

**LA EFICACIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS
ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL**

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



AUTORES:

WELLESLEY CASTELLANOS TUAY

ZAIDA NATALIE RENGIFO ALVARADO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCION DE POSGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C

2013

**LA EFICACIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS
ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL**

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



WELLESLEY CASTELLANOS TUAY

ZAIDA NATALIE RENGIFO ALVARADO

TUTOR TEMÁTICO: Dr. JAIRO SANDOVAL CARRANZA

TUTOR METODOLÓGICO: Dr. ELEONORA DEL PILAR SALAZAR LONDOÑO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCION DE POSGRADOS

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ D.C

2013

LA EFICACIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA CONTROVERTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL

Wellesley Castellanos Tuay¹

Zaida Natalie Rengifo Alvarado²

RESUMEN

La Acción de Tutela se ha concebido en el ordenamiento jurídico colombiano, como un instrumento judicial de protección de los derechos constitucionales fundamentales inherentes a cada ser humano, constituida a su vez como órgano de control de toda acción u omisión refutable tanto del estado como del particular. Acción que se encuentra regulada por el Decreto 2591 de 1991, que enmarca sus límites y competencias, pero debido al creciente papel que han tenido las Altas Cortes y los pronunciamientos entorno al amparo de

los derechos fundamentales, excepcionalmente se ha ampliado la protección a tal punto de ser un medio idóneo para controvertir actos administrativos de carácter general, aun cuando esté expresamente inscrito en la ley su improcedencia. Para comprender el porqué de este fenómeno, se analiza la evolución de esta acción dentro del precedente jurisprudencial, que ha dejado de ser un criterio auxiliar para convertirse en una verdadera fuente de Derecho. Así mismo, se examina si esta acción ha evolucionado para salvaguardar los derechos fundamentales o por el contrario, generar con su aplicación algún grado de inseguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

¹ Abogado universidad cooperativa de Colombia, sede Villavicencio. Artículo optado para título de especialización de Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada.

² Abogada Universidad Católica de Colombia, Bogotá. Artículo optado para título de especialización de Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada.

Palabras claves: Acción de Tutela; Derechos Fundamentales; Precedente Jurisprudencial; Derecho Continental; Neoconstitucionalismo; Vías de Hecho, Precedente y Unificación Jurisprudencial.

ABSTRACT

Guardianship Action was conceived in the Colombian legal system as a subsidiary prosecution , residual and autonomous , aimed at allowing constitutional control of all acts or omissions of public authorities and exceptionally individuals , this action is regulated by Decree 2591 of 1991 , which framed its limits and powers , but because of the growing role played by the major cuts and pronouncements that have been developed around the protection of fundamental rights has expanded exceptionally power such action about to be an appropriate means to contest general administrative acts even when explicitly registered with the Law of order against general administrative acts . To understand why this phenomenon is studied in the development of this paper the evolution of this action within the protection of fundamental rights and the role of precedent, which has ceased to be an auxiliary criterion to be a real source

law, also confront if this action has evolved to safeguard the fundamental rights or otherwise, your application generate legal uncertainty into the Colombian legal system.

Keywords: Protection Action, Fundamental Rights; Previous jurisprudence; Continental law; Neoconstitutionalism; Roads Made, Previous and Unification jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

La Acción de Tutela, introducida en Colombia a partir de lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, ha permitido un importante acercamiento entre el ciudadano y la justicia. Antes de su implementación, el ciudadano no tenía acceso a mecanismos coercitivos y expeditos que permitieran brindarle resultados oportunos y en tiempo real, encaminados a la protección inmediata de sus derechos fundamentales, ante el inminente menoscabo o vulneración de sus prerrogativas Ius fundamentales, por parte de una autoridad pública y/o privada en cumplimiento de funciones públicas. La Acción Tutela fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida

a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares. Adicionalmente, el constituyente estableció la posibilidad de que la Corte Constitucional “pudiera revisar las sentencias respectivas, a fin de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica” (Bernal, 2009.p, 212).

La anterior concepción fue recogida y regulada en el Decreto 2591 de 1991, que desarrolla y fundamenta lo inscrito en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y señala su procedimiento y procedibilidad. En el caso que nos ocupa, refiere el artículo 6, en su numeral 5, del decreto de la referencia: “no procede la Acción de Tutela cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”. Debido a que no es el medio idóneo para controvertir actos de esta naturaleza, pues para este propósito el ordenamiento jurídico ha diseñado un control judicial específico sujeto al análisis de procedimientos especiales para el tipo de controversia que estos comportan, esto es debido al carácter preferente que hace que la acción este limitada al cumplimiento de unas circunstancias específicas que permitan su

invocación, todo ello en aras de impedir que cualquier asunto que no se encuentre ligado a la naturaleza constitucional de esta acción, sea ventilado o resuelto, por esta vía excepcional.

Excepcionalmente, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han considerado la procedencia de la Acción de Tutela contra actos administrativos generales, cuando está acción “no se dirija a cuestionar la legalidad o constitucionalidad del referido acto sino a impedir que eventualmente se ejecute para evitar un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales amenazados”, (Sáenz, 2009. p, 282), en virtud de lo cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que vulnera los derechos cuya protección se invoca.

Sin embargo, la causal en estudio no puede acogerse de manera absoluta, tal y como Botero (2009) lo señala: “ya que recientemente el Consejo de Estado ha reconocido su procedencia cuando el acto general pueda conducir a la violación o amenaza de derechos fundamentales, si de su aplicación se sigue una afectación de esa naturaleza y siempre que la no intervención oportuna del juez constitucional conduzca a la realización

de un perjuicio irremediable....”(pp.11,12). De esta manera genera por oposición, una doctrina jurisprudencial que contradice lo consagrado en el numeral 5, del artículo 6, del decreto 2591 de 1991.

Es así como se evidencia, según lo señalado por Bernal (2009): “que a pesar que el derecho colombiano tenga la estructura y los fundamentos de un derecho continental, después de la evolución posterior a la Constitución de 1991, tanto el derecho positivo como la práctica, han llegado a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente, renovado por la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política”.(p.153). Lo cual significa que para la jurisprudencia, la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede comprender en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que está referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico, que es lo que se denomina jurisprudencia o precedente jurisprudencial.

En consecuencia, a través del presente artículo se pretende analizar la Acción de Tutela y de los precedentes judiciales, que han originado la actual doctrina jurisprudencial, lo que ha permitido la procedencia excepcional de la acción contra actos administrativos de carácter general e impersonal, para luego estructurar los diferentes estadios históricos, conceptuales e ideológicos de la Acción de Tutela y los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

ORIGEN Y DESARROLLO DE LA ACCION DE TUTELA.

El concepto de la Acción de Tutela está consagrado en la Constitución Política de Colombia, en el artículo 86:

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

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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

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

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

La ley establecerá los casos en los que la Acción de Tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya

conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De esta manera, los constituyentes inscribieron dentro del ordenamiento constitucional colombiano, un medio de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, inspirados en “la concepción mexicana de la Acción de Amparo y las corrientes neoconstitucionalistas del derecho español, aportando a la Constitución Política una acción que vela por el accionar efectivo del ordenamiento jurídico, el cual debe velar por la promoción y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano”. (Castillo.2011.p.45).

Así las cosas, la Acción Tutela creada como un mecanismo de protección en un Estado garantista, se concibe como una acción judicial de carácter residual, autónoma y subsidiaria, encaminada a ejercer el control constitucional tanto de las acciones como de las omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando su actuar vulneren tales derechos fundamentales a los ciudadanos. De esta

manera a través del Decreto 2591 de 1991, se describió las diferentes modalidades para la aplicación de este mecanismo de defensa de los derechos fundamentales. Adicionalmente, el constituyente estableció la posibilidad de que la Corte Constitucional pudiera revisar las sentencias respectivas, a fin de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica.

En este sentido, en Colombia – como lo señala Botero (2006), “la Acción de Tutela tiene aparejadas, al menos, cinco funciones importantes y estrechamente relacionadas” (p. 145):

- (1) Proteger de manera residual y subsidiaria los derechos fundamentales de los habitantes frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que pueda violarlos.
- (2) Afianzar y defender, de manera coherente y ordenada, la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica.

- (3) Actualizar el derecho legislado en especial el derecho preconstitucional orientando a todos los servidores públicos para que lo interpreten y apliquen a la luz del derecho constitucional.
- (4) Unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales.
- (5) Promover una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derecho. En suma, en sistemas de control de constitucionalidad mixtos, como el colombiano, la figura de la tutela promueve el acceso a la justicia, la primacía constitucional y la interpretación coherente y unificada de los derechos fundamentales por parte de todos los jueces de la República.

Estas funciones se han desarrollado a cabalidad en el ordenamiento jurídico, a tal punto, que han convertido a la Acción de Tutela en el mecanismo constitucional más utilizado por los ciudadanos, para lograr la protección de los derechos fundamentales, ya que como lo señala López (2005) : “dada la naturaleza sui generis de la acción, su trámite no se sigue por los principios propios de un proceso normal, puesto que posee unos especiales de carácter constitucional tal como el de primacía constitucional; eficacia de los derechos fundamentales; procedencia; subsidiariedad; protección al derecho público subjetivo; carácter patrimonial, carácter judicial ; ausencia de informalidad y por último, no sujeto de tarifa probatoria”. (p.32). Es así como la Acción de Tutela se caracteriza por ser una herramienta muy singular y excepcional, ya que existe independientemente, sin mediar ningún proceso legal, en donde prima lo sustancial sobre las formalidades legales; en otras palabras, es una acción única en su tipo.

En este sentido es de suma importancia señalar la jurisprudencia constitucional colombiana referente a la naturaleza

jurídica, circunscrita en el fallo de la sentencia C- 531 de 1991:

La Acción de Tutela como tal tiene el carácter de fundamental toda vez que es el instrumento concebido por el constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse. El contenido y contornos esenciales de los derechos fundamentales y de sus garantías y mecanismos básicos de protección, se establecen y perfilan en la misma Constitución y ello evita que las leyes los relativicen. Vale decir, los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del legislador.

De tal modo que en Colombia, se ha consolidado a la Acción de Tutela como un mecanismo constitucional de aplicación inmediata, eficaz y real que propende por la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, a través de un pronunciamiento de un juez constitucional. Por eso, la constituyente del 91 revistió de estas funciones y permitió que muchos colombianos

accedieran a procedimientos legales de una manera más pronta e informal, ya que no se requiere ser abogado para presentarla.

Lo anterior, no es ajeno al contexto internacional de esta acción, ya que muchos Estados han incluido dentro de sus constituciones declaraciones de derechos y principios que han orientado el andamiaje constitucional y legal, a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, para originar coetáneamente la aparición de mecanismos constitucionales que propenden por la protección de estos derechos inalienables, en muchos países como México, Bolivia, Chile, Argentina, España, y Alemania, entre otros, subyace esta acción como el mecanismo judicial de Amparo, que aunque dada su naturaleza cultural, étnica y social, enmarca cierto grado de similitud dada la naturaleza misma de la acción.

De esta manera, de conformidad con la naturaleza cultural y con el fin de hacer un paralelo, se ha escogido a la legislación mexicana, que ha suscrito la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de la acción conocida como “Juicio de Amparo”, que por más de 100 años ha crecido de manera paulatina en la historia constitucional hasta llegar a ser el

principal medio de defensa con el que cuentan los mexicanos frente al poder público.

Aun cuando el nacimiento del amparo en México se ha situado siempre en la Constitución de Yucatán de 1841, en las constituciones federales previas se vislumbraban intentos de establecer una figura similar a lo que conocemos hoy en día como los medios de control constitucional o de la constitucionalidad de los actos de las autoridades.

Como lo señala, Castro (2006):

[...] la Constitución Federal de 1824 no consignaba un concreto instrumento jurídico para proteger las garantías individuales que, en cierta forma, establecía su propio texto, puesto que el artículo 137, fracción V, inciso sexto, otorgaba a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer de las infracciones a la Constitución y a las leyes generales, esta misma Constitución, en su artículo 24, ordena la primacía del pacto federal sobre las Constituciones de los estados. (p.213).

De esta manera en la Constitución Federal de 1824, se dio el primer paso para consolidar la Acción de Amparo, delimitando ésta al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, pero sin crear una ley reglamentaria que marcara las pautas que debía seguir la entonces Corte Suprema, para ejercer el control a las violaciones constitucionales, es así como "durante la vigencia de la Constitución de 1824, se plantearon temas esenciales respecto del control de la constitucionalidad, que definieron, más tarde, la fisonomía jurídica de nuestro Juicio de Amparo". (Noriega, 2009, p. 545). Los temas se circunscriben más a un precedente judicial que a una positivación del artículo de la Constitución, conllevando de esta manera a la creación de los precedentes judiciales mexicanos entorno a la protección constitucional de los derechos.

Ya con la Constitución de 1917, el 18 de octubre de 1919 se expide la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución, derogada posteriormente por la Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 10 de enero de 1936, que rigió de manera especial y privativa al Juicio de Amparo, y que en 1968 cambia de

nombre a Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que rige al día de hoy, desde luego con reformas y actualizaciones de acuerdo con las modificaciones constitucionales.

El Juicio de Amparo se consolidó como el medio de defensa más importante para combatir los actos autoritarios del poder público; sin embargo, en los últimos años se ha visto como un mecanismo en extremo formal y cerrado que dificulta en ciertos casos hacer efectivos los derechos y, en otros, los abusos del propio gobernado, es así como se pierde la esencia de este medio de defensa constitucional. Esta situación se debe en gran medida a que prácticamente en los últimos veinte años la legislación no se ha modificado ni ajustado a los cambios que la misma dinámica social exige, de ahí que la reforma constitucional de diciembre de 2010 y su consecuente Nueva Ley de Amparo (en discusión en el Congreso de la Unión) vienen a darle aire fresco y a hacerlo más asequible para el gobernador.

Sin entrar en detalles procesales y procedimentales, aun cuando las dos acciones tienen como finalidad la

protección de los derechos fundamentales, se desarrollan de manera distinta. Por un lado el juicio de amparo tiene que ser adelantado por un abogado de conformidad con las disposiciones del Estado en donde se realiza, de aquí se enmarca dicha acción en un halo de formalidad que la hace más demorada para contestar y resolver, así mismo ésta es más positivista ya que el desarrollo jurisprudencial de los tribunales es nulo, sobre pronunciamientos de fondo de este mecanismo constitucional.

Los derechos fundamentales protegidos por la Acción de Tutela en Colombia

Los derechos fundamentales son unas de las construcciones filosóficas más importantes dentro de la historia de la humanidad, ya que sin duda alguna pone en una verdadera relevancia al ser humano, por la lucha de su identidad, de su protección y más aun de su humanidad.

La conciencia universal de los derechos humanos se reivindica a través de la historia, según el planteamiento de Gómez (2008):

La conciencia clara y universal de la existencia de lo que hoy se

conoce por derechos humanos es propia de los tiempos modernos, es decir, es una idea que surge y se consolida a partir fundamentalmente del siglo XVIII, tras las revoluciones americana y francesa. Sólo a partir de aquí se puede hablar con propiedad de la existencia de los derechos humanos. Sin embargo, la reivindicación fundamental de lo que se quiere expresar con la idea de los derechos humanos se remonta a muy atrás en la historia, y atraviesa las diferentes culturas y civilizaciones. (p.23).

Se puede evidenciar de esta manera, el grado de desarrollo que originó la aparición de los derechos humanos y su posterior reconocimiento dentro de la historia de la humanidad, abriendo de esta manera una nueva ventana a la evolución cultural y social de los seres humanos, avanzando en contra de la desigualdad y la tiranía, creando de esta manera una luz de esperanza que guía la voluntad humana hacia un nuevo mundo.

Para comprender el proceso histórico que han tenido los derechos fundamentales enmarcados en los derechos humanos y

bajo la noción argumentada por Poveda (2008), quien manifiesta:

Derechos humanos positivizados, las distintas generaciones de derechos que conocemos han sido exploradas en la constitución y así ganando su espacio en la misma. Todo esto con un propósito sistematizador por parte del constituyente de 1991. Con rasgos de la constitución española y los *grundrechte alemanes*, la constitución colombiana ha elaborado un amplio y riguroso catálogo de derechos, cuyo objetivo central es la materialización de todas las garantías y libertades para los ciudadanos dentro del Estado colombiano. Este principal objetivo va de la mano con el propósito del Estado Social de Derecho, donde no solo el modelo de sistema jurídico esta de conformidad con el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y los tratados internacionales sobre la materia, sino donde el modelo económico responda a las necesidades reales de los asociados dentro de un

mismo territorio al que llamamos Colombia (p. 102).

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, colombiana, los ciudadanos pueden solicitar la protección judicial inmediata de los derechos fundamentales a través de la Acción de Tutela, sin embargo esta no define de manera explícita cuales son los derechos susceptibles de amparo, puesto que el único lineamiento esbozado es que tales derechos protegidos a través de la esta acción, serán todos aquellos en que la persona se vea seriamente amenazada y/o afectada.

En este orden de ideas es necesario señalar las diferentes clases de derechos fundamentales, para la cual se acogió el criterio propuesto por Chinchilla (1999) quien argumenta que puede hablarse de seis “tipos” de derechos fundamentales, los cuales son:

- (1) Derechos de aplicación inmediata enunciados en el artículo 85 de la Constitución.
- (2) Derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el juez, contenidos en el

Capítulo 1 del Título II de la Carta.

- (3) Derechos fundamentales por expreso mandato constitucional
- (4) Derechos que integran el bloque de constitucionalidad (*strictu sensu*)
- (5) derechos innominados
- (5) Derechos fundamentales por conexidad.” (p.92)

El artículo 2 del decreto 2591 de 1991, señaló lo siguiente: “La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión de esta decisión”.

Lo anterior, ilustra un catálogo abierto de derechos fundamentales como argumenta Quinche (2007): “Atendiendo al contenido del artículo 2 transcrito y a una interpretación histórica, sistemática y axiológica de la Constitución, la Corte Constitucional, desde sus inicios y de manera reiterada hasta la actualidad, ha sostenido que la Carta estableció un catálogo abierto de derechos

fundamentales. La tesis anterior es contraria a aquella, según la cual, los derechos fundamentales se limitan a aquellos contenidos expresamente en el Capítulo 1, del Título II, de la Carta, “De los Derechos Fundamentales” (p. 55).

Por estas razones, la Corte Constitucional con el fin de promover el principio de la seguridad jurídica, ha formulado una serie de criterios que sirve a todos los jueces de tutela para identificar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela, entendidos éstos como los contenidos no solo en la constitución, sino los aceptados por la legislación colombiana a través de acuerdos y tratados internacionales ratificados por Colombia.

El precedente jurisprudencial de las altas Cortes

El precedente jurisprudencial, según Díaz, implica (2008) “un conjunto de decisiones uniformes respecto a un mismo punto de derecho, lo que equivale a decir que éste nace cuando la *ratio decidendi* se reitera en varias providencias” (p.213). En el Derecho colombiano la jurisprudencia sólo constituye criterio auxiliar para el administrador de justicia, de invaluable apoyo para la actividad judicial (art. 230

Carta Política), sin que sea viable entender que existiendo precedente jurisprudencial, ello constituya fuente formal o material de ley o del derecho positivo. Son muchos los casos históricos en los cuales una posición jurisprudencial ha sido variada, al considerarse que el cambio responde en mejor forma a los principios del derecho y a los deberes del juez en pro de la justicia.

Sobre este tema señala Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 22 de julio de 2010:

En Colombia es claro que el legislador no hizo obligatoria la jurisprudencia, ya que expresamente le da el carácter de doctrina probable y señala que los jueces podrán o no aplicarla en casos análogos. No sobra recordar que por mandato constitucional, en nuestro país los jueces, para dictar sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. En síntesis, la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar de la actividad judicial, de modo que el juez al momento de fallar estudiará esta jurisprudencia y la acogerá si la encuentra

razonable, pero podrá separarse de ella si la encuentra irracional, ya que no está obligado a seguirla. En conclusión, teniendo en cuenta lo anterior, fue acertada la decisión del Magistrado Luis Rafael Vergara de no considerar las sentencias como pruebas documentales, sino como un criterio auxiliar que podrá aplicar en el momento procesal adecuado, en uso de su autonomía funcional.

Por lo tanto, cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. De esta manera la Corte Constitucional ha señalado que todo tribunal, y en especial el juez constitucional, deben ser consistentes con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional, según lo dispuesto en la Sentencia de unificación No. SU 047 de 1999 proferida por la Corte Constitucional con ponencia de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, y Alejandro Martínez Caballero:

En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico,

pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades.

En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.

Y, finalmente, como un mecanismo de control de la

propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos.

En consecuencia, es natural que en un Estado de Derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas, pero hay que entender que las circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales y geográficas cambian, lo que hace necesario que cambien también las posturas de los jueces.

Finalmente, en pronunciamiento más reciente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante Sentencia del 16 de febrero de 2012 con ponencia de William Zambrano Cetina, manifestó lo siguiente en relación con el Precedente Jurisprudencial:

Con el fin de reducir la judicialización innecesaria de

asuntos que los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones ya han definido en sentencias reiteradas y de evitar el desgaste que todo proceso judicial implica para los ciudadanos, el aparato judicial y la propia Administración, el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 establece que las entidades públicas de todo orden deberán tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales que, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos en relación, entre otras materias, con el reconocimiento y pago de pensiones. Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011, en la cual se advierte sobre el carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes jurisprudenciales fijados por los órganos de cierre de cada jurisdicción.

Frente al contenido normativo del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, se infiere que la fuerza asignada al precedente, implica que en los temas enunciados en

ella, las entidades públicas deberán observar obligatoriamente los fallos reiterados por cada jurisdicción; solamente podrán separarse de los mismos cuando exista una razón realmente seria y fundada que deberá motivarse expresamente en la decisión. Esta exigencia de motivación se encuentra especialmente reforzada, ya que si esas razones de mayor peso no existen o no se justifican suficientemente, las autoridades no podrán adoptar una decisión contraria al precedente que implique para los ciudadanos la necesidad de acudir a la jurisdicción a reclamar derechos que deberían estar protegidos en sede administrativa.

De otro lado, el carácter vinculante del precedente jurisprudencial y su función orientadora de las decisiones futuras en orden a satisfacer las necesidades sociales de seguridad jurídica e igualdad, no impide que las autoridades administrativas de manera seria y razonada busquen a través de los procesos judiciales el cambio del precedente o la unificación jurisprudencial cuando ella no exista; también podrán intentar que, en el caso de esta jurisdicción, el asunto sea conocido por la sala plena de lo contencioso administrativo para que esta se pronuncie por importancia jurídica o

transcendencia económica o social, situación que en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo admitirá solicitud de parte. Claro está que una vez unificado el precedente y salvo cambios normativos o en la jurisprudencia, la administración deberá proceder de conformidad con el precedente aplicable al caso, en tanto que éste constituye el sentido e interpretación que los diferentes operadores jurídicos deben darle a la ley.

De lo contrario, el precedente no tendrá ningún valor como mecanismo de realización del principio de igualdad y como referente de solución de decisiones futuras que no deben ser judicializadas innecesariamente. Así mismo, es importante resaltar que el precedente fijado por la jurisdicción ordinaria o por la contenciosa administrativa, no se vuelve vinculante para la otra, pues cada una, dentro de su propia autonomía, puede establecer las reglas de interpretación de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Lo anterior sin perjuicio, claro está, de que dentro de su propia autonomía, las jurisdicciones ordinaria y contenciosa puedan tener en cuenta lo dicho por la otra al resolver casos iguales o semejantes y que para tal fin los interesados puedan

invocar los precedentes que mejor respondan a sus intereses dentro del proceso. También es importante resaltar que los cambios de precedente no afectan las decisiones judiciales adoptadas con anterioridad, pues las mismas hacen tránsito a cosa juzgada.

El Consejo de Estado determinó que el precedente se debe unificar para proceder a la aplicación del mismo y que no obstante al no estar unificado si por Ley se ha establecido, se debe aplicar. Esta conclusión se debe tener en cuenta para el estudio que abordaremos a continuación pues se convertirán en el hilo conductor para encontrar la relación existente entre el precedente jurisprudencial y la manera como la aplican dentro de nuestro ardimiento jurídico.

La Acción de Tutela contra actos administrativos. El debate del precedente jurisprudencial.

El acto administrativo ha sido definido como “La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (García, 2001, p 540). Es claro que la definición mencionada es una de las

muchas concepciones entorno a la percepción de los actos administrativos, ya que son variadas e innumerables las formas en que la doctrina y la jurisprudencia han clasificado los actos de la administración, bien por su contenido, por la autoridad que interviene en su elaboración, por la mayor o menor discrecionalidad de quien lo expide o por la incidencia que tengan en la decisión final, entre otros factores.

Dentro de éste catálogo se ha diferenciado claramente los llamados actos administrativos de carácter general y los actos administrativos de carácter particular. Así, los llamados actos administrativos de carácter general, según lo enunciado por Sáenz (2008): “son aquellos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto, versados a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Puede existir un acto general que se dirija a algunas pocas personas o a ninguna en particular.”(p.23)

En este orden de ideas, la Acción de Tutela es improcedente para controvertir actos administrativos de carácter general.

Lo anterior, en razón de que para el efecto existen otros medios de defensa judicial, para controvertir actos administrativos de carácter general, el Decreto 2591 de 1991 prevé una causal específica de improcedencia, a saber, el numeral 5, del artículo 6.

Pero esta causal en estudio, no puede acogerse de manera absoluta, ya que de conformidad con lo señalado en las sentencias de la Corte Constitucional T-359 de mayo 11 de 2006, magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-1073/07, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil y T-004/11, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez:

.... en ocasiones el acto general puede conducir a la violación o amenaza de derechos fundamentales, si de su aplicación se sigue una afectación de esa naturaleza y siempre que la no intervención oportuna del juez constitucional conduzca a la realización de un perjuicio irremediable. Para la Sala la posibilidad de que la tutela proceda contra actos generales puede igualmente sustentarse en la salvaguarda de la supremacía normativa de la

Constitución (artículo 4), cuando se logre advertir que el contenido de las prescripciones del acto general se oponen a los dictados de la Constitución, sin que sea suficiente esa sola circunstancia porque a ella deberá adicionarse la efectiva violación o amenaza de los derechos fundamentales del actor, así como la inminencia de un perjuicio irremediable, ya que al no darse la urgente intervención del juez constitucional, se daría la lesión irremediable de estos.

Este precedente jurisprudencial de la Corte desencadenó dentro de la misma corporación la excepción, frente a la procedencia de la Acción de Tutela contra actos administrativos de carácter general, ya que a partir de esta se ha generado un desarrollo jurisprudencial entorno al asunto. Esta apreciación fue acogida de manera íntegra por el Consejo de Estado, quienes han utilizado esta doctrina jurisprudencial para fallar entorno a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter general. Evidencia en incontables sentencias, entre las que se encuentra la sentencia del dieciséis de (16) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 68001-

23-31-000-2011-01088-01(AC) y Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, la cual señala de manera clara y precisa, lo inscrito por la Corte Constitucional, agregando:

En efecto, cuando una persona acude a la Acción de Tutela para cuestionar un acto de carácter general, impersonal y abstracto, pero no con la pretensión de obtener un pronunciamiento de esas mismas características sobre la conformidad o no del acto con la Constitución, sino para prevenir que le sea aplicado, subyace así en una hipótesis distinta a la prevista en la ley sobre la improcedencia de la Acción de Tutela.

Así las cosas se observa la actuación del particular afectado, se dirige en este caso, no a obtener la declaratoria de inconstitucionalidad del acto general, sino a prevenir que el mismo sea aplicado en su caso, que en relación con ese particular, se materialicen sus efectos lesivos de derechos fundamentales, y por tanto un perjuicio irremediable.

En este orden de ideas, el perjuicio irremediable, a su turno, ha sido

entendido según lo enunciado por Burbano (2005) “como aquel que presente las siguientes características”:

- ❖ Por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente.
- ❖ Por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad.
- ❖ Porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes y porque la Acción de Tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.

Esta doctrina ha sido reiterada y acogida en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa; SU-544 de 2001, Magistrado ponente, Eduardo Montealegre Lynett; T-983 de 2001, Magistrado Ponente, Álvaro Tafur Galvis; entre otras. Señalando las características mínimas en

las que debe estar revestido el perjuicio irremediable. Por lo tanto, cuando se evidencie que se está ante la amenaza de un perjuicio irremediable, que ponga en grave estado de consecuencia la vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela es procedente contra un acto administrativo de carácter general, aun cuando el interesado tenga a su disposición otros medios de defensa y pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, al respecto del tema ha sentado su presente jurisprudencial. A partir del texto del artículo 86 de la Constitución se han establecido unos criterios acerca de las modalidades de afectación de derechos fundamentales, dentro de los que se destacan los siguientes puntos según la sentencia de unificación No. SU 047 de 1999, que señala:

- I. Tanto la vulneración como la amenaza de los derechos fundamentales son conceptos autónomos que están comprendidos en el alcance del artículo 86 superior, como formas de afectación de los derechos fundamentales...

Mientras la vulneración lleva implícito el concepto de daño o perjuicio, la amenaza es una violación potencial que se muestra como inminente y próxima... Se “vulnera un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado y se amenaza un derecho cuando ese mismo bien sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua”.

- II. Para que se configure la hipótesis jurídica de una amenaza a los derechos fundamentales “... se requiere la confluencia de elementos subjetivos - convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro - como objetivos - condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro.”

Estas concepciones ideológicas son pasos del ordenamiento jurídico a un cambio de paradigmas, ya que es claro el importante papel que ha tomado la constitución, en este último lustro, permeando de manera efectiva todas las segmentaciones del derecho, guiada por la premisa que la circunscribe como la norma de normas, permitiéndonos el avance hacia el

camino del Neoconstitucionalismo, que se fortalece aún más, de todos los derechos que la Constitución consagra.

Pero este avance debe hacerse de una manera más ortodoxa, coherente y ordenando, que permita la correcta transición de nuestra tradición positivista, que lleva irradiando durante las últimas décadas, un sesgado sentido a la interpretación taxativa de la ley; esto hace que la confrontación de validez del precedente jurisprudencial frente a la aplicación de la ley preestablecida, genere un sentimiento de inseguridad jurídica en los ciudadanos, ya que sienten que los jueces y magistrados, de manera caprichosa y arbitraria contradicen los mandatos de la ley.

En este orden de ideas, es necesario que el orden jurídico y, así, la ley y las decisiones judiciales, tengan un mínimo de continuidad, incluso porque para que el Estado de Derecho no sea “Estado provisorio”, incapaz de imponerse en tanto orden jurídico dotado de eficacia y potencialidad delante de los ciudadanos, ya que esta seguridad jurídica es un principio mínimo de garantía frente a los ciudadanos, así como Sarlet (2011) estima:

Considerando que también la seguridad jurídica coincide con una de las más profundas aspiraciones del ser humano, viabilizando, mediante la garantía de una cierta estabilidad de las relaciones jurídicas y del propio orden jurídico como tal, tanto la elaboración de los proyectos de vida, bien como su realización, desde luego es perceptible lo mucho que la idea de seguridad jurídica se encuentra umbilicalmente vinculada a la propia noción de dignidad de la persona humana. (p.11)

En este contexto se fundamenta que el derecho de un país no estará suficientemente respetado y protegido, en un lugar donde las personas sientan estar siendo alcanzadas por un alto grado del nivel de inestabilidad jurídica, lo cual genera desconfianza en las instituciones sociales y estatales, en lo referente a las posiciones jurídicas de los tribunales del país.

CONCLUSIONES

La Acción de Tutela es un medio eficaz para controvertir actos administrativos de

carácter general e impersonal, pero solo de manera transitoria, cuando este acto amenace con su aplicación derechos fundamentales de los ciudadanos, permitiendo de esta manera que la transición para la aplicación del medio de control no sea traumática para el accionante, salvaguardando así derechos fundamentales. No obstante, aunque el eje temático gira entorno a la efectividad de la acción, después de desarrollar la investigación, se puede concluir también:

Primero: indispensable reconocer que las nuevas potestades concentradas de jurisdicción que tiene la Corte Constitucional, determina en la actualidad el importante papel de la jurisprudencia, ya que este ha tenido el rol no sólo interpretativo de la Carta Fundamental, sino también generador de validez constitucional, ello queda refrendado por el hecho que sus resoluciones dan un sentido interpretativo a la Constitución, sin perjuicio, de existir también mecanismos que permiten que las sentencias del Tribunal Constitucional tengan un efecto anulatorio similar a la derogación de las leyes.

Segundo: se observa que existe un el peligro al instrumentalizar maliciosamente los procesos

constitucionales como vías extraordinarias para impugnar resoluciones judiciales y administrativas o decisiones particulares, cuando una parte ha sido vencida en el proceso o cuando omisivamente no ha recurrido contra la misma en el mismo proceso; más aún, la Acción de Tutela ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia en un país que sólo tiene tres.

Tercero: no sería legítimo eliminar o reducir la protección de los derechos fundamentales que subyacen de la acción de tutela, el cual propende la protección de los derechos fundamentales y los derechos conexos a ellos de las personas, pero si sería necesario fijar ciertos límites, para así evitar la inseguridad jurídica dentro de nuestro ordenamiento político. Si bien es cierto nuestro derecho a evolucionado, hemos dejado atrás el Sistema Romano Germánico o Sistema Continental, donde la Jurisprudencia ocupa un papel secundario o auxiliar a la hora en la cual los jueces toman sus decisiones, puesto que la Ley se erige como la principal fuente del Derecho, a un sistema neoconstitucionalista en donde el precedente jurisprudencial ha tomado una gran importancia a tal punto de dejar de ser un criterio secundario o auxiliar , a

fuente de auténtico derecho constitucional.

Cuarto: Aunque la Jurisprudencia y la legislación en la materia han intentado crear un sistema en materia de precedentes jurisprudenciales aplicables a todas las jurisdicciones, él mismo carece de unificación, situación que no corresponde con el criterio y fin último de este concepto, el cual es la seguridad jurídica y confianza legítima.

BIBLIOGRAFÍA

- (I). BERNAL, CARLOS. (2009) *El Derecho de los Derechos*. Quinta Reimpresión. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia
- (II). BOTERO MARINO, CATALINA.(2009). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá DC: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura.
- (III). BURBANO BENAVIDEZ, CLAUDIA. (2005). *La doctrina de la vía de hecho y su aplicación por las altas cortes del país*. Bogotá DC: Ediciones universidad de los Andes.
- (IV). CASTILLO CADENA, FERNANDO. (2011). *La Incidencia De La Acción de Tutela En La Implementación de*

- Las Políticas Públicas*. Bogotá: ED Ediciones.
- (V). CASTRO, JUVENTINO V. (2006). *Garantías y amparo*, 14a. ed., México, p. 341. Editorial Porrúa.
- (VI). CHINCHILLA HERRERA, TULIO ELÍ (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, E. Temis, Bogotá, , pp. 55 y 92.
- (VII). DÍAZ SASTRE, S. (2008). *El precedente administrativo: fundamentos y eficacia vinculante*. España: Marcial Pons. p 221.
- (VIII). GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. (2001) *Curso de Derecho Administrativo I*. Civitas Ediciones. Madrid. España. p. 540
- (IX). GÓMEZ ISA, FELIPE. (2008). *Derechos Humanos: Concepto y Evolución*. Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Madrid. España. p. 23.
- (X). LÓPEZ IBARTE, RODRIGUEZ. (2011). *La Noción de Principios y Valores en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Medellín – Colombia: Revista Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas. Vol. 41, No. 114 / p. 41-76, ISSN 0120-3886
- (XI). MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN (2009). *Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia*: Bogotá DC: en *Tendencia* No. 9.
- (XII). NORIEGA, ALFONSO. *Lecciones de amparo*, 9a. ed., Porrúa, México, 2009, p. 674.
- (XIII). QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL FERNANDO. (2007). *Vías de hecho acción de tutela contra providencias*. Bogotá DC: Colección de Textos de Jurisprudencia Editorial Universidad del Rosario.
- (XIV). POVEDA, XIMENA y RAMÍREZ, NÉSTOR. (2008). *Principales derechos invocados en las acciones de tutela en Colombia*: Bogotá DC Corporación Excelencia en la Justicia.
- (XV). SARLET, INGO WOLFGANG. (2011) *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, *Revista de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. RT, v. 57, 2011, p. 11.*
- (XVI). SÁENZ, ÁNGEL RAFAEL. (2009). *Acción de tutela contra actos generales, impersonales y abstractos*. Bogotá DC *Revista Derecho del Estado* n.º 21.
- (XVII). CONSEJO DE ESTADO, *sala de lo contencioso administrativo, seccion quinta, consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo, bogotá, d.c., catorce (14) de abril de dos mil once (2011), radicación: 05001-23-31-000-2011-00131-01(ac), actora: Maria Clara Aramburo Penagos, demandado:*

*Ministerio De La Protección
Social Y Otro*

los doctores Carlos Gaviria Díaz y
Alejandro Martínez Caballero

(XVIII). Sentencia C-620 de 2004,
M.P. Jaime Araujo
Rentería. Sentencia de
unificación No. SU 047 de 1999
proferida por la Corte
Constitucional con ponencia de