurisdiccional la institución de la suspensión provisional, que desde 1984 puede decretarse con relación a cualquier tipo de acto administrativo. De otra parte, menos podría entenderse que, existiendo por mandato de la propia Constitución una separación tajante y precisa entre las jurisdicciones ordinaria y de lo contencioso administrativo, correspondiéndole a ésta el juzgamiento con exclusividad de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, pudiera concebirse por vía de la tutela una intromisión de las demás jurisdicciones en dicho juzgamiento.

Lamentablemente las juiciosas recomendaciones del Consejo de Estado no encontraron eco en el afán populista del Gobierno y del Congreso y hoy se ve como jueces de todos los niveles y categorías han quedado en capacidad teórica de anular o dejar sin efecto actos administrativos de las más altas instituciones administrativas y políticas del Estado.

El Consejo de Estado, siguiendo el criterio constitucional anteriormente descrito, de que la tutela es un instrumento residual, y en estricta aplicación de las normas que regularon a nivel legal la acción de tutela, ha venido estructurando una jurisprudencia que tiende a considerar la no procedencia de dicha acción contra actos administrativos cuando existan medios de defensa judicial, a

12. MONTES, Juan de Dios. Aclaración de voto en la Sentencia No. AC-013. Actor Municipio de Condoto (Chocó).

menos que se trate de prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable y que la tutela se interponga como mecanismo transitorio mientras se hace utilización de los instrumentos ordinarios.

Entre muchas de las providencias que pudieran citarse como representativas del anterior criterio jurisprudencial incluimos la siguiente, con ponencia del Consejero Guillermo Chahín L.

"Un acto administrativo por medio de cual se declara la insubsistencia del nombramiento de un empleado —como el que ha sido objeto de acción en el caso que se revisa— puede ser demandado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, que respecto de él existe una vía judicial consagrada para la defensa de los derechos que el afectado estime que le han sido desconocidos o violados. Las definiciones acerca de si en realidad se produjeron las violaciones alegadas y sobre si procede la declaratoria de nulidad del acto por cualquiera de los motivos previstos en la ley, así como en torno a si hay lugar al restablecimiento del demandante en su derecho, quedan todas ellas en cabeza del tribunal competente (Gaceta Constitucional, 1992, Tomo I, pág. 280 Corte Constitucional).

"Lo que allí se predicó de un acto de insubsistencia vale en igual forma respecto al acto administrativo de traslado de ciudad o sitio del trabajo, ordenado por la gobernación de Cundinamarca (Servicio Seccional de Salud), que dio origen a este proceso.

"Según los antecedentes el peticionario de la tutela ni siquiera ha intentado los recursos procedentes por la vía gubernativa que tienden precisamente tanto a proteger los derechos del afectado (en este caso el funcionario público) y dentro de ellos no solo los de origen legal sino los de orden constitucional, como algunos de los alegados, sino que también brindan a la autoridad la oportunidad

"No podía argüirse que por virtud de la operancia del silencio administrativo, la no respuesta, es decir el silencio, pudiera asumirse como satisfacción del derecho en los términos del artículo 28 de la Carta Política"

de enmendar sus propios errores en los cuales puede caer por desconocimiento de situaciones particulares.

"La falta de motivación, la motivación errada o el desvío de las atribuciones del funcionario, constituyen entre otras, causales de nulidad de los actos administrativos; pero en primer término deben ser alegadas ante las mismas autoridades que profirieron el acto, tanto para llenar las finalidades expuestas en el párrafo anterior, como para hacer viable la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso adminis-

trativa para ejercer la cual es necesario agotar la vía gubernativa"¹³.

2.4. Acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales

El Consejo de Estado desde el mismo momento en que tuvo que comenzar a aplicar la acción de tutela encontró que la regulación que se había hecho de ella por el Decreto 2591 de 1991 era inconstitucional en cuanto permitía que las decisiones judiciales pudieran ser cuestionadas por la vía de este recurso extraordinario; así lo declaró manifestando en muchas providencias que se abstenía de aplicar las normas de la referida reglamentación que tal cosa permitían, por ser manifiestamente violatorias de la Constitución.

El Consejo de Estado inaplicó, pues, por inconstitucionales los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, estimando que al permitir ellos la acción de tutela contra sentencias o providencias judiciales se vulneraban

13. CHAHIN, Lizcano Guillermo. Sentencia AC-1333. Actor José Aurelio Sabógal Mora. Nov. 17 de 1993. (Sin publicar en Anales).

los principios constitucionales, orgánicos del Estado de Derecho, de la cosa juzgada y de la independencia y autonomía de los jueces.

La Corte Constitucional ante demanda de inexecutableidad contra las referidas disposiciones legales declaró que ellas eran inaplicables por ser violatorias de la Constitución y las eliminó del ordenamiento jurídico Colombiano. No obstante lo anterior en posición que a más de contradictoria es absurda, la misma Corte Constitucional elabora una teoría que, conocida con el nombre de "las vías de hecho", permite la revisión mediante acción de tutela, de actuaciones y providencias judiciales que sean el resultado de una vía de hecho realizada por el juez, con lo cual carece de sentido la decisión de inexecutableidad que ella misma adoptó. El Consejo de Estado en manera alguna ha aceptado esta curiosa interpretación pero algunas Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia, como la Civil y la Penal, la aceptan, con el resultado de que prácticamente todas las sentencias referentes a éstas materias son objeto de revisión por esta vía.

Para mostrar la posición que sentó el Consejo de Estado desde un comienzo y que, con toda seguridad influyó en la sentencia de inexecutableidad de la Corte Constitucional, se incluyen a continuación dos providencias en las que se inaplican por inconstitucionalidad los artículos que posteriormente fueron declarados inexecutableos.

La primera de ellas dice:

"La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al resolver acciones de tutela relacionadas con sentencias de los Tribunales Administrativos ha sentado la tesis de que dicho instrumento de carácter excepcional para la protección de los derechos fundamentales no es procedente contra tales providencias judiciales, primordialmente porque su procedibilidad resultaría violatoria de principios generales del derecho y de normas constitucionales como los de la cosa juzgada y la autonomía de los jueces...".

"Adicionalmente estima la Sala que el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 es inaplicable por violatorio de la

Constitución en sus artículos 228 y 230, en cuanto su aplicación implicaría emitir órdenes a los jueces para que realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas, cosa que no es posible hacer puesto que el Juez es autónomo e independiente en sus decisiones y sólo está sometido a la ley para la adopción de las mismas. No puede un funcionario judicial, así sea superior jerárquico de otro, ordenarle que decida en determinado sentido o se abstenga de hacerlo pues ello implicaría violentarlo en su autonomía y en su independencia, consagradas constitucionalmente"¹⁴.

En la segunda providencia se expresó:

Desde la ponencia presentada a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente para primer debate, se señalaron los elementos esenciales de la nueva figura en los siguientes términos:

"Para evitar equívocos y erróneas referencias interpretativas a otras legislaciones, hemos preferido hablar de acción o derecho de tutela para conformar una figura específica para el caso colombiano, que completamente y perfeccione nuestro modelo de control de constitucionalidad, legalidad y defensa de los derechos".

"Así concebida, la tutela se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual. Sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la omisión de una autoridad pública...".

La acción de tutela no tiene el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente.

La simple existencia de un proceso concluido mediante providencia en firme, indica que el afectado con ella tuvo a su disposición un medio judicial de defensa de

14. CHAHIN, Lizeano Guillermo, Sentencia No. AC-016. Actor Aidée Marín de Guaca. Anales del Consejo de Estado. Tomo No. CXXX. 1992, pág. 20 ss.

su derecho y que lo ejercitó efectivamente bien como demandante o como impugnante hasta agotarlo, o sea que no se da la condición exigida por el artículo 86 de la Constitución para la procedencia de la acción de tutela...".

"En este orden de ideas cabe concluir que el Decreto 2591 al establecer la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que pongan término a un proceso, contraría el artículo 86 de la Constitución Política, pues convierte lo que en esencia se instituyó como un mecanismo subsidiario y residual en un instrumento adicional y subsiguiente a las acciones judiciales ordinarias, en una instancia más a la que puede acudir quien haya fracasado en su pretensión.

La acción de tutela tal como aparece desarrollada no corresponde al Estado de derecho que consagra el artículo 1o. de la Constitución Nacional, pues desinstitucionaliza la administración de justicia duplicando las jurisdicciones, permitiendo la reapertura indefinida de litigios y socavando así uno de sus más firmes pilares; la certeza que imprimen las decisiones judiciales"¹⁵.

2.5. Acción de tutela y derecho de petición

Uno de los derechos fundamentales que más se violan en Colombia, y esto lo ha demostrado fehacientemente la acción de tutela, es el derecho de petición. Las autoridades públicas escudadas en diversos factores como la congestión, la falta de recursos, la carencia de presupuesto, etc., o en la prepotencia y arrogancia de los funcionarios, generalmente evade responder con prontitud y celeridad las solicitudes que le formulan los administra-

"Por su naturaleza y por su desarrollo histórico, dentro de las concepciones liberales del Estado y de la sociedad, el derecho de propiedad es un derecho fundamental"

dos, con lo cual este derecho pierde su naturaleza y sus alcances como fundamento del Estado Democrático de Derecho.

El Consejo de Estado fue reticente en un comienzo a aplicar la acción de tutela en los casos de violación del derecho de petición sosteniendo la tesis de que allí no se daba el requisito exigido por la ley de que no existiera otro medio judicial de defensa para que procediera la tutela. Esta afirmación, que por lo demás no es posible generalizar

a todos los casos de peticiones no resueltas oportunamente, se respaldaba en el hecho de que existía la posibilidad para el administrado de hacer uso de la figura jurídica del "silencio administrativo", para lo cual éste debe presumir que la no respuesta de la autoridad en determinado tiempo, se entiende como respuesta negativa y sobre la base de la existencia de un acto administrativo ficto o presunto, entablar una acción judicial para obtener la satisfacción del derecho substancial no atendido por la administración.

Algunos Consejeros de Estado, entre los cuales se cuenta el autor de este trabajo, criticaron la posición mayoritaria de la Sala Plena al estimar que no podía argüirse que por virtud de la operancia del silencio administrativo, la no respuesta, es decir el silencio, pudiera asumirse como satisfacción del derecho en los términos del artículo 23 de la Carta Política. Muchos fueron los salvamentos de voto que se redactaron por este grupo de Consejeros y la persistente actitud de los mismos en las discusiones de la Sala Plena logró hacer variar la posición mayoritaria de la Sala, hasta el punto de que hoy ella está representada por la que fuera minoritaria antaño.

En uno de esos salvamentos de voto que posteriormente se convirtieron en la tesis de mayoría, se dijo:

"Mi discrepancia con la mayoría de la Sala obedece al hecho de que considero que ha debido tutelarse el

15. PEDRAZA, de Arenas Dolly. Sentencia No. AC-009. Actor Jesús María Moreno. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXX. 1992, pág. 14 ss.

derecho de petición que ha sido desconocido por la entidad oficial, la cual se abstuvo de responder en cualquier sentido las solicitudes del administrado...

"No es posible, por lo menos en el caso analizado, suponer que el derecho de petición tiene un mecanismo de protección judicial alternativo basado en la presunción del silencio administrativo negativo que abriría las puertas de la jurisdicción de lo contencioso administrativo puesto que en realidad dicho mecanismo al partir de una presunción de resolución negativa está sencillamente amparando la conducta omisiva del funcionario pero dejando una compuerta a la violación del derecho de petición que eventualmente podría generar la violación de otros derechos fundamentales involucrados en el contenido mismo de la petición que se deja de resolver. En otras palabras, estima la Sala, que el mecanismo de la presunción de acto administrativo negativo está más dirigido hacia la protección de los derechos involucrados en la petición que hacia la protección del derecho de petición mismo"¹⁶.

2.6. Acción de tutela y derecho de propiedad

A lo largo de este trabajo hemos dicho que consideramos que por su naturaleza y por su desarrollo histórico, dentro de las concepciones liberales del Estado y de la sociedad, el derecho de propiedad es un derecho fundamental. No obstante, también hemos hecho la afirmación de que por definición constitucional, en nuestro caso, tal derecho no se considera con la característica anotada.

16. CHAHIN, Lizcano Guillermo. Salvamento de Voto en expediente No. AC-166. Actor, Octavio Medina Ospina. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXX. 1992, pág. 400.

"Muchas han sido las acciones de tutela que la Corporación ha tenido que rechazar porque no pretendían la defensa de derechos fundamentales sino que perseguían la defensa de intereses selectivos."

El Consejo de Estado ha adoptado este criterio y en consecuencia en muchas de sus providencias ha tenido que rechazar por improcedentes acciones de tutela que pretenden la protección por la vía extraordinaria del derecho de propiedad.

Complementando lo anterior, en algunas providencias se ha sostenido incluso que la naturaleza misma del derecho de propiedad lo descalifica en los tiempos actuales para merecer la condición de derecho fundamental y por ende, la protección mediante la acción de tutela.

A continuación, transcribimos la sentencia que, con ponencia del doctor Juan Montes Hernández, marca la pauta en esta materia:

"A. La Sala participa del criterio del Tribunal cuando considera que el de propiedad no forma parte de los denominados "derechos fundamentales" y que, por lo mismo su protección debe lograrse por mecanismos jurídicos distintos de la acción de tutela".

"La institución de la propiedad, que tan arduas polémicas y tan encendidas pasiones ha desatado en la humanidad es de aquélla cuyas marcadas transformaciones son más fácilmente apreciables en la evolución social".

"En efecto, en la concepción liberal individualista, que consagró políticamente la Revolución Francesa, la propiedad respondía a la noción moderna de los derechos fundamentales de las personas: "el fin de toda asociación política –prescribía el artículo 2o. de la Declaración Francesa de 1789– es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"; y en el artículo 17, insistía: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado

de ella sino en caso evidente de necesidad pública, debidamente justificada y previa una justa indemnización". Este era el credo del jusnaturalismo racionalista. Esa propiedad-derecho fue perdiendo identidad para convertirse en los tiempos contemporáneos en la propiedad-función, tan sustancial variación fue explicada así por el profesor LEON DUGUIT¹⁷:

"Advertiréis con lo expuesto el fundamento de la nueva concepción de la propiedad. En las sociedades modernas, en las cuales ha llegado a imperar la conciencia clara y profunda de la interdependencia social, así como la libertad es el deber para el individuo de emplear su actividad física, intelectual y moral en el desenvolvimiento de esta interdependencia, así la propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social".

"Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza puede realizar un cierto trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza" (Las Transformaciones del Derecho Público y Privado - págs. 239 a 240).

"Y el profesor MANUEL GARCIA PELAYO advierte sobre el mismo tema:

"Antes la propiedad sobre la cosa daba al propietario plena autoridad sobre ella y sobre los que trabajan en ella; hoy tal autoridad se encuentra erosionada tanto por razones exógenas como endógenas a la estructura de la propiedad misma. En el primer sentido deben mencionarse la acentuación de la funcionalidad social de la propiedad que limita los derechos absolutos del propietario y que en varios países ha sido elevada a precepto constitucional, pero que, en todo caso, se manifiesta en una serie de disposiciones legales y de intervenciones

administrativas..." (Las Transformaciones del Estado Contemporáneo, pág. 31).

"Esta es la misma concepción que inspira la Constitución Política de nuestro país, que manda en el inciso 2o. del artículo 58: "La propiedad es una función social que implica obligaciones", excluyendo, la abandonada idea de propiedad-derecho, y con mayor razón la de propiedad-derecho fundamental, conceptos pertenecientes a los códigos justiniano y napoleónico".

"Claro está que la institución de la propiedad así concebida puede generar derechos subjetivos, como de hecho ocurre; de allí que esté garantizada por la Constitución y protegida por la ley; sin embargo, la naturaleza funcional de la propiedad mediatiza esos derechos, circunstancia que impide calificarlos de fundamentales"¹⁷.

2.7. Acción de tutela y derechos colectivos

Desde que se puso en vigencia la Constitución de 1991 y sobre todo, por razón de que muchos de sus nuevos elementos no fueron regulados o desarrollados por la ley, las personas se dirigieron a utilizar aquellos que sí lo fueron de manera más o menos rápida, como el de la tutela, con lo cual ha venido presentándose una distorsión en la utilización de las nuevas acciones y recursos de stirpe constitucional. Ello ha sucedido así con las llamadas acciones populares a que se refiere el artículo 88 de la Carta Política que las concibe precisamente para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica, etc.

Muchas han sido las acciones de tutela que la Corporación ha tenido que rechazar porque no pretendían la defensa de derechos fundamentales sino que perseguían la defensa de intereses colectivos que, ante la impo-

17. MONTES, Hernández Juan de Dios. Sentencia No. AC-089. Actor. Rodolfo Escobar Cuervo. Anales del Consejo de Estado. Tomo CXXX. 1992, pág. 235 ss.

sibilidad de su logro por los canales apropiados (acciones populares o acciones de cumplimiento), se vienen formulando bajo el ropaje de la acción de tutela.

A esta utilización inadecuada de la tutela para fines no propios de la misma, ha contribuido la doctrina estructurada por la Corte Constitucional que admite que si la vulneración de derechos colectivos o del ambiente pone en peligro derechos constitucionales fundamentales, como el de la vida, el de la integridad física, etc., la acción de tutela puede tener prosperidad.

Veamos lo dicho por el Consejo de Estado a este respecto:

"Además, el constituyente de 1991 consagró las acciones populares y dispuso que cuando se pretendan tutelar derechos e intereses colectivos, como son los relacionados con el espacio, la seguridad, la salubridad pública, el ambiente y otros de similar naturaleza previstos en el artículo 88 de la Constitución Nacional, la ley regulará las acciones populares y hasta la fecha no ha señalado el Juez competente ni tampoco su procedimiento, por consiguiente no puede ningún Juez arrogarse competencia, para, por vía de la acción de tutela, conocer de este tipo de acciones. Además, la Sala advierte que los derechos colectivos no son de los que gozan de rango fundamental del individuo"¹⁸.

2.8. Acción de tutela y acción de cumplimiento

Otro de los aspectos que se ha prestado a confusión es el que se relaciona con la utilización de la acción de cumplimiento prevista en el artículo 87, de la Carta como si se tratara de una acción de tutela de las reguladas en el artículo 86 *ibidem*. Como se sabe, la primera de las instituciones se concibe para que las personas logren de las autoridades el cumplimiento y realización de lo que se ha dispuesto en las leyes y en los actos administrativos; al paso que la segunda, se establece para la protección

inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que sean objeto de violación o de amenaza. Pero como la acción de cumplimiento no ha merecido hasta ahora ninguna atención de parte del legislador y como quiera que ninguna autoridad judicial, que sepamos, ha asumido competencia para su conocimiento, las personas interesadas en utilizarla lo han hecho por la vía de la acción de tutela, asumiendo el riesgo de un rechazo como ha sucedido en los casos planteados ante el Consejo de Estado.

3. Acción de Tutela y abuso del Derecho

Es interesante observar que el crecido número de acciones de tutela instauradas ante las autoridades judiciales de nuestro país no siempre responde a la utilización consciente y racional de este nuevo instituto sino que en muchos casos, es el resultado de formas novedosas también, de abuso del derecho. Es cierto que una de las razones por las cuales se introduce la acción de tutela en nuestro ordenamiento constitucional es la de la excesiva duración de los procesos judiciales que, acompañada de un ritualismo exagerado en los procedimientos, impide que la discusión y definición de los derechos se realice con la prontitud requerida. Pero tampoco es menos cierto que no puede tomarse la tutela como un sustituto de las acciones ordinarias, que es lo que para muchos ciudadanos ha representado esta acción.

Podría elaborarse una larga lista de casos en los cuales se advierte un ostensible abuso del derecho por parte de quienes han acudido a la acción de tutela para solicitar la protección de derechos que no son fundamentales; que corresponden al concepto de derechos asistenciales o meramente programáticos (de los que existe una buena gama en la Constitución de 1991); derechos colectivos o del ambiente; cumplimiento de leyes o actos administrativos; revisión de sentencias en procesos civiles, penales, de familia, agrarios o administrativos que no han sido favorables a las pretensiones de los demandantes y sobre las cuales se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, y en fin, en no pocas ocasiones, para solicitar cuestiones absurdas o baladías.

18. MONTES, Hernández Juan de Dios. Sentencia No. AC-1337. Actor: Manuel Arcadio Usme y otros. Diciembre 2 de 1993. (Sin publicar).

Son ilustrativos de esta situación abusiva, que mucho mal le hace a la tutela, el caso del señor Tomás Pineda Herrera quien, aduciendo su condición de enfermo esquizofrénico lleva presentadas ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, con su correspondiente impugnación ante el Consejo de Estado, casi medio centenar de acciones de tutela sobre asuntos que son producto de su rica y enferma imaginación, o aquel otro de unos abogados payaneses que establecieron acción de tutela contra la Universidad del Cauca porque consideraban que desde hacía 25 años que habían egresado de sus claustros, el Alma Mater les estaba violando su derecho a la buena imagen en razón de que tenía los mosaicos de grado completamente abandonados en un cuarto de San Alejo.

Contra estas manifestaciones abusivas del derecho, que no sólo desnaturalizan la acción de tutela sino que la desprestigian, se ha pronunciado reiterativamente el Consejo de Estado.

Desafortunadamente son muy pocos los instrumentos legales puestos a disposición de los jueces para evitar que ello suceda, por lo cual lo que hoy se advierte es una gran congestión de tutelas en los despachos judiciales, muchas de las cuales carecen de justificación y algunas hasta de sentido.

4. A manera de conclusiones

Consideramos que las anteriores acotaciones jurisprudenciales conforman lo que pudiéramos llamar el pensamiento del Consejo de Estado sobre la acción de tutela, particularmente sobre los aspectos más significativos de esta novedosa institución. La naturaleza de la acción de tutela, su objeto, el alcance, la extensión y significado del concepto de derechos constitucionales fundamentales, los titulares de la acción y los titulares de los derechos objeto de protección extraordinaria, las implicaciones de esta acción especial de raigambre constitucional con respecto a la jurisdicción ordinaria y a la jurisdicción contencioso administrativa, etc., son todos aspectos de señalada importancia y trascendencia que tienen una definición jurisprudencial en términos claros y precisos en lo que ya podemos denominar una doctrina del Consejo de Estado sobre la acción de tutela.

Pero como muchas de estas expresiones jurisprudenciales implican una posición crítica de la Corporación frente a la regulación que de la acción de tutela se hace en los textos constitucionales y legales que la desarrollan, y como quiera que el Consejo de Estado ha sido dotado de la facultad de iniciativa legislativa, se ha creído conveniente recoger este importante acervo jurisprudencial con miras a plasmarlo en proyectos de ley que hagan mucho más sólida la figura de la tutela y que permitan que su utilización se dé para aquellos casos verdaderamente justificados, con lo cual se le otorgaría a este instrumento el verdadero poder que quiso atribuirle el constituyente.

Sobra decir que hasta el momento, y aunque tanto el Gobierno como el Congreso conocen dichos proyectos por haber sido presentados oficial y legalmente ante ellos, ningún interés han mostrado, como ya se dijo, en tramitarlos y desde luego, mucho menos, en acogerlos.

Pese a lo anterior, y como el proyecto elaborado por el Consejo de Estado refleja en buena parte las tendencias jurisprudenciales anotadas, se adjunta a continuación a título informativo:

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA¹⁹

CAPITULO I

Disposiciones generales y Procedimiento

Artículo 1o. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces competentes, 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

19. El Proyecto que se publica fue elaborado por una Comisión del Consejo de Estado de la cual formó parte el autor de este Trabajo. Se estudió por la Sala Plena de la Corporación y una vez aprobado por ella, se presentó al Gobierno y al Congreso sin que en ninguna de tales esferas hubiera tenido acogida alguna, no obstante las muchas manifestaciones en contrario.

fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala esta ley. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción.

Artículo 2o. Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos denominados como fundamentales en el Título II, Capítulo I y en otras disposiciones de la Constitución Política.

Artículo 3o. Principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Artículo 4o. Interpretación de los derechos tutelados. Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Artículo 5o. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de la presente 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.

Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

a) Cuando se interponga contra providencias judiciales o contra actos administrativos.

b) Cuando existan otros medios de defensa judicial, salvo cuando se proponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable conforme a lo dispuesto en el artículo 7o.

c) Cuando se pueda invocar el *Habeas Corpus* para proteger el derecho fundamental de la libertad.

d) Cuando la petición verse sobre cualquiera de las materias previstas en los artículos 87 y 88 de la Constitución Política.

e) Cuando se trate de providencias que pongan fin a juicios penales o civiles de Policía.

f) Cuando se interponga contra actos de contenido general.

g) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

Parágrafo. En los casos señalados en esta disposición, el juez rechazará de plano la solicitud. Contra el auto que profiera procede el recurso de apelación ante el Tribunal Superior correspondiente.

Artículo 7o. La acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La acción de tutela excepcionalmente procede aunque exista otro medio de defensa judicial como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en relación con los derechos fundamentales prescritos expresamente en la Constitución Política.

Es perjuicio irremediable el que sólo puede ser reparado mediante indemnización.

La acción de tutela como mecanismo transitorio no impide la caducidad de la acción judicial correspondiente, ni aquélla podrá intentarse si ésta hubiera caducado.

Artículo 8o. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida por cualquier persona que considere vulnerado o amenazado uno de sus derechos fundamentales, por sí misma o mediante representante o apoderado. Los poderes se presumirán auténticos.

El Defensor del Pueblo, los personeros municipales o cualquier persona podrán promoverla en favor de un tercero que no esté en condiciones de actuar en su propio nombre.

Artículo 9o. Oportunidad para promover la tutela. La tutela podrá ejercitarse en todo momento y lugar a partir de la ocurrencia de la acción o de la omisión que vulnera

o amenace cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales.

Artículo 10. Personas contra quienes se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental.

Si uno u otro hubiese actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado podrá intervenir como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

Artículo 11. Contenido de la solicitud e informalidad. En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad, la acción o la omisión que la motiva, el derecho fundamental que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida.

La acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado, pero si se lo designa deberá ser abogado en ejercicio.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante; pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin más formalismos.

Artículo 12. Trámite preferencial. La acción de tutela se tramitará y decidirá en forma preferente a cualquier otro asunto de diferente naturaleza, salvo la solicitud de *Habeas Corpus*.

Artículo 13. Notificaciones de providencias. Las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervinientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, a más tardar al día siguiente de su expedición.

El fallo de una Corporación se entenderá proferido en la fecha de su aprobación.

Artículo 14. Corrección de la solicitud. Si en la solicitud no se determina claramente la causa de la acción, se dispondrá que el actor la corrija en el término de tres días. Si no lo hiciere, se rechazará de plano.

Si la solicitud es verbal, el juez procederá a corregirla inmediatamente, con la información adicional que le proporcione el actor.

Artículo 15. Restablecimiento inmediato. El juez que conozca de la solicitud tutelaré el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, si obra prueba suficiente que demuestre la violación o amenaza del mismo.

Artículo 16. Pruebas. El juez podrá solicitar documentos e informes pertinentes a cualquier persona.

El plazo para enviarlos será de tres días y su incumplimiento sin causa justificada se sancionará de conformidad con el artículo 39 del C.P.C. Los informes se considerarán rendidos bajo juramento.

Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se decidirá con los elementos de juicio que obren en el expediente.

En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio. Las pruebas serán valoradas siguiendo las reglas de la sana crítica.

Artículo 17. Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud de tutela se dirija contra una acción de las autoridades que amenace o vulnere un derecho

constitucional fundamental, el fallo que conceda la tutela ordenará garantizar al afectado el pleno goce de su derecho y, si fuere posible, volver al estado anterior a la violación.

Cuando la tutela se ejerza contra una omisión, que amenace o vulnere un derecho constitucional fundamental, el fallo ordenará que la autoridad actúe legalmente, para lo cual le señalara un plazo perentorio.

Si la autoridad no se abstiene de continuar la acción o no realiza la actuación ordenada en el fallo, dentro del plazo concedido, el juez dispondrá lo necesario para que el derecho tutelado sea ejercido libremente.

Artículo 18. Prevención a la autoridad. Si al concederse la tutela hubiere cesado la causa que la motive o sus efectos se hubieren consumado, en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso se repitan los hechos que originaron la acción.

Artículo 19. Cesación de la actuación impugnada. Si estando en curso la tutela, cesa la acción u omisión de la autoridad que atente contra los derechos constitucionales fundamentales, cesará también el trámite de aquella.

El peticionario podrá desistir de la acción de tutela salvo que con ella se pretenda amparar derechos fundamentales de incapaces; el auto que admita el desistimiento ordenará el archivo del expediente.

Artículo 20. Cumplimiento del Fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda derivarse de tal incumplimiento. El juez establecerá los demás efectos del fallo y mantendrá la competencia hasta su cumplimiento.

Artículo 21. Alcances del fallo. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.

La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.

Artículo 22. Contenido del fallo. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener:

1. La identificación del solicitante.
2. La identificación del sujeto o sujetos de quien provenga la amenaza o vulneración.
3. La determinación del derecho tutelado
4. La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.
5. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 48 horas.
6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada al caso concreto.

Parágrafo. El juez, en ejercicio de sus facultades, procurará evitar las providencias inhibitorias.

Artículo 23. Impugnación del Fallo. Los fallos que decidan las peticiones de tutela son apelables ante el correspondiente Tribunal Superior, por el Defensor del Pueblo, el solicitante o su apoderado, o por la autoridad pública o su representante.

El recurso será resuelto en Sala de Decisión integrada según el Reglamento, por tres Magistrados de diferentes especialidades.

El recurso deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación del fallo, no requiere sustentación y se concederá en el efecto devolutivo.

Resuelto el recurso, el expediente será enviado a la Corte Constitucional.

Artículo 24. Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al correspondiente Tribunal Superior.

El Tribunal que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Artículo 25. Recurso de revisión ante la Corte Constitucional. Contra la sentencia de segunda instancia procede el recurso de revisión, debidamente sustentado ante la Corte Constitucional, el cual se concederá en el efecto devolutivo.

El Defensor del Pueblo, el solicitante, su apoderado, la autoridad pública o su representante, podrán interponerlo y sustentarlo dentro de los diez días siguientes a la notificación del fallo de segunda instancia.

Artículo 26. Trámite del Recurso de Revisión. Recibido el recurso por la Corte Constitucional, el expediente será repartido, a más tardar, el siguiente día hábil, entre los Magistrados que la integran.

El Magistrado Ponente, previa calificación de la seriedad de sus fundamentos, decidirá sobre su admisión.

La Sala Plena deberá decidir sobre el recurso de revisión en el término de tres meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que el expediente entre al despacho del Magistrado sustanciador para fallo.

Artículo 27. Decisión de revisión. Si la Corte Constitucional encuentra fundado el recurso, revocará o modificará el fallo revisado, mediante decisión motivada.

Artículo 28. Efectos de la revisión. Las sentencias mediante las cuales se revise una decisión de tutela hacen tránsito a cosa juzgada interpartes, en relación exclusiva con los fundamentos de la acción. Deberán ser notificadas conforme a lo dispuesto por el artículo 13 de esta Ley.

Devuelto el expediente al juez de primera instancia, éste dictará auto de obediencia a lo resuelto por la Corte Constitucional y dispondrá lo conducente para cumplirlo.

CAPITULO II Competencia

Artículo 29. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, en primera instancia, los jueces municipales del lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud.

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado la misma ante ningún otro juez. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

Artículo 30. Actuación temeraria. Cuando sin motivo justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante otro juez, la nueva solicitud será rechazada.

El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

Artículo 31. Impedimentos. En ningún caso será procedente la recusación. El juez deberá declararse impedido cuando concurren las causales del Código de

Procedimiento Civil so pena de incurrir en la sanción disciplinaria correspondiente. El impedimento se decidirá por el trámite previsto en el mismo Código.

La Sala del Tribunal que conozca de la impugnación del fallo de tutela deberá adoptar las medidas procedentes para que se inicie el procedimiento disciplinario si fuere del caso.

CAPITULO III

Tutela contra los particulares

Artículo 32. Procedencia. La acción de tutela también procederá contra acciones u omisiones de los particulares por violación de un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política.

Artículo 33. Trámite. La acción de tutela frente a particulares se tramitará de conformidad con lo establecido en esta Ley.

CAPITULO IV

La tutela y el Defensor del Pueblo

Artículo 34. Legitimación. El Defensor del Pueblo podrá, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión.

Artículo 35. Personeros. El Personero, por propia iniciativa o delegación del Defensor del Pueblo, podrá interponer la acción de que trata esta Ley.

Artículo 36. Asistencia a los personeros. Los personeros municipales y distritales podrán requerir del Defensor del Pueblo la asistencia y orientación necesarias en los asuntos relativos a la protección judicial de los derechos fundamentales.

CAPITULO V

Sanciones

Artículo 37. Desacato. La persona que incumpliere el fallo proferido con base en la presente Ley, será sancionada con multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior de la Tutela.

Artículo 38. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia, rige desde su promulgación y deroga las que le sean contrarias.