



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES  
DEL  
CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA DE TUTELA  
TOMO CXXX

1992

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES  
DEL  
CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA DE TUTELA  
TOMO CXXX

1992

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

**IMPRESO EN COLOMBIA**

**PRINTED IN COLOMBIA**

---

Impreso en los Talleres Gráficos de Canal Ramírez Antares Ltda, – Santafé de Bogotá, D.C.

# CONSEJO DE ESTADO

## CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

1992

Presidente

*Alvaro Lecompte Luna*

Vicepresidenta

*Clara Forero de Castro*

Secretaria General

*Nubia González Cerón*

### SECCION PRIMERA

Ernesto Rafael Ariza Muñoz

*Presidente*

Miguel González Rodríguez  
Libardo Rodríguez Rodríguez  
Yesid Rojas Serrano

SECRETARIO: *Víctor Manuel Villaquirán Mazorra (Hasta abril 19).*

SECRETARIA: *Katerine Karakalpakis Calderón (Desde abril 20).*

### SECCION SEGUNDA

Joaquín Barreto Ruiz

*Presidente*

Clara Forero de Castro  
Dolly Pedraza de Arenas  
Alvaro Lecompte Luna  
Diego Younes Moreno  
Reynaldo Arciniegas Baedecker (Hasta octubre 15).  
Carlos Arturo Orjuela Góngora (Desde octubre 16).

SECRETARIA: *Eneida Wadnibar Ramos.*

### SECCION TERCERA

Daniel Suárez Hernández  
*Presidente*

Julio César Uribe Acosta  
Carlos Betancur Jaramillo  
Juan de Dios Montes Hernández

SECRETARIA: *Ruth Stella Correa Pala-*  
*cio.*

### SECCION CUARTA

Consuelo Sarria Olcos  
*Presidenta*

Guillermo Chahín Lizcano  
Jaime Abella Zárate  
Carmelo Martínez Conn

SECRETARIO: *Jorge A. Torrado Torra-*  
*do.*

### SECCION QUINTA

Luis Eduardo Jaramillo Mejía  
*Presidente*

Miren de la Lombana de Magyaroff  
Amado Gutiérrez Velásquez  
Jorge Penen Deltieure (Hasta noviembre  
24)  
Miguel Viana Patiño (Desde noviembre  
25).

SECRETARIO: *Octavio Galindo Carrillo.*

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Jaime Betancur Cuartas  
*Presidente*

Humberto Mora Osejo  
Javier Henao Hidrón  
Jaime Paredes Tamayo (Hasta octubre  
15).  
Roberto Suárez Franco (Desde octubre  
16)

SECRETARIA: *Elizabeth Castro Reyes.*

### FISCALIAS

- 1a. Libia Zuluaga Uribe
- 2a. Edné Cohen Daza
- 3a. Jaime Ossa Arbeláez
- 4a. Jairo Maya Betancourt.
- 5a. María Eugenia Samper Rodríguez
- 6a. Margarita Olaya de Obando
- 7a. Gloria Aldas Gracia  
(hasta junio 30)
- Luz Stella Peña - Encargada  
(Desde julio 1o.)
- 8a. Luz Stella Peña
- 9a. Inés Hurtado Cubides
- 10a. Fernando Ospina Henao

### RELATORES

María del Pilar Espinosa Salazar  
Danilo Rojas Betancourth

**JURISPRUDENCIA**

**DE**

**TUTELA**



**ACCION DE TUTELA— Improcedencia/DAÑO CONSUMADO/PERJUICIO IRREMEDIABLE— Inexistencia/CADUCIDAD/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**

Si el desvinculado dispone de un medio de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y, además, el perjuicio que se le causaría no es irremediable, es evidente en tal caso, que no es procedente la acción de tutela a términos del inciso tercero del artículo 86 de la Constitución. Pero menos aún, cuanto se ha dejado vencer el término que la ley concede para utilizar el medio de defensa judicial, por cuanto la protección constitucional debe ser inmediata.

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia/DERECHO AL TRABAJO/DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA**

Teniendo en cuenta que el derecho impetrado es de índole laboral, la Sala debe observar en primer término que si bien es cierto el trabajo es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, también lo es, que por disposición del artículo 85 ibídem, él no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata, vale decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. AC-007. Actor: José Joaquín Guerrero Villamil.

Conoce la Sala de la impugnación formulada mediante apoderado por JOSE JOAQUIN GUERRERO VILLAMIL, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 12 de noviembre de 1991, que declaró improcedente la acción de tutela por él promovida, tendiente a que se le amparara en sus derechos presuntamente quebrantados por el “Despido injusto al que fue sometido, restableciéndolo en su cargo, e indemnizándolo en todos los salarios caídos hasta la fecha del reintegro”.

El accionante relató que fue nombrado en la Contraloría Departamental de Boyacá como Auditor, cargo que desempeñó con lujo de detalles y sin que se le hubiera investigado disciplinariamente; que después de haber sido ascendido y haber adelantado algunas investigaciones se le comunicó que por medio de la resolución número 354 del 21 de febrero de 1991 se le había declarado insubsistente su nombramiento; que la persona nombrada en su reemplazo no reunía los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del cargo: que lo anterior demuestra las intenciones políticas de su remoción y que al advertirse al jefe de personal, presurosamente se removió a la persona reemplazante por otra, cuatro días después de vinculada; finalmente afirma que en su contra se urdió una maniobra de tinte político, como consecuencia de haberse opuesto a aprobar una orden de compra para el municipio, lo cual dio lugar a que un concejal, con la intervención de un diputado pidiera, y consiguiera su remoción.

Además, el accionante manifestó que en el momento de presentar su solicitud no tiene otro medio de defensa, pues su anterior apoderado dejó caducar los términos legales para que la demanda hubiera sido admitida por el mencionado Tribunal.

El Tribunal del conocimiento declaró improcedente la acción, conforme se dijo, por considerar que el afectado en su oportunidad dispuso del medio de defensa judicial contemplado en el C.C.A. —la acción de nulidad y restablecimiento del derecho— cuya caducidad de ninguna manera lo habilita para acudir a la acción de tutela “realmente consagrada para la protección de derechos constitucionales fundamentales, carentes de desarrollo legal en cuanto a defensa de índole judicial se refiere, y no para enmendar omisiones de los interesados para obtener tal defensa”.

Para resolver se considera:

1. Lo primero que advierte la Sala es la circunstancia de haberse impetrado el amparo de tutela antes de que el instituto hubiera tenido reglamentación legal, lo cual justifica en gran medida los desenfoques de la solicitud.

2. Teniendo en cuenta que el derecho impetrado es de índole laboral, la Sala debe observar en primer término, que si bien es cierto el trabajo es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política,

también lo es, que por disposición del artículo 85 de la Carta, él no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata; vale decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley.

3. En armonía con lo anterior, cuando la administración incurre en ilegalidad al desvincular a un empleado público, de conformidad con nuestro ordenamiento legal éste puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que generalmente implica el reintegro al servicio y el pago de los haberes dejados de percibir.

En este evento el presunto perjuicio no es irremediable, porque en últimas el empleado no sólo recibe todos los sueldos y demás derechos laborales dejados de percibir, sino que además, es incorporado al servicio, entendiéndose para todos los efectos legales que no ha sido desvinculado, lo cual da lugar a la primera causal de improcedencia de la tutela, prevista en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Extraordinario 2591 de 1991.

4. Si el desvinculado dispone de un medio de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y, además, el perjuicio que se le causaría no es irremediable, es evidente en tal caso, que no es procedente la acción de tutela a términos del inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política.

5. Pero menos aún, cuando se ha dejado vencer el término que la ley concede para utilizar el medio de defensa judicial, como ocurrió en el caso del solicitante, por cuanto la protección constitucional debe ser inmediata; y ello implica, necesariamente, que de existir ese medio, aquel término debe estar vigente, entre otras razones, para que de ser procedente la acción de tutela pueda intentarse como mecanismo transitorio (artículo 8 del mismo decreto).

La expresión en todo momento, que trae el artículo 1o. del decreto 2591 de 1991, significa que la solicitud de tutela puede formularse cuandoquiera que el derecho fundamental esté siendo vulnerado o amenazado. Sin embargo, ello no se traduce en que frente a esta acción hayan desaparecido los términos de caducidad que para el ejercicio de las acciones legales ha establecido el legislador; pues es de la esencia de esta acción, que la violación o amenaza sea actual, es decir, que sea real o exista en el momento en que se formule la solicitud. Es por ello, que el artículo 6-4 establece que la acción no procede "cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho". Sostener la tesis contraria, que la solicitud de tutela es procedente aunque ya haya caducado la acción, conduciría a revivir situaciones consumadas que ni siquiera fueron objeto de debate judicial, atropellando y desconociendo uno de los pilares sobre los cuales descansa todo estado

de derecho: el de la certeza jurídica; y ese no puede ser el alcance del instituto contenido en el artículo 86 de nuestro ordenamiento constitucional.

6. De otro lado, entiende la Sala que cuando el artículo 80. del decreto 2591 establece el término de cuatro meses como máximo para iniciar la acción judicial, no es que esté creando un plazo nuevo de caducidad si ésta ya hubiera ocurrido, sino restringiendo a ese lapso el que fuere superior en la hipótesis allí prevista.

De conformidad con lo expresado, la Sala confirmará la providencia impugnada.

7. Debe anotarse finalmente que, según lo expresado por el apoderado del impugnante, éste carece de otro medio de defensa porque "su anterior apoderado dejó caducar los términos legales para que la demanda hubiera sido admitida" por el Tribunal, de donde se infiere que cualquier perjuicio que de tal conducta omisiva se pudiere derivar para el actor, correspondería resarcirlo a su apoderado que incurrió en negligencia.

Como tal afirmación está amparada por la presunción de la buena fe a la luz del artículo 83 de la Carta, y la incuria del apoderado podría constituir violación de sus obligaciones como tal, habrá de ordenarse que se compulsen copias para que se investigue su conducta y se le sancione si a ello hubiere lugar.

En mérito de lo dicho, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la providencia proferida el doce de noviembre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la acción de tutela promovida por JOSE JOAQUIN GUERRERO VILLAMIL, contra la decisión que lo desvinculó del cargo de Auditor VI-26 de la Contraloría General de Boyacá.

Cópiese y notifíquese esta providencia y, una vez ejecutoriada, dentro de los diez días siguientes remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia. Compúlsense copias para que por parte del Tribunal Disciplinario o el Consejo Superior de la Judicatura, si para entonces ha entrado en funcionamiento, se investigue la conducta del apoderado a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

Aprobada en la Sala del día veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Vicepresi-  
te; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Er-  
to Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo,  
ilermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel  
nzález Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo  
eja, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández,  
ily Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodrí-  
ez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez  
riández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en sentencia de junio 18 de 1992.  
Exp. AC-149. Actor: Héctor Alfonso Velásquez Reyes. Ponente: Dra.  
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

## **COMPETENCIA DE TUTELA/COMPETENCIA ESPECIAL/TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Trámite**

En tratándose de la competencia para conocer de la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 40 dispone dos reglas: La del superior jerárquico (inciso 1o.) y la de la Sala o Sección que le sigue en orden (inciso 3o.). Entiende la Sala que el inciso primero establece una regla de competencia para los jueces superiores y las corporaciones judiciales que tienen superior jerárquico y que la regla del inciso tercero es aplicable a las corporaciones que no lo tienen, es decir, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, respecto de las cuales, precisamente por no tener superior jerárquico, sería imposible la observancia de la regla primera.

## **TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Improcedencia /EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/TUTELA TRANSITORIA— Improcedencia**

Las características que la norma constitucional otorga a la nueva institución pertenecen a su esencia y son desconocidas por el legislador extraordinario al instituir la tutela contra las sentencias y providencias judiciales en firme o como medio de impugnación pendiente. 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 su derecho y que lo ejercitó efectivamente bien como demandante o como impugnante hasta agotarlo. Tampoco resulta viable constitucionalmente interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio, conjuntamente con los recursos ordinarios o con otros medios de defensa judicial.

*Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Santafé de Bogotá, D.C., enero veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-009. Actor: Jesús María Moreno Rodríguez.

El ciudadano JESUS MARIA MORENO RODRIGUEZ interpone ante esta Corporación acción de tutela contra la sentencia de octubre 25 de 1991, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Citó el accionante como derechos fundamentales vulnerados los consagrados en los artículos 25, 29 y 90 de la Constitución Nacional.

#### HECHOS:

Los hechos relatados en el libelo pueden resumirse así:

1. El demandante laboró en la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá por un lapso de 12 años aproximadamente.
2. Con fecha septiembre 3 de 1980 fue instaurada denuncia en averiguación de responsables por los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos a cuya investigación fue vinculado el accionante junto con otros funcionarios. A su vez la Personería Distrital adelantó la correspondiente investigación administrativa que culminó con la Resolución 151 de octubre 21 de 1981, por medio de la cual se solicitó la destitución de quienes fueron vinculados a la investigación. La destitución se hizo efectiva por Decreto 224 de noviembre 18 de 1991 de la Tesorería Distrital.
3. La Contraloría Distrital, por su parte, adelantó igualmente investigación que culminó con el aviso de observaciones 003 de febrero 26 de 1981 y el posterior auto de fenecimiento 005 de abril 15 de 1981, confirmado por auto 048 de mayo 7 de 1981, decisión que más tarde fue anulada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca mediante fallo de noviembre 17 de 1988.
4. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso penal adelantado, sobreseyó definitivamente al actor.
5. Como consecuencia de lo anterior, el actor, presentó demanda contra el Decreto 224 de noviembre 18 de 1981, ante el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca, proceso que culminó con sentencia inhibitoria por haberse encontrado fundada la excepción formulada de ineptitud sustantiva de la demanda.

6. Como contra esta sentencia no procede recurso de apelación por razón de la cuantía, presenta la impugnación a través de la acción de tutela.

### **PRETENSIONES:**

Se contraen las pretensiones del accionante a la declaratoria de nulidad del Decreto 224 de 18 de noviembre de 1981, por medio del cual fue destituido del cargo y como consecuencia pide se le reintegre al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; que se condene al Distrito Especial de Bogotá a pagar todos los emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue suspendido temporalmente del cargo; que se declare que por el mismo período no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por él para todos los efectos legales incluido el pago de prestaciones sociales y, por último, que se condene al Distrito a pagar la suma de mil gramos oro por perjuicios morales sufridos.

### **COMPETENCIA:**

Ante todo debe la Sala definir si es o no competente para conocer de la acción de tutela interpuesta contra sentencia proferida por una de las secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En tratándose de la competencia para conocer de la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 40 dispone dos reglas: la del superior jerárquico (inc. 1o.) y la de la sala o sección que le sigue en orden (inc. 3o.). No señala la norma, sin embargo, si el inciso tercero es una excepción a la regla general del inciso primero o si se aplica a corporaciones diferentes a las señaladas en éste, por lo cual la norma resulta contradictoria y debe la Sala interpretarla atendiendo el sano criterio de hermenéutica jurídica de que toda norma debe tener un efecto.

Así, entiende la Sala que el inciso primero establece una regla de competencia para los jueces superiores y las corporaciones judiciales que tienen superior jerárquico y que la regla del inciso tercero es aplicable a las corporaciones que no lo tienen, es decir, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, respecto de las cuales, precisamente por no tener superior jerárquico, sería imposible la observancia de la regla primera. Para ello la Sala hace abstracción de que en el inciso primero se hace mención expresa tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado.

Decide por tanto la Sala asumir la competencia para conocer de la acción de tutela propuesta y a ello procede, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES:

De conformidad con los hechos relatados en el libelo y en la copia que se aportó de la sentencia impugnada, el accionante interpuso acción contencioso administrativa con el objeto de obtener la nulidad del Decreto 224 de 18 de noviembre de 1981 por medio del cual se le destituyó del cargo que desempeñaba entonces en la Tesorería Distrital y, como restablecimiento del derecho, su reintegro, el pago de todos los emolumentos dejados de percibir, la declaración de que no ha existido solución de continuidad entre la destitución y el reintegro, y el pago de los perjuicios morales sufridos por razón de la destitución.

Rituado el proceso, el Tribunal falló en única instancia declarando fundada la excepción propuesta de ineptitud sustantiva de la demanda e inhibiéndose de resolver en el fondo la cuestión planteada.

Dice el accionante que como lamentablemente por razón de la cuantía el negocio no podía ser llevado ante el Consejo de Estado, se acoge a la acción de tutela y pide sean restablecidos sus derechos injustamente negados, para lo cual formula las mismas pretensiones de su fallida demanda.

Como puede observarse, el accionante hace uso de la acción de tutela ante el fracaso de la acción contencioso administrativa que había intentado, o sea como un recurso que reemplace el de alzada que legalmente no procede por ser un negocio de única instancia.

Por tratarse de una institución nueva y de jerarquía constitucional, la Sala debe tener sumo cuidado en examinar si la acción así interpuesta reúne los elementos esenciales señalados por la propia Constitución.

Esta precisión es pertinente ab initio, porque examinado el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta el artículo 86 de la Carta y consagra expresamente la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen término a un proceso (arts. 11 y 40) encuentra la Sala que sus prescripciones contrarían el precepto constitucional como a continuación se demuestra.

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 tu-

tela para conformar una figura específica para el caso colombiano, que complemente 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 acción o la omisión de una autoridad pública...

Debe recalcar el carácter transitorio de la decisión del juez y el hecho de que en la misma no se defina el fondo del asunto. Estamos frente a un mecanismo excepcional y sumario para una protección inmediata de los derechos, dejando a salvo la posibilidad que tienen las partes para recurrir a las vías ordinarias cuando ello sea necesario para la definición del derecho controvertido...

“Con el criterio de simplificar el artículo, en la Comisión se suprimieron ciertos aspectos. Unos, como la referencia a los derechos colectivos, porque serán protegidos de manera especial mediante la consagración de las acciones populares. Otros, porque se considera que hacen parte de la naturaleza de la institución y no requieren por lo tanto enunciarse expresamente; tal el caso de la no procedencia de la acción frente a las situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada...

“En estos últimos casos es evidente que ya no cabe la protección inmediata de los derechos bien sea porque lo procedente es intentar una acción ordinaria de reparación, o porque ya hay una decisión definitiva de autoridad competente sobre la materia objeto de la controversia, y la acción de tutela no tiene —como en ocasiones sí ocurre con el llamado recurso de amparo—, el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. Por esta razón, consideramos conveniente insistir en que este inciso se suprimió simplemente para simplificar el artículo pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión”.

(Gaceta constitucional No. 77, 20 de mayo de 1991, pág. 9 y 10).

Con estas explicaciones fue aprobado el artículo 86 de la Carta y se consagró la tutela como una ACCION JUDICIAL tendiente a obtener protección INMEDIATA de derechos constitucionales fundamentales, a través de un PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO, procedente SOLO cuando el afectado NO DISPONGA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JU-

DICIAL, salvo que se utilice como medio para precaver un perjuicio irreparable, en cuyo caso debe utilizarse únicamente como MECANISMO TRANSITORIO.

Para el caso que ocupa a la Sala debe destacarse la condición que impone el precepto de carencia de otro medio judicial de defensa, que es lo que hace que sea una acción subsidiaria y residual, es decir, que solamente procede a falta de otro medio de defensa y siempre que el derecho fundamental no esté protegido por acción judicial diferente.

También debe destacarse que cuando excepcionalmente puede salvarse esta condición de procedibilidad para evitar un perjuicio irremediable, la tutela es simplemente preventiva, provisional y eminentemente transitoria, lo que quiere decir que procede MIENTRAS se pone en movimiento el medio de defensa judicial ordinario.

Las características destacadas que la norma constitucional otorga a la nueva institución pertenecen a su esencia y son desconocidas por el legislador extrarordinario al instituir la tutela contra las sentencias y providencias judiciales en firme o con medio de impugnación pendiente (arts. 11 y 40).

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 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.

Por otra parte, tampoco resulta viable constitucionalmente interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio, conjuntamente con los recursos ordinarios o con otros medios de defensa judicial, (art. 40 párrafo 1o., inc. 2o.), porque aun cuando todavía no se haya dictado providencia definitiva, la existencia del proceso en curso hace inoperante el instrumento transitorio que, como anteriormente se anotó, dentro de los lineamientos constitucionales no es paralelo y sólo es viable hasta cuando asume el conocimiento el juez ordinario.

En este orden de ideas cabe concluir que el Decreto 2591 al establecer la acción de tutela contra sentencias y providencia 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.

Igualmente desborda el precepto constitucional al reglamentar la tutela como mecanismo transitorio, toda vez que al prolongar sus efectos hasta la

decisión de fondo del proceso ordinario (art. 8o.) y al permitir que se utilice contra providencias judiciales cuando el proceso aún se encuentra en curso (art. 40), transforma lo que se concibió como una medida cautelar, provisional y limitada en el tiempo, en una institución paralela y concurrente con las acciones ordinarias.

La acción de tutela tal como aparece desarrollada en el Decreto 2591 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.

Vista la contrariedad del Decreto 2591 de 1991 con el precepto constitucional en cuanto consagra la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen término a un proceso (arts. 11 y 40), debe la Sala dar aplicación al artículo 4o. de la Constitución Política que le obliga en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley a aplicar las disposiciones constitucionales.

Ello implica que al aplicar el artículo 86 de la Carta tenga que inadmitir la acción de tutela incoada contra la sentencia judicial en firme, que falló el proceso contencioso administrativo promovido por el mismo accionante para obtener el restablecimiento del derecho cuya tutela, hoy reclama.

En mérito de lo expuesto, la Sala

#### RESUELVE:

INADMITESE la acción de tutela interpuesta por JESUS MARIA MORENO RODRIGUEZ contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

NOTIFIQUESE esta decisión al interesado y devuélvase el expediente sin necesidad de desglose.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión del día veintiuno (21) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Aclara Voto; Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía,*

*Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Aclara Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

NOTA DE RELATORIA: Esta tesis ha sido reiterada en las siguientes providencias de Sala Plena Contenciosa: Febrero 4 de 1992, Exp. AC-013, Actor: Municipio de Condoto. Ponente: Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER. Enero 31 de 1992. Exp. AC-010; Actor: Abelardo Pulido. Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

**TUTELA CONTRA SENTENCIAS/CONSEJO DE ESTADO/ PRINCIPIO DE JERARQUIA/ TUTELA TRANSITORIA (Aclaración de Voto)**

En principio, el Consejo de Estado no es el juez de la acción de tutela, sino de la impugnación, por cuanto carece de superior jerárquico. Aunque todo da a entender que la acción de tutela no está dirigida contra las sentencias, puede pensarse que frente a los errores judiciales flagrantes, en especial en materia penal, sea posible pero sólo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso concreto so pretexto de la acción de tutela se trata de revivir un debate ya cubierto por la cosa juzgada; la lesión del derecho fundamental, si la hubo, no la produjo la sentencia, máxime porque fue inhibitoria, sino los actos que fueron juzgados y que ya, en razón de la caducidad, se volvieron irrevisables jurisdiccionalmente.

Aclaración de Voto.— *Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo.*

Consejero ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente AC-009. Actor: Jesús María Moreno Rodríguez.

Los suscritos, Juan De Dios Montes Hernández y Carlos Betancur Jaramillo, en forma comedida expresamos los motivos que nos llevan a discrepar de algunas reflexiones hechas en la decisión mayoritaria.

Compartimos la parte resolutive de la misma, aunque técnicamente ésta debió contener en primer término la declaratoria de inaplicación de los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991.

Frente a la motivación estimamos: a) En principio, el Consejo de Estado no es el juez de la acción de tutela, sino de la impugnación. Esto porque carece de superior jerárquico, según la misma Carta constitucional, la que en su artículo 237 lo califica como el juez supremo de lo contencioso administrativo. b) Aunque todo da a entender que la acción de tutela no está dirigida contra las sentencias, dada la historia de la expedición del artículo 86 de la Constitución puede pensarse que frente a los errores judiciales flagrantes, en especial en materia penal, sea posible pero sólo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. c) Además, en el caso concreto se pone de presente una desviación en el uso de la acción, ya que so pretexto de la misma se trata de revivir un debate ya cubierto por la cosa juzgada. Cabe observar, como se desprende de la demanda de tutela, que la lesión del derecho fundamental, si la hubo, no la produjo la sentencia, máximo porque fue inhibitoria, sino los actos que fueron juzgados y que ya, en razón de la caducidad, se volvieron irrevisables jurisdiccionalmente.

Con todo respeto

Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Betancur Jaramillo

Santafé de Bogotá, D.C. 3 de febrero de 1992.

## **TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Improcedencia/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/COSA JUZGADA/AUTONOMIA JUDICIAL**

La tutela, como instrumento de carácter excepcional, para la protección de los derechos fundamentales no es procedente contra las 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. La aplicación del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 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 solo está sometido a la ley para la adopción de las mismas.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. AC-016. Actor: Aydée Marín de Guaca.

La señora Aydée Marín de Guaca interpuso ante esta corporación acción de tutela contra la sentencia de 27 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda instaurada por la misma señora.

El expediente fue repartido al Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo y como quiera que el proyecto por él presentado a la Sala Plena fuera negado, correspondió al suscrito redactar la ponencia que recoge el criterio de la mayoría a lo cual se procede:

### *1. Antecedentes.*

Citó la accionante como derecho fundamental violado el derecho al trabajo.

Como hechos narra en síntesis:

a) Que mediante sentencia de 27 de septiembre de 1991, ejecutoriada el 16 del mes de octubre siguiente, el mencionado tribunal denegó las pretensiones de restablecimiento formuladas por la señora Marín de Guaca.

b) Que la sentencia indicada desconoció los derechos de dicha señora adquiridos con el lleno de los requisitos exigidos por el Decreto 0052 de 1987, vulnerándose así su inscripción en la carrera judicial, contenida en la Resolución No. 386 de 7 de octubre de 1987; acto administrativo que tiene fuerza ejecutoria y que no ha sido anulado o suspendido por la jurisdicción administrativa.

c) Que la omisión consistió en no haberse definido en forma clara y precisa su situación respecto a la inscripción en la carrera judicial y solo en la parte considerativa se anotó:

“En relación a los artículos del Decreto Ley 052 de 1987, citados como violados, la Sala considera que al declararse nulo el acto administrativo contenido en el Decreto 03 del 5 de septiembre de 1985 expedido por el Juez Primero Civil de Menores de Neiva, mediante providencia del 9 de abril de 1987, cuyo nombramiento dio origen y fundamento a que la señora AYDEE MARIN DE GUACA fuera inscrita en carrera, *se puede presentar la figura del decaimiento del acto administrativo con sus consecuencias jurídicas que esto conlleva...*”.

d) Que obtuvo su inscripción en la carrera luego de cumplir con todos los requisitos legales...” mas no como lo afirmó la Sala por el sólo hecho del nombramiento en interinidad, que se me hiciera mediante Decreto No. 03 de 5 de septiembre de 1985, sino porque reuní y presenté la documentación requerida por el Decreto 0052 de 1987.

Pretensiones:

La accionante las formula así:

De conformidad con el artículo 23 del Decreto No. 2591 de 1991, solicito que mis derechos vulnerados vuelvan al estado anterior al atropello de los mismos, es decir desde que se me declaró insubsistente, estando inscrita en carrera, mediante el Decreto No. 002 de 1988, para que de esta manera sea resarcido sueldos, prestaciones, primas,

etc. dejados de percibir durante el tiempo que me vulneraron mis derechos tutelados, como es el Derecho al Trabajo, consagrado en la Constitución Nacional y la inscripción en Carrera judicial, para que así no exista interrupción de tiempo de servicio”.

Sobre la competencia de la corporación para conocer de la acción, anota la señora Marín de Guaca:

“Es usted competente de conformidad con el artículo 40 del Decreto No. 2591 de 1991, ya que la sentencia fue proferida por la SALA UNICA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NEIVA (HUILA), y por ser de única instancia, no tener ningún recurso, ni estar taxativamente dentro de las causales de revisión y por ende esa Honorable Corporación es la competente para que vuelvan las cosas al estado inicial antes de haberse vulnerado mis derechos laborales”.

## *2. Consideraciones.*

Como se infiere de lo expuesto en los antecedentes, la persona interesada hace uso de la acción de tutela ante la no prosperidad de la acción de nulidad y restablecimiento instaurada contra el Decreto 002 de septiembre 30 de 1988, por el cual se le declaró insubsistente del cargo de oficial mayor grado 9o. del juzgado primero civil del circuito de menores de Neiva y se reintegró al señor Augusto César Losada Silva; o sea como una salida que le permita revivir el debate sobre dicho conflicto, asunto ya definido a nivel jurisdiccional mediante la sentencia que se dice violadora de los derechos laborales fundamentales de la accionante.

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.

Es así como en providencia de 29 de enero del año en curso, con ponencia del Consejero Doctor Luis Eduardo Jaramillo dijo:

“El artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 se refiere, como competencia especial, a las sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces Superiores, los Tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, indicando como competente para conocer de la acción de tutela respecto a ellas al superior jerárquico correspondiente, por lo cual, el Consejo de Estado sería competente para conocer de dicha acción, de acuerdo a la norma citada.

“Como la acción de tutela es una figura de creación constitucional (artículo 86) y no está instituida en la Carta contra las sentencias judiciales ejecutoriadas, pues en parte alguna de la norma que la consagra se hace mención de su procedencia contra éstas, no puede el decreto reglamentario sin excederse, consagrarla contra dichas providencias, y al haberlo hecho en los artículos 11 y 40 es procedente darle aplicación a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Constitución Nacional y con base en ella no aplicar el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991.

“Si la Constitución Nacional no consagró dicha acción contra las citadas providencias, no puede el Ejecutivo con base en unas facultades que le confería el artículo 5o. transitorio de la Carta, señalar su aplicación respecto a actuaciones no autorizadas Constitucionalmente.

La providencia transcrita se apoya además en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de diciembre 9 de 1991, cuyos planteamientos se acogieron por la Sala en esa oportunidad y que ahora igualmente resultan válidos como sustento de esta providencia. Dijo la Corte:

“4.2.— Luego, cuando el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 incluyen dentro de su contenido, como susceptibles de objeto posibles de reclamación de tutela ““las sentencias y las demás providencias que pongan término al proceso”” (inciso 1o.), incluyendo las que ““hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial”” (inciso 1o. del párrafo primero del citado artículo 40), y el artículo 11 que autoriza la tutela de sentencias o providencias que le ponen fin al proceso ya ejecutoriadas, se infringe el mandato constitucional de la no tutelabilidad de dichos actos judiciales excluidos en el artículo 86 de la C.N.. Y cuando el artículo 8o., inciso 1o., permite el ejercicio de la acción de tutela con independencia del ejercicio del medio de defensa, también resulta incompatible con aquel precepto constitucional.

“4.2.1.— Ahora bien, frente a esta incompatibilidad tampoco puede el órgano o funcionario judicial entender incluida esa posibilidad de tutela en el citado precepto, cuando realmente no lo está; ni admitir su adición por la vía legal, porque siendo una acción constitucional, debe corresponder a la Carta Política su total consagración. Pero la sustracción constitucional de las sentencias ejecutoriadas del control de tutela, en el sentido antes mencionado, en vez de negar defensas, supone por el contrario haberlas tenido y haber gozado de ellas (incluyendo los recursos extraordinarios y otras defensas), y garantizar, con sus efectos vinculantes, la seguridad jurídica y la convivencia de los ciudadanos. Además, con esta ausencia de tutela de los fallos ejecutoriados, no se desamparan los derechos constitucionales fundamentales,

porque ellos quedan bajo la protección judicial ordinaria antes y después de la conclusión del proceso, tal como lo establece la constitución (artículo 89 C.A.).

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

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.

Así las cosas, considera la Sala que son suficientes los razonamientos para declarar no procedente la acción de tutela intentada por la señora Aydée Marín de Guaca contra la sentencia de 27 de septiembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

### RESUELVE:

Se rechaza por improcedente la solicitud de tutela formulada por Aydée Marín de Guaca en relación con la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 27 de septiembre de 1991, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miren de la Lombana de Magyaroff, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en auto de mayo 26 de 1992, Exp. AC-114, Actor: Luis Jesús Sepúlveda. Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO. Con Salvamento de Voto de los Consejeros Dres. LIBARDO RODRIGUEZ Y MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

**TUTELA CONTRA SENTENCIAS/AUTORIDAD PUBLICA/COMPETENCIA ESPECIAL/ (Aclaración de Voto)**

Considero que el instrumento excepcional consagrado en la nueva Carta como una garantía de los derechos fundamentales no tiene por qué excluir las providencias judiciales de la posibilidad de la acción de tutela, tanto por la evidencia de que los jueces también pueden atentar o vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como por la circunstancia de que la misma Constitución prevé expresamente esa posibilidad de "cualquier autoridad pública". Situación diferente es que la posibilidad de ejercer la acción de tutela frente a sentencias y providencias judiciales resulte totalmente excepcional en virtud de que tanto la norma constitucional como su desarrollo legal hayan limitado su ejercicio por diversas circunstancias.

Aclaración de Voto del Consejero: *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. AC-016. Actor: Aydée Marín de Guaca.

Con el debido respeto, procedo a aclarar el voto en relación con la providencia de la referencia, por estar de acuerdo con la decisión más no con la motivación, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

La acción de tutela es un instrumento judicial previsto en el artículo 86 de la nueva Constitución Política de Colombia, con las siguientes características:

1. *Titular*: “toda persona”, por sí misma “o por quien actúe a su nombre”.

2. *Autoridad competente para conocer*: “los jueces”.

3. *Oportunidad*: Puede ejercerse “en todo momento y lugar”.

4. *Procedimiento*: es “breve y sumario”, de tal manera que entre la solicitud y su resolución no podrán transcurrir más de diez días.

5. *Objeto*: consiste en reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales del accionante, cuando resulten vulnerados o amenazados.

6. *Origen*: La vulneración o amenaza debe provenir, por regla general, de la acción o la omisión de “cualquier autoridad pública”. Por excepción, en los casos que la ley determine, la vulneración o amenaza del derecho fundamental puede provenir de la acción o la omisión de particulares que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

a) Estén encargados de la prestación de un servicio público.

b) Cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo.

c) Respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

7. *Contenido del fallo*: consiste en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

8. *Cumplimiento del fallo*: Inmediato.

9. *Impugnación del fallo*: “ante el juez competente”.

10. *Revisión del fallo*: por parte de la Corte Constitucional, aunque “eventual”.

11. *Casos en que no procede*: cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, “salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En desarrollo del marco constitucional contenido en los puntos anteriores, y en ejercicio de las facultades extraordinarias especiales conferidas mediante el artículo transitorio 5, literal b), el Presidente de la República expidió el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, el cual contiene di-

versos aspectos legales, cuya complejidad y confusa redacción, presentan una serie de dificultades para su interpretación y aplicación.

En el caso de autos, la decisión adoptada por la gran mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se fundamenta en una interpretación del punto 6. de la enumeración que hemos hecho anteriormente, es decir, referente al "origen" de la vulneración o amenaza que puede dar lugar a la acción de tutela.

Sobre ese aspecto, la Sala ha considerado que la acción de tutela no procede contra las sentencias o providencias judiciales, por lo siguiente:

a) Porque la Constitución no consagró dicha acción contra las citadas sentencias y providencias.

b) Porque el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 es inaplicable por violatorio de la Constitución en sus artículos 228 y 230, por cuanto "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".

c) Con fundamento en las anteriores afirmaciones, más que consideraciones, a las cuales se agregan algunos apartes de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, de fecha diciembre 9 de 1991, se concluye que en virtud de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Constitución Política, no es procedente dar aplicación al artículo 40 del decreto 2591 de 1991, que consagra la competencia para conocer de la acción de tutela respecto de las sentencias y providencias judiciales.

La aclaración de voto del suscrito magistrado se fundamenta en que no considera suficientemente convincentes las expresiones contenidas en la providencia ni las argumentaciones expresadas en la Sala para excluir las sentencias y providencias judiciales de la posibilidad de la acción de tutela.

Considero que el instrumento excepcional consagrado en la nueva Carta como una garantía de los derechos fundamentales no tiene porqué excluir esa posibilidad, tanto por la evidencia de que los jueces también pueden atentar o vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como por la circunstancia de que la misma Constitución prevé expresamente esa posibilidad respecto de "cualquier autoridad pública".

Situación diferente es que la posibilidad de ejercer la acción de tutela frente a sentencias y providencias judiciales resulte totalmente excepcional en virtud de que tanto la norma constitucional como su desarrollo legal hayan limitado su ejercicio por diversas circunstancias.

Así de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, limitación que respecto de las sentencias y providencias judiciales y, según mi criterio personal, debe tener en cuenta lo siguiente:

a) La acción de tutela no será procedente para revivir el debate que fue resuelto mediante la sentencia o providencia, es decir, en aquellos aspectos de la sentencia o providencia que han hecho tránsito a cosa juzgada. Lo anterior, por cuanto en ese caso el interesado no sólo dispuso de otros medios de defensa judicial, sino porque efectivamente hizo uso de ellos y los agotó, o dejó pasar la oportunidad para hacer uso de los medios de que disponía para controvertir la decisión judicial. Así se logra el respeto al principio de la cosa juzgada, en el que ha insistido la Sala, pero sin cerrar las puertas a la posibilidad de ejercer la acción de tutela contra eventuales decisiones judiciales arbitrarias que contengan aspectos que no fueron objeto de debate y que, por lo mismo, no gozan de la autoridad de cosa juzgada.

b) La acción de tutela tampoco procederá cuando contra la sentencia o providencia procede un recurso, así sea éste extraordinario, como los de súplica y revisión en materia contencioso administrativa. No obstante en estos casos podrá proceder "como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", caso en el cual el accionante deberá alegar y justificar el perjuicio y su irremediabilidad, y ejercer la acción o el recurso principal conjuntamente con la acción de tutela o en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo de tutela (arts. 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991).

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., seis de febrero de mil novecientos noventa y dos.

**TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Improcedencia/CONSEJO DE ESTADO/PRINCIPIO DE JERARQUIA/PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE SALAS/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ (Salvamento de Voto)**

Tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado, no podrán ser sino jueces de impugnación, nunca de la acción. No es aceptable ni concebible esa jerarquía al interior entre sus salas o entre ésta y sus magistrados, como pretende el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 40. Una Sala o Sección del Consejo (o de la Corte Suprema) no puede ser superior a sus magistrados, ni de otra sala o sección, como no es superior la Sala Plena de sus Salas o Secciones.

**TUTELA CONTRA SENTENCIAS/TUTELA TRANSITORIA/PERJUICIO IRREMEDIABLE/ (Salvamento de Voto)**

Puede instaurarse acción de tutela contra las sentencias ejecutoriadas pero no para anularlas o revisarlas, sino como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La viabilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a las sentencias judiciales será de excepcionalísima ocurrencia, en especial frente a los errores judiciales flagrantes en materia penal o disciplinaria y eso para evitar un perjuicio irreparable, haciendo cesar transitoriamente sus efectos hacia el futuro mientras se surta el recurso de revisión si se está cumpliendo o evitando su ejecución si ésta no se ha iniciado. Es una medida meramente cautelar.

Salvamento de Voto.— *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente AC-016. Actor: Aydée Marín de Guaca.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria. Para el efecto presento como salvamento de voto, la ponencia que no obtuvo la aceptación de la sala. Ese proyecto decía:

“La señora Aydée Marín de Guaca interpuso ante esta corporación acción de tutela contra la sentencia de 27 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda instaurada por la misma señora.

Citó la accionante como derecho fundamental violado el derecho de trabajo.

Como hechos narra en síntesis:

a) Que mediante sentencia de 27 de septiembre de 1991, ejecutoriada el 16 del mes de octubre siguiente, el mencionado tribunal denegó las pretensiones de restablecimiento formuladas por la señora Marín de Guaca.

b) Que la sentencia indicada desconoció los derechos de dicha señora adquiridos con el lleno de los requisitos exigidos por el decreto 0052 de 1987, vulnerándose así su inscripción en la carrera judicial, contenida en la resolución No. 386 de 7 de octubre de 1987; acto administrativo que tiene fuerza ejecutoria y que no ha sido anulado o suspendido por la jurisdicción administrativa.

c) Que la omisión consistió en no haberse definido en forma clara y precisa su situación respecto a la inscripción en la carrera judicial y sólo en la parte considerativa se anotó:

“En relación a los artículos del Decreto Ley 052 de 1987, citados como violados, la Sala considera que al declararse nulo el acto administrativo contenido en el Decreto 03 del 5 de Septiembre de 1985 expedido por el Juez Primero Civil de Menores de Neiva, mediante providencia del 9 de abril de 1987, cuyo nombramiento dio origen y fundamento a que la señora AYDEE MARIN DE GUACA fuera inscrita en carrera, *se puede presentar la figura del decaimiento del acto administrativo con sus consecuencias jurídicas que esto conlleva...*”.

d) Que obtuvo su inscripción en la carrera luego de cumplir con todos los requisitos legales...” más no como lo afirmó la sala por el sólo hecho del nombramiento en interinidad, que se me hiciera mediante decreto No. 03 de 5 de septiembre de 1985, sino porque reuní y presenté la documentación requerida por el decreto 0052 de 1987.

Pretensiones:

La accionante las formula así:

“De conformidad con el artículo 23 del Decreto Nro. 2591 de 1991, solicito que mis derechos vulnerados vuelvan al estado anterior al atropello de los mismos, es decir desde que se me declaró insubsistente, estando inscrita en carrera, mediante el Decreto No. 002 de 1988, para que de esta manera sea resarcido sueldos, prestaciones, primas, etc. dejados de percibir durante el tiempo que me vulneraron mis derechos tutelados, como es el Derecho al Trabajo, consagrado en la Constitución Nacional y la inscripción en Carrera judicial, para que así no exista interrupción de tiempo de servicio”.

Sobre la competencia de la corporación para conocer de la acción, anota la señora Marín de Guaca:

“Es usted competente de conformidad con el artículo 40 del Decreto No. 2591 de 1991, ya que la sentencia fue proferida por la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NEIVA (HUILA), y por ser de única instancia, no tener ningún recurso, ni estar taxativamente dentro de las causales de revisión y por ende esa Honorable Corporación es la competente para que vuelvan las cosas al estado inicial antes de haberse vulnerado mis derechos laborales”.

Como se infiere de lo expuesto la persona interesada hace uso de la acción de tutela ante la no prosperidad de la acción de nulidad y restablecimiento instaurada contra el decreto 002 de septiembre 30 de 1988, por el cual se le declaró insubsistente del cargo de oficial mayor grado 9o. del juzgado primero civil del circuito de menores de Neiva y se reintegró al señor Augusto César Losada Silva; o sea como una salida que le permita revivir el debate sobre dicho conflicto, asunto ya definido a nivel jurisdiccional mediante la sentencia que se dice violadora de los derechos laborales fundamentales de la accionante.

Para resolver, se considera:

Estima la sala, dado lo novedoso del asunto, que debe hacer previamente algunas reflexiones en torno a la acción de tutela; en especial en lo que se relaciona con la competencia de los encargados en resolverlas.

En este orden de ideas, se anota:

La competencia

Tal como lo da a entender el artículo 86 de la Carta que contempla la acción de tutela, la competencia para su conocimiento (incluidas la impugnación y la revisión) se entenderá así:

a) *El juez de la acción*

Ante cualquier juez que tenga superior jerárquico, según se explicará, podrá formularse la correspondiente acción (inciso 1o.). Esta competencia es de rango constitucional y de única instancia.

b) *El juez de la impugnación*

Lo decidido por el juez de la acción no tendrá apelación ni consulta, sino que podrá ser impugnado (inciso 2o.) “ante el juez competente”.

Aquí la Constitución con su referencia al competente, defirió su definición a la ley, pero no en forma absoluta, como también se verá luego.

De tal manera que es la ley la que señala cuál es el competente para conocer de la impugnación del fallo de tutela.

La impugnación es así un medio de control especial creado por la Carta que se debe interponer ante el superior jerárquico (artículo 32 del decreto 2591), pero que sin embargo no se gobierna por los principios de la apelación o la consulta. Es un medio igualmente de única instancia, ya que lo así decidido no será susceptible de recurso alguno y por él se enjuicia al correspondiente fallo en toda su extensión y alcance.

c) *El juez de la revisión*

En todos los casos, háyase o no impugnado el fallo de tutela éste deberá remitirse a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Es éste un procedimiento de oficio que tampoco puede asimilarse o confundirse con el recurso extraordinario del mismo nombre, gobernado por otros principios y que siempre deberá proponerse a instancia de parte y por ciertas causales específicas.

Muestra en síntesis la norma constitucional tres competencias bien delimitadas: la de la acción, en cabeza de cualquier juez (inciso 1o.); la de la impugnación, en poder del juez competente que señale la ley (inciso 2o.); y la de la revisión radicada con exclusividad en la Corte Constitucional.

Pero los numerales precedentes permiten, luego de la interpretación armónica del artículo 86 de la Carta con otras normas de la misma, las siguientes precisiones:

a) El juez de la acción, en principio, puede ser cualquiera. El citado artículo 86 no distingue. Con todo, ante el mandato que abre la posibilidad de su impugnación, sin excepción, habrá que entender por juez el que tenga superior jerárquico; circunstancia que no se da frente al Consejo de Estado ni frente a las Cortes Suprema y Constitucional, por cuanto lo que decidie-

ran éstas no tendría juez de impugnación. Impugnación que, como se dijo, no está excluida en ningún caso.

Se entiende lo precedente porque los mencionados organismos son superiores, autónomos e independientes en el grupo de competencias que manejan. No cabe hablar de jerarquía entre los mismos ni de sumisión de uno frente a otro (artículos 234, 237 y 239 Constitución). No lo quiso así el constituyente, contrariando la intención del gobierno que propuso la Corte Constitucional como la cabeza de la rama jurisdiccional. En otras palabras, hoy los tres organismos antecitados son, en su órbita de acción, las cabezas supremas de dicha rama.

Ni siquiera la eventual revisión que de los fallos de tutela debe ejercer la Corte Constitucional le da esa mayor jerarquía, porque esa competencia no obedece a una supuesta superioridad ni al recurso de revisión sino a un simple mecanismo de técnica constitucional y de adscripción de una nueva competencia.

b) El juez de la impugnación no puede ser cualquiera, sino sólo el superior jerárquico del que decidió la acción de tutela. Aunque esto no lo dice el artículo 86, el que sólo habla de "juez competente", habrá que entenderlo así porque la estructura jerárquica de la rama jurisdiccional está desarrollada en la Carta y porque el control de lo decidido por un juez (llámese recurso o genéricamente medio de impugnación) se regula en función de esa jerarquía. En otros términos, el poder de revocar, modificar o sustituir no lo tiene en Colombia, en principio, sino el organismo jerárquicamente superior.

En otras palabras, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado, en razón de lo dicho, no podrán ser sino jueces de impugnación, nunca de la acción. No es aceptable ni concebible esa jerarquía al interior entre sus salas o entre ésta y sus magistrados, como pretende el decreto 2591 en su artículo 40.

c) El juez de la revisión. Será en todos los casos la Corte Constitucional. Por esa misma razón, a pesar de tener el carácter de juez, no podrá ser ni juez de la acción ni de la impugnación.

Aunque si bien es cierto la constitución en materia de tutela no se mueve con el criterio jerárquico para organizar las competencias de la acción y de la revisión, no es menos cierto que esa jerarquía juega en toda su extensión en el campo de la impugnación y su desconocimiento por la ley producirá la inaplicación de ésta. En suma, no podrá haber fallos de tutela no posibles de impugnación.

La jerarquía para efectos de impugnación no sólo se deduce de la Constitución, como se acaba de explicar, sino de la ley. Tan consciente de esto

fue el legislador de la tutela que el mismo decreto 2591 de 1991 en su artículo 32 hace esa previsión. Lo que si no tiene sentido es que en ese mismo decreto, luego de señalar que el competente será el superior jerárquico, sin autorización de la Carta establezca en su artículo 40 una jerarquía acomodaticia que no existe en el derecho colombiano y que no tiene justificación alguna. Una sala o sección del Consejo (o de la Corte Suprema) no puede ser superior de sus magistrados, ni de otra sala o sección, como no es superior la sala plena de sus salas o secciones. Estas, cuando deciden lo de su competencia lo hacen como juez supremo y es la misma Constitución la que lo confirma. En parte alguna se dice que ese ejercicio como juez supremo sea sólo el de la sala plena.

Es por eso que, sin excepción, la ley tendrá que señalar siempre el juez competente ante el cual pueda impugnarse el fallo tutelar, porque la norma constitucional abre la puerta a la impugnación en todos los casos. Juez de impugnación que tendrá siempre o por fuerza que ser el superior jerárquico del que decidió la tutela, porque sólo éste tiene los poderes de confirmación o de sustitución.

La sala expone así los principios rectores que se desprenden del artículo 86 mencionado y que le sirven de apoyo para la inaplicación de los siguientes artículos del decreto 2591 de 1991: 37, en su enunciado (primera instancia), y 40, incisos 1o., 2o. y 3o.

Pero en gracia de discusión y aceptando que el Consejo sí puede ser el juez de la acción, aun contra las sentencias ejecutoriadas, tampoco prosperaría la demanda propuesta. Así, se observa:

Pretende el actor, so pretexto del ejercicio de la acción de tutela contra la sentencia de 27 de septiembre de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, reabrir el debate que se cerró con la ejecutoria de dicho fallo.

Es incuestionable que el factor perturbador, si lo hubo, no fue esa decisión judicial final, sino los actos administrativos que impugnó en acción de restablecimiento y que precisamente declararon la insubsistencia del cargo de oficial mayor, grado 9o. del juzgado primero civil de menores de Neiva, a la señora Aydée Marín de Guaca.

Para entender esto basta leer la demanda, la que por la vía excepcional aquí decidida pretende que se le haga un nuevo enjuiciamiento a los actos demandados y se tome una decisión diferente, acorde con las pretensiones iniciales formuladas en el primer proceso y que en el fondo coinciden con las pedidas en la demanda tutelar. En otras palabras, busca así la accionante una nueva instancia no establecida en la ley y un nuevo juzgamiento sobre el acto que, según el expediente, fue el que le produjo la lesión a su derecho.

La reapertura de ese debate desconocería la cosa juzgada, la que, se repite, no puede desaparecer sino mediante un recurso de revisión. Además, no se ve como pueda sostenerse que la vulneración del pretendido derecho de la señora Marín lo produjo la sentencia, cuando ésta al no anular el acto administrativo impugnado en el primer proceso, no hizo más que declarar que dicho acto seguía vigente en el ordenamiento.

En otros términos, la sentencia impugnada como declarativa que es únicamente constató una situación jurídica ya creada, puesto que no creó o modificó la situación precedente (la creada por el acto de destitución), y tuvo la virtualidad de darle al acto una presunción de legalidad definitiva, e incuestionable.

Fuera de los escrito, anoto:

Elemento perturbador

Es importante para definir los alcances de la acción precisar cuál es el elemento perturbador del derecho fundamental; y para el efecto nada mejor que releer lo que dispone el artículo 86 de la Carta.

Se infiere de este texto que la amenaza o la vulneración de un derecho constitucional fundamental debe provenir, por regla general, de la acción o de la omisión de cualquier autoridad pública; en la que como es obvio habrá que incluir a los jueces; y por excepción de la actividad de los particulares, en los términos del inciso final de la norma transcrita.

En otras palabras, y como es sabido, la autoridad se manifiesta en forma activa con la expedición de actos administrativos y con la ejecución de ciertas conductas mediante hechos o actos materiales de ejecución; y en forma pasiva, dejando de cumplir los cometidos impuestos por la ley, o sea con sus omisiones. También esa autoridad, cuando ostente el carácter jurisdiccional, se manifestará mediante sentencias y autos

En términos generales, entonces, la amenaza o la vulneración de un derecho fundamental constitucional puede provenir aproximativamente y para efectos de tutela, de un acto administrativo, de una conducta material de ejecución, de una omisión o de una providencia o sentencia judicial.

Pero no es suficiente que se de la acción o la omisión de la autoridad o la providencia o sentencia judicial, sino que será menester que además la persona así afectada no disponga de otro medio de defensa judicial.

Esta es la regla, porque la misma Carta hace la salvedad en el sentido de que si la persona tiene otro medio o recurso de defensa judicial, la acción de

tutela sólo podrá ejercerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso de sentencias, como elemento perturbador, se debe ser especialmente cuidadoso por la tendencia que ya se observa de buscar por la vía tutelar la reapertura del litigio ya fallado definitivamente por la jurisdicción.

Además, tendrá que hacerse especial énfasis en el efecto de la cosa juzgada que tienen las sentencias de mérito y cuya existencia no podrá cuestionarse y menos revisarse por esta vía.

Es decir, podrá instaurarse acción de tutela contra las sentencias ejecutoriadas pero no para anularlas o revisarlas, sino como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; perjuicio que según la definición legal tiene esa nota de irremediabilidad cuando "sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización".

Se dice que sólo *podrá ejercerse como mecanismo transitorio*, existan o no otros recursos o medios de defensa judicial (el recurso extraordinario de revisión, por ejemplo), porque la medida cautelar no está orientada a cambiar o modificar la sentencia sino a suspender la ejecución de la misma. Obsérvese que la tutela no tiene alcances anulatorios o revisorios sino meramente cautelares y de prevención.

Es importante tener en cuenta esta previsión contenida en el inciso 3o. del artículo 86 de la Carta y en el numeral 1 del artículo 6o. del decreto 2591.

#### La cosa juzgada

La cosa juzgada en el derecho colombiano no desaparece, en principio, sino por la vía del recurso extraordinario de revisión y la Carta constitucional en su artículo 86 no tiene ese alcance ni quiso producir ese efecto. Por esta razón la reglamentación contenida a ese respecto en el decreto 2591 no es inconstitucional e inaplicable.

Interpretadas así las normas la acción de tutela no podrá utilizarse sino como mecanismo transitorio y nunca como recurso o acción para revisar, en proceso breve y sumario, la sentencia ya ejecutoriada.

Muestra lo precedente que la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a las sentencias judiciales será de excepcionalísima ocurrencia, en especial frente a los errores judiciales flagrantes en materia penal o disciplinaria y eso para evitar un perjuicio irreparable, haciendo cesar transitoriamente sus efectos hacia el futuro mientras se surta el recurso de revisión si se está cumpliendo o evitando su ejecución si ésta no se ha iniciado. Es una medida meramente cautelar.

Y así como el artículo 8o. del decreto 2591 permite que la tutela como mecanismo transitorio podrá ejercerse conjuntamente con las acciones propias de la jurisdicción administrativa, así también, aunque no lo diga el citado decreto, podrá ejercerse la tutela conjuntamente con el recurso extraordinario de revisión que se da también en esta jurisdicción y en las jurisdicciones penal, civil y laboral.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo

Santafé de Bogotá D.C. enero 31 de 1992

## TUTELA CONTRA SENTENCIAS/TUTELA CONTRA AUTOS/COSA JUZGADA/ (Aclaración de Voto)

Se ha dicho que con la tutela se desconoce el principio de la cosa juzgada, consagrado implícitamente en alguna disposición de la Carta Política, lo que es inaceptable ante la reglamentación legal de la tutela (artículo 40, parágrafo 1o., inciso 4 del Decreto 2591 de 1991), a lo cual cabe agregar que existen recursos o medios de impugnación judicial que van dirigidos precisamente a quitarle dicho carácter a la decisión judicial ejecutoriada. Lo cierto es que en no pocas de las sentencias que dictamos los jueces, acá y en cualquier lugar del mundo, se incurre en protuberante error judicial difícil o imposible de corregir por la inexistencia de recurso o la limitante de las causales que fundamentan su interposición.

Aclaración de Voto.— *Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente AC-016. Actor: Aydée Marín de Guaca.

Considera el suscrito Consejero que en materia de la acción de tutela, existen argumentos en pro y en contra de su procedencia respecto a sentencias y providencias judiciales que pongan término a un proceso, de acuerdo con el criterio de interpretación de la norma constitucional que consagró la nueva figura que se siga: el tenor literal de la norma a aplicar, el de la intención o espíritu claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento, o el sentido natural y obvio de las palabras. Por ello, en esa materia, como en otras, debió existir la suficiente claridad en la disposición constitucional que consagró la acción, para así evitar la diversidad de opiniones, doctrinas y jurisprudencias que no sólo traen perplejidad

en las gentes del común, sino que suelen conducir a muchos a pensar en la validez de la afirmación del concepto o idea del "gobierno de los jueces".

Considera, igualmente, que en este aspecto ha existido un poco de prevención, tal vez por cuanto se piensa que con la acción de tutela se desconoce el carácter de cosa juzgada de la decisión judicial ejecutoriada. Sin embargo, lo cierto es que ello es infundado si se tiene en cuenta que, conforme al mismo decreto por medio del cual se reglamentó dicha acción, la tutela no es procedente "por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas" (art. 40, párrafo 1o. inciso 4o.); es decir, que no es un mecanismo para que el juez o corporación judicial con competencia para conocer de la tutela, reexamine la cuestión litigiosa y llegue a una conclusión sobre si se quebrantó o no un derecho que se pretende hacer efectivo a través de la acción común, para denominarla de un modo que la distinga de la de tutela, como se ha entendido por los ciudadanos que no han tenido una decisión favorable a sus pretensiones, incluso no pocos profesionales del derecho.

Y, en cuanto hace a la conclusión a que mayoritariamente ha llegado esta Corporación y la Corte Suprema de Justicia, según la cual no es procedente la acción de tutela contra sentencias ejecutoriadas, se han expresado una serie de argumentos, algunos de los cuales comparto, otros no. Así, por ejemplo, se ha dicho que con la tutela se desconoce el principio de la cosa juzgada, consagrado implícitamente en alguna disposición de la nueva Carta Política, lo que, como he expresado, es inaceptable ante la reglamentación legal mencionada, a lo cual cabe agregar que existen recursos o medios de impugnación judicial que van dirigidos precisamente a quitarle dicho carácter a la decisión judicial ejecutoriada. Lo propio acontecía con el extinguido recurso de anulación que consagraba el C.C.A. de 1984.

También se ha expresado, en apoyo de la conclusión contraria a la procedencia de la acción de tutela y fundamento de la inaplicabilidad del decreto que la reglamenta por contrariedad con la norma constitucional, lo dicho en la ponencia o ponencias rendidas en la propia Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que poco o nada aclaran, en múltiples ocasiones, ante las circunstancias que rodearon el funcionamiento de aquella y la expedición, sanción y promulgación de la nueva Carta Política de Colombia.

Igualmente, se ha mencionado el que atañe a la autonomía e independencia del juez en sus decisiones, estándolo sólo a la ley, razón por la cual no puede otro funcionario judicial, así sea superior jerárquico, ordenarle que decida "en determinado sentido o se abstenga de hacerlo", argumento un poco más convincente.

Sin embargo, lo cierto es que en no pocas de las sentencias que dictamos los jueces, acá y en cualquier lugar del mundo, se incurre en protuberan-

te error judicial difícil o imposible de corregir por la inexistencia de recurso o la limitante de las causales que fundamentan su interposición. E, igualmente, es cierto que se dan casos de sentencias que ponen fin a un proceso, en donde el juez, sin incurrir en un error judicial en torno a la cuestión litigiosa, desconoce derechos fundamentales, como, por ejemplo, cuando se refiere a una de las partes, o a su apoderado, en términos tales que constituye claro desconocimiento del derecho al buen nombre y a la honra, derechos fundamentales consagrados en el nuevo ordenamiento constitucional, o en donde se han quebrantado las normas sobre el debido proceso.

Empero, consciente de los defectos de la nueva legislación y respetuoso, como lo soy, de las decisiones mayoritarias de la Corporación, consideré que, en lugar de salvar el voto en éste y otros casos, debía aclarar mi posición en las primeras providencias que deciden sobre la acción de tutela, para poder en los subsiguientes elaborar para la consideración de la Sala Plena las ponencias en los asuntos que por reparto me correspondan, conforme a esa posición mayoritaria.

Con el debido respeto.

Miguel González Rodríguez

Fecha Ut Supra.

## **COMPETENCIA DE TUTELA/COMPETENCIA FUNCIONAL/PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/CONSEJO DE ESTADO/PRINCIPIO DE JERARQUIA**

**El Consejo de Estado es tribunal supremo de lo contencioso administrativo, además, un organismo autónomo que carece de superior jerárquico tanto en el sentido orgánico como en el funcional, sin perjuicio de la revisión que corresponde a la Corte Constitucional. Esta circunstancia impide al Consejo de Estado conocer en primera o en única instancia de la acción de tutela, pues si de ella se ocupara, no sólomente se violaría el principio de las dos instancias consagrado constitucional y legalmente para la tutela sino que se establecerían procedimientos diferentes en su trámite según la autoridad judicial escogida por el actor para presentar su queja.**

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. —* Santafé de Bogotá, D.C., treinta de enero de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. AC-022. Actor: Jorge Enrique Tolosa Ardila y María Clemencia Leiva.

Procede el Consejo de Estado a través de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a decidir la Acción de Tutela interpuesta mediante apoderado, por los doctores Jorge Enrique Tolosa y María Clemencia Leiva y dirigida contra la Ministra de Relaciones Exteriores y el Embajador de Colombia en los Estados Unidos.

Dio origen a la solicitud, el oficio proferido por la Embajada con fecha 26 de septiembre de 1991, mediante el cual se resolvió no conceder en favor de los solicitantes una declaración de no objeción por parte del Gobierno Nacional, que les permitiera permanecer por más tiempo en los Estados Unidos participando en el programa de postgrado en la Universidad de Pennsylvania.

### ANTECEDENTES.

1. Con el propósito de cambiar la Visa J-1 de la que venían gozando, por la H-1 que les permitiera prolongar su estadía en el país del norte, a fin de realizar otros postgrados, los médicos Jorge Enrique Tolosa Ardila y María Clemencia Leiva solicitaron al señor Embajador de la República de Colombia, una certificación sobre NO OBJECION a la permanencia de ellos en aquel país.

2. Tramitada la solicitud, según lo expresan los accionistas, el Gobierno de Colombia por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, dirigió al Gobierno de los Estados Unidos a través de su Cónsul General en Bogotá una nota, según la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores no presenta ninguna objeción para que los doctores JORGE ENRIQUE TOLOSA y MARIA CLEMENCIA LEIVA, continúen en los Estados Unidos de América, participando en el programa de postgrado en la Universidad de Pennsylvania.

3. No obstante lo anterior, el Segundo Secretario de la Embajada "Debidamente autorizado por el señor Embajador", en nota de 26 de septiembre de 1991, lamenta informarle a los citados médicos "que es política del Gobierno Nacional no conceder este tipo de certificaciones, toda vez que al hacerlo permite que las personas que se han calificado en disciplinas o actividades que el país ha considerado como necesarias y en las cuales ha solicitado al Gobierno de los Estados Unidos capacitación para sus nacionales, no regresen al país, perdiéndose con ello la finalidad de los programas de intercambio".

4. El señor Embajador, según criterio de los accionantes, omitió el deber de proseguir el procedimiento para el cambio de visa al sustraer del trámite correspondiente las certificaciones de NO OBJECION expedidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

5. En la nota que ahora se objeta la Embajada le advierte a los peticionarios que pueden solicitar una extensión de su actual visa J-1; hace las consultas respectivas a la Agencia de Información de los Estados Unidos y en principio considera posible dicha extensión.

6. Los accionantes estiman que la actitud del señor Embajador vulnera un derecho que ellos habían adquirido del Gobierno de Colombia a que las

autoridades de Inmigración de los Estados Unidos de América les otorgara Visa H-1 para poder continuar estudios médicos de post-grado en la Universidad de Pennsylvania, a tiempo que contradice un acto administrativo del Gobierno Colombiano contenido en la nota dirigida por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Cónsul General de los Estados Unidos el 26 de julio de 1991.

7. Con la acción de tutela se pretende en esta oportunidad que el Consejo de Estado imparta la orden a la señora Ministra de Relaciones Exteriores a fin de que esta funcionaria a su vez disponga que el señor Embajador de Colombia en Estados Unidos continúe ante la Agencia de Información el trámite de las solicitudes de expedición de las Visas H-1, con base en los escritos dirigidos por los médicos Tolosa y Leiva al Diplomático y en las declaraciones de no objeción proferidas por el Ministerio.

### CONSIDERACIONES:

La acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario consagrado en el artículo 86 de la Constitución Nacional mediante el cual se habilita a toda persona para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los 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.

La acción de tutela fue reglamentada por el Decreto legislativo Especial No. 2591 del 19 de noviembre de 1991 dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias consagradas por el artículo transitorio 5o. de la Nueva Carta Fundamental.

En el precitado decreto, concretamente en su artículo 37 se dice que son competentes para conocer en primera instancia de la acción de tutela, a prevención, "los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud". Y, en los artículos 31 y 32 al tratar sobre la impugnación del fallo y su trámite se dispone que aquél podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, caso en el cual "el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente".

De las disposiciones aquí citadas se infiere, como ya lo reconoció esta Sala en auto del 16 de los corrientes con ponencia de la doctora Clara Forero de Castro, la existencia de dos instancias en la tramitación de la tutela: la primera ante el juez (promiscuo, penal, civil, de familia, superior, etc.) o

Tribunal (Superior del Distrito o Contencioso Administrativo), y la segunda ante el superior jerárquico correspondiente (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Tribunales).

Así las cosas, la competencia para la acción y fallo de tutela a la luz de lo dispuesto en los artículos 31, 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, la asume el Consejo de Estado, externamente como superior jerárquico de los Tribunales Contencioso Administrativos que así mismo tengan que conocer de tales asuntos.

De conformidad con la Constitución Nacional (art. 237) el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, además, un organismo autónomo que carece de superior jerárquico tanto en el sentido orgánico como en el funcional, sin perjuicio de la revisión que corresponde a la Corte Constitucional. Esta circunstancia impide al Consejo de Estado conocer en primera o en única instancia de la acción propuesta, pues si de ella se ocupara, no solamente se violaría el principio de las dos instancias consagrado constitucional y legalmente para la tutela sino que se establecerían procedimientos diferentes en su trámite según la autoridad judicial escogida por el actor para presentar su queja.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

### RESUELVE:

DECLARARSE sin competencia para conocer de la acción de tutela propuesta mediante apoderado por los doctores Jorge Enrique Tolosa y María Clemencia Leiva, respecto del acto proferido por el Embajador de Colombia en los Estados Unidos, materializado en la nota oficial del 26 de septiembre de 1991.

Téngase al doctor Prudencio Tolosa Suárez como apoderado de los solicitantes Jorge Enrique Tolosa Ardila y María Clemencia Leiva.

Notifíquese a los interesados y devuélvase el expediente sin necesidad de desglose.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión del día 28 de enero de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Ausente; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahin Lizcano, Miren de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Miguel González Rodrí-*

*guez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo M., Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes H., Jorge Penen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Improcedencia/COMPETENCIA ESPECIAL/CONSEJO DE ESTADO/PRINCIPIO DE JERARQUIA/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Ninguna de las Secciones es superior de otra u otras, por corresponderle a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, integrada por sus Secciones, decidir o resolver tales recursos extraordinarios. Por manera que resulta imposible aplicar el tercer inciso del artículo 40 del Decreto Reglamentario de la acción de tutela, porque ninguna de las Secciones es superior jerárquico de la otra, lo que de otra parte, conduce a la conclusión de que es inaplicable también lo dispuesto en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 29 del mismo decreto, dado que ninguna de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo podría imponer a otra u otras el cumplimiento de una decisión adoptada por ella.

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.—* Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. 0001. Actor: Fernando Góngora Arciniegas.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a resolver sobre la admisibilidad de la acción de tutela que con invocación del artículo 86 de la Constitución Nacional y normas del Decreto No. 2591 de 1991 aduce el ciudadano Fernando Góngora Arciniegas "... en contra de la providencia proferida por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado y mediante la cual fueron desconocidos mis derechos constitucionales fundamentales".

Para fundamentar la acción de tutela que propone, el ciudadano Fernando Góngora Arciniegas afirma que con el fallo atacado la Sección Cuarta de esta Corporación le aplicó "... un tratamiento discriminatorio,..." porque lo privó de los mismos derechos que "..., en ocasiones anteriores y posteriores y en circunstancias enteramente asimilables (sic) ha reconocido en favor de los demás ciudadanos contribuyentes de Impuestos Nacionales...".

En su caso particular dice, "cambiando sin razón justificada su amplia y consistente jurisprudencia" la Sección Cuarta no dio aplicación a lo dispuesto por el artículo 48 del C.C.A. y en cambio se abstuvo de "considerar fallados" en favor suyo los recursos gubernativos porque la decisión administrativa no le fue notificada dentro del término legal. La Sección "... con base en la posibilidad de corregir errores en la dirección para efectos de notificar actos administrativos, consagrada en el artículo 99 de la Ley 9a. de 1983 y que permite a la Administración enmendar sus equivocaciones, determinó que no operó el 'silencio administrativo positivo". Por ello se violó el artículo 13 de la Constitución, pues no se le dio trato igualitario ante la Ley por las autoridades.

Cita el accionante, con sus fechas, como ejemplo de decisiones anteriores de la Sección Cuarta, que demuestran el trato discriminatorio que se le dio a su caso, las sentencias pronunciadas en los procesos Nos. 2950, 2131, 2295, 2160, 2750, 2048, 8085, 7508, 6598 y 2505.

Además, en la sentencia acusada se violó "..., flagrantemente..." el derecho de defensa por falta de aplicación a lo dispuesto en los artículos 48 del Código Contencioso Administrativo y 9o. de la Ley 8a. de 1970. La violación "... se deriva del contenido mismo de la sentencia en cuanto en ella se consideró improcedente declarar la ocurrencia del 'silencio administrativo positivo' consagrado en el artículo 9o. de la Ley 8a. citada" no obstante haber reconocido la Sección Cuarta que "... las Oficinas de Impuestos remitieron a una dirección diferente a la informada por el contribuyente, la citación para que éste compareciera a notificarse personalmente", equivocación que se enmendó a solicitud del propio contribuyente, quien pidió "... se le concediera la restitución de términos". Si la restitución fue concedida y "... notificada de nuevo la providencia", a la "jurisdicción" no le era posible pedir la nulidad de tal notificación provocada por el mismo contribuyente para deducir "extemporaneidad" en la providencia notificada con el objeto "de hacerse a los efectos positivos del silencio administrativo". En todo caso no puede el Consejo de Estado desconocer en perjuicio del accionante que ocurrió el fenómeno del silencio administrativo positivo "... que se deriva de dos hechos procesales evidenciados en el juicio: que interpuso el recurso de reconsideración en contra de la Liquidación de Revisión del Impuesto sobre la Renta practicada a mi cargo por el año gravable de 1982, el día 21 de octubre de 1985 y que el fallo que cerraba la vía gubernativa no me había sido notificado dos años después, pues la Administración sola-

## HECHOS:

El accionante los expone así:

“1.1. Mediante la Sentencia del 19 de Abril de 1991, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado desató el recurso de apelación interpuesto, por el señor representante de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en contra de la sentencia de Febrero 16 de 1990, proferida a su vez por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del expediente No. 6.085, sobre los actos administrativos de Liquidación de Impuesto sobre la renta y complementarios, correspondientes a la anualidad fiscal de 1982, y dictados a mi cargo por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

1.2. En dicha providencia, la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado decidió revocar la sentencia apelada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda que originalmente yo interpusiera ante el H. Tribunal a-quo.

1.3. Como a la sazón había operado el “silencio administrativo positivo” consagrado por el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, en relación con el recurso gubernativo interpuesto el día 21 de octubre de 1985 ante la División de Recursos Tributarios de la precitada Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, pues el fallo administrativo de consulta no me fue notificado dentro del término de dos (2) años prescrito por la norma en comento, hecho reconocido en la providencia de primera instancia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el fallo materia de la presente acción, que desconoce abiertamente esa decisión presunta emanada de la Ley en mi favor, viola flagrantemente mis derechos constitucionales fundamentales”. (Fls. 51-52).

## PRETENSIONES

Al respecto dice el interesado:

“Como petición principal, solicito a esa H. Corporación la protección de mis derechos constitucionales fundamentales consagrados en los artículos 13 y 29 de la Carta, vulnerados por la sentencia acusada y pido respetuosamente se ordene a la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado revocarla y en su lugar aplicar la norma legal que, desde la vía gubernativa, decidió en mi favor por operancia del “silencio administrativo positivo” la impugnación en contra de los actos administrativos acusados, de liquidación de Impuesto sobre la Renta y complementarios por la anualidad fiscal de 1982” (Fl. 52).

mente corrigió el error en la dirección a la cual remitió la citación pertinente mediante una Resolución 01 de septiembre 26 de 1988, cuando desde el 21 de octubre de 1987 ya la Ley había dispuesto que mi reclamación debería entenderse fallada a mi favor". En todo caso la sentencia atacada "... violó el debido proceso y desconoció el derecho de defensa", garantías constitucionales fundamentales que pide "se tutelén", porque a ello tiene derecho como ciudadano.

Afirma el accionante que la sentencia atacada "no es impugnabile, está en firme y ejecutoriada", careciendo por consiguiente de otro mecanismo de defensa judicial.

### COMPETENCIA

"De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40, inciso 3o. del Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991..." la Sección Quinta es competente por provenir de la Sección Cuarta la sentencia acusada.

Como PRUEBAS acompañó fotocopias de las sentencias de primera y segunda instancia pronunciadas por la jurisdicción administrativa en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho incoado con ocasión de la liquidación de revisión del impuesto sobre la renta, año gravable de 1982, así como otros documentos que permiten la inteligibilidad de la acción de tutela propuesta.

Para resolver se considera:

Siendo la competencia en los asuntos judiciales requisito esencial para asumir su conocimiento procede la Sala a examinar si lo es para tramitar la acción de tutela traída en la forma atrás anotada por el ciudadano Fernando Góngora Arciniegas.

Ciertamente, el artículo 40 del Decreto 2591, expedido por el Gobierno el 19 de noviembre de 1991, en uso de las facultades extraordinarias, literal b) del Artículo transitorio 5o. de la Constitución Nacional, establece una "competencia especial" para el conocimiento de la acción de tutela cuando ésta va dirigida contra "las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado". Conforme a esa preceptiva del primer inciso de dicho artículo será competente para conocer de la acción "... el superior jerárquico correspondiente", de donde se infiere que esta competencia no es aplicable para los casos en los que las "sentencias" y "providencias judiciales" tienen su origen en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado porque ninguna de estas Corporaciones tiene "... superior jerárquico correspondiente", conforme a las normas de procedimiento que regulan la competencia de las precitadas

Corporaciones para conocer de los distintos asuntos a ellas atribuidas con arreglo a la Constitución y la Ley. La mención de la Corte Suprema y el Consejo de Estado en el precitado inciso no puede tener objeto distinto al de indicar que también son susceptibles de la acción de tutela las sentencias y providencias judiciales por ellas proferidas.

Acierta, en consecuencia, el accionante al indicar en su escrito que el conocimiento de la acción de tutela por él propuesta corresponde a la Sección Quinta de acuerdo con la preceptiva del tercer inciso del tantas veces citado artículo 40, por provenir la sentencia atacada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Pero se acomoda lo así dispuesto en el tercer inciso del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 a la Constitución Nacional misma y a la ley en cuanto a lo dispuesto en aquéllas y en éstas sobre organización y competencia del Consejo de Estado como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa? Tal parece que no.

Sobre la compatibilidad de la regla de competencia invocada en este caso por el accionante, que es la contenida en el inciso tercero del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, como atrás se dijo, y los cánones constitucionales y las disposiciones legales orgánicas de la rama judicial del poder público, concretamente las que se refieren a la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como órganos supremos de la jurisdicción ordinaria la primera y de la jurisdicción contencioso administrativa el segundo (arts. 234 a 238 de la C.N.), en reciente providencia pronunciada por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia para decidir sobre la admisibilidad de acción de tutela propuesta contra sentencia originada en la Sala Penal de la misma Corporación, se dijo:

“.....  
2.2. Pues, entiende esta Sala que los mencionados preceptos constitucionales organizan (se repite, constitucionalmente) la atribución y ejercicio de la función jurisdiccional que le corresponde a la Corte, mediante Salas, unas parciales o especializadas, y otra en pleno, bajo el principio de la separación, esto es, de la diversidad igualitaria.

2.2.1. Cuando la Carta, de un lado, ordena que son unos “los asuntos que deba conocer separadamente” cada una de las Salas especializadas, y, del otro, preceptúa que son otros “aquellos en que debe intervenir la Corte en pleno”, está sin lugar a dudas señalando el límite exacto que la ley debe tener en cuenta para la conformación de las Salas, esto es, de “competencias separadas” (o como dice el texto ‘que deba conocer separadamente’), lo cual se configura con la atribución del conocimiento de asuntos distintos o diversos, que, desde

luego, deben desarrollarse (sic) autónomamente, lo que significa con decisión propia y no dependiente de otra Sala.

2.2.2. Pero cuando la Carta política de 1991, en desarrollo del principio jerárquico, organizativo y funcional de la Rama Judicial (Art. 116 C.N.), dispone que la Corte Suprema de Justicia sea 'el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria' (Art. 234 C.N.) y que actúe, entre otras cosas, 'como Tribunal de casación' (Art. 235, num. 1o. C.N.), señala con absoluta claridad, que las funciones jurisdiccionales que se les atribuye y ejerce separadamente cada una de las Salas especializadas y la Sala en pleno, tienen igualmente el carácter máximo, y, por lo tanto, al ser iguales o pares en esta consideración, se concluye en la inexistencia, al interior de la Corte, del principio de superioridad jerárquica. Razón por la cual, en la titularidad y ejercicio de sus funciones una Sala especializada no es superior jerárquico de otra, ni la Sala Plena tampoco lo es, en su propia y autónoma competencia, superior de aquélla.

De lo anterior se concluye en la imposibilidad constitucional de que unas Salas puedan recibir el poder para conocer posteriormente lo que precedentemente se ha conocido por otra, lo que, además de violar la separación mencionada, le quitaría el carácter máximo a esta última para volverla dependiente o subordinada de aquélla. Luego, no hay superioridad jerárquica entre las Salas. Ni tampoco éstas en su función jurisdiccional, tienen organismo externo superior, porque la Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional son organismos autónomos y máximos en sus respectivas jurisdicciones, cuyo ejercicio es separado y, en caso de conflicto, solucionado por el Consejo Superior de la Judicatura (Arts. 226, 234, 236 y 239 C.N.), pero sin superioridad, ni interferencia recíprocas.

2.2.3. Siendo lo expuesto la forma como a la Corte se le atribuye y debe ejercer su función jurisdiccional, no puede menos que entenderse que a ella debe sujetarse la distribución de las competencias que la ley haga entre 'los jueces' para el conocimiento de las acciones de tutela y entre los 'jueces competentes' pertinentes para el conocimiento de las impugnaciones (Art. 86 C.N.). Luego en la atribución de competencias para acciones y fallos de tutela, la Corte Suprema de Justicia, no puede menos que asumirlas de la siguiente manera: externamente, como superior jerárquico de los Tribunales que así mismo tengan que conocer de dichos asuntos. E internamente, sin poder superior jerárquico alguno de una Sala respecto de otra. De allí que si bien que esta Corporación, por medio de sus Salas especializadas, es (sin perjuicio

de lo que corresponda separadamente a la Corte Constitucional) el 'máximo Tribunal' para las decisiones de fondo de las tutelas que sean procedentes, no lo es menos que una Sala especializada carezca, conforme a los mandatos constitucionales mencionados, de competencia para conocer de las acciones de tutela impetradas respecto de decisiones judiciales proferidas por otra Sala especializada. Porque en este caso, de una parte, se quebranta la separación exclusiva de la materia de cada Sala, pues el objeto propio respecto del cual se predica la reclamación de tutela (frente a una acción amenazante o vulneradora de un derecho constitucional fundamental) es precisamente una decisión de una Sala diferente, que a ella sola compete; y, de la otra, se quebranta el principio de igualdad entre las Salas, pues si existiera la posibilidad (en caso de prosperidad de la tutela) de que una Sala especializada ordenara a la otra (respecto de quien se solicita protección tutelar) que 'actúe o se abstenga de hacerlo' (como lo indica el Art. 86, Inc. 2o. de la C.N.), estaría señalándole derroteros para la decisión, haciendo a esta última Sala dependiente o inferior a la primera, en abierta contradicción con la igualdad máxima entre las Salas de la Corte Suprema de Justicia prescrita por la Constitución, y su sometimiento directo a ésta y la ley (Art. 230 C.N.). Más bien, aquella orden judicial tutelar guarda plena armonía cuando dentro de la organización de la Rama Judicial, se desarrolle el principio jerárquico, orgánico y funcional.

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

3. Por lo tanto, esta Sala de Casación Civil, órgano diferente de aquél que profirió la providencia respecto de cuyo acto se solicita tutela (Sala de Casación Penal), advierte clara contradicción e incompatibilidad entre los preceptos constitucionales mencionados, y lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 40 del Decreto Legislativo Especial No. 2591 del 19 de noviembre de 1991 (Reglamento de la Acción de Tutela), puesto que, en lo que atañe a la Corte Suprema de Justicia, atribuye intersalas competencia tutelar judicial; en los siguientes términos: 'Tratándose de sentencias emanadas de una Sala o sección, conocerá la Sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la Sala Plena correspondiente a la misma Corporación'.

3.1. Ahora bien, en casos como el sub-examine no puede el órgano o funcionario judicial desatender semejante incompatibilidad, de una par-

te, porque la Constitución al no permitirle tener y ejercer ese tipo de competencia, mal puede con fundamento en ella desplegar la función judicial que se le ha confiado; y porque, del otro, se abriría paso a una tutela sin respaldo constitucional. Pues admitir que, so pretexto de establecer una eventual protección a derechos fundamentales constitucionales amenazados o vulnerados, pueda un órgano cualquiera, aún incompetente, entrar a su análisis y estudio de fondo, no solo quebrantaría las garantías constitucionales de la competencia debida en todo proceso y el principio de la institucionalización de la organización de la jurisdicción (Arts. 29 y concordantes antes citados), sino que también (desatendiendo el estado de derecho) estimularía y provocaría la justicia tutelar por órgano de facto (Art. 22).

Ello, en acatamiento a los mencionados preceptos constitucionales, impide a una Sala especializada y a cualquier órgano externo (pues no hay superior) conocer de las acciones de tutela apoyadas en el inciso 1o. del Art. 86 de la C.N., respecto de decisiones judiciales proferidas por otra Sala de la misma Corte, sin que pueda esta Corporación adoptar, motu proprio, los mecanismos constitucionales adecuados que le permita conceder dicha protección.

3.2. En el anterior orden de ideas, esta Sala no puede menos que advertir la incompatibilidad entre la Constitución y el decreto-ley mencionado, lo cual la autoriza inaplicar esta última y, a su turno, dar cumplimiento al deber de aplicar las normas constitucionales mencionadas (art. 4o., inciso 1o., C.N.), en virtud de las cuales no se permite tener y ejercer responsablemente (Art. 6o.) la referida competencia para el conocimiento de la acción de tutela de la que dan cuenta los antecedentes.

Lo anterior, es suficiente para no dar trámite a la mencionada solicitud de tutela respecto del fallo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

Esta Sala encuentra acertado el criterio expuesto así por la H. Corte Suprema de Justicia, criterio que por las mismas razones es aplicable a la competencia consagrada en el tercer inciso del artículo 40 del tantas veces citado Decreto 2591 de 1991; reglamentario del artículo 8o. de la Constitución Política en lo que se refiere al H. Consejo de Estado. En efecto, del artículo 236 de la Carta es evidente que el Consejo “... se dividirá en salas y secciones” para separar las funciones jurisdiccionales propias como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo de aquellas otras provenientes de la

misma Constitución y la Ley. Y en consonancia con la disposición constitucional están los artículos 93, 96, 97 y 98 del Código Contencioso Administrativo, porque de su contenido surge nítidamente que la división en salas y secciones tiene por objeto hacer más adecuada y acertada la función judicial al decidir las distintas materias que son objeto de las decisiones como máximo tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De ahí que en el numeral 7o. del artículo 96 del C.C.A. se atribuya a la Sala Plena del Consejo “Distribuir, mediante acuerdo, las funciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo que no deban ser ejercidas en pleno, entre las secciones que la constituyen, con base en un *criterio de especialización*” (subraya la Sala); que “... Cada sección ejercerá separadamente las funciones que les asignen la ley o este Código”. Y la misma ley 14 de 1988 —de carácter especial— dispone que el Consejo de Estado “... tramitará y decidirá todos los procesos electorales de su competencia a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo integrada...”.

Igualmente, de la estructura del Código Contencioso Administrativo, en cuanto en él se consagran recursos extraordinarios para impugnar las sentencias que deben proferir cada una de las secciones integrantes del Consejo de Estado, emerge sin esfuerzo alguno de interpretación del hecho de que ninguna de las Secciones es superior de otra u otras, por corresponderle a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, integrada por sus Secciones, decidir o resolver tales recursos extraordinarios. Por manera que resulta imposible aplicar el tercer inciso del Artículo 40 del Decreto Reglamentario de la acción de tutela, porque ninguna de las Secciones es superior jerárquico de la otra, lo que, de otra parte, conduce a la conclusión de que es inaplicable también lo dispuesto en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 29 del mismo decreto, dado que ninguna de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo podría imponer a otra u otras el cumplimiento de una decisión adoptada por ella.

Lo expuesto hasta ahora obliga a esta Sala, integrada por los cuatro Magistrados de la Sección Quinta, a inaplicar el artículo 40, inciso tercero, del Decreto-Ley 2591 de 1991 por encontrarlo incompatible con la preceptiva constitucional y legal que fue objeto de análisis, en cuanto tal preceptiva regula a nivel constitucional la estructura del Estado, la estructura de la Rama Judicial (art. 113 a 116 y 228 a 245 C.N.) y a nivel legal la desarrolla.

No dándose el presupuesto de la competencia para tramitar la acción de tutela aquí propuesta, resultaría inapropiado analizar otros aspectos esenciales como el de la caducidad de la acción y el de la inactividad de desconocer el principio de la cosa juzgada, sin el cual resulta imposible administrar justicia de manera efectiva y segura, principio que hasta donde se tiene conocimiento rige en los países en los que los jueces deciden los con-

flictos de derecho por virtud de la potestad soberana del Estado para administrar justicia.

Por lo expuesto la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

**DECIDE:**

Abstenerse de tramitar la solicitud de tutela propuesta contra la sentencia pronunciada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 19 de abril de 1991 a la que se refiere el accionante, por las razones expuestas en la parte motiva.

Notifíquese esta decisión al interesado y devuélvasele el expediente sin necesidad de desglose.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; Miren de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure.*

*Octavio Galindo Carrillo, Secretario.*

## PROVIDENCIA DE TUTELA/RECURSOS

**La revocación de la decisión por medio de la cual se abstuvo de tramitar la solicitud de tutela no es posible porque no existe en el Decreto 2591, reglamentario de la acción de tutela el recurso de reposición, en cuanto regula la competencia especial.**

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Quinta.—* Santafé de Bogotá, D.C., enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Ref. Expediente No. 001. Actor: Fernando Góngora Arciniegas.

El señor Fernando Góngora Arciniegas impugna "... la providencia mediante la cual la Sección Quinta decidió abstenerse de tramitar la solicitud de tutela presentada ante ese Despacho, en contra de la sentencia proferida por la Sección Cuarta del H. Consejo de Estado en relación con la impugnación de actos administrativos en materia del Impuesto sobre la Renta y complementarios, determinados a mi cargo por el Fisco Nacional por la anualidad fiscal de 1982".

No obstante esa impugnación pide "... la revocación de la decisión inhibitoria adoptada y que, en su lugar, se decida la acción incoada, porque no existe, en mi entender, inconstitucionalidad alguna en el Decreto reglamentario de la Tutela, al fijar la competencia de las Secciones del H. Consejo de Estado para decidir sobre las sentencias proferidas, por las mismas, pues se trata de un procedimiento especialísimo que no admite, precisamente por este carácter propio, de aplicaciones analógicas propias del procedimiento

ordinario". Y agrega: "En subsidio pido que se remita el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo".

Hace, además, el señor Góngora Arciniegas una serie de apreciaciones personales sobre la interpretación que debe darse al artículo 8o. de la Constitución Nacional y a las normas reglamentarias del mismo, sobre las cuales la Sala se considera relevada de hacer comentarios en pro de la celeridad que debe darse al trámite de la acción de tutela.

Para resolver se considera:

La revocación de la decisión por medio de la cual esta Sala decidió abstenerse de tramitar la solicitud de tutela propuesta contra la sentencia pronunciada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado no es posible porque no existe en el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela el recurso de reposición, en cuanto regula la "Competencia especial", por ello no se accederá a dicha petición.

En cambio la Sala concede la impugnación para ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, por ajustarse a la preceptiva del artículo 40, tercer inciso, del precitado Decreto.

Sin lugar a más consideraciones la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

### RESUELVE:

1. No reponer su providencia de 24 de enero próximo pasado.
2. Remítase el expediente a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para el trámite de la impugnación presentada por el señor Fernando Góngora Arciniegas.

Notifíquese esta decisión al interesado y cúmplase lo dispuesto en ella.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Presidente; Amado Gutiérrez Velásquez, Miren de la Lombana de Magyaroff, Jorge Penen Deltieure,*

*Octavio Galindo Carrillo, Secretario.*

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/AUTONOMIA JUDICIAL/TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Improcedencia.**

Como la acción de tutela es una figura de creación constitucional y no está instituida en la Carta contra las sentencias judiciales ejecutoriadas, pues en parte alguna de la norma que la consagra se hace mención de su procedencia contra éstas, no puede el decreto reglamentario sin excederse, consagrarla contra dichas providencias y al haberlo hecho, es procedente darle aplicación a la excepción de inconstitucionalidad y con base en ella no aplicar el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. AC-015. Actor: Adriana Alejandrina Sepúlveda de Ortiz.

Mediante escrito presentado ante el Juzgado 107 de Instrucción Criminal en enero 10 de 1992 la doctora Adriana Alejandrina Sepúlveda de Ortiz, haciendo uso de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada por el Decreto 2591 de noviembre 19 de 1991, solicita a la Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

*“Primera:* Se declare violatoria de mis derechos fundamentales de tipo constitucional la sentencia proferida en el proceso de la Referencia, por el H. Tribunal Administrativo de Nariño el 10 de septiembre de 1991.

*Segunda:* En consecuencia se declare igualmente violatoria de mis derechos constitucionales la Resolución 08084 proferida por el Ministerio de Educación Nacional el 26 de junio de 1990, a la que se le diera valor y fuerza ejecutoria la citada sentencia.

*Tercera:* Consecuencialmente, se ordene mi reintegro inmediato al cargo que yo venía desempeñando como Jefe del Departamento de Promoción Social en el Inem. "Mariano Ospina Rodríguez" de Pasto en el que deberé permanecer hasta que la Caja Nacional de Previsión Social ordene mi figuración en nómina de pensionada.

*Cuarta:* Se ordene a la Nación colombiana a reconocer y pagar por medio del Fondo Educativo Regional las sumas de dinero que he dejado de percibir por concepto de mis salarios y prestaciones en el citado cargo.

*Quinta:* Se declare para efectos legales que no he tenido interrupción en mi servicio oficial de docente hasta cumplirse mi reintegro.

*Sexta:* Se profieran los demás ordenamientos de rigor que se hacen exigentes para el caso". (folios 15 y 16).

Dice que por medio de los actos demandados se le violaron sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional, el derecho al trabajo (artículo 25), a la estabilidad en el cargo que desempeñaba estando escalafonada en la carrera docente, el derecho a la doble instancia (artículo 31) y el derecho al debido proceso (artículo 29).

Señala que como docente que ha sido, escalafonada en el grado 12, le asistía su derecho a la estabilidad e inamovilidad en el cargo, a pesar de lo cual por haber llegado a la edad de 65 años, fue removida del cargo por medio de la Resolución No. 08084 de junio 26 de 1990 del Ministerio de Educación, sin que se le hubiere notificado previamente la Resolución de reconocimiento de su pensión de retiro por la entidad respectiva, por lo cual no había perdido su derecho a permanecer en el cargo que venía ejerciendo de Jefe de Departamento de Promoción Social del INEM "Mariano Ospina Rodríguez", de Pasto, razón por la cual, hizo su reclamación ante el Ministerio de Educación, lo que motivó que dicha entidad en forma oficiosa por medio de la Resolución No. 10586 de agosto 6 de 1990 procediera a revocar la resolución anterior, con lo cual se le restituyó en su derecho.

Sin embargo, la persona que había sido designada en su reemplazo demandó el último acto citado ante el Contencioso, proceso al que ella concurre como coadyuvante del Ministerio de Educación que figuró como demandado, en donde solicitó se declarara la nulidad de la Resolución No. 08084 de 1990 por adolecer de una serie de vicios que anotó en sus alegaciones y

propuso la excepción que hizo consistir en la carencia de capacidad o titularidad jurídica para demandar, por no conferirle ningún derecho el inocuo acto No. 08084 de 1990.

Agrega que el Tribunal de Nariño profirió la sentencia que ahora se ataca, sin escuchar las razones de la memorialista ni las del Ministerio Público y procedió a anular la Resolución No. 10586 de 1990 con fundamento en que como la No. 08084 de 1990 había creado un derecho subjetivo y particular en favor de la accionante, no podía ser revocado sin su consentimiento; en esta sentencia no se tuvo en cuenta ni las alegaciones de la parte demandada, ni las pruebas aportadas y hace unas afirmaciones equivocadas reñidas con la verdad, sin resolver la nulidad de la Resolución No. 08084 de 1990, ni sobre la excepción propuesta, afirmando que como ese proceso era de única instancia no había lugar a la consulta, lo cual no es cierto.

Contra dicha sentencia interpuso el recurso de apelación que le fue negado, recurriendo en queja que igualmente se le negó dizque por no haberse formulado en forma concreta y oportuna.

Al reunir la solicitud presentada, en general, los requisitos señalados en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, lo mismo que lo exigido en el inciso segundo del artículo 37 *ibidem*, pasará la Sala a resolver sobre lo pedido previas las siguientes:

#### CONSIDERACIONES:

Al analizar las peticiones que se formulan en el escrito, puede observarse que se pide la declaratoria de ser violatoria de sus derechos constitucionales fundamentales la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en septiembre 10 de 1991 en el proceso relacionado inicialmente y como consecuencia de dicho pronunciamiento, se diga que también lo es la Resolución No. 08084 de junio 26 de 1990 emanada del Ministerio de Educación Nacional, es decir, que este pronunciamiento se hace depender de la prosperidad del primero, que viene a ser el acto principal materia de la tutela ejercida.

El artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 se refiere, como competencia especial, a las sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces Superiores, los Tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, indicando como competente para conocer de la acción de tutela respecto a ellas al superior jerárquico correspondiente, por lo cual, el Consejo de Estado sería competente para conocer de dicha acción, de acuerdo a la norma citada.

Como la acción de tutela es una figura de creación constitucional (artículo 86) y no está instituida en la Carta contra las sentencias judiciales

ejecutoriadas, pues en parte alguna de la norma que la consagra se hace mención de su procedencia contra éstas, no puede el decreto reglamentario sin excederse, consagrarla contra dichas providencias, y al haberlo hecho en los artículos 11 y 40 es procedente darle aplicación a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Constitución Nacional y con base en ella no aplicar el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991.

Si la Constitución Nacional no consagró dicha acción contra las citadas providencias, no puede el Ejecutivo con base en unas facultades que le confería el artículo 5 transitorio de la Carta, señalar su aplicación respecto a actuaciones no autorizadas constitucionalmente.

Además, para inaplicar el artículo 40 del Decreto 2591, en lo relativo a la revisión de las sentencias judiciales ejecutoriadas y que han dado tránsito a cosa juzgada, se impone una interpretación rigurosa del Art. 86 de la C.N., con el fin de desentrañar la intención del constituyente. Pues bien: la norma está conformada por una concatenación de oraciones. El sujeto de la primera es "toda persona", como titular de la acción. Esta se ejercitará "ante los Jueces mediante un procedimiento preferente sumario". ¿Qué reclama ante los jueces este sujeto? "La protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados". ¿Cuál es el sujeto agente de la acción u omisión que produce el daño? En la última oración se expresa: "Cualquier autoridad pública". Aquí el concepto "autoridad pública" se refiere a cualquier funcionario distinto de los jueces, quienes son los competentes para administrar la justicia, en los términos previstos en el título VIII de la C.N.

En el segundo inciso de la norma se dice que la protección consiste en una orden para que "cualquier autoridad pública" actúe o se abstenga de hacerlo". ¿Cuál es el funcionario a quien compete dar la orden? El Juez que conoce de la acción de tutela. Sería inconcebible que un Juez de la República ordene a otro Juez que se abstenga de hacer o no hacer lo relativo a su cargo. Pero sí puede un Juez de la República ordenar a una autoridad administrativa, por ejemplo, que se abstenga de hacer o no hacer para proteger los derechos de una persona. Pensar lo contrario es ir a contrapelo de la disposición constitucional y de la organización jurídica de la Nación, con consecuencias impredecibles contra la paz pública.

Por lo anotado y al no ser procedente darle aplicación en este caso al artículo 40 del mentado Decreto, es por lo que estima la Sala que la acción de tutela ejercitada contra la sentencia del Tribunal de Nariño no es procedente.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de diciembre 9 de 1991, entre otras cosas dijo:

“4.2. Luego, cuando el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 incluyen dentro de su contenido, como susceptibles de objeto posibles de reclamación de tutela ““las sentencias y las demás providencias que pongan término al proceso”” (inciso 1o.), incluyendo las que ““hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial”” (inciso 1o. del párrafo primero del citado Art. 40), y el artículo 11 que autoriza la tutela de sentencias o providencias que le ponen fin al proceso ya ejecutoriadas, se infringe el mandato constitucional de dichos actos judiciales excluidos en el Art. 86 de la C.N. Y cuando el artículo 8o., inciso 1o., permite el ejercicio de la acción de tutela con independencia del ejercicio del medio de defensa, también resulta incompatible con aquel precepto constitucional.

4.2.1. Ahora bien, frente a esta incompatibilidad tampoco puede el órgano o funcionario judicial entender incluida esa posibilidad de tutela en el citado precepto, cuando realmente no lo está; ni admitir su adición por la vía legal, porque siendo una acción constitucional, debe corresponder a la Carta Política su total consagración. Pero la sustracción constitucional de las sentencias ejecutoriadas del control de tutela, en el sentido antes mencionado, en vez de negar defensas, supone, por el contrario, haberlas tenido y haber gozado de ellas (incluyendo los recursos extraordinarios y otras defensas), y garantizar, con sus efectos vinculantes, la seguridad jurídica y la convivencia de los ciudadanos. Además, no se desamparan los derechos constitucionales fundamentales, porque ellos quedan bajo la protección judicial ordinaria antes y después de la conclusión del proceso, tal como lo establece la constitución (Art. 89 C.N.).

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

El Consejo de Estado por medio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo acoge el anterior criterio, y por ello estima que la acción de tutela ejercitada contra la sentencia del Tribunal Nariño no es procedente (artículo 4o. Constitución Nacional).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

**RESUELVE:**

Se rechaza por improcedente la solicitud de tutela formulada por Adriana Sepúlveda de Ortiz en relación con la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en septiembre 10 de 1991, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, ARCHIVASE EL EXPEDIENTE Y CUMPLASE.**

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de veintinueve (29) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Con Aclaración de Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Con Aclaración de Voto; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**NOTA DE RELATORIA:** Las aclaraciones de voto de los Doctores MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ y LIBARDO RODRIGUEZ, RODRIGUEZ, son las mismas suscritas con ocasión del pronunciamiento de tutela de esta misma Sala Plena fechado el 31 de enero de 1992, Exp. AC-016, Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, publicadas en este mismo tomo.

**NOTA DE RELATORIA:** Reiterada en Sentencia de 8 de junio de 1992, Exp. AC-136, Actora: Betty Esperanza Moreno Ramírez, Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

**TUTELA CONTRA AUTOS— Improcedencia/TUTELA TRANSITORIA—  
Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE— Inexistencia/DEBIDO PRO-  
CESO**

La acción de tutela no es procedente contra todas las actuaciones del juez, sino exclusivamente contra las providencias que pongan término al proceso. Se impetra la acción como mecanismo transitorio, contra la providencia mediante la cual se negó la concesión del recurso de apelación, en cuanto el "a-quo" no accedió a decretar la suspensión provisional. Como la providencia materia de esta acción excepcional no pone término al proceso, no puede considerarse que esa circunstancia pueda causar un perjuicio irremediable. De otra parte en el caso materia de autos, el perjuicio sólo se evidenciará en caso de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. Además, la sola negativa a conceder un recurso de apelación no quebranta la estructura constitucional del debido proceso.

*Consejo de Estado.— Sala Plena.—* Santafé de Bogotá, D.C., febrero cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-020. Actor: Prudencio Tolosa Suárez.

El señor PRUDENCIO TOLOSA SUAREZ, en nombre propio, acude ante esta Corporación, en "solicitud de amparo de derechos tutelados por el Código Contencioso Administrativo, que fueron desconocidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bucaramanga" (sic).

### 1. *Antecedentes*

El accionante hace consistir el desconocimiento de tales derechos a que:

a) Con la radicación No. 801 de 1991, cursa en el Tribunal Contencioso Administrativo de Bucaramanga (sic), un proceso de nulidad de una Resolución (sic) promovido por PRUDENCIO TOLOSA SUAREZ contra el INCORA;

b) A la demanda de nulidad anexé copia de un acta de inspección ocular practicada por el Incora sobre un inmueble;

c) Esa acta en copia está formando parte del expediente a los folios 199 y 307 del expediente;

d) Con la demanda de nulidad presenté separadamente petición de SUSPENSION PROVISIONAL de las resoluciones acusadas;

e) El Tribunal denegó la suspensión provisional amparado en la falacia de que no estaba en el expediente el ACTA DE INSPECCION OCULAR, asumiendo así la responsabilidad de desviar el DEBIDO PROCESO;

e) Contra el auto que denegó la suspensión provisional interpuse en tiempo, así lo informó la Secretaría, recurso de reposición equivocadamente, (sic) pero en subsidio interpuse en el mismo escrito RECURSO DE APELACION;

f) Antes de que el expediente entrara al despacho para estudiar el recurso de reposición, presenté otro escrito, por medio del que desistí del recurso de reposición y mantuve el de apelación como único;

g) El Tribunal se valió y tomó la argucia de la reposición desistida para DENEGAR EL RECURSO DE APELACION, azás para evitar que el H. Consejo de Estado se enterara de cómo actúan esos magistrados sin examinar los documentos que contienen los expedientes.

Como el art. 155 del Código Contencioso Administrativo, estatuye que el auto que deniegue la suspensión provisional en los procesos de primera instancia es apelable, y la negación de la suspensión provisional implica que el mecanismo de evitar que mediante un acto administrativo viciado de nulidad se cumpla y cumpliéndolo se me despoje de una finca que poseo, lo que constituye un perjuicio económico remediable (sic), ruego que se ordene conceder el recurso con sujeción al art. 8 del Decreto 2591 de 1991”

2. Sin entrar a estudiar el aspecto constitucional, desde el plano puramente legislativo, la Sala debe decir, que la acción de tutela no es procedente contra todas las actuaciones del juez, sino exclusivamente contra las providencias que pongan término al proceso, según se desprende de los artículos 11 y 40 de la norma que reglamenta la nueva institución constitucional. En nuestro caso porque el auto atacado, es simplemente de impulso procesal, y no pone fin al proceso, todo lo contrario, lo inicia. Esta sola razón conduciría a la improcedencia de la presente acción.

### *3. La acción de tutela como mecanismo transitorio*

Se impetra esta acción de tutela, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 8o. del Decreto 2591 de noviembre 19 de 1991, es decir, como mecanismo transitorio. En efecto la mencionada norma dispone:

Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

En el presente sub-lite, se interpone la acción de tutela, como mecanismo transitorio contra la providencia del Tribunal Administrativo de Santander, que negó el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la solicitud de suspensión provisional. Dado que la providencia que resuelve la solicitud de suspensión provisional es susceptible de recurso de apelación, y que negado éste, procede el recurso de queja consagrado en el artículo 182 del C.C.A., estamos en presencia de "otro medio judicial". En efecto, dice así el citado artículo:

### Artículo 182. Queja

Para los efectos de este recurso se aplicará en lo pertinente, lo que disponen los artículos 377 y 378 del Código de Procedimiento Civil. Este recurso procederá igualmente cuando denieguen los recursos extraordinarios previstos en este Código. (C.C.A.).

Art. 377. *Procedencia.* Cuando el juez de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja ante el superior, para que éste lo conceda si fuere procedente. Podrá también interponer recurso de queja el apelante a quien se concedió una apelación en el efecto devolutivo o diferido, si considera que ha debido serlo en uno distinto, para que el superior corrija tal equivocación. El mismo recurso procede cuando se deniegue el de casación. (C.P.C.).

Para el caso concreto, se impetra la acción como mecanismo transitorio, contra la providencia del Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual negó la concesión del recurso de apelación en cuanto el a-quo no accedió a decretar la suspensión provisional. Como la providencia materia de esta acción excepcional no pone término al proceso, no puede considerarse que esa circunstancia pueda causar un perjuicio irremediable. En efecto, negado el recurso de apelación, le queda la posibilidad al afectado de interponer recurso de queja, para ante el superior. De otra parte en el caso materia de los autos, el perjuicio sólo se evidenciaría en caso de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

En efecto, la irremediabilidad surgiría de una providencia definitiva, que en nuestro caso no lo es por lo siguiente:

a) Frente al proveído contra el cual se intenta la acción de tutela, procede el recurso de queja consagrado en el artículo 182 del Código Contencioso Administrativo.

b) Queda el desarrollo subsiguiente del proceso al cual se pondrá fin con la sentencia, contra la cual caben los siguientes recursos:

– Si el asunto corresponde al Tribunal en única instancia, procedería el recurso extraordinario de revisión consagrado en el artículo 130 del C.C.A., modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, por las causales allí expresamente consagradas.

– Si el asunto corresponde al Tribunal en primera instancia, procedería el recurso de apelación consagrado en el artículo 181 del C.C.A.

– Contra las providencias dictadas por una de las Secciones de esta Corporación, proceden los recursos extraordinarios de súplica y revisión, según el caso, conforme lo dispone el artículo 130 del C.C.A.

De otro lado, la sola negativa a conceder un recurso de apelación no quebranta la estructura constitucional del debido proceso. No puede aceptarse que un simple trámite o actuación, propios de la dinámica procesal y con señaladas vías de impugnación, pueda desconocer el principio del debido proceso.

De todo lo anterior se desprende la improcedencia de la acción incoada, por las siguientes razones:

- Por cuanto existen en el caso materia de autos, otros medios de impugnación judicial.
- Por cuanto no hay perjuicio irremediable.
- No se ha quebrantado el principio del debido proceso.

Pero además, en relación con la acción de tutela, la Sala recuerda su proveído referido al expediente AC-009, con ponencia de la doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, en la cual se dijo con relación al Instituto constitucional que nos ocupa y en relación con su procedencia frente a providencias judiciales, lo siguiente:

Para el caso que ocupa a la Sala debe destacarse la condición que impone el precepto de carencia de otro medio judicial de defensa, que es lo que hace que la acción sea una acción subsidiaria y residual es decir, que sólo procede a falta de otro medio de defensa y siempre que el derecho fundamental no esté protegido por acción judicial diferente.

También debe destacarse que cuando excepcionalmente pueda salvarse esta condición de procedibilidad para evitar un perjuicio irremediable, la tutela es simplemente preventiva, provisional y eminentemente transitoria, lo que quiere decir que procede MIENTRAS se pone en movimiento el medio de la defensa judicial ordinario.

Las características destacadas que la norma constitucional otorga a la nueva institución, pertenecen a su esencia y son desconocidas por el legislador al instituir la tutela contra las sentencias y providencias judiciales en firme o como medio de impugnación pendiente (arts. 11 y 40).

Y más adelante agrega el mismo proveído:

Por otra parte, tampoco resulta viable constitucionalmente interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio, conjuntamente con los recursos ordinarios o con otros medios de defensa judicial, (art. 40

parágrafo 1o., inc. 2o.), porque aun cuando todavía no se haya dictado providencia definitiva, la existencia del proceso en curso hace inoperante el instrumento transitorio que, como anteriormente se anotó, dentro de los lineamientos constitucionales no es paralelo y sólo es viable hasta cuando asume el conocimiento el juez ordinario.

En esas condiciones, ni desde la perspectiva constitucional (principio del debido proceso), ni de su desarrollo legal (decreto 2591 de 1991), ni de la reciente jurisprudencia de la Corporación, es posible atender la acción de tutela interpuesta por el señor PRUDENCIO TOLOSA SUAREZ y en consecuencia, se impone su inadmisión.

La Corporación finalmente observa que en los literales e) y g) del memorial, se contienen expresiones desobligantes contra los magistrados del Tribunal Administrativo de Santander, lo cual obliga a la Sala a ordenar se compulsen copias, tanto de esta providencia, como del escrito que contiene la acción de tutela, al Tribunal Superior de Cundinamarca, para que examine si eventualmente se incurrió en desconocimiento del estatuto del abogado, por parte del memorialista.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado,

### RESUELVE:

INADMITESE la acción de tutela instaurada por el señor PRUDENCIO TOLOSA SUAREZ, contra el auto que negó la apelación contra la decisión de suspensión provisional, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander.

Envíese copia de esta providencia y del escrito que contiene la acción de tutela, al Tribunal Superior de Cundinamarca, para lo de su cargo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFIQUESE esta decisión al interesado y DEVUELVA el expediente, sin necesidad de desglose.

### COPIESE Y NOTIFIQUESE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión del día treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,*

*Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de M., Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Veldsquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes H., Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Con Aclaración de Voto; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, es la misma suscrita con ocasión del pronunciamiento de tutela de esta misma S.P. fechado 31 de enero de 1992. Exp. AC-016. Ponente; Dr. Guillermo Chahín Lizcano, publicado en este tomo.

## **COMPETENCIA DE TUTELA/TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA FUNCIONAL/MAGISTRADO SUSTANCIADOR/PRINCIPIO DE JERARQUIA**

Si al Magistrado solamente se le asigna la sustanciación de la solicitud de tutela, compete al Tribunal en pleno —Sala o Sección—, proferir el fallo que pone fin al proceso de tutela en primera instancia. Esta Corporación, para efectos de la impugnación del fallo de la tutela, es superior jerárquico desde el punto de vista funcional de los Tribunales —Salas, Secciones o Sub-Secciones—, más no de los Magistrados que los integran.

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—* Santafé de Bogotá, D.C., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-024. Actora: Sociedad E.P.S. Asesoría y Consulta Limitada.

La Magistrada, doctora MARIA INES ORTIZ BARBOSA, de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha enviado a esta Corporación el expediente contentivo de la acción de tutela incoada por el señor FRANCISCO MIRANDA para que se conozca y decida la impugnación presentada por el actor contra el proveydo de 16 de Enero del presente año.

Al respecto, esta Sala Unitaria se permite observar lo siguiente:

I. La competencia para conocer de la acción de tutela en primera instancia ha sido asignada, a prevención, a los Jueces o Tribunales con jurisdic-

ción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la solicitud (artículo 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991).

II. La tramitación o sustentación de la tutela estará a cargo del Presidente de la Sala o del Magistrado a quien éste designe en turno riguroso. Compete a dicho Magistrado como sustanciador, cuando fuere necesario, ordenar la corrección de la solicitud de tutela, la petición de informes al órgano o autoridad contra quien se dirigió la solicitud o del expediente administrativo o de la documentación pertinente, así como también podrá solicitar información adicional y practicar las pruebas que sean indispensables (artículos 15, 17, 19 y 21 *ibídem*).

III. Siendo competente en primera instancia el Tribunal con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o la amenaza que motivó la acción, es a él, y no al Magistrado sustanciador, a quien corresponde proferir el fallo, conforme a las previsiones de los artículos 28 a 30 *ibídem*.

IV. Dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo que decida la tutela, podrá ser impugnado éste por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, y de dicha impugnación —que equivale a una segunda instancia, y en ésta: al recurso de apelación— conoce el superior jerárquico del Tribunal, cuando éste conociere en primera instancia.

V. Si según el artículo 15 ya citado, al Magistrado solamente se le asigna la sustanciación de la solicitud de tutela, compete al Tribunal en pleno —Sala o Sección—, proferir el fallo que pone fin al proceso de la tutela en primera instancia.

VI. En el caso sub-examine, por consiguiente, el fallo de primera instancia corresponde a la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y no a la Magistrada sustanciadora.

VII. Aplicando las reglas generales que gobiernan la actuación tanto de esta Corporación como del referido Tribunal, y en particular el artículo 358 del C.P.C., en concordancia con el 29 del mismo, debe entenderse que el acto procesal de 16 de Enero de 1992 (folios 29 a 33) de la Magistrada, doctora MARIA INES ORTIZ BARBOSA, equivale a un proyecto de fallo, el cual no ha sido todavía suscrito por todos los integrantes de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo cual justifica que, en cumplimiento del mencionado artículo 358, se devuelva el expediente a su Oficina de origen para que se proceda en legal forma.

VIII. Resulta pertinente agregar, que esta Corporación para efectos de la impugnación del fallo de la tutela que prevé el artículo 32 del Decreto-Ley 2591 de 1991 es superior jerárquico desde el punto de vista funcional de

los Tribunales —Salas, Secciones o Sub-Secciones—, mas no de los Magistrados que los integran. Ello se desprende de las reglas generales de competencia estatuidas tanto en el C.C.A. como en el C.P.C.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sala Unitaria,

**RESUELVE:**

Devuélvase a la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el expediente contentivo de la solicitud de tutela incoada por la SOCIEDAD E.P.S. ASESORIA Y CONSULTA LIMITADA, con fundamento en las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.*

**DERECHOS PATRIMONIALES/TUTELA TRANSITORIA— Improcedencia  
/PERJUICIO IRREMEDIABLE— Inexistencia**

Para los derechos patrimoniales existen vías de protección específicas en las legislaciones civil, comercial, penal y procesal, a las que se debe o se puede acudir según sea la naturaleza de la violación o del factor perturbador de su ejercicio. En el caso en examen se da la condición del ejercicio transitorio de la acción, aunque se disponga de otro medio de defensa, cual es la de evitar un perjuicio irremediable. En efecto, las acciones civiles encaminadas a recuperar el uso y goce de los bienes reclamados por el solicitante, de prosperar conducirían a disponer la restitución de aquéllos, siendo la posible condena al pago de los perjuicios meramente accesorios.

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., febrero siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. AC-014. Actor: Lucas Antonio Alzate Isaza.

Conoce la Sala de la impugnación, que en su propio nombre formuló el actor de la referencia, contra la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia el 11 de diciembre de 1991, mediante el cual declaró improcedente acción de tutela promovida por el señor Lucas Antonio Alzate Isaza, tendiente a que se le ampare en sus derechos de uso y goce de un inmueble de su propiedad y de bienes muebles, que señala como propios, depositados en el mismo inmueble. Al respecto se tienen los siguientes:

## I.- ANTECEDENTES:

1. Acompañando copia autenticada de documento privado que relaciona la adjudicación efectuada por el Municipio de Copacabana (Antioquia) a favor del precitado Lucas Antonio Alzate Isaza, de la segunda planta de una casa de habitación construida por ese ente territorial en lote ubicado en la calle 48 No. 49A-59 de su perímetro urbano; y copias no autenticadas de la escritura pública No. 1.142, corrida el 16 de agosto de 1989 ante el Notario Público de Girardota (Antioquia), por la que se formalizó la compraventa del segundo piso del inmueble en mención, y se constituyó patrimonio de familia a favor de la menor Sandra Liliana Alzate Ríos, hija del comprador Lucas Antonio Alzate Isaza; del folio de matrícula inmobiliaria donde consta la inscripción de la precitada escritura No. 1.142 en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados del círculo de Girardota, y de acta de diligencia policiva de inspección e inventario con medida preventiva de depósito de libros, muebles y enseres, fechada en octubre 15 de 1987, el señor Lucas Antonio Alzate Isaza, en ejercicio del derecho de petición, formuló ante el Alcalde de Copacabana solicitud para que reponga el predicho acto policivo y otro por el que se le conminó a no ingresar al mencionado segundo piso sino cuando se hallara presente la señora Blanca Cecilia Ríos Ch., y que expida en su lugar "Orden de Protección", que le permita el ingreso al preindicado inmueble y hacer uso de sus bienes personales allí depositados.

Al efecto sostuvo:

a) Ser propietario del inmueble cuya compra acredita la escritura No. 1.142, de agosto 16 de 1989, otorgada en la Notaría de Girardota.

b) Que inspectores de policía de Copacabana le han querido desconocer sus derechos de propietario pleno del citado inmueble, conduciéndolo varias veces al Comando de Policía donde se lo retuvo e incluso a la cárcel local, multándolo, conminándolo y sometiéndolo al escarnio público.

c) Que en dicho inmueble están sus bienes de uso personal, como se ve del acta de la diligencia de inspección, inventario y depósito que adjunta, practicada por una inspectora de policía y la Personera Municipal.

2. El Alcalde de Copacabana, en oficio No. 213 de agosto 5 de 1991, dio respuesta al peticionario remitiéndolo al Código Nacional de Policía y al Código de Policía de Antioquia en relación a los requisitos que deben satisfacer las autoridades de ese ramo al expedir órdenes según su competencia. Puntualiza el régimen y casos de expedición de órdenes de protección y, finalmente, observa que es la "justicia civil y no la administración municipal la competente para dirimir el conflicto..." originado en que el peticionario es titular del dominio pero no poseedor material del inmueble.

3. Expresando que los fundamentos fácticos de la solicitud de Tutela son los mismos de la petición atrás relacionadas, el citado Alzate Isaza pide "... se suspenda, provisionalmente, la decisión del Alcalde de Copacabana, de negarme el uso y goce de los bienes precitados, y en cambio se decida ... que tengo derecho a gozar y disponer de ellos y a que me sea protegido tal derecho..."; también "... que se ordene volver las cosas a su estado inicial y el propietario pueda colocar llaves y cerraduras que a bien tuviere...", y se condene a los responsables a indemnizar los perjuicios ocasionados.

## II.— DEL FALLO IMPUGNADO:

Satisfecho el requisito de la manifestación bajo juramento del Decreto 2591 de 1991, en su artículo 37, inciso segundo, y allegados los informes requeridos por el sustanciador y numerosos documentos que acompañaron las autoridades informantes, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió fallo declarando la improcedencia de la acción de tutela.

Consideró al efecto que, pese a mencionar el solicitante supuestos atropellos de que lo hicieron víctima autoridades policivas de Copacabana, en últimas limita la acción al reclamo del derecho de usar y gozar el inmueble que le pertenece, derecho que parece no encajar entre los denominados fundamentales y para cuya garantía "... el señor Lucas Antonio Alzate I. dispone de otros medios de defensa judicial..." como la acción reivindicatoria y las acciones posesorias.

Además, que tampoco es procedente la tutela como mecanismo transitorio, por cuanto no se trata de evitar un perjuicio irremediable, según lo que al respecto prevé el Art. 16 del estatuto reglamentario de la acción.

**FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.** En memorial visible a folios 73 a 78 de los autos, reitera el solicitante que "... el uso y goce de la propiedad es un derecho fundamental...". Y a manera de explicación, expresa: "... simplemente el suscrito no puede ingresar allí —al inmueble aludido anteriormente, agrega la Sala —por orden de Pilar Tobón Díaz, quien el día 7 de julio de 1988 a las 10 a.m. ordenó que la policía me sacara de mi residencia y fuera conducido hasta su despacho. Allí me conminó y me ordenó, bajo amenazas de detención, que no podía ingresar a mi casa y lo hace anotando, de su puño y letra, en el libro de conminaciones, el exabrupto anterior...". Más adelante precisa: "... para este evento, si hubiere otra acción como lo manifiesta la Honorable Corporación, no es menos cierto que el Art. 8 se puede aplicar como mecanismo transitorio...". Finaliza pidiendo revocar el fallo impugnado.

Con posterioridad a la concesión de la impugnación presentó el solicitante extenso escrito, en el que puntualiza como vulnerados otros derechos que considera fundamentales. No es del caso, empero, referirse a ellos, por

cuanto como en la solicitud de tutela no se los mencionó, no fueron materia del pronunciamiento en examen.

### CONSIDERACIONES:

1. *Competencia.* Corresponde a esta Corporación conocer de la impugnación, como superior jerárquico del juez que profirió el fallo protestado (Art. 32, inciso 1o. del Decreto 2591).

2. *Determinación del elemento perturbador.* El accionante, como atrás se vio, reclama la tutela no sólo en relación a la respuesta del Alcalde de Copacabana a la petición sin fecha que le dirigió en 22 de julio de 1991, sino a las actuaciones de inspectores de policía del mismo lugar, cumplidas con bastante anterioridad a la fecha de vigencia de la acción incoada.

Esta circunstancia temporal bien pudo llevar al a-quo a no examinar la solicitud sino respecto de la aludida respuesta del alcalde, y porque, además, no se da el evento previsto en el numeral 4o., artículo 6o. del Decreto Reglamentario en mención, puesto que no cabe admitir que continua acción violatoria del derecho porque subsisten los efectos de las decisiones policivas de conminación y depósito de bienes, con caracteres de provisionalidad y prevención.

Tampoco podía el a-quo considerar como elemento perturbador la decisión del alcalde de abstenerse de toda injerencia en el conflicto patrimonial surgido de años atrás entre el solicitante y su excompañera Blanca Cecilia Ríos Ch. En su respuesta se limita a reconocer la existencia de ese enfrentamiento por derechos patrimoniales y a señalar la vía que considera adecuada en su dilucidación, sin modificar ni lo más mínimo de la situación preexistente. Máxime porque, como bien lo señala el fallo impugnado, "... la protección de la propiedad privada, corresponde a un capítulo y un título —de la Carta Política— distintos..." de los garantizables con la acción de tutela. En pleno acuerdo con este planteamiento agrega la Sala que para los derechos patrimoniales existen vías de protección específicas en las legislaciones civil, comercial, penal y procesal, a las que se debe o se puede acudir según sea la naturaleza de la violación o del factor perturbador de su ejercicio.

3. *La tutela como mecanismo transitorio.* Se la impetra para que "... mientras haya pronunciamiento de fondo por parte del Honorable Tribunal (?), se suspenda, provisionalmente, la decisión del Alcalde de Copacabana, de negarme el uso y el goce de los bienes precitados..." (fol. 22 fte). Sin embargo, como ya se expresó, la respuesta dada por dicho funcionario se limitó a dejar las cosas en el estado en que se hallaban.

Por el mismo aspecto es conveniente observar que en el caso en examen no se da la condición del ejercicio transitorio de la acción, aunque se dispon-

ga de otro medio de defensa, cual es la de “evitar un perjuicio irremediable...”.

En efecto, las acciones civiles encaminadas a recuperar el uso y goce de los bienes reclamados por el solicitante, de prosperar conducirían a disponer la restitución de aquéllos, siendo la posible condena al pago de los perjuicios meramente accesorias.

Por ello, también acertó el a-quo al considerar improcedente la tutela reclamada “... como mecanismo transitorio...”.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### FALLA:

Confírmase la sentencia calendada en diciembre 11 de 1991, con la que el Tribunal Administrativo de Antioquia declaró improcedente la acción de tutela promovida por el señor Lucas Antonio Alzate Isaza contra actos de inspectores de policía y del Alcalde de Copacabana.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada ésta providencia, dentro de los diez (10) días siguientes remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

Copia de esta providencia remítase al Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia.

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión efectuada el martes cuatro (4) de febrero de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Ausente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Salvó el Voto; Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Salvó Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Salvó el Voto; Daniel Suárez Hernández, Salvó Voto; Julio César Uribe Acosta, Salvó el Voto; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

NOTA DE RELATORIA: Los salvamentos de voto de los señores Consejeros doctores Joaquín Barreto Ruiz, Juan de Dios Montes Hernández, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández y Julio César Uribe Acosta, son los mismos suscritos con ocasión del estudio del expediente AC-035, actor: Benito Eliseo Beltrán Forero, publicados en este mismo tomo de Anales.

**DEBIDO PROCESO/ACCION DE TUTELA— Imprudencia/RECURSO DE REPOSICION— Negación**

La negación de un recurso de reposición, por devolución del memorial irrespetuoso de su apoderado y su incidencia procesal, es un aspecto involucrado dentro de las posibilidades o temas susceptibles de debate en las acciones judiciales pertinentes, por lo que está excluido de la acción de tutela. No se sabe a ciencia cierta cuál es la intención del accionante con este argumento. Si lo que busca es una protección al derecho del debido proceso, “la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente”, pero no hay ninguna solicitud en tal sentido.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-026. Actor: Ana Ethel Moncayo de Rojas.

Corresponde a la Sala decidir la impugnación del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Segunda— Subsección A — del 22 de enero de 1992 en el expediente 91-28082, contentivo de la acción de tutela entablada por la señora ANA ETHEL MONCAYO DE ROJAS, en razón de actos del Procurador Delegado para la Policía Judicial.

Mediante la providencia impugnada, el Tribunal negó la tutela impetrada por la accionante para obtener “no sólo el restablecimiento del derecho, sino también como mecanismo transitorio para evitar perjuicios — irremediables”, con base en antecedentes que se sintetizan así:

1. La accionante en su condición de Agente de la Policía Judicial, junto con otra compañera de labores, destacadas en el aeropuerto El Dorado (Unidad Investigativa de Estupefacientes del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial) fueron denunciadas penalmente por dos pasajeras provenientes de Madrid por la desaparición de US\$ 14.500 a raíz de la requisa a que fueron sometidas por las mencionadas agentes en la mañana del 12 de diciembre de 1987. La investigación, que no arrojó resultados positivos, dio lugar a declarar cesación de procedimiento por parte del Juzgado 93 de Instrucción Criminal, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá — Sala Penal, en providencia de fecha 17 de abril de 1991, por ausencia de prueba tanto de la culpabilidad de las implicadas, como del objeto material del delito imputado, no obstante la irregularidad del procedimiento como se efectuó la requisa.

2. El 6 de diciembre de 1990 la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Administrativa abrió averiguación disciplinaria contra los dos agentes que intervinieron en los mencionados hechos. Con fecha 3 de julio de 1991 el Director Nacional de Instrucción Criminal (C.T.P.J.) resolvió declarar insubsistente el nombramiento de la señora Ana Ethel Moncayo de Rojas (Res. No. 17014); mediante providencia de octubre 8 de 1991 (folios 13 a 21) la Procuraduría Delegada resolvió sancionar a la mencionada señora (y también a su compañera) con "solicitud de destitución (separación absoluta de la entidad)" como responsable disciplinariamente de los cargos que se le formularon; el 2 de diciembre de 1991, el Director Nacional de Instrucción Criminal teniendo en cuenta la anterior providencia de la Procuraduría y que ésta devolvió el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la Sra. Moncayo, con base en lo dispuesto por el numeral 3o. del artículo 39 del C. de P.C. (irrespeto), mediante Resolución No. 19546 dispuso "dar cumplimiento a la imposición de la sanción de destitución" a las dos agentes mencionados, "anotar en las hojas de vida" la providencia e "inhabilitar" por el término de cinco años "para el desempeño de funciones públicas".

3. En escrito del 13 de diciembre de 1991 presentado al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción invocó la tutela de los derechos a la honra y al trabajo consagrados en los artículos 21 y 25 de la Constitución Política, así como la presunción de inocencia conforme al art. 29. Consideró vulnerados los citados derechos porque la injusta sanción de "destitución" fue publicada prematuramente por la prensa capitalina después de haber sido declarada inocente por la Justicia Penal; se le negó la garantía constitucional de presunción de inocencia, pues a pesar de la absolución declarada por la Justicia Penal, se le sancionó y al decretarse la insubsistencia de su nombramiento y al inhabilitarla para el servicio público, la privó del sagrado derecho al trabajo.

El Tribunal en la providencia impugnada, consignó algunas consideraciones generales sobre la acción de tutela, de las cuales se destacan las siguientes: "Afirmó la competencia del Tribunal como juez plural indicado para decidir y la de la Sección Segunda en razón de la competencia funcional hasta ahora no modificada.

Destacó el carácter eminentemente residual o subsidiario de esta acción con base en lo dispuesto por el art. 86 de la Carta, así como la exclusión de los derechos patrimoniales como susceptibles de defensa por este procedimiento.

En cuanto a la excepción dispuesta en el mismo artículo para cuando "se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", precisó que el fin de su consagración constitucional es la de evitar perjuicios y no para resarcir los daños o lesiones ya causadas, para lo cual el derecho positivo colombiano tiene acciones adecuadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluida la suspensión provisional.

Con relación al caso concreto que se debate y como forma de aplicación de las consideraciones teóricas iniciales, concluyó en la necesidad de negar la tutela con base en el artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, en consideración a que no sólo "Impetró el restablecimiento del derecho, sino también como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables", cuando la verdad es que la misma solicitante reconoció que tenía acción judicial propia pero que estaba en incapacidad de ejercerla, según lo expuesto en el siguiente párrafo de su solicitud que se destaca:

"Señor Presidente, mi angustiada situación económica y moral no me permite esperar años y años para que se desate la acción contenciosa administrativa de restablecimiento del derecho. En horabuena se creó la acción de tutela con su trámite breve y sumario".

En la impugnación al fallo anterior, la accionante acepta que la tutela no es viable como principal y para el restablecimiento del derecho, pero sí como mecanismo transitorio en razón a que el perjuicio no sólo se causó sino que sigue privándola de la posibilidad de trabajar puesto que la inhabilidad decretada le impide desempeñar cargos oficiales, constituyéndose así en un perjuicio que se prolonga en el tiempo.

Por otra parte, alega que no se tuvo en cuenta la "arbitrariedad" del Procurador Delegado para la Policía Judicial de abstenerse de tramitar un recurso de reposición aduciendo irrespeto de su apoderado y en cambio sí dispuso la inmediata ejecución del fallo, aspecto éste que apenas fue mencionado en el relato de antecedentes en su memorial inicial.

### PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

El carácter residual o subsidiario de la tutela es un aspecto también destacado por esta Corporación con base en la norma constitucional, según la cual, “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial...”.

Aunque la accionante en el caso que se atiende así lo acepta, insiste en su procedencia “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” que estatuye la misma norma constitucional (inciso tercero art. 86 de la Constitución Política) pero atribuyéndole a la inhabilidad por cinco años para el desempeño de funciones públicas, incluida en la sanción que le fue impuesta, un alcance excesivo puesto que ella está limitada sólo a los cargos oficiales, pero no le impide desarrollar labores ni en la empresa privada, ni por su propia cuenta. Quedando a salvo esta amplísimas posibilidades, no se entiende dentro del mismo criterio que lo entiende la peticionaria, en qué forma pudo violarse el derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución sobre el cual, adicionalmente la Sala ha considerado que si bien es cierto que el trabajo es uno de los derechos fundamentales “no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata; vale decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señale la ley”. (Exp. AC-067 Enero 21 de 1992).

Por otra parte, la negación de un recurso de reposición, por devolución del memorial irrespetuoso de su apoderado (art. 39 No. 3o. del C. de P.C.) y su incidencia procesal, es un aspecto también involucrado dentro de las posibilidades o temas susceptibles de debate en las acciones judiciales pertinentes, o sea, que también está excluido de la acción de tutela.

No se sabe a ciencia cierta cuál es la intención de la accionante con este argumento, que apenas lo mencionó en su memorial inicial. Si lo que busca es una protección al derecho al debido proceso “la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente”, dispone la parte final del primer inciso del párrafo del art. 40 del Decreto 2591 de 1991, pero no hay ninguna solicitud en tal sentido. Y si lo que pretende es que la Corporación le indique “cómo agotar la vía gubernativa, tratándose de un caso de única instancia”, es preciso aclarar que la Institución de la tutela no puede prestarse para esta clase de consultas, fuera de que la Resolución CTPJ No. 19546 de diciembre 2 de 1991, que resolvió dar cumplimiento a la sanción impuesta por la Procuraduría, indica en su parte final que “contra ella no procede recurso alguno” y es a los abogados a quienes les corresponde examinar esta clase de situaciones en forma consecuente, ante las autoridades judiciales.

Por lo demás, la Sala no encuentra objeción a lo resuelto por el Tribunal de Cundinamarca, por lo cual debe ser confirmada su providencia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

Confírmase el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda — Subsección A) el 22 de enero de 1992, respecto a la petición formulada por la señora ANA ETHEL MONCAYO DE ROJAS.

Dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.**

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión del 4 de febrero de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Ausente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Ausente; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**DERECHOS FUNDAMENTALES/ACCION DE TUTELA— Improcedencia  
/DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA**

La acción de tutela está consagrada para “la protección de los derechos constitucionales fundamentales” y el derecho de propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles 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 II del mismo Título que trata de los “Derechos sociales, económicos y culturales”.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., doce de febrero de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-035. Actor: Benito Eliseo Beltrán Forero.

Conoce la Sala de la impugnación interpuesta por el solicitante contra la decisión de la referencia de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negó la solicitud de tutela formulada por BENITO ELISEO BELTRAN FORERO, con relación a la Resolución de la fecha agosto 26 de 1991, dictada por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, con la que resolvió el recurso de apelación que el accionante interpuso contra “el fallo dictado por el Inspector Municipal de La Calera, contenido en la resolución del 4 de diciembre de 1990”.

## I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

El a-quo fundamenta su decisión, en las siguientes consideraciones:

1. ILDEBRANDO AREVALO, en ejercicio de la acción ordinaria civil de policía, solicitó al Inspector de Policía de La Calera, que se declarara a ELISEO BELTRAN perturbador de la posesión que el peticionario ejercía sobre la finca "La Talanquera", y, que, como consecuencia de ello, se decretara el amparo policivo de su posesión ante esa perturbación.

La aludida funcionaria, mediante resolución calendada en diciembre 4 de 1990, decidió esa querrela, declarando al querrellado perturbador de la posesión, amparando la posesión del querellante, y le ordenó al primero que restituyera la cerca a su ubicación anterior.

Esa decisión fue apelada, y al resolver el recurso el señor Gobernador de Cundinamarca la confirmó en todas sus partes, al considerar que se habían reunido todos los presupuestos para amparar esa posesión.

2. Una de las limitantes con las que se encuentran quienes ejerciten la acción de tutela radica en que ella sólo procede cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que, no obstante contar con la posibilidad de poder poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado mediante una acción judicial diferente, se quiere ejercer esa tutela a manera de mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio que no se pudiere remediar. Pero ocurre que en este caso, ante el hecho evidente de que el afectado sí dispone de otro medio o recurso de defensa judicial, tal solicitud debe necesariamente hacerse conjuntamente con la demanda correspondiente a ese medio, o posteriormente si ésta ya se instauró, ante el mismo juez que potencialmente esté llamado a conocer de la acción de la que se disponga. Y ello es así por la potísima razón que esta excepción a la regla general opera *solo* como "mecanismo transitorio", que únicamente puede justipreciar y determinar en el tiempo el funcionario a quien se le hayan dado a conocer todos los aspectos inherentes a ese medio de defensa de que se dispone. Vale decir que sólo él puede determinar en qué momento desaparecen las cosas que dieron lugar a que se expidiera la orden judicial amparando el derecho fundamental constitucional de que se trate, como mecanismo transitorio.

En este sentido se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 9 de diciembre de 1991, ponente Pedro Lafont Pianetta, acción de tutela de Julián Cano y Felipe Arias Castaño.

Y es que el artículo 60. del decreto 2591 de 1991, en todo caso, le impone al funcionario jurisdiccional que conozca de la respectiva acción tutelar la obligación de concretar los recursos o medios de defensa judicial,

cuando quiera argüir la improcedencia de la acción por la existencia de tales, en la medida en que en la segunda oración de su numeral primero señala que "... la existencia de dichos medios será apreciada en *concreto*, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante" (subrayas fuera de texto).

3. En el caso de esta acción de tutela sucedió que, tal cual se relató, el señor ILDEBRANDO AREVALO, en ejercicio de la acción ordinaria civil de policía prevista en el Título I, Sección Tercera, del Código de Policía para Cundinamarca, querelló al ahora actor de la tutela, atribuyéndole la calidad de perturbador de la posesión que aquél tiene sobre el predio antes mencionado, al correr una cerca divisoria que servía de lindero entre los predios colindantes, adentrándose varios metros en terrenos de ese predio. El Inspector Municipal de Policía, luego de sopesar el acervo probatorio, falló su instancia mediante resolución de diciembre de 1990 en la que determinó amparar la posesión del querellante, declaró al querellado perturbador de la posesión del primero y le ordenó que restituyera el cercado a su ubicación anterior, decisión ésta que fue posteriormente confirmada por el Gobernador.

Frente a tales decisiones, la inconformidad del accionante en tutela estriba en la forma como se adelantó la querrela y la valoración que el funcionario administrativo le dio a las pruebas recaudadas.

Sobre el particular preciso es decir, en primer lugar, que las maniobras relatadas por el accionante como ejecutadas por la Inspectoría que adelantó el trámite de la mencionada querrela, lejos están de evidenciar la vulneración al derecho de propiedad suyo sobre el predio que fue ensanchado con la corrida que se hizo de la cerca, o que tales derechos resultaron amenazados, pues ni con ellas ni con la decisión propiamente considerada, por ese sólo hecho, se estaba sustrayendo del titular de la tutela el dominio o propiedad que pudiese tener sobre la parte de terreno en conflicto, como que en esa acción policiva no entró en discusión aspecto relacionado con el dominio, como derecho real, sino la posesión, como una situación de hecho, que el quejoso decía ostentar sobre esa cosa y la perturbación que de ella venía haciendo el imputado; y, en segundo, que ese proceder disonante que se resalta del funcionario que conoció de la querrela, hubiese dado lugar, por un lado, a una investigación de carácter disciplinario si a juicio del querrelado, ahora demandante en esta acción tutelar, su conducta fue tendenciosa en detrimento de sus derechos procesales en aquella causa, además que, por otro, escapa a cualquier crítica objetiva si se tiene en cuenta que al resolver la querrela el titular del respectivo Despacho de instancia valoró, bajo su propio razonamiento, las diferentes pruebas que en esa acción se recaudaron y con base en la sustancia que sustrajo de esa valoración probatoria adoptó la decisión.

4. Por otra parte, es incuestionable que esta acción de tutela, en la forma en que ha sido promovida, es totalmente improcedente, en términos del artículo 6o., numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991, conforme con lo siguiente:

La decisión que se tomó en la querrella consistió en que se amparó la posesión de Ildebrando Arévalo sobre el predio "La Talanquera" y se declaró a ELISEO BELTRAN perturbador de esa posesión, por lo que se le ordenó "restituir el cercado a su ubicación anterior". Aunque no se dice de manera expedita, la razón que movió a BENITO ELISEO BELTRAN FORERO a trasladar el rumbo de ese lindero (cerca) es el hecho de considerarse el dueño y propietario del terreno comprendido entre el lugar donde esa cerca antes estaba y aquél donde ella fue levantada. Así, éste alega un derecho real sobre ese espacio de terreno y el querellante una situación de hecho cuyo respeto exigido. Siendo ello así, sin hesitación ha de decirse que, entonces, el demandante de la tutela contaría con, cuando menos, un medio de defensa judicial, cual sería la acción provista en el Título XII, Libro 2o. del Código Civil, esto es la acción de dominio o reivindicatoria que llaman, que consiste en la que tiene el dueño de la cosa, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla, según voces del artículo 946, ibídem.

De esta manera la acción de tutela resulta improcedente porque el demandante sí tiene otros medios o recursos para accionar.

Se dijo antes que el actor tiene 'cuando menos' un medio de defensa judicial, para significar que aparte de ese que se particularizó puede tener cabida la acción señalada en el capítulo II, título 11, Libro 2o. del Código Civil, en la modalidad correspondiente a la situación particular, concordante con los artículos 460 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues a la postre se trata de un conflicto de linderos de los predios colindantes, de competencia de la jurisdicción civil.

En todo caso, y por la existencia de otros medios de defensa judicial, si se llegare a considerar que esta acción de tutela se ha utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tendríamos que decir que, en tal supuesto, ella tendría forzosamente que ejercitarse conjuntamente con el medio de defensa judicial ordinario que, finalmente, a juicio del interesado más se ajustare a sus pretensiones, y ante el Juez que tenga competencia para conocer de ese medio o recurso de defensa judicial.

5. Por último, ha de anotarse que esta acción tutelar va dirigida contra la resolución dictada por el señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, con la que se confirmó el fallo de la Inspección Municipal de Policía de La Calera, pero acontece que la corta y vaga fundamentación expuesta en la solicitud respectiva está dirigida concretamente contra la decisión y la manera de proceder del titular de la Inspección nombrada, omitiéndose esa exposición respecto de la decisión sobre la que se ha pedido acción de tute-

la, es decir que no se dijo cómo o por qué con la decisión del señor Gobernador de Cundinamarca se vulnera o amenaza el derecho a la propiedad que el actor dice tener sobre el predio conocido en autos. Esta omisión no permite, de hecho, consideraciones de la Sala en tal sentido, pero sí acerca de la predicada vulneración del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional respecto del cual se observa que se aplicó el principio de las dos instancias en la situación que se objeta dando así oportunidad a su examen por parte del Gobernador con la posibilidad legal de controvertirla, por parte del querellado en los aspectos que éste señale.

## II. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El accionante fundamenta su impugnación en las consideraciones siguientes:

a) En cuanto hace relación a que tenía otros medios o recursos para accionar, debe decirse que éstos fueron agotados al impugnarse la decisión tanto ante el a-quo como ante el señor Gobernador de Cundinamarca, quien confirmó en todas sus partes el pronunciamiento del Inspector de Policía.

b) En lo que atañe a los medios, el único era ejercitar la ACCION DE TUTELA, a efecto del restablecimiento inmediato de mi derecho de propiedad privada, ya que se habían agotado contra el fallo policivo y la providencia de 2a. instancia todos los recursos.

c) Como fácilmente se percibe la acción intentada por mí ante el Tribunal de Cundinamarca sí es procedente, por no darse en esta acción policiva otros medios y recursos por estar agotados y es por lo que pido "a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL" (sic), revise el fallo impugnado y restablezca de inmediato el derecho de propiedad privada revocando el fallo dictado por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera) y ordene "la anterior situación volver a su STATU QUO y poder iniciar una acción nueva y diferente (proceso de deslinde y amojonamiento) ante los jueces civiles del Circuito".

## III. LA DECISION

Para decidir, se considera:

1. *Competencia.* Corresponde a esta Corporación —y no a la Corte Constitucional a quien compete la revisión de la decisión que acá se adopte— conocer de la impugnación, como superior jerárquico del juez que profirió el fallo protestado (Art. 32, inciso 1o., del decreto 2591 de 1991).

2. *Determinación del elemento perturbador.* El accionante, como atrás se vio, reclama la tutela contra la providencia de julio 31 de 1991, dictada

por el señor Gobernador de Cundinamarca, por la cual se confirmó en todas sus partes la dictada por el Inspector Municipal de La Calera el 4 de diciembre de 1990, que declaró al accionante perturbador de la posesión que ejercía el señor Ildebrando Arévalo, lo amparó en su posesión, y le ordenó al accionante que restituyera la cerca, que servía de lindero a los dos predios, a su ubicación anterior.

Considera el accionante que, con tal determinación, se le desconoció su derecho de propiedad privada o particular garantizado por el art. 58 de la actual Constitución Política, pues la funcionaria de policía actuó dolosamente en la designación de los auxiliares de la justicia que intervinieron en el proceso policivo y fundamentarse en el dicho de testigos sospechosos.

3. La Sala considera que la impugnación no está llamada a prosperar, por cuanto, de un lado, realmente el accionante disponía o dispone de otros recursos o medios de defensa judicial, como él mismo lo reconoce en el escrito de interposición y sustentación del recurso de impugnación, claramente previstos en el Código de Procedimiento Civil, como serían el juicio de deslinde y amojonamiento y, eventualmente, el posesorio o reivindicatorio, y, por lo demás, la acción de tutela no se ha instaurado, en este caso, “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, entendiéndose por tal, según la propia ley, el perjuicio que “sólo pueda ser reparado en su integridad” —destaca la Sala— mediante una indemnización; y, por cuanto de otro lado, también es claro que la alegada violación o desconocimiento del derecho de propiedad particular o privada por parte de las autoridades administrativas investidas del poder de policía, no susceptibles efectivamente de control de constitucionalidad o de legalidad ante esta jurisdicción, lo que no obsta para que los derechos eventualmente conculcados se hagan valer ante los jueces civiles, no es objeto de acción de tutela, 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 II del mismo Título que trata de los “Derechos sociales, económicos y culturales”.

Por ello, habrá de confirmarse la decisión impugnada, aun cuando por consideraciones parcialmente diferentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

NO PROSPERA el recurso de impugnación interpuesto por el accionante y, como consecuencia de ello, se confirma la sentencia de fecha 22 de enero de 1992, dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se negó la solicitud de tutela formulada por BENITO ELISEO BELTRAN FORERO, a que se ha hecho mención en el texto de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada, dentro de los diez (10) días siguientes remítase el expediente a la Corte Constitucional para su revisión. Remítase copia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión efectuada el once de febrero de mil novecientos noventa y dos.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Con Salvamento; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Salvó el Voto; Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahtn Lizcano, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Salvó Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Salvó el Voto; Daniel Suárez Hernández, Salvó Voto; Julio César Uribe Acosta, Con Salvedad de Voto; Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**COMPETENCIA DE TUTELA/JURISDICCION ORDINARIA/ (Salvamento de Voto)**

**La jurisdicción de lo contencioso administrativo no debió conocer de la acción de tutela, por la elemental razón de que el asunto que se pretendió proteger a través de este mecanismo compete a la jurisdicción ordinaria. Cuando el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 se refiere a la competencia del juez de la tutela, en primera instancia, hace énfasis en el elemento jurisdicción para dar a entender que deben tenerse en cuenta los distintos elementos que la integran.**

*Salvamento de Voto de los Consejeros de Estado, doctores Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández.*

Consejero ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-035. Actor: Benito Eliseo Beltrán Forero.

Con el acostumbrado respeto por los señores Consejeros que integran la Sala Plena Contenciosa, a continuación consignamos los razonamientos que nos condujeron a separarnos de la mayoría con relación a la providencia de 7 de febrero del presente años, a saber:

- a) La jurisdicción de lo contencioso administrativo no debió conocer de la acción de tutela de la referencia, por la elemental razón de que el asunto que se pretendió proteger a través de este mecanismo compete a la jurisdicción ordinaria. En efecto, como bien se lee en la solicitud de tutela, el accionante pretendía se amparase en sus derechos de uso y goce que alegaba tener sobre un inmueble de su propiedad y los bienes

muebles allí ubicados, que también señaló como propios. De igual manera, se deduce de la documentación allegada al expediente que la Alcaldía del Municipio de Copacabana falló una querrela policiva de naturaleza civil, desfavorablemente para el querellante, quedando de consiguiente éste en libertad de ocurrir ante la jurisdicción respectiva para hacer valer sus derechos de eminente contenido económico, esto es la jurisdicción civil.

- b. Tradicionalmente los asuntos como el narrado por el accionante, no han sido del resorte de la jurisdicción contencioso-administrativa; así lo preveía el numeral 2o. del art. 73 de la Ley 167 de 1941 de igual manera lo prescribe el inciso final del art. 82 del Decreto 01 de 1984, modificado por el art. 12 del Decreto 2304 de 1989, al establecer que “la jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley”.

Se hace necesario precisar que la Constitución como norma de organización señala las competencias de manera expresa a las autoridades instituidas para ejercer las funciones que el Constituyente les ha atribuido. De esta manera a la Rama Judicial le señaló en el Título VIII, esto es, en la parte orgánica del Código Constitucional las competencias tanto para la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa, constitucional y especiales y la excepción a estas potestades fue prevista en el art. 116 en los siguientes términos: “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”. Y esta excepción es expresa. No pueden deducirse excepciones del artículo 86 de la C.N. En esta norma se están previendo derechos de los particulares y no competencias expresadas a los jueces, éstas están delegadas a la ley y así debe entenderse la locución del inc. 2o. del precitado artículo cuando dice “ante el juez competente”.

- c) Por su parte el art. 37 del Decreto 2591 de 1991, cuando se refiere a la competencia del Juez de la tutela, en primera instancia, hace énfasis en el elemento Jurisdicción para dar a entender que deben tenerse en cuenta los distintos elementos que la integran, en los términos que resaltamos en el ordinal anterior. Así, pues, la materia del asunto controvertido, la calidad de las partes y el territorio, son factores determinantes de la competencia.

Por las consideraciones de los párrafos anteriores, propusimos en la plenaria que la decisión a tomar correctamente debía ser la de declarar la nulidad de todo lo actuado por la causal FALTA DE JURISDICCION consagrada por el art. 140 del C. de P.C., aplicable al proceso contencioso.

cioso administrativo según voces del art. 165 del C.C.A., causal de invalidez que no admite saneamiento.

Atentamente,

*Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández*

Santafé de Bogotá, D.C., 17 de Febrero de 1992.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los doctores CONSUELO SARRIA OLCOS, JOAQUIN BARRETO RUIZ y JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Estos dos últimos, además, agregan, respectivamente, lo siguiente: "Cuando el artículo 86 de la Constitución Política le asignó a los jueces la competencia para conocer de las acciones de tutela, lo que hizo fue reservar esta función a la Rama Judicial y excluir de su conocimiento a las otras autoridades públicas. A mi juicio, en momento alguno dio a los jueces en forma indiscriminada la competencia, con prescindencia de la organización de las diferentes jurisdicciones. De ser ello así, lo hubiera dicho en forma clara y perentoria, como lo dispuso en el artículo 30 en relación con el habeas corpus, que asignó a cualquier "autoridad judicial" el conocimiento de este recurso".

Si en la Constitución Nacional se consagraron la JURISDICCION ORDINARIA, LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, LA CONSTITUCIONAL Y LAS JURISDICCIONES ESPECIALES, no veo una buena razón, que estudiada a la luz de la ley y el Derecho, permita concluir que jueces de la jurisdicción ordinaria puedan conocer de asuntos reservados a la contencioso administrativa, o que las autoridades de los PUEBLOS INDIGENAS, puedan definir aspectos de la jurisdicción constitucional o viceversa. El revolcón jurídico que padece el PAIS no puede dar para tanto, salvo que la intención del legislador hubiese sido la de darle entrada a una especie de "GUERRILLA JURIDICA".

## ACCION DE TUTELA/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La acción de tutela es subsidiaria y residual, cuando el afectado no cuente con otros medios de defensa judicial, o cuando teniéndolos dejó de hacer uso oportuno de ellos. Y cuando se utiliza como medio de defensa transitorio, debe estar encaminado a evitar un perjuicio irreparable; no puede servir ni sería adecuado interponerla cuando el supuesto perjuicio depende de una declaración judicial acerca de la legalidad o ilegalidad del acto que lo ocasionó y que es reparable en dinero.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-030. Actor: Jairo Bocanegra Aguirre.

El señor JAIRO BOCANEGRA AGUIRRE, actuando en su propio nombre, impugna el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección "C" el 24 de enero de 1992, para resolver la acción de tutela por él incoada.

### ANTECEDENTES:

1. Según relata el mismo accionante, quien desempeñaba el cargo de conductor en la Policía Nacional, fue separado del servicio en forma absoluta, con nota de mala conducta.

2. Durante el disciplinario que le fue adelantado, rindió descargos argumentando que el accidente de tránsito por el cual se investigaba, había obedecido a cansancio físico originado en un acuartelamiento prolongado y no a negligencia o incumplimiento de sus deberes.

3. Después de agotar los recursos procedentes por vía gubernativa, se le venció el término de caducidad de la acción procedente contra los actos de separación del servicio, y solicitó en varias oportunidades revocación directa, la cual le fue negada en consideración a que había hecho uso del recurso de apelación por vía gubernativa.

4. En vista de tales negativas interpuso la acción de tutela para lograr la revocatoria del Disciplinario No. 076-R-1051, pues estima que su retiro fue ilegal y lesiona sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo y a que se rectifiquen las informaciones que sobre él se hubieran recogido en los archivos de entidades públicas y privadas.

### EL FALLO DEL TRIBUNAL

Después de realizar una audiencia en la cual el accionante fue interrogado con miras a lograr una mayor precisión en la formulación de la tutela y en las correspondientes pretensiones, el Tribunal luego de un amplio y acertado análisis de esta figura, concluyó negándole prosperidad en este caso, porque tal como fue concebida en la Constitución, no procede cuando el interesado ha tenido otros medios de defensa judicial, puesto que es una institución subsidiaria y residual.

### FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

No comparte el señor Bocanegra Aguirre lo dicho por el Tribunal en el sentido de que no es procedente la tutela cuando hay medios de defensa judicial.

Considera que con la interpretación hecha en el fallo no se protegen los derechos fundamentales y se desconocen los términos de la ley. Opina que la acción de tutela es un mecanismo contrario a las acciones contencioso administrativas y que puede intentarse precisamente al haber caducado éstas. Agrega que su intención no fue interponer la acción de tutela contra el proceso disciplinario No. 076 de 1988 sino contra la denegación de revocatoria directa de ese acto por parte de la Policía Nacional, dado que la revocatoria procede en cualquier tiempo y se dan las causales que la ley establece.

Para resolver, la Sala

**CONSIDERA:**

Tal como el señor Bocanegra Aguirre plantea la impugnación del fallo del Tribunal, debe entenderse, que sin análisis sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos mediante los cuales fue separado del servicio de la Policía Nacional en forma absoluta por mala conducta, pretende se ordene a la institución revocarlos directamente y como consecuencia de ello sea reintegrado al cargo y se le borren de los archivos oficiales las informaciones en su contra.

Obviamente ello no puede lograrse a través de la acción de tutela, acción que fue instituida en la Constitución de 1991, no para destruir el orden jurídico anterior, ni para crear mecanismos paralelos a los que la ley consagra en las distintas jurisdicciones para que las personas puedan obtener la definición y protección de sus derechos.

Como bien lo dijo el Tribunal, la acción de tutela es subsidiaria y residual, cuando el afectado no cuenta con otros medios de defensa judicial, no cuando teniéndolos dejó de hacer uso oportuno de ellos.

Y cuando se utiliza como medio de defensa transitorio, debe estar encaminada a evitar un perjuicio irreparable; no puede servir ni sería adecuado interponerla cuando el supuesto perjuicio depende de una declaración judicial acerca de la legalidad o ilegalidad del acto que lo ocasionó y que es reparable en dinero.

En el caso concreto de autos, no estaría permitido a esta jurisdicción ordenarle a las autoridades, revocar directamente un acto administrativo, contra expresa prohibición legal, dado que el actor hizo uso en vía gubernativa del recurso de apelación y por tanto la Policía Nacional aplicó el artículo 70 del C.C.A.; y cuando por mandato del artículo 72 ibídem, no puede acudir a la revocación directa para revivir el término de las acciones contenciosas administrativas.

Contra lo afirmado por el impugnante, la Constitución de 1991 no derogó ninguna de estas normas ni la reglamentación legal de la revocatoria resulta contraria a sus disposiciones.

En caso similar al presente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Doctor Joaquín Barreto Ruiz, en sentencia de 24 de enero de 1992, sostuvo lo siguiente:

“2. Teniendo en cuenta que el derecho impetrado es de índole laboral, la Sala debe observar en primer término, que si bien es cierto el trabajo es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución

Política, también lo es, que por disposición del artículo 85 de la Carta, él no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata; vale decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley.

“3. En armonía con lo anterior, cuando la administración incurre en ilegalidad al desvincular a un empleado público, de conformidad con nuestro ordenamiento legal éste puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que generalmente implica el reintegro al servicio y el pago de los haberes dejados de percibir.

En ese evento el presunto perjuicio no es irremediable, porque en últimas el empleado no sólo recibe todos los sueldos y demás derechos laborales dejados de percibir, sino que además, es incorporado al servicio, entendiéndose para todos los efectos legales que no ha sido desvinculado, lo cual da lugar a la primera causal de improcedencia de la tutela, prevista en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Extraordinario 2591 de 1991.

“4. Si el desvinculado dispone de un medio de defensa judicial, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y, además, el perjuicio que se le causaría no es irremediable, es evidente en tal caso, que no es procedente la acción de tutela a términos del inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política.

“5. Pero menos aún, cuando se ha dejado vencer el término que la ley concede para utilizar el medio de defensa judicial, como ocurrió en el caso del solicitante, por cuanto la protección constitucional debe ser inmediata y ello implica, necesariamente, que de existir ese medio, aquél término debe estar vigente, entre otras razones, para que de ser procedente la acción de tutela pueda intentarse como mecanismo transitorio (artículo 8 del mismo decreto).

“La expresión en todo momento, que trae el artículo 10. del decreto 2591 de 1991, significa que la solicitud de tutela puede formularse cuando quiera que el derecho fundamental esté siendo vulnerado o amenazado. Sin embargo, ello no se traduce en que frente a esta acción hayan desaparecido los términos de caducidad que para el ejercicio de las acciones legales ha establecido el legislador; pues es de la esencia de esta acción, que la violación o amenaza sea actual, es decir, que sea real o exista en el momento en que se formule la solicitud. Es por ello que el artículo 6-4 establece que la acción no procede “cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”. Sostener la tesis contraria, que la solicitud de tutela es procedente aunque ya haya caducado la acción, conduciría a revivir situaciones consumadas que ni

siquiera fueron objeto de debate judicial, atropellando y desconociendo uno de los pilares sobre los cuales descansa todo estado de derecho: el de la certeza jurídica; y ese no puede ser el alcance del instituto contenido en el artículo 86 de nuestro ordenamiento constitucional”.

“6. De otro lado, entiende la Sala que cuando el artículo 80. del decreto 2591 establece el término de cuatro meses como máximo para iniciar la acción judicial, no es que esté creando un plazo nuevo de caducidad si ésta ya hubiera ocurrido, sino restringido a ese lapso el que fuere superior en la hipótesis allí prevista”. (Exp. No. AC-007. Actor: José Joaquín Guerrero Villamil).

Lo anterior es suficiente para que se confirme la providencia del Tribunal.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

1. Confírmase la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección “C” el 24 de enero de 1992, para resolver la acción de tutela interpuesta por el señor Jairo Bocanegra Aguirre.

2. Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, dentro de los diez (10) días siguientes remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección “C”.

Aprobado por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de Febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente; *Clara Forero de Castro*, Vicepresidente; *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, *Juan de Dios Montes Hernández*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Daniel Suárez Hernández*, *Julio César Uribe Acosta*, *Diego Younes Moreno*, Ausente;

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

**COMPETENCIA DE TUTELA/PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/CONSEJO DE ESTADO/PRINCIPIO DE JERARQUIA/TUTELA CONTRA PARTICULARES— Improcedencia**

No es competente la Sala para conocer de esta acción de tutela mediante la cual se está demandando una actuación atribuida a una entidad particular, pues del decreto que reglamenta el artículo 86 de la Constitución se deduce la existencia de dos instancias en su trámite. Como el Consejo de Estado no tiene superior jerárquico y es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, si conociera de esta acción de tutela, el fallo respectivo, no podría ser impugnado, contrariándose por ello el Decreto 2591 de 1991.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.E., febrero dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente no. 027. Actor: Martha Lucía Castellanos C.

Obrando por medio de abogado inscrito, la señora Martha Lucía Castellanos presentó ante la Secretaría General del Consejo de Estado, en enero 30 de 1992, un escrito mediante el cual ejercita la acción de tutela en contra de la Sociedad "Sorteos Extraordinarios Asociados Cía. Ltda." representada por Jairo Rey Angarita en su calidad de gerente, en el cual formula las siguientes peticiones:

“1. El que el Consejo de Estado— frente al Art. 4 C.N. que dice es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades— obligue a la Compañía Sorteos Extraordinarios Asociados Ltda. representada por Jairo Rey Angarita— que juegan el Sorteo Extraordinario de Navidad a cumplir el fallo del Consejo de Estado del (8-XI-91) el que se encuentra debidamente ejecutoriado. Esto es suprimiendo la letra y número de la Serie en los sorteos ordinarios y extraordinarios hasta tanto una nueva ley se pronuncie al respecto.

2. Que en virtud a quela (sic) Compañía Sorteos Extraordinarios Asociados Ltda— jugó el sorteo Extraordinario de Navidad— sin estar facultada para ello según se desprende del certificado de la Cámara de Comercio queme (sic) permitió anexar del 16-I-91— repito sin estar facultada para jugar el año de 1991. Y— que tampoco dio cumplimiento a la providencia del Consejo de Estado (8-XI-91). Y además no hay ley posterior al (8-XI-91) que la faculte para jugar sorteos ordinarios y extraordinarios con letras y números de serie, en tal virtud ruego al Consejo de Estado.

3. Ordenar a Sorteos Extraordinarios Ltda. — representada por Jairo Rey Angarita — cancelar a la señora Martha Lucía Castellanos C— identificada con la C. de C. No. (sic) 21074.430 de Usme— la suma de diez millones de pesos (\$10'000.000) a que se hizo beneficiaria en el Sorteo Extraordinario de Navidad al acertar el seco de \$20.000.000 cuyo número ganados (sic) fue el (“8 0 7 0”).

Narra los siguientes hechos como fundamento de lo pedido:

La demandante adquirió en el mes de diciembre pasado, una fracción del billete del Sorteo Extraordinario de Navidad, distinguida con el número 8070 serie 73, y una vez jugó el sorteo el 23 de diciembre de 1991, dicha fracción resulta favorecida con un premio de \$10.000.000 al acertar un seco de \$20.000.000, pues aunque no acertó la serie, el Consejo de Estado, en providencia de noviembre 8 de 1991, abolió el número de las series y las letras, providencia que para la fecha del sorteo de la Lotería, se encontraba en firme.

El 17 de enero de 1992, la interesada acompañada de su abogado, se presentó ante el gerente de la agencia de la lotería mencionada, a reclamar su premio, contestándole dicho señor que ella no tenía derecho a él por no haber acertado la serie y que a él no lo obligaba la sentencia del Consejo de Estado.

Dicha negativa le pidieron la manifestara por escrito sin que hasta la fecha hayan recibido respuesta alguna.

Al solicitar a la Cámara de Comercio de Bogotá un certificado sobre la sociedad expendedora de la citada lotería se puede observar que dicha sociedad no estaba autorizada para realizar el sorteo extraordinario de navidad de 1991.

### CONSIDERACIONES:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la accionante tiene interés para ejercitar la acción de tutela, pues ella afirma que se le ha negado o vulnerado un derecho que le pertenece.

2. La acción se ha ejercitado contra la sociedad Sorteos Extraordinarios Asociados Cía. Ltda. entidad que fue la encargada de realizar el sorteo respecto del cual la interesada compró la fracción que se mencionó antes y que dice resultó favorecida, lo cual es correcto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 ibídem.

3. La solicitud de Tutela, en general, reúne los requisitos señalados en el artículo 14 ibídem, aunque no aparece en forma clara cuál es el derecho fundamental que considera se le ha transgredido. Sin embargo del contenido general se deduce, que la violación se refiere al derecho de propiedad respecto al premio que afirma haber ganado y se le quiere desconocer.

4. El artículo 1 ibídem, indica que toda persona tendrá dicha acción para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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 o de los particulares en los casos que señala este decreto.

El inciso primero del artículo 36 de la Constitución Nacional es similar en términos generales a la norma anterior.

El inciso quinto de la norma constitucional indica, que 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.

5. El artículo 2 del decreto 2591 expresa, que la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales.

6. El artículo 5 *ibídem*, dice que dicha acción procede contra toda acción de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este decreto.

7. No es competente la Sala para conocer de esta Acción de Tutela, mediante la cual se está demandando una actuación atribuida a una entidad particular, pues de conformidad con los artículos 31, 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991 Reglamentario del artículo 86 de la Constitución Nacional que consagra dicha acción, se deduce la existencia de dos instancias en su trámite.

El artículo 37 señala que, en primera instancia, son competentes para conocer de la misma, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o la amenaza que motiva la solicitud.

El artículo 31 indica el término dentro del cual puede ser impugnada la decisión de primera instancia y señala las personas autorizadas para hacerlo.

El artículo 32 trata sobre el trámite de la impugnación y establece que el juez de primera instancia debe remitir el expediente dentro de los dos (2) días siguientes a su presentación, al superior jerárquico correspondiente.

Como el Consejo de Estado no tiene superior jerárquico y es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo a la organización hecha por nuestra Carta Política, si conociera de esta Acción de Tutela, el fallo respectivo, no podría ser impugnado, contrariándose por ello los mencionados artículos del Decreto 2591 de 1991.

En este mismo sentido se pronunció esta corporación en el Expediente No. AC-008. Actor: EFRAIN CORREA OCAMPO, en providencia de enero 16 de 1992.

Por lo anotado el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

#### RESUELVE:

Inadmitir la Acción de Tutela propuesta por la señora Martha Lucía Castellanos, por carecer de competencia para conocer de ella.

Notifíquese esta decisión a la interesada mediante telegrama a la calle 131 No. 30-89 de esta ciudad y devuélvase el expediente sin necesidad de desglose.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Peñen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno,*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## ACCION DE TUTELA/LEGITIMACION POR ACTIVA/PODER ESPECIAL

Para ejercer la acción de tutela, el Decreto 2591 de 1991 ha autorizado la comparencia de las personas por sí misma ante la justicia. Pero si lo hacen a través de representante, debe ser mediante otorgamiento de poder que se presume auténtico, a un abogado, como lo ordena el artículo 229 de la Carta.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de Febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-033. Actor: Claudio Borrero Quijano.

Conoce la Sala de la impugnación presentada por el Ingeniero Claudio Borrero Quijano quien dice actuar en representación de la señora Itza Cuba Rodríguez Bossio, contra la sentencia del 17 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para desatar la acción de tutela promovida por las citadas personas para solicitar la protección de los derechos de la segunda de las nombradas, supuestamente amenazados por actos u omisiones del Alcalde Municipal de Cali.

### ANTECEDENTES:

Con la firma de la señora Itza Cuba Rodríguez Bossio y del Ingeniero Claudio Borrero Quijano, quien dijo actuar en representación de ella, se presentó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca solicitud de pro-

tección de los derechos fundamentales constitucionales de la ciudadana Rodríguez Bossio. A petición del Tribunal se precisó que los derechos amenazados y por ende merecedores de la protección impetrada eran los contenidos en los artículos 13 y 23 de la Carta Política, atinentes a la igualdad de las personas ante la ley y al derecho de petición, respectivamente.

Expusieron los memorialistas que la amenaza de tales derechos fundamentales constitucionales se genera por la actitud reiterativa del Alcalde de Cali al omitir el cumplimiento del acto administrativo contenido en el Acuerdo número 14 de 1991, en sus artículos 75 y 77 al no disponer la comunicación a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Cali de las áreas declaradas como de desarrollo y construcción prioritarias, para los efectos de su anotación y registro, según lo ordenan las disposiciones del Concejo. Que tal omisión lesiona a las familias destechadas de Cali puesto que les impide gozar del derecho social a la vivienda digna y que la señora Rodríguez Bossio es precisamente una de las integrantes de ese conglomerado social compuesto de personas destechadas.

Así mismo sostienen que el Alcalde de Cali al no dar cumplimiento a la proposición 087 del 9 de mayo de 1991 aprobada por unanimidad por el Concejo Municipal y al requerimiento formulado por el señor Personero Municipal, documentos en los cuales se solicita "el cumplimiento de los artículos 75 y 77 del Acuerdo número 14 de 1991" infringe el artículo 23 de la Carta amenazando los derechos fundamentales de la citada accionante.

### LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal produjo fallo mediante el cual no accede a la solicitud de tutela, argumentando que ella no era procedente en razón de que se trataría de la protección de derechos colectivos para los cuales no es posible ejercitar este mecanismo de defensa ya que tales derechos se protegen constitucionalmente mediante otros instrumentos jurídicos igualmente señalados en la Carta, y porque ninguna petición ha formulado la referida ciudadana al Alcalde de Cali que éste haya dejado de atender. Agrega el Tribunal que del cumplimiento cabal de los artículos 75 y 77 no surge de inmediato el derecho a vivienda para la accionante, ni siquiera a manera de expectativa.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

La impugnación ha sido presentada y suscrita por el señor Claudio Borrero Quijano, quien afirma ser Ingeniero Civil y no es Abogado titulado.

Por esa razón estima la Sala que no puede dársele curso a tal impugnación, pues el señor Borrero Quijano carece de interés legítimo para impugnar

el fallo proferido, así hubiera suscrito el libelo de tutela presentado ante el Tribunal, manifestando representar a la señora Rodríguez Bossio.

En efecto, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá intentar acción de tutela "por sí misma o por quien actúe a su nombre".

Si lo hace por sí misma, no es necesario que demuestre ser abogado titulado, pero si otro actúa a su nombre, ese sí debe serlo.

Ello se deduce de la reglamentación que sobre este punto trae el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, y de la propia Constitución, conforme a su artículo 229.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 reza:

*Legitimidad e interés.* La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos...".

El artículo 229 de la Constitución garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, y defiere a la ley el señalamiento de los casos en que se pueda hacer sin la representación de abogado.

Es decir, que la regla general es que el representante judicial de una persona, deba ser abogado; salvo que la ley, expresamente y por excepción autorice la comparecencia directa de la persona, sin necesidad de abogado.

Para ejercer la acción de tutela el Decreto 2591 ha autorizado la comparecencia de las personas por sí mismas ante la justicia. Pero si lo hacen a través de representante, debe ser mediante otorgamiento de poder que se presume auténtico, a un Abogado, como lo ordena el artículo 229 de la Carta.

En este caso hay ausencia total de poder para impugnar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que decidió la acción de tutela interpuesta directamente por la señora Itza Cuba Rodríguez Bossio. Y además, quien pretende obrar como su representante, no ha acreditado ser Abogado sino Ingeniero Civil, y no obra como agente oficioso porque la titular de los pretendidos derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Si pudo iniciar la acción, es lógico pensar que también pudiera impugnar el fallo que la decidió.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

**RESUELVE:**

No admitir la impugnación del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 17 de enero de 1992, por carecer el señor Claudio Borrero Quijano de interés legítimo para actuar con relación a la acción de tutela promovida por la señora Itza Cuba Rodríguez Bossio.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, dentro de los 10 días siguientes envíese el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 18 de febrero de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abe-  
lla Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joa-  
quín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín  
Lizcano, Salvó Voto; Miguel González Rodríguez, Miren de la Lombana  
de Magyaroff, Con Salvedad de Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Ausente;  
Luis Eduardo Jaramillo, Mejía, Carmelo Martínez Conn, con Salvamento de  
Voto; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge  
Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Con-  
suelo Sarria Olcos, Ausente; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe  
Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**ACCION DE TUTELA/LEGITIMACION POR ACTIVA/AGENTE OFICIOSO/ (Salvamento de Voto)**

**Estimo que el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 consagra la posibilidad legal de que la acción de tutela sea intentada directamente por cualquier persona y que incluso se puede actuar por medio de representantes o agentes oficiosos que para el efecto, no requieren demostrar la calidad de abogados.**

Salvamento de Voto del: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Consejero ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-033. Actor: Claudio Borrero Quijano.

El suscrito Consejero presentó a la Sala Plena del Consejo de Estado proyecto de providencia mediante la cual se resolvía en el fondo la impugnación formulada por el Ingeniero Claudio Borrero Quijano en representación de la señora Itza Cuba Rodríguez Bossio. Dicho proyecto fue negado por las razones que aparecen consignadas en la providencia que por mayoría aprobó la Sala y que por supuesto yo no comparto.

En efecto, al igual que lo hizo el Tribunal a-quo, estimo que el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 consagra la posibilidad legal de que la acción de Tutela sea intentada directamente por cualquier persona y que incluso se puede actuar por medio de representantes o agentes oficiosos que para el efecto, no requieren demostrar la calidad de abogados.

*Guillermo Chahín Lizcano*

Santafé de Bogotá, D.C., veinte de febrero de mil novecientos noventa y dos.

**ACCION DE TUTELA/LEGITIMACION POR ACTIVA/ (Aclaración de Voto)**

**A primera vista tengo para mí que en relación con la acción de tutela al disponer la Constitución y la Ley que ella puede ejercerse por la persona misma afectada, o “por quien actúe a su nombre” quiso excluir en tal evento la obligación de que dicha petición se haga por conducto de abogado titulado.**

Aclaración de Voto del *Doctor Carmelo Martínez Conn.* Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC--033.

En relación con la ponencia aprobada por la mayoría de la Sala con fundamento especialmente en la consideración de que el señor Claudio Borrero Quijano no es abogado titulado para reclamar un derecho de tutela a favor de la señora Itza Cuba Rodríguez Bossio, tengo la duda en relación con la forma gramatical utilizada por el Constituyente y la Comisión Legislativa al reglamentar la acción de tutela, cuando dijo en el artículo 1o. del Decreto 2591/91 que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, *por sí misma o por quien actúe a su nombre*”, que son las mismas palabras utilizadas en el artículo 86 de la Constitución vigente, si fue su deseo de eliminar el requisito de que cuando se ejerce acción de tutela ante las Autoridades Judiciales, a nombre de otra persona, se requiera la condición de ser abogado titulado, es decir, autorizado por una universidad pública o privada con reconocimiento oficial, para ejercer la profesión de abogado (Lo subrayado no es del texto).

A primera vista tengo para mí que en relación con la acción de tutela al disponer la Constitución y la Ley que ella puede ejercerse por la persona misma afectada, o "por quien actúe a su nombre" quiso excluir en tal evento la obligación de que dicha petición se haga por conducto de abogado titulado, que es el fundamento de la decisión de que con todo respeto me aparto.

Atentamente,

*Carmelo Martínez Conn.*

El hecho de que quien obra no sea abogado, no es óbice para que se le oiga, pues debido a la naturaleza especialísima de la acción de tutela, su manejo procesal debe ser más amplio que el de otras acciones.

Lo anterior está claro, lo procedente es considerar que en el vocable "el solicitante" a que se refiere el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para este caso particular, incluye, necesariamente, a quien la interesada considera en forma expresa que la representa puesto que no hay ninguna manifestación en contrario.

En razón a lo antes expuesto considero que cuando el representante de la interesada comparezca en el proceso de tutela, no será necesario que se le oiga, pues debido a la naturaleza especialísima de la acción de tutela, su manejo procesal debe ser más amplio que el de otras acciones.

**ACCION DE TUTELA/LEGITIMACION POR ACTIVA/ (Salvamento de voto)**

En razón a lo antes expuesto considero que cuando el representante de la interesada comparezca en el proceso de tutela, no será necesario que se le oiga, pues debido a la naturaleza especialísima de la acción de tutela, su manejo procesal debe ser más amplio que el de otras acciones.

**El hecho de que quien obra no sea abogado, no es óbice para que se le oiga, pues debido a la naturaleza especialísima de la acción de tutela, su manejo procesal debe ser más amplio que el de otras acciones. Si lo anterior está claro, lo procedente es considerar que en el vocable "el solicitante" a que se refiere el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para este caso particular, incluye, necesariamente, a quien la interesada considera en forma expresa que la representa puesto que no hay ninguna manifestación en contrario.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto.*

Referencia: Expediente No. AC-033. Actor: Claudio Borrero Quijano.

Con el mayor respeto me aparto del criterio mayoritario expuesto en la providencia dictada en el caso presente, por cuanto, considero que, aunque la solicitud no puede recibir despacho favorable, las razones para la negativa no son las de índole procesal allí expuestas.

En efecto, en la providencia se inadmite la acción por cuanto quien impugnó la decisión del Tribunal no tiene interés legítimo para actuar.

La razón de mi discrepancia consiste en el hecho de que analizados los elementos de juicio que obran en el informativo se observa que en el presente caso la supuesta afectada con la actuación cuestionada manifiesta expresamente que está representada por el Ingeniero Claudio Borrero Quijano y

firma, conjuntamente con este último, el memorial mediante el cual se instauró la acción de tutela. En consecuencia la petición está presentada conforme a lo previsto por el art. 10o. del Decreto 2591 de 1991, y así fue aceptado por el Tribunal Administrativo en mi concepto, conforme a derecho.

El hecho de que quien obra no sea abogado, no es óbice para que se le oiga, pues debido a la naturaleza especialísima de la acción de tutela, su manejo procesal debe ser más amplio que el de otras acciones.

Si lo anterior está claro, si se considera que la acción fue interpuesta conforme a derecho, lo procedente es considerar que en el vocablo "el solicitante" a que se refiere el art. 31 del Decreto 2591 de 1991, para este caso particular, incluye, necesariamente, a quien la interesada considera en forma expresa que la representa puesto que no hay ninguna manifestación en contrario.

En razón a lo antes expuesto considero que la Sala debió considerar cumplido el requisito echado de menos en la providencia y hacer el análisis correspondiente.

Con mi consideración,

Miren de la Lombana de Magyaroff

Fecha: Ut Supra

-----

-----

-----

-----

-----

**ACTO GENERAL/ACCION DE TUTELA— Improcedencia**

**Sin desconocer que un proyecto de ordenanza departamental pueda afectar la situación personal de quien había sido elegido y viene desempeñando el cargo, no puede ignorarse que dicho proyecto de ser aprobado, generaría una situación de carácter impersonal y abstracto.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-040. Actor: Norma Rocío Chingual Vargas.

Dentro de la oportunidad legal la Dra. NORMA ROCIO CHINGUAL VARGAS impugna el fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño el 13 de diciembre de 1991, mediante el cual rechazó la demanda de tutela por ella presentada.

La peticionaria formuló la referida acción de tutela con el objeto de que se proteja su derecho fundamental al trabajo y al debido proceso, consagrados en los Arts. 25 y 29 de la Constitución Política de Colombia, respectivamente, los cuales considera que están en inminente peligro de ser vulnerados, con base en los siguientes hechos que se presentan en resumen.

La peticionaria ejerce el cargo de Auditoria Interna de la Contraloría Departamental, cargo para el cual fue elegida por la Asamblea Departamental de Nariño en el mes de octubre de 1990 y conforme al sistema establecido

por la Ordenanza 051 de 1987, según la cual "el Auditor Interno de la Contraloría General de Nariño será elegido por la Asamblea Departamental, para el mismo período del Contralor General" y cuyas funciones son las consagradas en el art. 21 de la Ordenanza 016 de 1989.

Relata la peticionaria que por acción de movimientos políticos inconformes con su gestión fiscalizadora se han propuesto no solamente lograr la reducción de las funciones del Auditor Interno, sino la de convertir el cargo en de libre nombramiento y remoción por parte del Contralor General. En este último sentido fue presentado por uno de los Diputados el proyecto de Ordenanza 09 de 1991 y recibió los tres debates reglamentarios pero enviado al Gobernador, éste lo devolvió con objeción total, ante lo cual uno de los Diputados, según lo expresa el Secretario General de la Asamblea en Oficio No. 080 de diciembre 9 de 1991 (fl.27), "en sesión del día 30 de noviembre presentó una proposición verbal declarando infundadas las objeciones del ejecutivo, pero que ante esta secretaría no se ha presentado ningún documento que justifique esta proposición verbal, por lo tanto la Asamblea no ha adelantado ninguna acción al respecto".

En la providencia impugnada el Tribunal, con apoyo en el artículo 60. numerales 1o. y 5o. del Decreto 2591 de 1991, rechazó la demanda de tutela por considerar que contra los posibles actos que relata la actora cabrían las acciones previstas en el C.C.A., incluida la suspensión provisional; además de que la posible revocatoria de la Ordenanza 51, según el proyecto de la No. 09, lo que indica es la gestación de un acto general y abstracto. Adicionalmente criticó el concepto de la actora con relación a lo que entiende por derecho al trabajo frente a la función pública, en los siguientes términos:

"Si bien el derecho al trabajo es un derecho constitucional fundamental que se predica para todas las personas que integran el estado social de derecho que en forma de República unitaria se ha erigido Colombia, a tal punto que todas ellas tienen vocación al ejercicio de la actividad que con prescindencia de otra las garantiza su subsistencia, no ocurre lo mismo con los servidores públicos cuya investidura no es inalienable ni consustancial con su personalidad, pues no todas las personas pueden acceder jamás en su existencia a cargos públicos y no por ello su derecho al trabajo ha sido contradicho, y viceversa, no puede haber una forma más sutil de esclavitud, que repugna de la dignidad humana, como es el alistamiento en el servicio del Estado de un elemento humano sin actividad lícita conocida...".

La impugnadora insiste en su petición y aclara que con ello no considera estar ejerciendo la profesión de Abogado y que la Asamblea a través de los actos mencionados lo que pretende es quitarle las funciones a ella y solamente a ella, pues a ningún otro Auditor o funcionario se las mermaron o quitaron, debido a que se constituyó en "obstáculo insalvable para sus

ilegales pretensiones" refiriéndose a la coalición mayoritaria para sacar provecho de la entidad.

Es así como considera que:

"Mi derecho fundamental al trabajo se encuentra en amenaza de ser vulnerado y si bien en el caso que sea violado tengo la facultad de ejercer una acción administrativa, de muy buena fe considero que la utilización del derecho de tutela tiene como fundamento evitar un perjuicio irremediable, cual es el de que se me indemnicé por parte de la Administración, en el caso que mi demanda prosperara favorablemente y de que la misma Administración tenga que efectuar otro gasto, cancelando sueldo y prestaciones al funcionario que me reemplazará en el cargo".

### CONSIDERACIONES:

El artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, estatuye que la acción de tutela no procederá "cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto" (numeral 5o.).

Será suficiente esta causal para sustentar la improcedencia de la tutela impetrada, ya que el proyecto u Ordenanza 09 de 1991 (fl. 31), como lo observó el Tribunal es de carácter impersonal, pues en su artículo 1o. deroga en todas sus partes la Ordenanza 051 de 1987 que estableció la creación de Contralor Auxiliar, del Auditor Interno de la Contraloría y los requisitos para ejercer estos cargos, y el art. 2o. dispone que "el cargo de Auditor Interno de la Contraloría General del Departamento de Nariño será de libre nombramiento y remoción y quedará incluido dentro del poder discrecional del señor Contralor".

Sin desconocer que un proyecto de acto de esta naturaleza pueda afectar la situación personal de quien había sido elegido y viene desempeñando el cargo, no puede ignorarse que dicho proyecto de la Asamblea Departamental de ser aprobado generaría una situación de carácter impersonal y abstracto.

El Decreto 2591 de 1991 restringió el ejercicio de la acción de tutela en casos como el que se analiza para prevenir que con ello pudiera entrabarse la actividad administrativa y aún la legislativa con el pretexto de respetar situaciones particulares cobijadas por disposiciones de carácter general anteriores.

Es pertinente agregar a lo dicho, que también tuvo razón el Tribunal al invocar la causal establecida en el ordinal 1o. del art. 6o. del Decreto 2591

de 1991 que se refiere a la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales como son las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y el mecanismo de la suspensión provisional, de reunirse los requisitos que para tales acciones y figura consagra el Decreto 01 de 1984 (artículos 84, 85, 152 y concordantes).

Y, en cuanto a la invocación de la protección del "derecho al trabajo" con apoyo en el artículo 25, la Sala ha considerado que "si bien es cierto el trabajo es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, también lo es, que por disposición del art. 85 de la Carta, él no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata; vale decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley" (fallo de enero 21/82 Expediente AC-007), además de que no puede adoptarse como criterio de interpretación de la norma constitucional invocada lo expuesto por la demandante en el sentido de servir de apoyo a la conservación de situaciones laborales individuales.

Por las anteriores razones, no hay lugar a revocar la providencia del Tribunal.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la providencia del 13 de diciembre de 1991, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Nariño rechazó la demanda de tutela presentada por la doctora NORMA ROCIO CHINGUAL VARGAS.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión del 18 de febrero de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn,*

*Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Ausente; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

ACCION EN TUTELA - Procedimiento Administrativo  
DESCRIPCION A LA VISTA (DESCRIPCION A LA VISTA)

Es bien conocido el momento en que el sistema de los servicios de la Compañía que compete el desarrollo de actividades de gestión y de apoyo de los recursos humanos de la institución. En el momento de la creación de la institución se estableció la prestación de servicios de apoyo de los recursos humanos de la institución. En el momento de la creación de la institución se estableció la prestación de servicios de apoyo de los recursos humanos de la institución.

Comando de Estado - Sala IV de la Contraloría Administrativa - Panamá  
de fecha D.C. diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Consejo de Estado: Dr. Rafael Gómez Rodríguez

Referencia: Expediente No. AC-077 Años Diez y Seis Gómez

En la fecha se debió la impugnación presentada por el recurrente contra la providencia dictada el 24 de enero de 1992 por el Tribunal Administrativo de Valle, mediante la cual se dispuso:

1. RECORRER LA ACCION EN TUTELA interpuesta por el señor DIEGO  
GÓMEZ GÓMEZ, desahogado con la orden de cancelación por  
no haberse cumplido en el tiempo.

Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Fábrega de Arana, Jorge Fariña  
 Beltrán, Eduardo Rodríguez Rodríguez, Ysidro Rojas Navarro, Gonzalo  
 Serna Gómez, Asistente; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta,  
 Diego Serna Gómez.

Abogado General (en el momento)

## ACCION DE TUTELA— Procedencia/DERECHOS FUNDAMENTALES/ DERECHO A LA VIDA/DERECHO A LA SALUD

Si bien es cierto el accionante no invoca expresamente el artículo 11 de la Constitución que consagra el derecho fundamental a la vida, como afectado por la conducta omisiva que le achaca al hospital, ello se deduce de los términos de su querrela de tutela y del inminente peligro que su desatención envuelve para la existencia de la vida del accionante. Resulta fácil concluir que inmediatamente se solicita la prestación del servicio de salud (artículo 49), pero mediatamente se pide tutelar el derecho a la vida y la protección especial que el Estado debe prestarle al accionante quien por su condición económica se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-057. Actor: Diego Serna Gómez.

Entra la Sala a decidir la impugnación propuesta por el accionante, contra la providencia dictada el 24 de enero de 1992, por el Tribunal Administrativo del Valle, mediante la cual se dispuso:

“1. NEGAR LA ACCION DE TUTELA instaurada por el señor DIEGO SERNA GOMEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.595.121 expedida en Cali.

“2. Si no fuere impugnado este fallo, envíese dentro de la oportunidad prevista en el inciso final del Artículo 31 ibídem, a la Honorable Corte Constitucional para su revisión”. (fls. 28 y 29).

#### ANTECEDENTES:

El ciudadano DIEGO SERNA GOMEZ, en escrito que ocupa los folios 20 a 24 del expediente presentó ante el Tribunal Administrativo del Valle, ACCION DE TUTELA contra el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, a fin de lograr le sean suministrados en forma gratuita los servicios médicos y los exámenes especializados para la enfermedad que padece “síndrome de Inmunodeficiencia adquirida”. Tal petición la hace por cuanto es persona carente de medios económicos para continuar con el tratamiento médico requerido para buscar la recuperación de su salud.

Como fundamentos de su petición cita los siguientes artículos de la nueva Constitución:

Artículo 13 “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Artículo 23. “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivo de interés general o particular, y a obtener pronta resolución. El Legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”

Además de los anteriores cita los artículos 49 y 86 de la Constitución Nacional.

Los hechos fundamento de la anterior petición el a-quo los sintetizó así:

“Expresa que encontrándose en la ciudad de Pereira y debido al mal estado de salud, se acercó al Hospital San Jorge, donde después de haberse practicado el examen pertinente, le diagnosticaron la grave enfermedad de Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida. En dicha ciudad no le cobraron suma alguna por las consultas médicas ni exámenes practicados teniendo en cuenta que la enfermedad era un mal epidemiológico y por no tener recursos económicos.

“Esta determinación de las autoridades hospitalarias de Pereira no es la tomada ahora por el Hospital Universitario del Valle. Es así como al trasladarse a esta ciudad de Cali y requerir la atención médica y los

exámenes necesarios para la enfermedad que padece, la entidad le comunica que debe cancelar los servicios, aunque sea con descuentos especiales". (fls. 26 y 27).

Para llegar a la decisión, el Tribunal razonó así:

"El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, la cual puede ejercer cualquier persona con el fin de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales en el evento de que éstos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos especiales que la ley señale.

"Es con base en esta norma que el señor Serna Gómez solicita la prestación gratuita de los servicios y consultas médicas requeridos por la enfermedad que padece y al respecto se apoya en el último inciso del artículo 13 y en el artículo 49 de la Constitución.

"El artículo 13 de la Carta hace referencia al derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

"Reza la mencionada norma: 'Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se comentan".

"Entiende la Sala que el artículo transcrito consagra este derecho fundamental de igualdad ante la Ley, con el fin de que todos los ciudadanos sean tratados por las autoridades sin discriminación, sin privilegios, sin prerrogativas; es una garantía que todo individuo posee como persona humana y por lo tanto comporta tratamiento igual para todos, sistema que el Estado está en la obligación de respetar, es este sentido, el que informa al último inciso del artículo citado cuando habla de la protección especial para aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad. Quiere decir que ellas, no están por fuera de la garantía consagrada en el artículo que se estudia, no obstante el estado de

indefensión en que se encuentren, tanto, que los abusos y maltratos que con ellas se comentan, son motivos de sanción. Por consiguiente el derecho que el señor Serna Gómez pretende que se le reconozca, no encaja dentro de los lineamientos del Derecho Fundamental consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

“Ahora bien, el derecho a obtener el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, lo establece el artículo 49 de la Constitución y es un derecho que corresponde al capítulo 2 denominado ‘De los Derechos Sociales, económicos y culturales’. Es decir, que no está consagrado por la Constitución como derecho fundamental y en consecuencia, este derecho no es objeto de protección mediante la acción de tutela.

“No sobra agregar que la Constitución Política sólo consagra la gratuidad cuando se trata de los niños menores de un año en los siguientes términos contenidos en el art. 50 de la Constitución: ‘Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia’. Y se anota, que no obstante, tampoco es un derecho que pueda ser protegido por la acción de tutela, porque es un derecho de los llamados sociales.

“Son suficientes las anteriores consideraciones, para que la Sala niegue la pretensión”. (fls. 27 y 28).

Inconforme el accionante con la decisión tomada por el a-quo interpuso impugnación, por no estar de acuerdo con ella y funda su inconformidad en los siguiente:

“Me aparto sustancialmente del criterio de La Honorable Sala de Decisión, ..., pues considero, salvo mejor criterio, que lo verdaderamente fundamental es nuestra propia CONSTITUCION, por eso se ha llamado a través de los tiempos de Carta Magna, Ley de Leyes, Carta Fundamental, porque de ella emanan todos los poderes, de ella se derivan todas las leyes, nadie la puede desconocer, ni poder público, ni privado, y mucho menos cualquier ciudadano, pero ella puede modificar de un tajo todo el andamiaje jurídico de nuestro Estado de Derecho, por ello la Constituyente, nos dio una nueva constitución política, por eso en la Constitución se estableció la Acción de Tutela, a la cual me estoy acogiendo alabada por muchos atacada por otros, pero que será en fin de cuentas el paliativo a nuestras dolencias sociales, no atendidas por muchos siglos.

“Si con la acción de Tutela sólo se fueran a tutelar los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución o en un capítulo o Título

de ésta, nada hizo el constituyente, el pueblo ha sufrido un nuevo engaño, toda la reforma ha sido meramente cortical, no ha tocado lo esencial, el fondo, la médula del problema social, seguiremos muriéndonos en las puertas de los Hospitales que gastan grandes cantidades de dinero diciendo *'que lo que reciben con una mano lo devuelven con la otra'*, pero yo pregunto con cuál otra?, talvez, los Honorables Magistrados sepan explicarlo, pero mi mente no alcanza a comprenderlo.

“El Decreto que reglamentó la Acción de Tutela (Dto. 2591 del 19 de Noviembre de 1991), en su artículo 2 preceptúa:

“Derechos Protegidos por la tutela.

“La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. *Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión*”. (subrayas mías).

“El artículo 4. del mismo decreto reglamentario norma:

“Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“Yo me pregunto en este momento señores Magistrados, sin citar ningún tratado internacional de derechos humanos, no será un derecho humano inalienable, imprescriptible, de obligatorio cumplimiento quitar las dolencias, brindar exámenes, dar hospitalización a un ser humano, que por humilde que sea no ha perdido ni perderá tal condición?

“Si el estado castiga, el uso, tenencia, posesión, almacenamiento, o distribución de drogas estupefacientes, porque atentan contra la Salud Pública, por qué no tiene la obligación de brindar asistencia médica, hospitalaria y similares a sus ciudadanos?

“.....”. (fls. 31 a 33).

Termina solicitando nuevamente se tenga en cuenta su petición y se resuelva a su favor.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

- 1a. Con respecto a la novísima institución de “La Tutela”, prescribe el art. 86 de la Carta Política lo siguiente:

“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 aquél 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, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

“En 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”.

- 2a. Mediante el Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991, se reglamentó la referida acción de Tutela y en el art. 37 se estableció la competencia en primera instancia, en los jueces o tribunales “con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”; en tanto que los arts. 31 y 32 del referido decreto tratan de la impugnación de los fallos proferidos por los juzgadores de primera instancia, radicando en el “Superior jerárquico correspondiente” la calidad de juez ad quem para desatar la impugnación.

Así las cosas, la decisión tomada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 24 de enero de 1992, es de aquellas que conforme a la ley son impugnables y la segunda instancia le compete resolverla a esta Corporación.

- 3a. Conforme a la reciente Carta Política que nos rige, Colombia está organizada como “un estado social de derecho”, en forma de República unitaria, fundada “en el respeto de la dignidad humana” y en “la prevalencia del interés general” (art. 1o.). En el preámbulo de nuestra ley fundamental se precisan como fines el fortalecimiento de la unidad nacional y el “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo,

la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo,..."

- 4a. Colombia, como estado social de derecho esencialmente debe caracterizarse no solamente por instituir positivamente las libertades públicas, los derechos humanos o los llamados "derechos fundamentales", sino que le compete proveer lo que sea necesario para realizar la prestación de los servicios públicos a su cargo, en especial los relacionados con el respeto y la integridad de la persona humana, pues, con ello se realizará un orden jurídico y social ciertos y eficaces que redundan para la colectividad en seguridad jurídica.
- 5a. La controvertida acción de Tutela, producto de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, constituye instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, que debe interpretarse y aplicarse en perfecta armonía con los distintos preceptos constitucionales y legales que converjan en la concreción del estado social de derecho que guía a la Nación Colombiana, todo con miras a obtener la protección de los derechos constitucionales fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, que por su naturaleza tienen la característica de ser personalísimos y por consiguiente sin contenido económico.

Para el caso que se está decidiendo, merece especial atención el art. 49 de la Carta, cuyo tenor es como sigue:

"La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

"Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así como, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

"Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

"La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

"Todas las personas tienen el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

“Los principios orientadores de la prestación de los servicios de salud y de saneamiento ambiental, son los mismos que sirven de fundamento a la seguridad social; la eficiencia, la universalidad y la solidaridad.

“La organización de los servicios de salud deberá hacerse en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, pudiendo la ley establecer la atención básica gratuita y obligatoria”.

6a. Cabe afirmar, a éste nivel de la presente providencia, que conforme al art. 93 de nuestra Constitución:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Así las cosas, la Sala encuentra que el anexo VII o PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (“PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”), después de resaltar que existe estrecha relación entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de tales derechos, “constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”, características que exigen promoción y protección permanentes con el propósito de obtener su vigencia plena, “sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”, en su art. 10, a propósito del “Derecho a la salud” dispuso:

“1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

“2. Con el fin de hacer efectivo el desarrollo a la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

“a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad.

“b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado.

“c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.

“d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole.

“e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y

“f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

Esta Convención Americana fue suscrita en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el Décimo Octavo periodo de sesiones de la Asamblea General de Organización de los Estados Americanos, OEA. Bajo la misma orientación, es decir, de considerar los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, ya se había ocupado la convención americana sobre derechos humanos suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 en la llamada Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos que entró en vigor el 18 de julio de 1978, suscrita por Colombia en esa fecha, ratificada en 31 de julio de 1973, una vez que fue acogida por la Ley 16 de 1972 y, más antes por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966, suscrito por Colombia en esa fecha, ratificado el 29 de noviembre de 1969, previo acogimiento por la ley 74 de 1968.

7a. Ahora bien, descendiendo del marco general al caso particular que ocupa ahora a la Sala, se tiene que el administrado Diego Serna Gómez requiere del hospital Universitario del Valle del Cauca “Evaristo García”, la prestación gratuita de los servicios médicos y paramédicos, especialmente exámenes y tratamiento especializados para controlar la enfermedad universalmente conocida como “Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida” SIDA, que según él ha venido pretendiendo de tal establecimiento de beneficencia pública con resultados negativos.

El accionante invocó expresamente como violados sus derechos que encuentran consagración en los arts. 13 y 49 de la Constitución. El primero trata de la igualdad de todas las personas ante la ley y la igualdad en cuanto a la protección y trato que las autoridades deben suministrarle a todos los asociados, sin discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, etc. La última disposición constitucional mencionada prescribe lo atinente a la atención de la salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, a la vez que “garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, conforme a principios

de eficiencia, universalidad y solidaridad. Termina la preceptiva en comentario imponiéndola a toda persona “el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

Entiende la Sala que si bien es cierto el accionante no invoca expresamente el art. 11 de la Constitución que consagra el derecho fundamental a la vida, como afectado por la conducta omisiva que le achaca al hospital Universitario del Valle “Evaristo García”, ello se deduce de los términos de su querrela de Tutela y del inminente peligro que su desatención envuelve para la existencia de la vida del accionante. Por ello, esta Corporación no puede prohijar la tesis del a-quo cuando so pretexto de una marcada exégesis de los arts. 13 y 49 de nuestra Carta Política, termina negando la protección a la vida implorada por un administrado, que tiene derecho a la prestación del servicio público de salud a cargo de una dependencia estatal, como lo es el establecimiento público del orden departamental llamado Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”. En otros términos, resulta fácil concluir que inmediatamente se solicita la prestación del servicio de salud-(art. 49), *pero mediatamente se pide tutelar el derecho a la vida (art. 11)* y la protección especial que el Estado debe prestarle al accionante quien por su condición económica se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 in fine).

Se impone pues la revocatoria del fallo impugnado, para en su lugar acceder a lo pretendido por el señor Diego Serna Gómez en ejercicio de la acción de Tutela, para lo cual se ordenará al señor Director del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García” y al señor Gobernador del Valle del Cauca, la inmediata prestación de todos los servicios requeridos por el paciente antes mencionado y que comporten la atención, protección y recuperación de su salud, de manera gratuita y naturalmente oportuna.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

1. REVOCASE la providencia de 24 de enero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso del rubro.
2. Accédase a la Tutela implorada por el señor DIEGO SERNA GOMEZ, en contra del Hospital Universitario del Valle “Evaristo García”, contenida en escrito presentado el 16 de enero de 1992 ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

3. Consecuencialmente, y a manera de protección para el accionante, el señor Director del hospital universitario del Valle "Evaristo García" y el señor Gobernador del Valle del Cauca, dispondrán lo pertinente para prestarle inmediatamente los servicios necesarios tendientes a proteger la vida y recuperar la salud del señor DIEGO SERNA GOMEZ, de manera gratuita y oportuna.
4. Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a este fallo.
5. Remítase copia de este proveído al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, lo mismo que al señor Director del Hospital Universitario del Valle del Cauca "Evaristo García" y al señor Gobernador del Valle del Cauca, para su inmediato cumplimiento.
6. Notifíquesele el presente fallo al accionante, mediante telegrama dirigido a la dirección registrada en los autos.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, 10 de marzo de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Beadecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Salvó el Voto; Joaquín Barreto Ruiz, Con salvamento; Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Con Salvamento de Voto; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Con Salvamento de Voto; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno,*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Inexistencia/DERECHOS A LA SALUD**  
(Salvamento de Voto)

La acción de tutela está dirigida en forma inmediata a que se le garantice al actor “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, derecho que reconoce a todas las personas el artículo 49 de la Constitución Nacional. Este derecho está incluido en el Capítulo II del Título II, que trata “De los derechos Sociales, Económicos y Culturales” y por tal razón no es, constitucional fundamental. Al no serlo no puede ser susceptible de amparo a través de la acción de tutela. En la sentencia de esta Corporación se reconoce implícitamente que la acción de tutela no cabe, por cuanto ésta está instituida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, como es el de la vida, y no en forma mediata; y que el derecho inmediatamente tutelado es el de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, que es de carácter social.

*Salvamento de Voto.*— Santafé de Bogotá D.C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-057. Actor: Diego Serna Gómez.

Con todo respeto me separo de la opinión mayoritaria de la Sala, esbozada en la sentencia de 16 de Marzo del presente año, por las siguientes razones:

1. *El derecho invocado por el accionante no es fundamental ni susceptible de protección inmediata a través de la acción de tutela.*

El actor DIEGO SERNA GOMEZ aduce como fundamentos de derecho de su solicitud los artículos 13, 23 y 49 de la Constitución Nacional, los cuales, en su orden, se refieren a los derechos de igualdad, petición y de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

A pesar de la invocación de esos derechos, en la solicitud de tutela arguye que ejerce esta acción para que se “me suministre el servicio médico y los exámenes especializados que necesite sin ningún costo, por ser persona carente en absoluto de cualquier patrimonio o renta y estar con la gravísima enfermedad de moda universal denominada “SIDA”. Más adelante en la misma reafirma su petición en el sentido de que el Departamento del Valle o una de sus Casas de Salud “tienen obligación de suministrarme el tratamiento médico, y los exámenes que requiera”. Con base en ello acude al Tribunal Administrativo del Valle “en demanda de orden de una protección a mi salud”.

Los apartes resaltados de la solicitud ponen de presente que la acción de tutela sub-examine está dirigida en forma inmediata a que se le garantice al actor “el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, derecho que reconoce a todas las personas el artículo 49 de la Constitución Nacional. Este derecho está incluido en el Capítulo II del Título II, que trata “DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES” y por tal razón no es, por consiguiente, constitucional fundamental. Al no serlo, no puede ser susceptible de amparo a través de la acción de tutela, pues ésta está instituida, según el artículo 86 de la Carta, para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

*2. El derecho de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud es objeto de protección a través de una acción popular y no de la de tutela.*

A mi juicio, la protección del derecho que reconoce el artículo 49 de la Constitución Nacional sólo es posible a través de una acción popular, pues el artículo 88 de la Constitución Nacional estatuye que la ley regulará las acciones populares de los derechos relacionados con la salubridad pública. Ley que hasta la fecha no ha sido expedida en desarrollo de esta novísima institución que consagra la nueva Carta Fundamental.

3. La consagración que de la acción de tutela hace el artículo 86 de la nueva Constitución guarda plena conformidad y da cumplimiento a lo estatuido en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” (aprobada por la Ley 16 de 1972), el cual establece el derecho que tiene toda persona “a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”.

Esa sujeción a la mencionada Convención permite considerar que la acción de tutela está acorde con un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por Colombia y da plena validez a la regla de hermenéutica que sobre esta materia prevé el artículo 93 de la Carta.

4. Si el constituyente en forma expresa en los artículos 11 a 41 señaló los derechos constitucionales fundamentales y para su protección inmediata consagró exclusivamente la acción de tutela en el artículo 86, no puede extenderse el ejercicio de ésta, respecto de los otros derechos que reconoce la Constitución como son los sociales, económicos y culturales, los colectivos y los del ambiente.

5. La sentencia cuando en la parte considerativa sostiene: "... resulta fácil concluir que inmediatamente se solicita la prestación del servicio de salud (art. 49), pero mediatamente se pide tutelar el derecho a la vida (art. 11) ..." y cuando en la parte resolutive dispone "... el señor Director del hospital Universitario del Valle "Evaristo García" y el señor Gobernador del Valle del Cauca, dispondrán lo pertinente para prestarle inmediatamente los servicios necesarios tendientes a proteger la vida y recuperar la salud del señor DIEGO SERNA GOMEZ, de manera gratuita y oportuna...", está reconociendo implícitamente: que la acción de tutela no cabe, por cuanto ésta está instituida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, como es el de la vida, y no en forma mediata; y que el derecho inmediatamente tutelado es el de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, que es de carácter social, como ya se anotó.

6. Debo agregar que al tenor del artículo 49 de la Constitución Nacional el derecho de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, se garantiza su efectividad a través de la ley, y ésta circunscribe su gratuidad y obligatoriedad a la atención básica.

Por las anteriores razones, estimo, que debió confirmarse el fallo impugnado.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz*  
Consejero

Fecha Ut Supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere la doctora MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Inexistencia/DERECHO A LA SALUD/  
SERVICIO PUBLICO DE SALUD/ACCION DE TUTELA— Improcedencia/  
NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo legal (Salvamento de Voto)**

Por cuanto el derecho invocado no es un derecho fundamental que pueda protegerse a través de la acción de tutela y porque la obligación del Estado de prestar servicios de atención médica, en forma gratuita, se limita a los servicios de atención básica, en los términos que la ley establezca y no a “todos los servicios”, no podía prosperar la acción de tutela instaurada.

*Consejo de Estado— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—Salvamento de Voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos*

Referencia: Radicación AC-057. Actor: Diego Serna Gómez.

Tal como lo expuse en la sesión de la Sala en la que se discutió la providencia que antecede, no la comparto por razones estrictamente jurídicas, las cuales pueden precisarse en los siguientes términos;

De conformidad con los términos precisados por el accionante, el derecho que él considera se le ha desconocido es el relativo a obtener servicios *gratuitos* de atención médica para la enfermedad que padece, por parte del Hospital Universitario Evaristo García, de Cali.

De acuerdo con lo anterior, cita como normas constitucionales violadas los artículos 13, 23 y 49 de la Constitución Nacional, los cuales se refieren, en su orden al derecho a la igualdad y a la especial protección que debe el Estado a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, al

derecho de petición y al derecho de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

De acuerdo con la regulación actual de la acción de tutela, contenida en el artículo 86 de la Constitución Nacional y en el Decreto 2591 de 1991, dicha acción procede para la protección inmediata de los derechos constitucionales *fundamentales*, es decir de aquellos que se encuentran enunciados en el Capítulo 1o. del Título II de la Constitución, entre los cuales, no está incluido el derecho a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, ya que éste, por voluntad y decisión de la Asamblea Constituyente fue incluido en el Capítulo II, el cual enumera los derechos sociales, económicos y culturales, pero no, los fundamentales.

El accionante, en ningún momento invoca, como lo afirma la decisión que no comparto, el derecho a la vida, sino que solicita de manera reiterativa, se le dé atención médica *gratuita* para la enfermedad que padece.

Está comprobado en el expediente, que el Hospital Universitario Evaristo García no negó los servicios al señor Diego Serna Gómez, ni lo discriminó, en el sentido de que no lo atendía por padecer el Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida; simplemente, de acuerdo con sus reglamentos exigió el pago de alguna suma de dinero, como la cobra a cualquier enfermo que allí se atiende, por los servicios de atención médica.

Es cierto, como lo afirma la decisión mayoritaria que estamos en un Estado Social de Derecho, al cual le compete proveer lo que sea necesario para realizar la prestación de los servicios públicos a su cargo, como lo es según el artículo 49 de la Constitución, el de la promoción, protección y recuperación de la salud, pero todo ello de acuerdo con la ley, porque el Estado no es solo social, *también es de derecho* y en esta materia de servicios de atención médica, es la misma Constitución Nacional la que dispone, en dicho artículo 49 que “la ley señalará los términos en los cuales la atención *básica* para todos los habitantes será *gratuita y obligatoria*”. (Se subraya).

Según dicha norma es el legislador la autoridad estatal competente para delimitar la extensión del derecho al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud que allí se consagra y para establecer la extensión de la correlativa obligación del Estado de prestarlos.

Pero es la misma norma constitucional la que al disponer esa facultad para el legislador, precisa que será *gratuita y obligatoria solamente la atención básica*, en los términos que disponga la ley.

Dicha ley no se ha dictado, pero la norma que regulaba el Sistema Nacional de Salud (ley 10 de 1990), desde antes de la reforma constitucional de 1991 y que a mi juicio, en dicho aspecto está vigente por no ser contraria

a la nueva Constitución, coincide en lo anterior al prescribir en su artículo 1o. que "La prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, es un servicio público a cargo de la Nación, *gratuito en los servicios básicos...*" (Se subraya).

Así las cosas no es *jurídicamente* posible afirmar que el Estado Colombiano está obligado a "... la inmediata prestación de todos los servicios requeridos por el paciente... de manera gratuita y naturalmente oportuna..." porque no sólo, no existe norma que así lo disponga, sino que existe norma en contrario, y las autoridades administrativas, en un Estado de Derecho, están sometidas al principio de legalidad, como consecuencia del cual, no pueden hacer sino lo que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico.

En síntesis, por cuanto el derecho invocado no es un derecho fundamental que puede protegerse a través de la acción de tutela y porque la obligación del Estado de prestar servicios de atención médica, en forma gratuita, se limita a los servicios de atención básica, en los términos que la ley establezca y no a "todos los servicios", no podía prosperar la acción de tutela instaurada por el señor Diego Serna Gómez y por ello la decisión impugnada ha debido confirmarse.

*Consuelo Sarria Olcos*

Fecha ut supra.

**DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO A LA SALUD/ NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo legal (Salvamento de Voto)**

Sin desconocer que en todos los casos la atención de la salud propende en último por la conservación de la vida, no se puede dejar de lado que la misma Constitución que estableció la tutela de los derechos constitucionales fundamentales, reguló en el artículo 49, de manera especial, el acceso de las personas “a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” y que, a sus dictados, debe atender cualquier regulación o disposición al respecto, inclusive las de índole judicial. Si ello es así, no podía desconocer el expreso mandato constitucional del referido artículo 49, según el cual “la ley determinará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.

*Salvamento de Voto.*— Santafé de Bogotá, D.C., marzo 20 de 1992.

Referencia: Expediente No. AC-057. Actor: Diego Serna Gómez

Aunque comparto la conclusión a que llega la sentencia, en el sentido de “que si bien es cierto el accionante no invoca directamente el art. 11 de la Constitución que consagra el derecho fundamental a la vida”, se deduce que es éste el derecho a tutelar, con el mayor respeto me aparto de la decisión adoptada por la mayoría.

En efecto, sin desconocer que en todos los casos la atención de la salud propende en últimas por la conservación de la vida, no se puede dejar de lado que la misma Constitución que estableció la tutela de los derechos constitucionales fundamentales, reguló en el artículo 49, de manera especial, el ac-

ceso de las personas "a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud" y que, a sus dictados, debe atender cualquier regulación o disposición al respecto, inclusive las de índole judicial.

Si ello es así, como a mi juicio lo es, no podía desconocerse el expreso mandato constitucional del referido artículo 49, según el cual "La ley determinará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria". Es por ello, que al decidir la impugnación de la sentencia proferida por el Tribunal del Valle del Cauca en el caso sub-examine, debió atenderse a lo dispuesto en la norma transcrita.

*Joaquín Barreto Ruiz*

**ACCION DE TUTELA— Límites/DERECHO A LA SALUD/NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo legal (Salvamento de Voto)**

**El Juez administrativo no está autorizado para salirse del marco que en la demanda le señala el ciudadano, para acudir a otros preceptos de la Constitución o de la ley, cuya violación no se señala como fundamento de la misma. En el sub-lite el accionante no invocó la aplicación del artículo 11 de la Constitución que protege la vida. Al actor no le han sido negados los servicios de salud, sino que debía cancelar algunas sumas de dinero, conforme al reglamento hospitalario que no contempla la gratuidad del servicio requerido, por lo que no está claro con cuál facultad esta Corporación impone una obligación de atención gratuita, cuando el legislador no ha reglamentado el artículo 49 invocado.**

*Salvamento de Voto del Doctor Carmelo Martínez Conn. Santafé de Bogotá D.C., veintiseis (26) de marzo de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-057. Actor: Diego Serna Gómez.

Con el mayor respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala por las siguientes consideraciones:

1. Creo que el Juez Administrativo no está autorizado para salirse del marco que en la demanda le señala el ciudadano, para acudir a otros preceptos de la Constitución o de la ley, cuya violación no se señala como fundamento de la misma; en efecto, en el caso que falló la Sala, el accionante no invocó la aplicación del artículo 11 de la Constitución Nacional, que protege la vida, sino el 13, que regula lo relativo a la “igualdad ante la ley y la libertad de las personas” y el 49 el cual declara que “la salud y el saneamiento

to ambiental son servicios públicos a cargo del Estado", que necesitan de desarrollo legal para su cumplimiento, conforme se indica en esta norma.

2. Al señor Diego Serna Gómez no le han sido negados los servicios de salud, sino que debía cancelar algunas sumas de dinero, conforme al reglamento hospitalario que no contempla la gratuidad del servicio requerido por Serna Gómez, por lo que no está claro con cual facultad esta Corporación impone una obligación de atención gratuita, cuando el Legislador no ha reglamentado el artículo 19 invocado por el señor Serna.

3. De todo lo anterior se deduce que el derecho susceptible de tutela no le ha sido negado.

4. Finalmente este derecho a la salud no está en la enumeración taxativa del artículo 85 de la Constitución Nacional como derecho tutelable.

Atentamente,

*Carmelo Martínez Conn*

**ACCION DE TUTELA/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA DE TUTELA/JURISDICCION DE TUTELA (Salvamento de Voto)**

La jurisdicción de lo contencioso administrativo no debió conocer de la acción de tutela, por la elemental razón de que al asunto que se pretendió proteger a través de este mecanismo compete a la jurisdicción ordinaria. En efecto como bien se lee en la solicitud de tutela, el accionante pretendía se amparase en sus derechos de uso y goce que alegaba tener sobre un inmueble de su propiedad y los muebles allí ubicados, que también señaló como propios. De igual manera, se deduce la existencia de un fallo por querrela policiva de naturaleza civil, desfavorable al querellante, quedando por consiguiente éste en libertad de ocurrir ante la jurisdicción respectiva para hacer valer sus derechos de eminente contenido económico, esto es la jurisdicción civil.

*Salvamento de Voto de los Consejeros de Estado, doctores Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández.*

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. AC-014. Actor: Lucas Antonio Alzate Isaza.

Con el acostumbrado respeto por los señores Consejeros que integran la Sala Plena Contenciosa, a continuación consignamos los razonamientos que nos condujeron a separarnos de la mayoría con relación a la providencia de 7 de febrero del presente año, a saber:

a) La jurisdicción de lo contencioso administrativo no debió conocer de la acción de tutela de la referencia, por la elemental razón de que el

caso que se pretendió proteger, a través de este mecanismo compete a la jurisdicción ordinaria. En efecto, como bien se lee en la solicitud de tutela, el accionante pretendía se amparase en sus derechos de uso y goce, que alegaba tener sobre un inmueble de su propiedad y los bienes muebles allí ubicados, que también señaló como propios. De igual manera, se deduce de la documentación allegada al expediente que la Alcaldía del Municipio de Copacabana falló una querrela policiva de naturaleza civil, desfavorablemente para el querellante, quedando de consiguiente éste en libertad de ocurrir ante la jurisdicción respectiva para hacer valer sus derechos de eminente contenido económico, esto es, antes la jurisdicción civil.

(b) Tradicionalmente los asuntos como el narrado por el accionante no han sido del resorte de la jurisdicción contencioso-administrativa; así como lo preveía el numeral 2o. del art. 73 de la Ley 167 de 1941; de igual manera lo prescribe al inciso final del art. 82 del Decreto 01 de 1984, modificado por el art. 12 del Decreto 2304 de 1989, al establecer que "la jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones preferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley"

(c) Por las consideraciones de los párrafos anteriores, propusimos en la Plenaria que la decisión a tomar correctamente debía ser declarando la nulidad de todo lo actuado por la causal FALTA DE JURISDICCION consagrada por el art. 140 del C. de P.C., aplicable al proceso contencioso administrativo según voces del art. 165 del C.C.A., causal de invalidez que no admite saniamiento.

Atentamente,

*Daniel Suárez Hernández*

*Juan de Dios Montes Hernández*

Santafé de Bogotá, D.C., 11 de febrero de 1992.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere la doctora Constanza Suelo Sarría Olcos.

**JURISDICCION DE TUTELA/COMPETENCIA DE TUTELA (Salvamento de Voto)**

Si en la Constitución Nacional se consagraron la jurisdicción ordinaria, la contencioso administrativa, la constitucional y las jurisdicciones especiales, no veo una buena razón, que estudiada a la luz de la ley y el derecho, permita concluir que jueces de la jurisdicción ordinaria puedan conocer de asuntos reservados a la contencioso administrativa, o que las autoridades de los pueblos indígenas, puedan definir aspectos de la jurisdicción constitucional o viceversa.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del: doctor Julio César Uribe Acosta. Santafé de Bogotá, D.C., febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-014. Actor: Lucas Antonio Alzate Isaza.

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria, tomada por la Corporación, pues encuentro de recibo los planteamientos que los H. Consejeros Drs. Daniel Suárez Hernández y Juan de Dios Montes Hernández hacen en su salvamento de voto, perspectiva jurídica que también defendí en la Sala Plena, cuando se discutió el asunto.

Si en la Constitución Nacional se consagraron la JURISDICCION ORDINARIA, LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, LA CONSTITUCIONAL y LAS JURISDICCIONES ESPECIALES, no veo una buena razón, que estudiada a la luz de la ley y el Derecho, permita concluir que jueces de la jurisdicción ordinaria puedan conocer de asuntos reservados a la contencioso administrativa, o que las autoridades de los pueblos indígenas, puedan definir aspectos de la jurisdicción constitucional o viceversa.

cioso administrativa, o que las autoridades de los PUEBLOS INDIGENAS, puedan definir aspectos de la jurisdicción constitucional o viceversa.

El revolcón jurídico que padece el PAIS no puede dar para tanto, salvo que la intención del legislador hubiese sido la de darle entrada a una especie de "GUERRILLA JURIDICA".

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta.*

## **JURISDICCION DE TUTELA/COMPETENCIA DE TUTELA (Salvamento de Voto)**

**Cuando el artículo 86 de la Constitución le asignó a los jueces la competencia para conocer de las acciones de tutela, lo que hizo fue reservar esta función a la rama judicial y excluir de su conocimiento a las otras autoridades públicas. A mi juicio, en momento alguno asignó a los jueces en forma indiscriminada la competencia, con prescindencia de la organización de las diferentes jurisdicciones. De ser ello así lo hubiera dicho en forma clara y perentoria.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto.— Santafé de Bogotá, D.C., febrero diecisiete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-014. Actor: Lucas Antonio Alzate Isaza.

Como tuve oportunidad de expresarlo en Sala Plena, me aparté de la decisión mayoritaria por considerar que cuando el Artículo 86 de la Constitución Política le asignó a los jueces la competencia para conocer de las acciones de tutela, lo que hizo fue reservar esta función a la Rama Judicial y excluir de su conocimiento a las otras autoridades públicas. A mi juicio, en momento alguno asignó a los jueces en forma indiscriminada la competencia, con prescindencia de la organización de las diferentes jurisdicciones. De ser ello así, lo hubiera dicho en forma clara y perentoria, como lo dispuso en el Artículo 30 en relación con el habeas corpus, que asignó a cualquier "autoridad judicial" el conocimiento de este recurso.

*Joaquín Barreto Ruiz.*

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia/DERECHOS FUNDAMENTALES—  
Inexistencia/DERECHOS COLECTIVOS/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIE-  
DAD/BIEN DE USO PUBLICO/DERECHO AL ESPACIO PUBLICO/  
ACCIONES POPULARES**

La acción de tutela está consagrada para reclamar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que, en principio, son los así mencionados por la misma Carta en el Capítulo I del Título II y el reclamado por el actor con apoyo en el artículo 82 pertenece al grupo de los “derechos colectivos y del ambiente” del Capítulo III. Además la tutela procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” y la preservación del uso público de las calles y vías de la ciudad compete al Alcalde a quien la ley le ha dado medios apropiados para hacer prevalecer el interés público sobre el privado.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., marzo tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente : *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-050. Actor: Fernando Manrique Irurita.

Decide la Sala la impugnación del fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca—Sección Segunda de enero 24 de 1992 en el Expediente No. 005, contentivo de la acción de tutela entablada por el ciudadano doctor FERNANDO MANRIQUE IRURITA para solicitar la protección de los derechos de los ciudadanos, supuestamente amenazados en el Municipio de Cali.

La acción de tutela se basa en los siguientes hechos:

El Grupo Lloreda Y/O el Diario "El País" cerraron las carreras 2a. y 3a. con la calle 25 "consistente en la aposición de cadenas, vigilantes pagados por los señores Lloreda, que han ocasionado el no tránsito de los vehículos, por dichas vías... provocando congestión vehicular y el normal flujo automotor de la ciudad".

Sostiene el accionante que "no existe decreto municipal, ni acuerdo del CONCEJO de Cali, ley del tránsito municipal que autorice el cerramiento de las vías citadas, pues esto obedeció a un acto unilateral de la familia Lloreda, perjudicando ostensiblemente el interés de la comunidad, que es la afectada subjudice".

Sustenta lo anterior en el artículo 82 de la C.N. diciendo que el espacio público y su uso común es propiedad del Estado y ésta lo reglamenta para beneficio de los ciudadanos.

Finalmente pide que se ordene al Alcalde Municipal del Municipio de Cali la reapertura de las carreras mencionadas y se notifique al Grupo Lloreda, "sobre la protección del derecho tutelado y se prevenga a la autoridad competente sobre el restablecimiento del goce del derecho tutelado".

Además el artículo 82 de la Constitución, también cita para fundamentar su petición el Decreto Reglamentario 2591 de 1991 "y demás disposiciones del orden municipal".

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, niega la acción de tutela por tratarse de un derecho colectivo que está protegido por otras acciones diferentes a la ejercida y apoyándose en el Decreto 2591 de 1991, argumenta:

"La acción de tutela —prescribe el artículo 5o. —proceso "contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenaza violar cualquiera de los derechos de que trate el Art. 2o. de esta ley... "Conforme con lo dispuesto en el Art. 2o. ibídem, los derechos protegidos por la Tutela, son "los derechos Constitucionales Fundamentales".

"En cuanto al interés para ejercitar esta clase de acción, el Art. 10 dispone que podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, pudiendo actuar por sí misma o por medio de Apoderado.

"Se infiere de lo transcrito, que la acción de tutela sólo busca proteger derechos tales, como el derecho a la vida, la igualdad, la intimidad, reunión, movillización, el debido proceso, etc., es decir, los derechos fundamentales consagradas en el Título II Capítulo I de la Constitución Nacional".

“En el asunto en estudio, el peticionario estima como violado el artículo 82 *ibídem*, que trata de la protección estatal del espacio Público; Valorización; utilización del suelo y del espacio aéreo urbano. O sea, que pretende la protección de un derecho colectivo.

“.....”

“En estas circunstancias, y como el derecho que se pretende tutelar, es un derecho colectivo y no un derecho fundamental, la petición por ende, no puede prosperar, por expreso mandato del numeral 3o. del Art. 6 *ibídem*”.

El actor, impugna la providencia del Tribunal diciendo que corresponde a las autoridades del respectivo municipio, en cuanto al espacio público ‘velar porque se cumpla el precepto constitucional reglado en nuestra Carta Magna’. Agrega además, que “la destinación del uso común prevalece sobre el interés particular” que el interés de la ciudadanía caleña que se invoca es el “interés colectivo”.

Manifiesta también que la época del narcoterrorismo terminó y que por medidas de seguridad podía justificarse dicho cerramiento en las citadas vías. Y lo que busca es “evitar un perjuicio irremediable para esta ciudad, ya que podría ejercitar el ciudadano colombiano común ante el poder jurisdiccional ninguna acción reivindicatoria para establecer los derechos del común de las gentes”. (sic).

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala comparte la decisión negativa que le dio el Tribunal a la petición de tutela de que trata este juicio, por resultar improcedente en dos aspectos sustanciales: el objeto y el medio.

Como claramente lo expone el peticionario el bien objeto de la protección solicitada es el espacio público o el derecho de la ciudadanía en general al uso de unas vías públicas de la ciudad de Cali vulnerado por parte de unos particulares.

Por lo que se refiere el actor no cabe duda alguna de que se trata de vías de la ciudad de Cali que son bienes de uso público, que pertenecen a todos los habitantes (art. 674 C. Civil), cuya protección ya desde la expedición del Código Civil, estaba encomendada a las propias autoridades municipales según el artículo 1.005 que dispone:

“La municipalidad y cualquier persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad

de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados”.

“.....”.

Esta, que era una de las “acciones municipales o populares” encuentra consagración también en el derecho público actual en estatutos como el Código Nacional de Policía —Decreto 1355 de 1970— que dispone en el art. 132:

“ART. 132. Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vías urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondiente resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y también de apelación ante el respectivo Gobernador”.

La situación jurídica anteriormente descrita, vino a tener consagración constitucional en el artículo 88 de la Constitución de 1991 conforme a la cual, la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, *el espacio*, la seguridad y la salubridad públicas y otros de similar naturaleza, de lo cual se deduce que las acciones populares reguladas en la legislación anterior a 1991, como las ya descritas, continúan vigentes pues concuerdan perfectamente con la nueva Constitución.

Lo anteriormente expuesto, sirve para justificar la improcedencia de petición de “tutela” con base en el artículo 86 de la Constitución. Primero porque esta acción está consagrada para reclamar la protección de los “derechos constitucionales fundamentales” que, en principio, son los así denominados por la misma Carta en el Capítulo I del Título II (artículos 11 a 41) y el reclamado por el actor con apoyo en el art. 82 pertenece al grupo de los “derechos colectivos y del ambiente” del Capítulo II.

Y, además la tutela (del art. 86) procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” y conforme a lo expuesto la preservación del uso público de las calles y vías de la ciudad compete al señor Alcalde a quien la ley le ha dado medios apropiados para hacer prevalecer el interés público sobre el privado.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

Confírmase el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 24 de enero de 1992, respecto a la petición formulada por el ciudadano FERNANDO MANRIQUE IRURITA.

Dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.**

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión del 3 de marzo de 1992.

(Actor: *Fernando Manrique Irurita*).

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente; *Clara Forero de Castro*, Ausente; *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Daniel Suárez Hernández*, *Julio César Uribe Acosta*, *Diego Younes Moreno*.

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

**NOTA DE RELATORIA:** Reiterada en sentencia de junio 25 de 1992, Exp. AC-151, Actor: Luisa Amaya Pinilla y Otros, Ponente: Dr. JORGE PENEN DELTIEURE.

**COMPETENCIA DE TUTELA/COMPETENCIA FUNCIONAL/PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/PRINCIPIO DE JERARQUIA/CONSEJO DE ESTADO**

De las disposiciones que desarrollan el artículo 86 de la Constitución Nacional, sobre la acción de tutela, se infiere la existencia de dos instancias en la tramitación de la tutela; la primera ante el juez (promiscuo, penal, civil, de familia, superior, etc.), o Tribunal (Superior del Distrito o Contencioso Administrativo), y la segunda ante el superior jerárquico correspondiente (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Tribunales). Así las cosas, la competencia para la acción y fallo de tutela la asume el Consejo de Estado externamente como superior jerárquico de los Tribunales Contencioso Administrativos que así mismo tenga que conocer de tales asuntos en primera instancia.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., diez de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. AC-060 Actor: Misael Pastrana Borrero.

El Dr. Misael Pastrana Borrero, actuando en su propio nombre, reclama mediante la acción de tutela “contra la Resolución del Consejo Nacional de Estupeficientes de fecha 31 de enero del presente año”, por la cual se establece la utilización del glifosfato para la fumigación en algunos sectores del territorio nacional, con el fin de erradicar el cultivo de amapola.

Del escrito presentado ante la Corporación se deduce que el accionante considera como derechos fundamentales violados, los consagrados en los artículos 8 y 79 de la nueva Constitución Nacional, del siguiente tenor:

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

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

Aduce el actor como sustento de su petición que no obstante las críticas formuladas por medios de comunicación, y sectores de opinión especialmente interesados en la defensa de los recursos naturales, “el Consejo Nacional de Estupefacientes ha insistido en el uso masivo del químico denominado “glifosfato”, con el fin de erradicar los cultivos de amapola que se están extendiendo por diversas zonas geográficas de la Nación, pero desde luego con inmensos males para los suelos que con dichos productos químicos sufren hondos trastornos en sus procesos bioquímicos y para la salud humana, en particular la de los niños, “como se viene registrando con frecuencia en las publicaciones científicas internacionales y en las revistas de difusión sobre el avance tecnológico del mundo con sus encontradas consecuencias. El hecho es que fuera del reflejo inmediato, las personas están sujetas a la acción lenta pero acumulativa de los pesticidas por los alimentos que consume, y por la leche, carne, vegetales, productos de origen animal, contaminados por los herbicidas”.

Dice también el accionante que “Está pues, con el uso del químico denominado “glifosfato”, y el proyecto de su utilización intensiva en extensas regiones del Huila, Cauca, Tolima y Cundinamarca, en peligro el derecho al ambiente sano, el de la vida misma, y en contradicción con el deber de defender nuestros recursos y la salud de cada colombiano...”.

### CONSIDERACIONES:

La acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario consagrado en el artículo 86 de la Constitución Nacional mediante el cual se habilita a toda persona para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquiera autoridad pública o de los particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La acción de tutela fue reglamentada por el Decreto Legislativo Especial No. 2591 del 19 de noviembre de 1991 dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias consagradas por el artículo transitorio 5o. de la Nueva Carta Fundamental.

En el precitado decreto, concretamente en su artículo 37 se dice que son competentes para conocer en primera instancia de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud". Y, en los artículos 31 y 32 al tratar sobre la impugnación del fallo y su trámite se dispone que aquél podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, caso en el cual "el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente".

De las disposiciones aquí citadas se infiere la existencia de dos instancias en la tramitación de la tutela: la primera ante el juez (promiscuo, penal, civil, de familia, superior, etc.), o Tribunal (Superior del Distrito o Contencioso Administrativo), y la segunda ante el superior jerárquico correspondiente (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Tribunales).

Así las cosas, la competencia para la acción y fallo de tutela a la luz de lo dispuesto en los artículos 31, 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, la asume el Consejo de Estado, externamente como superior jerárquico de los Tribunales Contencioso Administrativos que así mismo tengan que conocer de tales asuntos, en primera instancia.

De conformidad con la Constitución Nacional (art. 237) el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, además, un organismo autónomo que carece de superior jerárquico tanto en el sentido orgánico como en el funcional, sin perjuicio de la revisión que corresponde a la Corte Constitucional. Esta circunstancia impide al Consejo de Estado conocer en primera o en única instancia de la acción propuesta, pues si de ella se ocupara, no solamente se violaría el principio de las dos instancias consagrado constitucional y legalmente para la tutela sino que se establecerían procedimientos diferentes en su trámite según la autoridad judicial escogida por el actor para presentar su queja.

Por las razones anotadas habrá de inadmitirse el libelo.

El criterio presentado en esta providencia es el adoptado y reiterado por la Sala para casos como el propuesto, según decisiones proferidas en los expedientes AC-008, AC-022, AC-027 entre otros.

En virtud de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

**RESUELVE:**

**DECLARARSE** sin competencia para conocer de la acción de tutela propuesta por el Dr. **MISAEEL PASTRANA BORRERO**, respecto del acto proferido por el Consejo Nacional de Estupefacientes, que dice relación con la utilización de glifosato en algunos sectores del territorio nacional.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en su sesión de fecha 9 de marzo de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedeker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Ausente; Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de M., Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Salvó Voto; Jorge Perren Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Salva Voto; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Salvó el Voto; Daniel Suárez Hernández, Salvó Voto; Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiterada en sentencia de junio 5 de 1992, Exp. AC-147, Actora: Luz Nelly Rojas Hernández, Ponente: Dr. **LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA.**

**NOTA DE RELATORIA:** El salvamento de voto de la Consejera doctora **CONSUELO SARRIA OLCOS**, al cual adhieren los doctores **JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ** y **DOLLY PEDRAZA DE ARENAS**, se reduce a lo siguiente:

Discrepo de lo ordenado en la providencia que antecede en cuanto ordena la remisión del expediente a la Corte Constitucional.

Lo anterior, por cuanto de conformidad con el artículo 31 inciso 2o. del decreto 2591 de 1991 son los *fallos* que no sean impugnados los que deben remitirse a la Corte Constitucional para revisión.

Tratándose de una decisión por la cual no se asume el conocimiento por incompetencia de la Corporación, no se trata de un fallo y por ello no ha debido ordenarse su revisión.

En lo demás, comparto la decisión mayoritaria.

## ACCION DE CUMPLIMIENTO/NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo Legal .

El conocimiento de la denominada acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución, está asignada en principio a “la autoridad judicial” o sea a la Rama Judicial, pero corresponde al Congreso de la República regular mediante leyes estatutarias, entre otras materias, la de los “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”. Es obvio que mientras el legislador no regule esta materia que comprende en primer término el de la competencia, el Consejo de Estado y ninguno de sus miembros puede válidamente asumirla para el asunto de que trata este expediente.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Santafé de Bogotá D.C., marzo diez y siete (17) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-061. Actor: Pedro Pablo Camargo.

El doctor Pedro Pablo Camargo quien actúa en su propio nombre, con base en el artículo 183 del C.C.A., interpuso oportunamente el recurso de SUPLICA contra el Auto del 24 de febrero de 1992 dictado en Sala Unitaria por el Consejero Diego Younes Moreno.

La acción entablada la fundamentó el peticionario en los artículos 23 y 87 de la Constitución Política y estuvo encaminada a lograr del Conse-

jo, a que mediante sentencia, se deje sin efecto el documento denominado OBSERVACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA ACCION DE TUTELA producido por el propio Consejo mediante publicación del 5 de febrero de 1992.

En el auto suplicado el señor Consejero se abstuvo de asumir el conocimiento del asunto principalmente por carecer de competencia en consideración a que el artículo 87 carece de reglamentación necesaria para precisar cuál "autoridad judicial" y cuál el procedimiento para atender las acciones de cumplimiento. Además de la competencia, el auto suplicado se señaló como presupuestos de la acción del art. 87 de la Constitución la existencia de una ley o un acto administrativo que imponga a la autoridad el cumplimiento de un deber y la conducta renuente por parte de ésta para cumplirlo.

En el recurso de súplica insiste el peticionario y critica la providencia por los siguientes motivos que se resumen:

– De conformidad con el art. 23 de la Constitución y siguiendo los dictados de los artículos 3, 5, 6 y 7 del Decreto 01 de 1984 relativos al derecho de petición, no podía el Consejo de Estado abstenerse, sino resolver, en cualquier sentido.

– Con relación al artículo 87 de la Constitución se refiere a los aspectos mencionados en el Auto, así: el Consejo de Estado no pudo alegar válidamente que el art. 237 del C.C.A. no lo faculta porque el numeral 7 (sic) de éste le atribuye la de ejercer las demás funciones que determine la ley y el art. 87 lo inviste de facultades como "autoridad judicial" que es, para tramitar a prevención la acción de cumplimiento allí consagrada.

La ley aplicable al caso concreto es el art. 6o. de la C.N. que impone a los Consejeros de Estado en su condición de servidores públicos, la de acatar la Constitución y las leyes, sin que ellos sean la excepción y el art. 2o. ibídem que constriñe a todas las autoridades a proteger a las personas residentes en su vida, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades. Y la conducta renuente o remisa del Consejo a cumplir el Decreto 2591 de 1991 está contenida en el Documento del 5 de febrero de 1992.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala es absolutamente claro que para ejercer cualquiera de las funciones atribuidas a la Corporación incluida la jurisdiccional, es condición indispensable que esté definida su competencia ya sea en forma directa por la Constitución o mediante ley especial.

El mismo artículo 237 de la Constitución enseña que las funciones como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo las desempeña

“conforme a las reglas que señale la ley” y el numeral 6o., que invoca el libelista, le asigna la de “ejercer las demás funciones que determine la ley” fuera de que el ejercicio de la función pública y la responsabilidad por omisión o extralimitación a lo cual también están sujetos los Consejeros de Estado tienen su fundamento en la Constitución y regulación mediante leyes especiales.

Es claro también que el conocimiento de la denominada acción de cumplimiento consagrada en el art. 87, está asignada en principio a “la autoridad judicial” o sea a la Rama Judicial, pero también que de conformidad con la misma Constitución según el art. 152 corresponde al Congreso de la República regular mediante leyes estatutarias, entre otras materias, la de los “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”.

Es obvio que mientras el legislador no regule esta materia que comprende en primer término el de la competencia, el Consejo de Estado y ninguno de sus miembros puede válidamente asumirla para el asunto de que trata este expediente.

Por tales motivos la Sala encuentra ajustada a derecho la actuación del Consejero que dictó la providencia objeto de este recurso de súplica que por lo demás atendió en forma diligente, en el curso de seis días, por lo que tampoco puede tildársele de violatoria del derecho de petición.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

### RESUELVE:

CONFIRMASE el auto suplicado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de marzo 17 de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedeker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Ausente; Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Ausente; Dolly Pedraza de*

*Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Ausente; Julio César Uribe Acosta,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**TUTELA TRANSITORIA— Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia/LIQUIDACION OFICIAL**

**Contra la liquidación oficial expedida por la Administración de Impuestos Nacionales, mediante la cual determinó los impuestos a cargo por el año gravable de 1986, no procede la acción de tutela, por cuanto el afectado en su oportunidad contó con otro medio de defensa judicial. Tampoco procede como mecanismo transitorio, por cuanto la ley dispone que los actos de esta naturaleza, no ocasionan un perjuicio irremediable.**

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., abril dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-086. Actor: Jesús María Cuadros Valverde.

Decide la Sala el recurso de impugnación propuesto por el señor JESUS MARIA CUADROS VALVERDE, contra la sentencia de febrero 13 del año en curso, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

**ANTECEDENTES:**

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, el actor solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la nulidad de la liquidación oficial No. 001—21 de enero 31 de 1990, expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Cali — Di-

visión de liquidación, y como consecuencia se declare que el valor de los impuestos a su cargo, por el año fiscal de 1986, son los determinados en su liquidación privada.

Subsidiariamente pidió se ordenara la debida notificación del requerimiento especial No. 027 de junio 16 de 1989, y como consecuencia, la restitución de los términos legales que le permitan ejercitar los recursos administrativos.

### HECHOS:

Los hechos que sirven de fundamento para impetrar la acción de tutela, pueden sintetizarse en los siguientes:

1) El actor presentó su denuncia rentística correspondiente al año gravable de 1986, el 22 de julio de 1987.

2) La Administración de Impuestos de Cali – División de Fiscalización, propuso modificaciones a su liquidación privada, según requerimiento especial No. 027 de junio 16 de 1989.

3) La Administración de Impuestos, pretendió notificar el requerimiento especial No. 027 por correo. Por error en la dirección, el requerimiento fue devuelto el mismo día, y remitido por la División de Documentación, a la División de Liquidación, el 23 de junio de 1987.

4) Sin enterar al contribuyente del contenido del requerimiento especial No. 027 y sin obtener respuesta del mismo, la División de liquidación solicitó ampliación de los puntos contenidos en el requerimiento especial.

5) Sin haberse realizado la notificación del requerimiento especial ni de la solicitud de ampliación del mismo, la Administración de Impuestos de Cali expidió la liquidación oficial No. 001-21.

6) Mediante la liquidación oficial No. 001-21, la Administración de Impuestos de Cali, modificó los impuestos determinados en la liquidación privada del actor, por el año gravable de 1986.

7) La liquidación oficial No. 001-21, fue notificada al actor, el 31 de enero de 1990.

8) El actor presentó recurso extraordinario de revocatoria directa contra la liquidación oficial No. 001-21, el 17 de abril de 1991, el cual fue rechazado de plano por la Administración.

### LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, no accedió a la solicitud, estimando para el efecto que:

a) No se trataba de una actuación en curso, de cara a la cual "haya necesidad de actuar para evitar un perjuicio inminente" y que se trataba de una situación consolidada hacía mucho tiempo, frente a la cual de manera alguna proceden las peticiones incoadas, pues son ajenas a ellas, y

b) Advirtió además el Tribunal, que la situación que se pretendía tutelar en su oportunidad, contó con los recursos y acciones pertinentes, distinto era que no se hubieran utilizado.

### FUNDAMENTO DEL RECURSO:

El actor expone como razones para sustentar el recurso, las siguientes:

1) Que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, no le dio validez a las pruebas y argumentos con los cuales demostraba la flagrante violación del derecho de defensa. Sólo se limitó a examinar las causales de improcedencia de la acción.

2) Que por no conocer en su debida oportunidad los actos administrativos aquí atacados, no pudo hacer uso a su debido tiempo de los recursos y acciones pertinentes, por cuanto no le fueron notificados oportunamente, por defectos en la dirección y cuando se notificó por conducta concluyente, los términos para la interposición de los recursos ya habían precluido.

3) Que en vista de la preclusión de los términos, presentó el recurso de revocatoria directa, el cual fue denegado de plano.

4) Que la actuación administrativa atacada, fue expedida con irregularidades, tales como falta de notificación del requerimiento especial, incompetencia del Jefe de la División de Liquidación para proferir la ampliación del requerimiento, etc., para concluir que con tal proceder, la Administración de Impuestos le violó el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

### LA OPOSICION:

La Nación —Dirección de Impuestos Nacionales—, a través de apoderado judicial, se hizo presente en el proceso, y solicitó se confirmara la providencia impugnada, exponiendo para ello, las siguientes razones:

a) De conformidad con el artículo 702 y siguientes del Estatuto Tributario, la Administración tiene facultad para adelantar el proceso de fiscalización y determinación oficial de los impuestos y con resultado en tal proceso, modificar los conceptos y factores base del gravamen e imponer las sanciones pertinentes.

b) El acto de liquidación oficial de revisión, por vía gubernativa, es susceptible de recurso de reconsideración, y por vía de excepción, procede la revocatoria directa.

c) Agotada la vía gubernativa, queda la acción contenciosa administrativa.

d) Existiendo los anteriores medios de defensa y no configurándose perjuicio irremediable, es evidente la improcedencia de la presente acción de tutela.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

a) De conformidad con el art. 86 de la C.N., toda persona tiene acción de tutela, para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

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

c) De acuerdo con los artículos 6o. del Decreto 2591 de 1991 y 1o. del Decreto 306 de 1992, se entiende por perjuicio irremediable aquél que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

d) En el sub-lite, el actor acudió ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, a reclamar la protección de los derechos vulnerados con la acción de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, a través del proceso de fiscalización y determinación oficial de los impuestos, por el año gravable de 1986, que culminó con la liquidación oficial No. 001-21 de enero 31 de 1990.

e) Se invoca como derecho constitucional fundamental vulnerado el *debido proceso*, consagrado en el artículo 29 de la C.N.

f) La acción de tutela, como antes se dijo, procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o que existiendo éste se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El afectado afirma que no dispuso de otro medio de defensa judicial, pues "por no conocer en su debida oportunidad los actos administrativos demandados no pude hacer uso en su oportunidad *de los recursos y acciones pertinentes*, por cuanto no me fueron notificados oportunamente, por defectos en su dirección y *cuando me notifiqué de ellos por conducta concluyente*, los términos de interposición de los recursos ya habían precluido". (Destaca la Sala).

g) En síntesis se ejercita la acción por cuanto con la actuación irregular de la administración en la expedición de los actos impugnados, no se dio al actor la oportunidad de hacer valer sus derechos, ya mediante la interposición de los recursos procedentes en la vía gubernativa, o acudiendo en demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues cuando se notificó por conducta concluyente ya habían precluido los términos.

Para determinar si realmente precluyeron los términos para interponer los recursos procedentes contra los actos impugnados, es indispensable acudir a lo dispuesto en el artículo 720 del Estatuto Tributario, el cual dispone que los recursos deberán interponerse dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto.

Según lo anterior, se deduce que cuando el actor se enteró de la existencia de los actos aquí impugnados, no habían precluido términos para la interposición de los recursos en la vía gubernativa, pues como se vio, el término se cuenta es a partir de la notificación del acto. Sobre la forma y fecha de notificación de los actos, no hay necesidad de indagar, habida consideración que es el mismo actor, que afirma que se notificó por conducta concluyente.

Por la razón que antecede, se desvirtúa la posibilidad de que la administración, con la expedición de los actos atacados, hubiera vulnerado al actor el derecho fundamental del debido proceso.

*Sobre la preclusión del término para instaurar la acción de restablecimiento del derecho:*

Sobre el particular se observa que, conforme al art. 135 del C.C.A., la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa, mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

En el sub-lite, es evidente que el peticionario no agotó la vía gubernativa, pues como ya se precisó tuvo oportunidad de interponer los recursos y no lo hizo. Más aún, de conformidad con el artículo 730 del decreto 624 de 1989, Estatuto Tributario, la ausencia de notificación está prevista como causal de nulidad, alegable administrativa o judicialmente.

Visto el asunto desde esta última perspectiva, con diáfana claridad se observa que el actor sí contaba con otro medio de defensa judicial y que como bien lo anotó el Tribunal, distinto es que no lo haya utilizado.

*Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable:*

Conforme al mandato constitucional, la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter de perjuicio irremediable, fue definido por el Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “se entiende por perjuicio irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

El Decreto 306 de 1992, en su artículo 1o., enumeró los casos en los cuales no se considera que el perjuicio tenga el carácter de irremediable. En lo pertinente dispuso:

No se considera que el perjuicio tenga el carácter de irremediable, cuando el interesado pueda solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga del restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de disposiciones como las siguientes:

...

e) Orden de restitución o devolución de una suma de dinero pagada por razón de una multa, un tributo, una contribución, una tasa, una regalía, o a cualquier otro título; revisión o modificación de la determinación administrativa de una obligación de pagar una suma de dinero, o declaración de existencia de esta última.

De acuerdo con las disposiciones antes enumeradas, y como antes se hizo claridad, de una parte el peticionario, al notificarse de los actos impugnados, nada le impedía interponer los recursos de la vía gubernativa y las acciones jurisdiccionales pertinentes.

A modo de conclusión, la Sala dirá que, contra la liquidación oficial No. 001-21 de enero 31 de 1990, expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, mediante la cual determinó los impuestos a cargo del señor JESUS MARIA CUADROS VALVERDE por el año gravable de 1986, no procede la acción de tutela, por cuanto el afectado en su oportunidad contó con otro medio de defensa judicial. Tampoco procede como mecanismo transitorio, por cuanto la ley dispone que los actos de esta naturaleza, no ocasionan un perjuicio irremediable.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

Primero.— CONFIRMASE la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha febrero 13 de 1992, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor JESUS MARIA CUADROS VALVERDE, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.— Dentro del término legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE Y NOTIFIQUESE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Ausente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas B., Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de M., Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes H., Ausente; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

## **DERECHO DE APRENDIZAJE/DEBIDO PROCESO/DERECHO A LA EDUCACION/SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION/TUTELA CONTRA PARTICULARES/AUTONOMIA UNIVERSITARIA- Límites**

La enseñanza es un servicio público que cumple una función social y que está sometida a la ley y a la estrecha inspección y vigilancia del Estado, no sólo para velar por su calidad, sino para garantizar la formación de los educandos. Ello presupone que el estudiante en sus relaciones con el establecimiento docente, a cargo del Estado o de los particulares, adquiere no sólo obligaciones sino derechos protegidos por la Constitución y la ley, protección que incluye la acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación del servicio, como lo dispone el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. La medida tomada por la Consiliatura de la Universidad Libre se convirtió en una sanción por hechos que, por no haber sido puestos en conocimiento de los educandos, no pudieron ser controvertidos y para cuya imposición no se siguió el procedimiento establecido en los reglamentos de la institución.

## **JURISDICCION DE TUTELA/COMPETENCIA TERRITORIAL/JURISDICCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL**

La expresión “con jurisdicción en el lugar” (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991) no puede referirse sino a la limitación que cada funcionario u organismo judicial tiene para ejercer la función de administrar justicia dentro de una circunscripción territorial). La Carta instituyó en el artículo 86 una jurisdicción constitucional especial atribuida a todos los jueces de la República, sin consideración a la naturaleza del asunto, para el solo efecto de tutelar los derechos constitucionales y fundamentales de los asociados cuando no exista otra vía judicial, o

cuando existiendo ésta no sea suficiente para proveer a su tutela inmediata.

**ACTO ADMINISTRATIVO— Inexistencia/SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION**

Sostener que es acto administrativo el acto materia de controversia, no sólo es olvidar que la Universidad Libre es una institución de derecho privado, que si bien es cierto presta un servicio público por excelencia, como lo es el educativo, no por ello sus decisiones o actuaciones dejan de ser privadas, para convertirse en actos administrativos. Tampoco puede llegarse a tal conclusión, por el hecho de que sea una institución de educación superior, y como tal, perteneciente al sistema de educación superior o post-secundaria, pues de él hacen parte tanto instituciones oficiales como privadas, sin que su naturaleza jurídica o la de sus actos varíe por el mero hecho de hacer parte del aludido sistema.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., abril treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-068. Actor: Aracely León Medina y Jorge Mercado.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por la CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE a través de apoderado, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de febrero 11 de 1992, por medio de la cual se concede el amparo de tutela solicitado por ARACELY LEON MEDINA y JORGE DIOMEDES MERCADO TOBIAS en relación con el derecho a obtener la orden de matrícula para cursar quinto año de Derecho en la Universidad Libre, seccional Bogotá.

Entre los hechos que los actores relatan en su libelo introductorio, cabe destacar los siguientes:

Durante 1991 cursaron el cuarto año de Derecho, presentándose en noviembre del mismo, una anomalía para reclamar las órdenes de matrícula que les impidió su respectivo trámite para cursar el quinto año de Derecho en el año lectivo de 1992.

Ante esta situación, indagaron ante la Presidencia de la Universidad, a lo cual su representante doctor Navarro les contestó: "que ustedes (nosotros) andan diciendo que en la Universidad se venden notas, por ello, la CONSI-LIATURA había resuelto negarnos el cupo para 1992; yá (sic) que por man-

dato constitucional la universidad por ser un ente privado se reservaba el Derecho de Admisión, como un Club Social". (Fl. 1).

Relatan que le manifestaron, que contra ellos no se había realizado ningún tipo de proceso disciplinario y que no había pruebas que soportaran tal afirmación. Ante lo cual el Presidente les respondió "que había sido un proceso sumárisimo y que el acervo probatorio era tal que no hubo necesidad de controvertirlo, que él sabía más de pruebas que nosotros, que por algo había sido Abogado titulado y litigante por muchos años... y que esta decisión la tomé yo, él, sino la Consiliatura, yo, (él) solamente era su vocero".

También dijo que no se les estaba aplicando el reglamento, que de ser así se les sancionaría y que de la forma descrita anteriormente, se les dejaba en libertad de matricularse en otra universidad.

Resumiendo, los actores no pudieron diligenciar la transferencia a otra universidad debido a que los certificados de notas, promedios y buena conducta les fueron entregados el 21 y 28 de enero de 1992. A más de ello, señalan los actores, que está prohibido por la mayoría de reglamentos universitarios, las transferencias para cursar el último año de Derecho.

Los accionantes concretan así sus peticiones:

Que mediante sentencia se declare sin efectos el acto que motivó la acción y por ende, se ordene la expedición de las órdenes de matrícula, señalando el valor de la misma con el incremento autorizado por el ICFES.

La restitución de todos sus derechos como alumnos de la Universidad, tales como carnet, servicio médico, etc.

La solicitud de poner en conocimiento de toda la población universitaria su situación, al igual que el fallo, para enmendar su buen nombre puesto en entredicho por la actuación de las directivas de la Universidad.

En su libelo señalan como derechos fundamentales violados, los contenidos en los artículos 13, 15, 16, 21, 23, 29, 67, 68 y 70 de la Constitución Nacional.

El Tribunal sustenta su decisión favorable a la petición de tutela, en los siguientes términos:

"En relación con el servicio público de educación se estableció en el numeral 1o. del artículo 42 de tal reglamento (Decreto 2591 de 1991), la procedencia de la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.

Respecto a la competencia para conocer de la acción de tutela, el artículo 37 fijó una competencia territorial "a prevención" a los jueces y tribunales sin atender al efecto a otro aspecto diferente al del lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud, de modo que en tal virtud es competente este Tribunal para decidir lo que en derecho corresponda.

...

Y al efecto de determinar el alcance de las normas que la Constitución y el Reglamento permiten tutelar, es necesario dilucidar la naturaleza de la relación jurídica existente entre los solicitantes y la persona privada de quien se predica la vulneración, puesto que como otra limitante para el ejercicio de la acción de tutela está la condición de que no exista otro medio de defensa judicial, o que a pesar de existir, ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se pueden dar diferentes tesis para definir la naturaleza de dicha relación:

A) En ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 8a. de 1979, se expidió el Decreto No. 80 de 1980 'Por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-Secundaria', y al tenor de su artículo 1o. define los principios y fija las normas que regulan la Educación Post-Secundaria o Superior.

Caracterizada como servicio público en el artículo 2o., condición que hoy ha sido constitucionalizada en el artículo 67 de la Carta, la Educación Superior se concibió en el decreto extraordinario bajo mención como un conjunto de instituciones y programas de este nivel.

Las instituciones de Educación Superior se hallan clasificadas según su carácter académico (art. 43), pudiendo obtener su reconocimiento institucional como Universidad la entidad que tenga aprobado al menos tres programas de formación universitaria en diferentes áreas del conocimiento.

Como parte integrante del sistema educativo post-secundario y paralelamente, el estudiante es "la persona que posee matrícula vigente en cualquiera de las instituciones del Sistema de Educación Superior para un programa académico debidamente autorizado". (art. 168).

El ingreso al sistema educativo superior se regla para el estudiante por el artículo 169 del Estatuto de la Educación Superior a que nos venimos refiriendo, así como su permanencia y salida por los artículos subsiguientes...".

...

Y continúa,

“Bajo el prisma del análisis anterior, se deduce sin mayores elucubraciones que frente al cumplimiento de la ley —el Decreto E. 80 de 1980 es Ley en sentido material— la actividad que realice una institución incorporada al Sistema de Educación Superior, legal y reglamentariamente, es administrativa cuandoquiera se traduzca en actos capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

Así, el acto administrativo emanado de la Corporación Universidad Libre, persona jurídica de utilidad común, sin ánimo de lucro, modificó una situación jurídica que dentro del Sistema Educativo Post-Secundario tenían los solicitantes a quienes les cabría en consecuencia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

B) Sin embargo, frente a la tesis de tratarse de un acto de naturaleza privada la jurisdicción ordinaria se ha pronunciado en el fondo alrededor de asuntos similares, (1) lo cual implicaría que hay dos jurisdicciones potencialmente competentes para conocer de una acción contra el acto cuestionado en procura del amparo de tutela. No obstante, y frente al perjuicio consistente de manera inmediata en la imposibilidad de matricularse en el presente año lectivo en el curso quinto de la carrera de Derecho, en la misma Universidad y quizá en cualquiera otra y en la imposibilidad medianta (sic) de culminar sus estudios profesionales y obtener el provecho del status que pretendieron alcanzar y accediendo al Sistema Educativo Superior y frente a la sociedad, al matricularse en el programa venían cursando de manera satisfactoria, procede decretarla si se dan los supuestos de la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

No se trata pues de la discusión acerca de la admisión a la Universidad, tema alrededor del cual es conocedor el Tribunal que el H. Consejo de Estado se ha pronunciado declarando su incompetencia cuando se trata de sanciones académicas, sino la modificación de una situación jurídica que como se dijo causa un perjuicio que la nueva Constitución quiso precaver mediante la institución de la tutela...

...

---

1. Corte Suprema de Justicia, sent., sept. 12/91, Magistrado Ponente, doctor Rafael Romero Sierra.

Ocurre que contrario a lo afirmado por el vocero de la Universidad Libre, la situación del estudiante dentro del Sistema Educativo como arriba se puntualizó es de orden legal y reglamentario y la modificación unilateral de ella encuadraría entonces en la definición de acto administrativo. Al decidir unilateralmente la Universidad, colocar a los peticionarios fuera del sistema educativo les hizo perder su calidad de estudiantes, regulada en los artículos 169 y siguientes del Decreto 80 de 1980.

Y tal calidad cuya pérdida está reglada, dejó de tenerse por una decisión que equivale sin mayor esfuerzo interpretativo a una sanción para cuya producción se desconocieron los reglamentos internos, previamente aprobados por la entidad de control de la Educación Superior, por mandato del nombrado Estatuto.

...

De todas maneras, independientemente de la naturaleza del acto emitido por la Consiliatura de la Universidad Libre, es claro que el procedimiento preestablecido en el propio reglamento de la Facultad de Derecho de la Universidad se pretendió (sic) en efecto, en el Capítulo VII del Acuerdo No. 15 de 1985 aportado por la Universidad Libre (Fls. 205 y ss.) como reglamento vigente en la Facultad de Derecho de la misma, coincidente en la sustancial, con el Acuerdo No. 001 Bis de 1987, aportado en copia simple por los peticionarios (Fls. 127 y ss.), se encuentran las normas que deben aplicarse en la facultad en cuanto al régimen disciplinario, deberes de los estudiantes, sanciones imponibles y procedimiento a seguir. En relación con la cancelación de matrícula que de hecho es lo que ocurrió al no expedirse la respectiva orden para 1992 e impedir su renovación, la competencia para decretarla reside en el Consejo Académico de la Facultad, siendo susceptible de recurso de reposición ante dicho Consejo y de apelación ante la Comisión Académica.

De modo que no está prevista actuación alguna de la Consiliatura de la Universidad respecto de una decisión de dicha índole, máxime cuando a su vez, las funciones o atribuciones de ese órgano colegiado de dirección fijadas en el artículo 39 de los Estatutos de la Universidad (fls. 186 a 202), por parte alguna contemplan la potestad de suspender indefinidamente o revocar (como sea entendible) las matrículas de un estudiante...

La pretermisión de ese ordenamiento particular apareja una inequidad en la aplicación de la ley respecto de los estudiantes excluidos del programa de estudios de la Facultad de Derecho, pues sin motivación alguna y sin que esté contemplado en el artículo 170 del Decreto E. 080 de 1980, perdieron la calidad de estudiantes quienes acudieron a

este Tribunal en busca de protección a sus derechos fundamentales de igualdad frente a la ley y el debido proceso.

...

Prospera entonces la petición de tutela en relación con el derecho a obtener la orden de matrícula para cursar el quinto año de Derecho durante el período lectivo de 1992, más no así las demás pretensiones..." (Fls. 277 a 287).

El impugnante, CORPORACION UNIVERSIDAD LIBRE a través de apoderado, ataca la decisión del a-quo por las siguientes razones:

"La decisión proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca está viciada de nulidad por falta de competencia ya que la jurisdicción contencioso administrativa (sic) está instituida para dirimir los conflictos que surjan en el Estado (sic) y los particulares a causa de la función administrativa, y en el caso presente conoció de una actividad eminentemente particular y por consiguiente la competencia le correspondería a la jurisdicción ordinaria razón por la cual carecía de competencia a la luz de la Constitución Nacional, cuando en forma expresa separa la Jurisdicción Ordinaria en sus Artículos 234 y 235 de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en sus artículos 236 y siguientes, ello significa que el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es abiertamente inconstitucional por cuanto se está invadiendo la competencia especializada para conocer asuntos referentes al servicio público..."

...

Bajo estos parámetros el asunto planteado en el libelo que originó la acción de tutela es (sic) de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, pues no se trata de resolver un derecho fundamental presuntamente vulnerado como consecuencia de la prestación de un servicio público de educación superior por un organismo administrativo como son los establecimientos públicos (entidades oficiales) de educación post-secundaria, sino de uno surgido en el seno de una entidad de derecho privado, en desarrollo de la prestación de ese mismo servicio público..."

2o. Los ciudadanos Aracely León Martínez y Jorge Diomedes Mercado, hicieron uso de la acción de tutela de manera absolutamente irregular y sin ningún asidero jurídico complicando la jurisdicción contencioso administrativa, y más aún, consiguiendo pronunciamiento donde está de por medio una entidad privada de utilidad común y sin ánimo de lucro, por un organismo jurisdiccional que no es el competente.

...

Los presuntos afectados han debido hacer uso de las acciones consagradas en el procedimiento civil (artículo 438) (sic) el cual prescribe que la demanda de impugnación de actos o decisiones de juntas directivas debe tramitarse de acuerdo con el procedimiento abreviado como lo consagra el numeral 6o. del Artículo 408 del Código de Procedimiento Civil...

Es de advertir que la decisión adoptada por la Honorable Consiliatura en sesión del 28 de noviembre de 1991, reservándose el derecho de no otorgarle cupo a los estudiantes, *no aplicó sanción alguna*, mucho menos puede interpretarse, como en efecto lo interpretó el Honorable Tribunal que se trató de una decisión unilateral, por cuanto la Universidad y en general las Universidades del País pueden escoger su personal académico... (Subrayado del impugnante).

La providencia de la Honorable Magistrada Beatriz Martínez Quintero en ningún momento establece en forma expresa cuál derecho fundamental fue violado por parte de la Corporación..

...

La matrícula no confiere un derecho incondicional a permanecer en la Universidad respectiva, ni ésta adquiere obligación correlativa, pues ella goza de autonomía para negar el derecho de admisión.

La negativa de admisión no es sanción disciplinaria.

Yerra en materia grave el Tribunal al confundir esos dos conceptos, pues la negativa de admisión no excluye al interesado del sistema universitario, la expulsión sí. Y al levantar sobre ese yerro su conclusión, la decisión del Tribunal no puede mantenerse.

La matrícula da derecho a cursar el programa de formación previsto para el respectivo período académico y deberá renoverse (sic) dentro de los plazos señalados por cada Institución (Art. 169 C 80/80 Inc. 2).

Lo anterior significa que el derecho de la matrícula expira cada vez que culmina el período académico y que debe renovarse; por eso no existe un derecho incondicionado ni obligación correlativa a otorgar matrícula.

Sería gravísimo para la seguridad del sistema universitario privado que él careciera del derecho a decidir a quienes admite y a quienes no por razones de seguridad, moralidad o conveniencia.

Al obligar el Tribunal a la Universidad a obrar en forma que obedecen a circunstancias que él desconoce introduce grave factor de perturbación en la gestión universitaria”.

Para resolver se

### CONSIDERA:

Funda el impugnante su inconformidad con el fallo recurrido en la “falta de competencia” del Tribunal por pertenecer el litigio a la jurisdicción ordinaria y en la ausencia de derecho tutelable por cuanto que la matrícula no confiere al estudiante el derecho a permanecer en la universidad, dada la autonomía que ésta goza para negar el derecho a la admisión.

1o. En relación con el tema de falta de jurisdicción, llamado impropia-mente por el recurrente falta de competencia, derivada de la apreciación de la Universidad de que la acción judicial que procede corresponde a la jurisdicción ordinaria conforme a los artículos 438 (sic) y 408 del Código de Procedimiento Civil, la Sala debe precisar:

El artículo 86 de la Carta Política dispuso que “toda persona” tendrá acción de tutela para reclamar “ante los jueces” “en todo momento y lugar” mediante un procedimiento preferente y sumario, la “protección inmediata” de sus derechos constitucionales fundamentales. Agregó que esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de “otro medio de defensa judicial” salvo cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción procede contra “cualquier autoridad pública” y conforme a la ley, 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”.

Del texto constitucional debe inferirse que la tutela se instituyó como una acción judicial con las siguientes especiales características:

- Es popular: “toda persona”.
- Es independiente de toda otra acción judicial, que pueda formularse contra el Estado o contra particulares, excepto cuando se utilice como mecanismo transitorio: sólo cuando no se disponga de “otro medio de defensa judicial”.
- Es inmediata a la violación o a la amenaza, no sólo en el tiempo sino en el espacio: “en todo momento y lugar”.

Estas condiciones deben ilustrar a la Sala para interpretar el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que señala la "competencia" para el conocimiento de la acción en primera instancia, así:

"Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales *con jurisdicción en el lugar* donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud". (Se destaca).

Entiende la Sala que la expresión "*con jurisdicción en el lugar*" no puede referirse entonces sino a la limitación que cada funcionario u organismo judicial tiene para ejercer la función de administrar justicia dentro de una circunscripción territorial, es decir, al ámbito territorial en que el juez cumple sus funciones.

No desconoce la Sala los distintos significados que pueden darse al vocablo jurisdicción, pero considera que el de límite territorial es el único que encaja dentro del contexto de la norma constitucional por las siguientes razones:

— No exige del afectado un estudio previo de la naturaleza de la actuación u omisión de la autoridad pública o del particular, que en no pocas veces exige conocimientos profundos de derecho ajenos a la característica popular de la acción.

— No vincula la procedencia de la acción a que el asunto esté atribuido a una u otra rama de la jurisdicción, lo que se adecúa a la naturaleza subsidiaria y residual de la tutela que, por regla general, procede a falta de otro medio de defensa judicial.

— Permite su ejercicio inmediato tanto en el espacio como en el tiempo, porque aún en los municipios más olvidados existe un juez con jurisdicción y competencia para proveer la tutela y aún en el tiempo en que los tribunales, por ministerio de la ley, tienen vacancia judicial, funcionan despachos judiciales ante los que se puede acudir para obtener la protección inmediata.

Si se optare por entender el vocablo jurisdicción con el criterio de la especialidad, como lo pretende el impugnante, largo trecho tendría que recorrer el afectado si en el sitio en que ocurra la amenaza o la violación no existe despacho judicial de la respectiva rama de jurisdicción y largo tiempo ha de transcurrir después de que sea vulnerado su derecho fundamental o después de que la amenaza se concrete en hecho u omisión, para que pueda la víctima acceder a un juez en demanda de tutela.

En este orden de ideas, concluye la Sala que la Carta instituyó en el artículo 86 una jurisdicción constitucional especial atribuida a todos los jue-

ces de la República, sin consideración a la naturaleza del asunto, para el solo efecto de tutelar los derechos constitucionales fundamentales de los asociados cuando no exista otra vía judicial, o cuando existiendo ésta no sea suficiente para proveer a su tutela inmediata.

El Tribunal, por tanto, independientemente de la acción judicial que proceda para decidir definitivamente el litigio, sí era competente para conocer, a prevención, de la petición de tutela elevada ante esa Corporación con jurisdicción en el territorio en donde ocurrió la violación denunciada.

2o. En cuanto a la procedencia de la tutela, coincide la Sala con el análisis que hizo el Tribunal respecto de la vulneración de los derechos fundamentales de los peticionarios y estima acertada la decisión de acceder a la tutela como mecanismo transitorio mientras se incoa la acción que corresponda.

No mencionan los accionistas el artículo 27 de la Carta que consagra como fundamental el derecho de aprendizaje, pero de su escrito se deduce que éste fue el derecho vulnerado, al igual que el del debido proceso a que se refiere el artículo 29 *ibidem*, que sí invocan, y que también es un derecho considerado como fundamental por la Constitución Política.

Por otra parte, ciertamente la enseñanza es un servicio público que cumple una función social y que está sometido a la ley y a la estrecha inspección y vigilancia del Estado, no sólo para velar por su calidad, sino para garantizar la formación de los educandos. (Artículos 67, 150-23 y 189-21 C.N.).

Ello presupone que el estudiante en sus relaciones con el establecimiento docente, a cargo del Estado o de los particulares, adquiere no sólo obligaciones sino derechos protegidos por la Constitución y la ley, protección que incluye la acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación del servicio, cuando se trata de amparar los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29 y 38 de la Constitución, como lo dispone el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

En el caso sub-judice, una vez admitidos los peticionarios por la Universidad Libre, adquirieron la calidad de estudiantes y esta calidad, según el artículo 170 del Decreto 80 de 1980, que regula la educación post-secundaria, sólo se pierde por las causas allí señaladas, no por decisión arbitraria de las directivas de la universidad.

Son causales de pérdida de la calidad de estudiante, las siguientes:

- a. Cuando se haya completado el programa de formación previsto.
- b. Cuando no se haya hecho uso del derecho de renovación de la matrícula dentro de los plazos señalados por la institución.

- c. Cuando se haya perdido el derecho a permanecer en la institución por inasistencia o bajo rendimiento académico, de acuerdo con lo establecido en los respectivos reglamentos.
- d. Cuando se haya cancelado la matrícula por incumplimiento de las obligaciones contraídas.
- e. Cuando haya sido expulsado de la institución.
- f. Cuando por motivos graves de salud, previo dictamen médico, la institución considere inconveniente su permanencia en la institución.

Según consta en el acta número 26 de 28 de noviembre de 1991 de la Consiliatura de la Universidad, a los demandantes se les negó el cupo para 1992 en virtud de la "autonomía con que cuentan las instituciones educativas", discrecionalidad que de conformidad con la norma transcrita no le reconoce la ley al establecimiento docente. La medida se convirtió por tanto en una sanción por hechos que, por no haber sido puestos en conocimiento de los educandos, no pudieron ser controvertidos y para cuya imposición no se siguió el procedimiento establecido en los reglamentos de la institución, que fueron aportados por la misma Universidad.

Debe concluir por tanto la Sala, que la conducta de la institución no fue legítima y que por ello hizo bien el Tribunal al acceder a tutelar los derechos fundamentales de aprendizaje y del debido proceso de los accionantes que por las razones anotadas resultaron vulnerados.

Procede la tutela, además, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como quiera que de no expedirse por parte del juez la orden a la Universidad para que los estudiantes se matriculen para el año lectivo de 1992, el daño que éstos pretenden precaver sería irremediable, pues es la continuidad en el tiempo de la formación de los educandos el objeto primordial de la tutela.

El artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991 entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización y ordena al juez apreciar en concreto en cuanto a su eficacia los otros medios de defensa judicial cuando éstos existan. Igualmente el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 306 de 1992 aclara que no se considera que el perjuicio tenga el carácter de irremediable cuando se puede solicitar a la autoridad judicial competente la orden "oportuna" de actuar o abstenerse de hacerlo.

Y el "otro medio judicial" de que disponen los peticionarios en el caso sub lite, apreciado en concreto, no es eficaz para precaver el perjuicio que se les puede irrogar toda vez que aún cuando obtengan fallo a su favor, éste ya

no sería oportuno, porque el daño por haberse truncado la posibilidad de terminar sus estudios oportunamente, no puede remediarse sino resarcirse mediante una indemnización.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia impugnada.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíse copia al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Salva Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ausente; José Ignacio Narváez García, Conjuez,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

## **JURISDICCION DE TUTELA/PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE SALAS** (Salvamento de Voto)

Cuando el artículo 86 de la Constitución dice que toda persona puede reclamar ante los jueces, no está autorizando al actor para que acuda a su arbitrio ante cualquier autoridad judicial, con prescindencia de la jurisdicción competente para conocer del asunto que va a plantear. Tal norma lo que está diciendo es que la acción de tutela tiene carácter judicial y que no puede ser asignado su conocimiento a las autoridades administrativas. Si mediante tal expresión el Constituyente hubiese querido asignarle competencia en forma indiscriminada a todos los jueces para conocer de la acción de tutela, cualquiera sea la materia a que ella se refiere, así lo habría dicho, como lo dijo en forma categórica al consagrar el recurso de "habeas corpus".

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto.—* Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-068. Actor: Aracely León Medina y Jorge Mercado.

Son dos las razones por las cuales, con todo respeto, me he apartado de la providencia acogida por la mayoría de la Corporación en el caso sub-lite: de una parte, la calificación que de acto administrativo hace la sentencia de primera instancia de la decisión de la Universidad, respecto a la cual el Consejo de Estado no hace consideración y menos, corrección alguna, debiéndose en mi opinión haberse hecho; y de otra, la incompetencia que, de tiempo atrás he venido sosteniendo, para que una jurisdicción pueda conocer de acciones de tutela que corresponden a otra, en contravención del principio

de especialidad y de la propia organización de la rama judicial consagrada en la Constitución Política.

Ampliando mi opinión sobre el particular, anoto en apretada síntesis lo siguiente:

#### A- NATURALEZA DE LA DECISION DE LA UNIVERSIDAD

En conclusión, a mi juicio equivocada, el fallo recurrido sostiene que la decisión adoptada por la Universidad Libre es un acto administrativo por ser ese centro docente una institución incorporada al Sistema de Educación Superior, cuyas actuaciones son administrativas siempre que se traduzcan en actos capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas. Es así, como a folio 282 el Tribunal afirma:

“Bajo el prisma del análisis anterior, se deduce sin mayores alucubraciones que frente al cumplimiento de la ley —el Decreto E. 80 de 1980 es Ley en sentido material— la actividad que realice una institución incorporada al Sistema de Educación Superior, legal y reglamentariamente, es administrativa cuandoquiera que se traduzca en actos capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

Así, el acto administrativo emanado de la Corporación Universidad Libre, persona jurídica de utilidad común, sin ánimo de lucro, modificó una situación jurídica que dentro del Sistema Educativo Post-Secundario tenían los solicitantes a quienes les cabría en consecuencia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del “Código Contencioso Administrativo”. (fl. 282).

Es cierto que una decisión de esta naturaleza es un acto jurídico, vale decir en términos elementales de derecho, una manifestación de voluntad capaz de producir efectos jurídicos, pero en mi sentir dista mucho de ser un acto administrativo.

Sostener que tiene este carácter, no solo es olvidar que la Universidad Libre es una institución de Derecho privado, que si bien es cierto presta un servicio público por excelencia, como lo es el educativo a la luz del artículo 2o. del decreto extraordinario 80 de 1980, no por ello sus decisiones o actuaciones dejan de ser privadas, para convertirse en actos administrativos. Si así fuera habría que concluir dentro de la misma óptica, que todas las decisiones que “crean modifican o extinguen situaciones jurídicas”, como por ejemplo la vinculación o desvinculación de un trabajador son actos administrativos cuya legalidad corresponde juzgar a esta jurisdicción.

Tampoco puede llegarse a tal conclusión, por el hecho de que sea una institución de educación superior, y como tal, perteneciente al sistema de

educación superior o post-secundaria; pues de él hacen parte tanto instituciones oficiales como privadas, sin que su naturaleza jurídica o la de sus actos varíe por el mero hecho de hacer parte del aludido sistema.

Situación diferente se presenta cuando el particular —persona natural o jurídica— actúa en nombre del Estado en virtud de autorización legal. Pues en tal evento no cabe duda de que sí cumple una función administrativa comprendida dentro del ámbito del derecho administrativo de acuerdo con el artículo 1o. y demás normas concordantes del C.C.A. Tal es el caso del otorgamiento de los títulos de educación superior por parte de todas las instituciones integrantes del Sistema Educativo, incluidas las privadas, que según las voces del artículo 174 del precitado decreto 80 de 1980 y en armonía con el inciso final del artículo 123 de la Constitución, lo hacen *“en nombre de la República de Colombia —Ministerio de Educación Nacional—”*.

Es por lo anterior, que considero que la Sala no debió admitir con su silencio, la tesis del Tribunal según la cual la decisión adoptada por la Universidad en el caso sub-examine constituye un acto administrativo.

## B— LA INCOMPETENCIA DE LA JURISDICCION PARA CONOCER DE ACCIONES DE TUTELA QUE CORRESPONDEN A OTRAS AUTORIDADES JUDICIALES.

La expresión “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces...” que trae el artículo 86 de la Constitución Política, a juicio de la providencia que motiva este salvamento de voto, permite que la acción se pueda instaurar ante cualquier juez, sin tener en cuenta su especialidad.

Sin embargo, en mi opinión ello no es acertado, porque desconoce el principio de la especialidad de los jueces que ha dado lugar a la organización de las diferentes jurisdicciones, entre ellas la contencioso administrativa; como razones de este aserto pueden darse las siguientes:

1. Se argumenta que no es necesaria la especialidad del juez que conoce de la acción de tutela, porque lo que hace es aplicar normas constitucionales que son conocidas por todos los profesionales del derecho. Sin embargo, no se debe olvidar que para determinar la procedencia o improcedencia de la tutela no es suficiente el análisis de la norma constitucional, pues siempre habrá necesidad de acudir al ordenamiento de carácter legal para determinar, por ejemplo, si existen otros mecanismos o medios de defensa judicial previstos en el respectivo ordenamiento jurídico, lo cual a no dudarlo, requiere el conocimiento de la respectiva legislación.

2. Cuando el artículo 86 de la Constitución dice que toda persona puede reclamar ante los jueces, no está autorizando al actor para que acuda a su arbitrio ante cualquier autoridad judicial, con prescindencia de la jurisdic-

ción competente para conocer del asunto que va a plantear. Tal norma lo que está diciendo es que la acción de tutela tiene carácter judicial y que no puede ser asignado su conocimiento a las autoridades administrativas.

Si mediante tal expresión el Constituyente hubiese querido asignarle competencia en forma indiscriminada a todos los jueces para conocer de la acción de tutela, cualquiera sea la materia a que ella se refiera, así lo habría dicho; como lo dijo en forma categórica e indubitable al consagrar otra institución jurídica, tanto o más importante que la tutela, como lo es el recurso del "habeas corpus" previsto en el artículo 30 de la Carta, que por mandato expreso suyo, se puede "invocar ante cualquier autoridad judicial".

3. No se puede romper la estructura jerárquica y especializada de la justicia, so pretexto de la dificultad que para el agraviado que vive en lugares apartados, tiene el acudir ante el juez especializado, si bien es cierto tal dificultad existe, corresponde al Estado adoptar los correctivos necesarios para no hacer moratorio el derecho, "acercándose" a los gobernados, ya mediante la reorganización o reubicación de los despachos judiciales, ya mediante la exoneración del requisito de comparecer personalmente para incoarla, como en forma acertada lo previó el artículo 14 del decreto 2591, al permitir el ejercicio de la acción "por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito", y en fin, todos los demás medios que, sin atentar contra la organización de la justicia que la misma Constitución ha establecido, posibiliten el pleno ejercicio del derecho en mención.

Así las cosas, y sin desconocer la razón que asiste a los accionantes para controvertir una decisión a todas luces arbitraria de uno de los órganos de gobierno de la Universidad Libre, apreciación que comparto en su integridad con mis distinguidos colegas, debió en mi opinión revocarse el fallo del Tribunal y, en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela incoada ante esta jurisdicción, por tener como fuente un acto jurídico cuyo juzgamiento no le compete.

*Joaquín Barreto Ruiz.*

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

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 había 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 derecho constitucional es un derecho fundamental.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Santafé de Bogotá, D.C., once de marzo de mil novecientos noventa y dos.*

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-073. Actor: Hilda Martínez.

La CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, por intermedio de apoderado, interpuso IMPUGNACION contra la providencia de la referencia, en cuanto dispuso:

"1o. Ordenar a la Caja Nacional de Previsión Social tramitar de inmediato la pensión de invalidez a que tiene derecho la Señora Hilda Martínez con C.C. No. 19.137.315 de Bogotá, sin esperar a que transcurran los 180 días señalados por la ley y por el Médico Jefe de la División de Salud Ocupacional en su experticio".

## I. ANTECEDENTES:

### A. ACCION DE TUTELA:

La señora HILDA MARTINEZ solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la acción de tutela para la protección del derecho al trabajo y a la seguridad social, y para el efecto expuso, en síntesis, los siguientes fundamentos fácticos:

1. Que en virtud de la suspensión del ejercicio del cargo de secretario grado 10 que ocupaba el señor Jorge Alberto Alvarado Mahecha en el Juzgado 19 de Instrucción Criminal de Bogotá, la actora, por haber hecho parte de la lista de elegibles en razón del concurso realizado por la Escuela Judicial, fue nombrada para desempeñar dicho cargo en provisionalidad, posteriormente en período de prueba y finalmente en propiedad.

2. Que por haber prosperado la acción de tutela ejercida por el señor Jorge Alberto Alvarado Mahecha, para obtener el reintegro en el cargo que ocupaba la actora, ésta fue desvinculada del mismo a través del Decreto 024 de diciembre 9 de 1991 que dejó sin efecto su nombramiento.

3. Que la Caja Nacional de Previsión Social le ha expedido incapacidades de 30 días cada una mediante los Decretos Nos. 18 y 19 de octubre 11 y noviembre 13 de 1991, respectivamente, que posteriormente se ha negado a pagar por no tener nominador la accionante en razón de su desvinculación del servicio, por lo que, en consecuencia, se ve afectado el derecho que tiene a la pensión de invalidez, después de haber trabajado 12 años al servicio de la Rama Jurisdiccional.

4. Que solicita el reintegro al cargo que venía desempeñando, que se le decreten las incapacidades respectivas y se perfeccione el proceso de pensión de invalidez.

### B. LA DECISION OBJETO DE LA IMPUGNACION

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de fecha 17 de febrero de 1992, decidió en la forma pretranscrita ab initio, accediendo únicamente a la pretensión atinente a la pensión de invalidez, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Que del estatus de empleado público que tenía la actora cuando adquirió la enfermedad profesional que la aqueja, deriva su derecho a la pensión de invalidez que debe serle reconocida y pagada por la Caja Nacional de Previsión Social, por ser éste un derecho fundamental a la seguridad social que está amenazado con la dilación en el reconocimiento de dicha pensión,

y que no desaparece por el hecho de no encontrarse enumerado en el capítulo respectivo, pues varias normas constitucionales hacen referencia a él y lo desarrollan, como es el caso de los artículos 44 que lo enumera dentro de los derechos fundamentales del niño; 48, inciso 2o., que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y 49 que garantiza a todas las personas el acceso a todos los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

2. Que la situación de la actora reflejada en las pruebas aportadas a los autos es dramática e inquietante toda vez que se encuentra desvalida, casi ciega, sin trabajo y sin pensión, siendo claro su derecho a tal prestación.

3. Que la entidad de Previsión Social no le ha negado su derecho a la pensión de invalidez, pero en virtud de una interpretación rigurosa de su reglamento, pretende someterla a una espera de tres meses más para reconocérsela y pagársela, cuando en sentir de la sala es oportuno que se tramite la pensión sin tener que esperar dicho término.

4. Que del análisis del artículo 27 de la Resolución 2640 de 1984, en armonía con el artículo 18 del decreto 3135 de 1968, los 180 días de incapacidad que señala la ley antes de que se pueda conceder la pensión de invalidez, constituyen un plazo que se da al empleado para que se recupere y pueda reintegrarse al servicio, y si ello no ocurre se le declara inválido y se le pagará la pensión respectiva.

5. Que la actora tiene derecho a que se le pague la pensión sin tener que esperar que se cumpla el término de 180 días pues su incapacidad quedó debidamente comprobada con la certificación del Médico Jefe de la División Ocupacional de la entidad, por lo que es inobjetable su derecho al otorgamiento inmediato de la prestación a que aspira y que la Caja le debe desde el cese del subsidio monetario que tuvo lugar cuando fue desvinculada del servicio, de conformidad con los artículos 64, num. 3o., del Decreto 1848 de 1969 y 28 del Reglamento Médico Asistencial de dicha entidad.

### C. LA IMPUGNACION

La Caja Nacional de Previsión Social por intermedio de su apoderado, dentro del término legal y de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, solicita la revocatoria de la decisión emitida en contra de la entidad por no haber lugar a ella, y no existir violación de derecho alguno, teniendo en cuenta que para que se tramite la pensión por invalidez se requiere petición de parte, y que en el presente caso la actora radicó su solicitud el 24 de enero de 1992 por lo que no han transcurrido sino 19 días hábiles, además de que en ningún momento la Caja Nacional de Previsión Social ha obrado con negligencia sino que la pensión de invalidez implica un trámite interno, como oficiar a la Oficina de Archivo de Prestaciones Econó-

micas, enviar el expediente a la División de Pensiones Nacionales para que se proyecte una resolución con base en los salarios devengados, trámite que se ha hecho con prelación frente a muchas otras solicitudes que se hallan en curso.

### CONSIDERACIONES:

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 derecho constitucional es un derecho fundamental.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política, por ser esta norma de normas, se debe dar aplicación a las disposiciones constitucionales, las cuales no consagran el derecho a que se tramite la pensión de invalidez obviando los requisitos previstos en la ley, como fundamental, y, por lo mismo, en armonía con lo preceptuado en el artículo 86 ibídem, la acción no es procedente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

REVOCASE la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de febrero de 1992 dentro del proceso de la referencia, y en su lugar, no es procedente la acción de tutela interpuesta por la señora Hilda Martínez.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez de marzo de mil novecientos noventa y dos.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente; *Miguel González Rodríguez*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*; *Jaime Abella Zárate*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Clara Forero de Castro*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, Con aclaración; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández*, Aclaración de Voto; *Dolly Pedraza de Arenas*, *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Con aclaración de voto; *Yesid Rojas Serrano*, Con aclaración; *Consuelo H. Sarria Olcos*, *Daniel Suárez Hernández*, Con aclaración; *Julio César Uribe Acosta*, Aclara Voto; *Diego Younes Moreno*, Con aclaración,

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES (Aclaración de Voto)**

**El carácter de fundamental de un derecho no resulta de su ubicación en la parte dogmática de la Constitución sino de su misma naturaleza, en cuanto a exigencia de la dignidad de la persona humana, que impone que todo hombre tenga lo necesario para vivir dignamente, la primacía del espíritu sobre la materia y la salvaguarda de la persona individual contra todo tipo de opresión, o de restricción a su legítimo interés por alcanzar la plenitud de su desarrollo físico, intelectual y espiritual.**

### *Aclaración de Voto.*

Aunque comparto el fallo de impugnación proferido en el expediente de la referencia por cuanto, como se expresa en sus motivaciones, para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez la Caja Nacional de Previsión tiene establecidos trámites internos que no procede obviar con la acción de tutela, discrepo del concepto de no ser tutelable el derecho a la seguridad social por no estar incluido en los que el Capítulo 1 del Título II de la Constitución enlista como Fundamentales.

Dicho capítulo no puede tenerse como enumerativo de dichos derechos, puesto que los capítulos 2 y 3 del mismo título se refieren a otros que, como inherentes a la dignidad de la persona humana, también son fundamentales. Así, el de constituir una familia; el de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos y de escoger la educación de éstos mientras sean menores (Art. 42); el derecho del niño a la vida, a la integridad física, a la salud, etc. (Art. 44); el de la mujer embarazada y después del parto a gozar de especial asistencia y protección del Estado (Art. 43); el derecho a la propiedad bajo las limitaciones que las necesidades sociales determinen (Art.

60); el derecho a gozar de un ambiente sano (Art. 79); el derecho al espacio público y a que se lo destine al uso común (Art. 82), y otros más, pese a que se los estatuye bajo los rubros "De los derechos sociales, económicos y culturales" y "De los derechos colectivos y del ambiente".

Es que el carácter de fundamental de un derecho no resulta de su ubicación en la parte dogmática de la Constitución sino de su misma naturaleza, en cuanto a exigencia de la dignidad de la persona humana, que impone que todo hombre tenga lo necesario para vivir dignamente, la primacía del espíritu sobre la materia y la salvaguarda de la persona individual contra todo tipo de opresión, o de restricción a su legítimo interés por alcanzar la plenitud de su desarrollo físico, intelectual y espiritual.

Bajo esta perspectiva es que cabe entender la previsión del Art. 94 de la Carta, en cuanto establece que "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos", previsión con la que observa plena armonía el Art. 2o. del Decreto 2591 de 1991, norma que lejos de ser incompatible con el Art. 86 de la Carta esclarece el alcance de la nueva institución.

Santafé de Bogotá, D.C., marzo 13 de 1992.

*Amado Gutiérrez Velásquez*

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhiere el Dr. LIBARDO RODRIGUEZ, sin perjuicio de lo que particularmente precisó sobre el punto. Igualmente adhiere el Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL (Aclaración de Voto)**

Ni la Constitución Nacional en su artículo 86, ni el Decreto 2591 de 1991 dicen que los derechos tutelables son los comprendidos en el Título II, Capítulo I de la Carta Política. En aquellas normas se habla de derechos constitucionales fundamentales, de donde se concluye que pueden ser tutelables otros derechos igualmente fundamentales contemplados en la Constitución Nacional, así no se hallen comprendidos en el título y en el capítulo mencionados. De sostenerse la tesis contraria, no nos explicaríamos cómo el derecho a la salud, que toca con la vida misma de la persona, del cual nadie puede negar su carácter de fundamental, no fuera tutelable sólo porque no aparece casualmente, tal vez, encasillado dentro de un título y un capítulo determinado; mientras otros, también importantes, pero no de la misma trascendencia y magnitud, sí son tutelables por su posición circunstancial en los mencionados título y capítulo.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto del Dr. Yesid Rojas Serrano—.* Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Referencia: Expediente No. AC-073. Actor: Hilda Ramírez.

Ni la Constitución Nacional en su artículo 86, ni el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela, en su artículo 1o. dicen que los derechos tutelables son los comprendidos en el Título II, Capítulo I de la Carta Política. En aquellas normas se habla de derechos constitucionales fundamentales. De esta circunstancia tenemos una primera conclusión en el sentido de

que pueden ser tutelables otros derechos igualmente fundamentales contemplados en la Constitución Nacional, así no se hallen comprendidos en el título y en el capítulo mencionados.

De otro lado, encontramos dentro de la legislación de la tutela fundamento para pensar en lo anterior, y concretamente para afirmar que pueden ser tutelables algunos derechos que no se encuentren señalados en la Constitución como fundamentales, pero que por su naturaleza y particularidad merecen la protección especial de la tutela.

En efecto, el artículo 2o. del citado Decreto 2591 de 1991, abre las puertas de la tutela a otros derechos como el que se cuestiona en las presentes diligencias, para brindarles protección dada su importancia, su naturaleza y magnitud.

La precitada norma dice en su segunda parte:

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

Las apreciaciones anteriores guardan relación con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Nacional, según el cual “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”.

De sostenerse la tesis contraria, no nos explicaríamos cómo el derecho a la salud, que toca con la vida misma de la persona y con la existencia y el bienestar de la comunidad, del cual nadie podría negar su carácter fundamental, no fuere tutelable sólo porque no aparece casualmente, tal vez, encasillado dentro de un título y un capítulo determinado; mientras otros, también importantes, pero no de la misma trascendencia y magnitud, tales como el derecho al reconocimiento de la personería jurídica, el de la intimidad, etc. sí son tutelables por su posición circunstancial en los mencionados título II y capítulo I de nuestra Carta Magna.

Atentamente,

*Yesid Rojas Serrano*  
Consejero de Estado

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los doctores DANIEL SUAREZ HERNANDEZ Y DIEGO YOUNES MORENO.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL** (Aclaración de Voto)

Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de informar el ordenamiento jurídico, y que se orientan a defender la dignidad de la persona humana. Por lo mismo, ellos no son dádiva ni del constituyente ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos, por decreto reglamentario. Siendo la persona humana el ser más valioso de todo el universo, esos derechos le permiten moverse en el mundo, manejando las distintas circunstancias, con el fin exclusivo de permitir su realización plena como tal.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto: Doctor Julio César Uribe Acosta—.* Santafé de Bogotá, D.C., abril primero (1o.) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-073. Actor: Hilda Martínez.

Aunque comparto la decisión de fondo, me separo de la sentencia en cuanto en sus considerandos sienta la tesis de que los derechos fundamentales son únicamente los que se recogen, bajo ese rubro, en los artículos once y siguientes de la Constitución Nacional.

En esta materia estimo que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de informar el ordenamiento jurídico, y que se orientan a defender la dignidad de la persona humana.

Por lo mismo, ellos no son dádiva ni del constituyente ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos, por decreto reglamentario.

Siendo la persona humana el ser más valioso de todo el universo, esos derechos le permiten moverse en el mundo, manejando las distintas circunstancias, con el fin exclusivo de permitirle su realización plena como tal.

Con toda consideración,

*Julio César Uribe Acosta*

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/JUEZ— Facultades (Aclaración de Voto)**

**El Juez constitucional debe tener el poder de interpretación suficiente para darle el alcance que sea necesario a los términos utilizados por la Constitución, como es el caso de los “derechos constitucionales fundamentales” que la Carta encasilla en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política de 1991 pero fuera de los cuales pueden existir otros que de acuerdo con la filosofía de nuestro régimen institucional pueda concluirse que tienen el mismo rango.**

*Aclaración de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez en relación con la providencia de fecha 11 de marzo de 1992.*

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-073. Actor: Hilda Martínez.

La aclaración del voto del suscrito Consejero se refiere a que no comparte la consideración que se hace en la providencia en el sentido de que los únicos derechos constitucionales fundamentales son los consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política de 1991.

Está de acuerdo el suscrito Consejero con el planteamiento hecho por algunos Miembros de la Sala consistente en que el juez constitucional debe tener el poder de interpretación suficiente para darle el alcance que sea necesario a los términos utilizados por la Constitución, como es el caso de los “derechos constitucionales fundamentales” que la Carta encasilla en los mencionados capítulo y título, pero fuera de los cuales pueden existir otros que

de acuerdo con la filosofía de nuestro régimen institucional pueda concluirse que tienen el mismo rango.

Al respecto, comparto igualmente las razones expuestas en su aclaración de voto por el Consejero Amado Gutiérrez.

Con todo respeto,

*Libardo Rodríguez Rodríguez*

Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y dos.

**NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración de voto adhiere el Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.**

**DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO AL TRABAJO/DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA— Naturaleza**

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. La Sala entiende que también se considera vulnerado el derecho de petición. Sobre el particular se recuerda que el C.C.A., en sus artículos quinto y siguientes, regula todo lo relacionado con el derecho de petición en interés general y particular, verdad jurídica que pone de presente que frente al silencio de la administración el accionante tendría abierta otra vía jurídica y procesal para defender sus derechos, motivo por el cual la acción de tutela tampoco procede, pues ésta es **SUBSIDIARIA Y RESIDUAL**, es decir, que sólo opera cuando falta otro medio de defensa, y cuando el derecho fundamental no esté protegido por acción diferente.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., abril veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación AC—097. Actor: Federación Nacional de Productores de Panela “Fedepanela”.

Procede la Sala a resolver la impugnación que EUMELIA MUÑOZ, HERMINIA, JUAN MORALES, ARNULFO ROA, HERMINSO MORALES

VARON, NOE RUGELES y otros, por conducto de apoderado, legalmente constituido, hacen de la providencia calendada el día diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en virtud de la cual se denegó la solicitud de tutela, por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente de la misma, en la cual se razona judicialmente dentro del siguiente temperamento:

“En ejercicio de la acción de tutela reglamentada mediante el Decreto número 2591 de 1991, el señor Carlos Arturo Henao, quien dice obrar en nombre de la Federación Nacional de Productores de Panela y los productores de Panela domiciliados en San Bernardo, Jorge Quitian, Fernando Durán, Germán Varón, Bernabé Rodríguez, Euclides Rugeles, Arcadio Garzón, Humberto Benevides, Griseldo Conzález y Gentil Benavides interponen acción de tutela contra La Nación Colombiana —Ministerio de Salud representado por el Ministerio del ramo y el Departamento del Tolima representado por el Gobernador para que se proteja el derecho al trabajo, al permitir las autoridades mencionadas el libre funcionamiento del establecimiento de comercio “PRODUCTOS PANEY” cuya licencia de funcionamiento fue otorgada por la Seccional de Salud del Tolima, y a pesar de haber hecho las solicitudes ante el Ministerio de Salud y Gobernador del Tolima para que procedan a tomar correctivos necesarios han omitido dar respuesta causando con tal omisión graves perjuicios en los ingresos de los productores, por lo cual solicitan se tutelen sus derechos.

“Igualmente piden que por medio de esta acción se suspenda o cancele la licencia de producción otorgada por el Servicio Seccional de Salud del Tolima Hospital Federico Lleras Acosta y se cancele la inscripción del Registro Mercantil dado por la Cámara de Comercio de Ibagué.

“Para resolver, se

#### CONSIDERA:

“Expresa el inciso primero del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 ... “Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios Jueces o Tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes...”.

“Se tiene de conformidad con la copia que obra dentro del expediente, (folio 23 a 36) esta acción de tutela fue presentada simultáneamen-

te durante los días 5 y 7 de febrero ante el Juzgado 36 de Instrucción Criminal y el Tribunal Administrativo del Tolima (folio 37 y 16 del expediente) y ambas acciones se refieren a unos mismos hechos y derechos (folios 11 a 13 y 23 a 24) por cuya razón, cumplen el requisito exigido por la norma anteriormente transcrita para ser rechazadas.

“Además, como de las declaraciones juramentadas por los señores Jorge Octavio Quitian, Arcadio Garzón, Germán Varón Devia y Fernando Durán Garzón se desprende la posible comisión del delito de FALSO TESTIMONIO al expresar bajo juramento que no han presentado otra acción de tutela ante ninguna autoridad referente a los mismos hechos y derechos (folios 20 y 22), lo que se encuentra desvirtuado en el expediente (folios 23 a 25) se ordenará la expedición de copias para que la justicia penal decida lo pertinente “Conviene observar además, que la acción de tutela intentada es ostensiblemente improcedente porque ésta no es viable para defender agravios inferidos a una colectividad como es la Federación Nacional de Productores de Panela, toda vez que se contraviene lo dispuesto en el numeral 3o. del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991.

“Obsérvese que la acción de tutela siempre está limitada a un caso personal y concreto (Artículos 1o., 29, 6o. y 36 del Decreto 2591 de 1991).

“Tampoco se podría dar en esta caso la excepción atinente a que se puede invocar la tutela en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable, entendiéndose por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización porque en este caso no habría lugar a tal resarcimiento, toda vez que el restablecimiento del derecho vendría a ser la declaratoria de nulidad de la resolución que autorizó el funcionamiento y producción a los productos PANÉY, para que las cosas volvieran al estado anterior.

“Finalmente, tampoco cumple la tutela impetrada con el principio de exigencia del agravio personal, toda vez que se invoca para realizar una defensa de la Constitución por vía general, impersonal y abstracta contravieniéndose lo dispuesto por el numeral 5o. del artículo 6o. ibídem.

“En consecuencia, si la persona que invoca la tutela no está en esta circunstancia y pretende defender la Constitución por esa vía general, debe acudir a los medios previstos de los numerales 1, 4, 5, y 10 del artículo 241 y numeral 2o. del artículo 237 de la Constitución Política.

“Por lo expuesto, NO SE CONCEDE LA TUTELA SOLICITADA.

“Por la Secretaría, compúlsense las copias correspondientes y envíense al Juzgado de Instrucción Criminal (reparto) a efecto de que se investigue la comisión del presunto delito de FALSO TESTIMONIO en que pudieron incurrir Fernando Durán, Arcadio, Germán Varón y Jorge Octavio Quitian de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“Si esta decisión no es impugnada, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (folios 59 a 61 del Cdno. No. 1).

— II —

### SUSTENTACION DE LA IMPUGNACION

A folios 81 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el procurador judicial de los accionantes hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso, para lo cual discurre dentro del siguiente universo:

“Inicialmente debo significar que dentro del pronunciamiento en cuestión, nada se dijo frente al memorial presentado por mi conducto facultado por los solicitantes de la tutela y un sinnúmero de poderdantes de los cuales en el expediente reposan sus mandatos en donde en forma más clara y específica se determina el alcance de la tutela, en donde a efectos del pronunciamiento se solicitan algunas pruebas que nos permitiría demostrar el sentir clamado; sólo se limitó el pronunciamiento a un sin razón y ligero análisis toda vez que una acción está dirigida contra el particular propietario del establecimiento de comercio PRODUCTOS PANEY que con su actitud está causando agravios incalculables e irremediables por lo ya sucedido, tanto a los productores como a la comunidad consumidora del producto por ser nocivo para la salud y la otra acción está dirigida es contra la Nación —Ministerio de Salud Departamento del Tolima— Servicio Seccional de Salud por la omisión al no tomar cartas a las peticiones elevadas por los productores y la misma Federación Nacional de Paneleros para que procediera a cancelar la licencia de funcionamiento y la consecuente sellamiento del derretidero de azúcar para elaborar panela a base de éste producto y otros elementos químicos, producto que es vendido al mercado a menos precio que el autorizado legalmente, o sea el fruto de jugo de caña elaborado por el sistema de trapiches, mencionado producto es vendido al mercado igualmente haciéndole creer al consumidor que es panela lo que a la postre no lo es por su composición lo que pone en peligro la salud de los consumidores conllevando a consecuencias nefastas, además por ser vendida la supuesta panela a menos precio, ha lesionado ostensiblemente a los cultivadores de caña, productores, de panela al derecho al trabajo legal digno, como quiera que con ese mecanis-

mo desleal ha quebrado económicamente muchos productores, las tierras las dejaron de labrar para la utilización adecuada dedicándose a otras actividades menos rentables, porque tienen algunos y tenían otros que competir en el mercado abierto con la penala elaborada a base de azúcar y la autorizada legalmente, o sea la elaborada a base del jugo de la caña cuyo procesamiento se hace mediante el sistema de trapiches.

“Las providencias desde luego se hace necesario acatarlas, pero no es viable silenciar pronunciamientos erróneos, análisis ligeros sin que se haya hecho el más mínimo esfuerzo de razón para entender el propósito de los perjudicados que de haberlo hecho tal vez estaríamos frente a la más digna protección fundamental; así las cosas tenemos:

“A.— Obviamente el artículo 38 del Decreto 2591/91 expresa “cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes...” del análisis apresurado mencionado, no se desentrañó la primera parte que dice: “cuando sin motivo expresamente justificado”, porque si bien es cierto hay coincidencia en algunos hechos, éstos conllevan a pretender tutelar diferentes derechos partiendo básicamente que la instaurada ante el Tribunal Contencioso se hizo contra el Estado—Ministerio de Salud, Departamento del Tolima— Servicio Seccional de Salud del Tolima; por la omisión a las solicitudes hechas para que procediera a tomar decisiones frente a la elaboración de la panela a base de azúcar disfrazando su producción con el nombre de productos PANHEY, producto que su elaboración, producción es totalmente ilegal a pesar de tener licencia de funcionamiento dada desde luego con la creencia que productos PANHEY, elaboraría, productos derivados del azúcar, pero su dedicación exclusiva es producción de panela a base de azúcar y otros componentes químicos que expresamente es prohibida por la ley 40 de diciembre 4 de 1990 y su decreto reglamentario.

“Entes públicos que con su omisión le están causando graves perjuicios a los poderdantes frente al derecho al trabajo el cual se encuentra limitado por no haberse actuado, se está atropellando la actividad agrícola de la producción de panela a base de jugo de caña; en segundo término la acción instaurada ante el juzgado inscriminal Ibagué no es contra ningún ente público sino contra el particular JOSE EDUARDO GALVIS LOAIZA propietario del establecimiento de comercio denominado productos Paney, cuya actividad es la fábrica de productos Paney, derivados del azúcar que para fundamentar la pretensión, lo que se quiere, se hizo necesario esbozar claramente los hechos para así enfocar al juzgado debiéndose ubicar dentro de la voluntad supeditada, además se hizo ante el particular porque los productores de panela a base del jugo de caña se encuentran en una total indefensión en tal or-

ganización, que disfrazan sacando panela con el nombre de Paney la cual como tantas veces se ha esgrimido es a base de azúcar y otros productos químicos, indefensión que ha creado la misma actividad comercial y que ha patrocinado los mismos entes públicos al haber omitido dar respuesta y actuar conforme a derecho; bajo ésta argumentación y los planteamientos dados en la demanda bajo mi dirección existe una total justificación para haber presentado las dos acciones a personas diferentes con pretensiones igualmente distintas lo que connota a que sea la acción accedida favorablemente.

“Con estos acertados parámetros los accionantes y hoy día mis poderdantes no han incurrido en el presunto delito de falso testimonio como lo pretende encuadrar el Tribunal Contencioso con la providencia al tener el pleno convencimiento de ser dos acciones diferentes.

“B.— Se presenta inexplicable la determinación de expresar, que la acción de tutela intentada es ostensiblemente improcedente porque ésta no es viable para defender agravios inferidos a una colectividad como es la Federación Nacional de Productores de Panela por contravenir el artículo 6 No. 3 del decreto 2591/91.

“Si bien es cierto, es causal de improcedencia de la acción cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz, y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Nacional; lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometen intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable. Se hace necesario desligar que la acción no pretenda defender ningún derecho colectivo o mejor ningún derecho acaecido a una colectividad como es la Federación Nacional de Productores de Panela, no, ésta Federación por ser la protectora legal de los productores de panela a base del jugo de caña está actuando en representación de los mismos, buscándole soluciones a la problemática planteada cuyos agraviados son subjetivamente tildados como se desprende de los poderes otorgados, más no busca ningún beneficio como Federación Nacional de Productores de Panela, es más, aquí no se trata de buscar defender derechos colectivos sino personales y concretos, pero si se interpretara de la manera como se quiere interpretar, también es viable la acción por tratarse en un momento determinado de impedir el perjuicio irremediable que de seguir todas en las mismas circunstancias afectaría el patrimonio de los productores de panela como se ha explicado, afectaría la salud pública, como es las consecuencias que han originado y puede seguir originando el consumir la panela a base de azúcar y elementos químicos, sin descontar que una consecuencia puede ser el cólera, deshidrataciones, quemando glóbulos, desnutrición, etc., afectaría igualmente la libre competencia económica en condiciones legales que en proporciones abismales

han llevado a productores a una total quiebra, repercutiendo igualmente en la imposibilidad de ocupar mano de obra, de personal que vive de este trabajo para el sustento de las familias.

“Finalmente tendríamos que los particulares también son sujetos pasivos de la acción:

“a— Cuando esté encargado de un servicio público.

“b— Cuando el particular afecte grave y directamente el interés colectivo.

“c— Cuando el solicitante se haya en estado de indefensión.

“C.— No puede menos aún el Tribunal interpretar erróneamente la voluntad, el querer de los accionantes y poderdantes al ubicarla fuera del interés personal y concreto ya que son los directos perjudicados primariamente de acuerdo a los planteamientos transcritos y secundariamente la comunidad, la colectividad por las consecuencias nocivas para la salud al igual que los poderdantes y los que anexo sus poderes quienes requieren se les tenga en cuenta como parte accionante, coadyuvante o de otra magnitud, sin la parte subjetivamente perjudicados e interesados en proteger sus derechos, en buscarle solución y prevención a la irremediabilidad hasta ahora dada de lo que se deduce que si hay ámbito personal y concreto, a no ser que se quiera alinderar como un problema de ámbito objetivo de naturaleza colectiva por ser muchos los productores perjudicados.

“D.— Partiendo de la conclusión primaria que no se trata de buscar amparo o intereses colectivos, generales o abstractos, aunque a pesar de quererse tomar de esta manera también es procedente la acción en la forma explicada y la cual solicito se tenga en cuenta al no prosperar la subjetiva personal y concreta que en la voluntad quería, este interés subjetivo es dable la indemnización aún de oficio, tiene el juez la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado para asegurar el goce efectivo del derecho así como las costas del proceso.

“E.— La tutela instaurada como ya se explicó, sí cumple con el principio de la exigencia del agravio personal a cada uno de los poderdantes y no se invoca para realizar una defensa de la Constitución por vía general, impersonal y abstracta, creo una vez más que el Tribunal ha interpretado erróneamente la voluntad de los poderdantes, ha confundido el agravio personal con el perjuicio que además está causando a la colectividad al consumirse pan de azúcar, se ha interpretado erróneamente igualmente la voluntad del legislador, es más ni siquiera se ha

cuestionado norma alguna para que se nos remita a buscar otros mecanismos engorrosos e inciertos con ésta actitud se está desconociendo la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo procesal mediante el cual una persona ejercitando el derecho preferencial tiene la facultad de exigir la protección de sus derechos fundamentales por la violación o amenaza de la violación por omisión de las autoridades cautivas.

“Fuera de ser ésta acción preferencial, pública, subsidiaria y de naturaleza residual, no se puede desconocer que excepcionalmente se puede utilizar como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable, mientras se recurre a las acciones ordinarias, si es que se dispone de otro medio de defensa” (folios 81 a 85 C.1.).

– III –

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La Sala confirmará la decisión del *a-quo*, en cuanto denegó la acción de tutela, pero revocará la decisión tomada por el Tribunal para que se compulsen copias con el fin de que se investigue la comisión del presunto delito de FALSO TESTIMONIO, en que pudieron incurrir Fernando Durán, Arcadio Garzón, Germán Varón y Jorge Octavio Quitian, pues la tutela impetrada por éstos, ante el Juez de Instrucción Criminal, fue instaurada contra un particular; esto es, el Señor JOSE EDUARDO GALVIS LOAIZA, y la que ahora se conoce por la Corporación, lo fue contra LA NACION COLOMBIANA –Ministerio de Salud y el Departamento del Tolima. A todo lo anterior se agrega que en ésta última aparecen accionantes que no patrocinaron la primera, tales como los señores HUMBERTO BENAVIDES, GRISELINO GONZALEZ Y GENTIL BENAVIDES, entre otros.

Dentro del anterior temperamento, no es posible predicar que la misma acción de tutela fue presentada “... por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales...”, como lo preceptúa el artículo 38 del Decreto 2591.

B) Del escrito en que se reclama la protección inmediata de derechos fundamentales, presentado ante el Tribunal Contencioso del Tolima, se desprende que los demandantes consideran vulnerado el derecho al trabajo. Esta verdad jurídica se desprende de la literatura que se recoge en el siguiente párrafo:

“La producción de panela a base de azúcar y mieles de ingenio está enteramente prohibida por la Ley 40 de diciembre 4 de 1990 y por la Resolución No. 4127 del Ministerio de Salud. El producto obtenido en este proceso no reúne las condiciones nutricionales y alimenticias de la panela, atentando contra la salud y el adecuado aprovechamiento

de los consumidores. *VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO*, el cual por sí mismo es un derecho y una obligación total social que goza en todas sus modalidades de la especial protección del Estado y en donde toda persona tiene *DERECHO A UN TRABAJO* en condiciones dignas y justas...”. (Subrayas de la Sala).

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.

C) Haciendo un esfuerzo de interpretación de la demanda, que no es muy clara en la precisión de los derechos fundamentales que se estiman violados, la Sala entiende que también se considera vulnerado el derecho consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que preceptúa:

“Artículo 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.

“El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

La anterior interpretación toma apoyo en el siguiente arte de la demanda:

“... a fin de ser protegido el derecho al trabajo y *demás derechos que resulten amparados* por la omisión a las autoridades mencionadas al permitir el libre funcionamiento del establecimiento de comercio denominado *PRODUCTOS PANEY*... cuya licencia de funcionamiento fue otorgada por la Seccional de Salud del Tolima... y a pesar de haber hecho las solicitudes ante el Ministro de Salud, ante el Gobernador del Departamento del Tolima para que procedan a tomar los correctivos necesarios *HAN OMITIDO DAR RESPUESTA ALGUNA*, causando con tal omisión graves perjuicios en nuestros ingresos...” (Subrayas de la Sala).

Sobre el particular la Sala recuerda que el Código Contencioso Administrativo, en sus artículos quinto y siguientes, regula todo lo relacionado con el Derecho de Petición en Interés General y Particular, verdad jurídica que pone de presente que frente al silencio de la administración el accioante tendría abierta otra vía jurídica y procesal para defender sus derechos, motivo por el cual la acción de tutela tampoco procede, pues ésta, como lo ha repetido la Corporación, es *SUBSIDIARIA Y RESIDUAL* es decir, que sólo opera cuando falta otro medio de defensa, y cuando del derecho fundamental no esté protegido por acción diferente.

A lo anterior se agrega que el derecho de petición, que los accionantes ejercitaron ante el Señor Ministro de Salud y el Señor Gobernador del Departamento del Tolima, cuando es desatendido, constituye causal de mala conducta para el funcionario, y da lugar a las sanciones correspondientes, como lo dispone el artículo séptimo del C.C.A., pues en este caso tiene el perfil del interés general, realidad que viene en apoyo del razonamiento judicial que se dejó hecho.

D) Prosiguiendo en el esfuerzo de interpretar el libelo, todo indica que se considera también vulnerado el derecho a la salud, pues en uno de los apartes del mismo se lee:

“... se continúa violando el derecho de los consumidores y productores de panela a obtener un producto comercializado y ejercer el legal ejercicio a producir la panela, teniendo en cuenta que estos derechos se están vulnerando por ser alimento básico de la canasta familiar, *al ser llevado al consumidor con una sensible alteración en su calidad y al obtener el producto PANEY a base de azúcar, mieles de ingenio, hidrosulfito de sodio y demás contaminantes que afectan la calidad productiva nutritiva de la panela y PONEN EN PELIGRO LA SALUD HUMANA...*”.

“... a las autoridades sanitarias quienes confirieron *PERMISO* para la elaboración de un duce (sic) llamado PANEY y con ésta autorización se está produciendo panela...”.

Dentro del marco descrito, la Sala encuentra que existiendo, como se afirma que existe, un *PERMISO* para procesar el producto PANEY, tal acto administrativo es pasible ora de la acción de nulidad, ora de la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagradas en los artículos 84 y 85 del C.C. Administrativo, motivo por el cual la acción de tutela tampoco procede, pues como ya se dijo, es *SUBSIDIARIA Y RESIDUAL*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE el fallo de tutela proferido el día diecisiete (17) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992); por el Tribunal Administrativo del Tolima, excepción hecha del aparte que ordena compulsar copias con destino al Juzgado de Instrucción Criminal, el cual se *REVOCA*, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y ENVIA COPIA DEL PRESENTE FALLO AL A-QUO.**

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedeker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Aclaró Voto; Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** La aclaración de voto del Dr. GUILLERMO CHAIN LIZCANO, se reduce a lo siguiente: La razón de improcedencia que debió aducirse es la que dice relación con la titularidad de la acción y la carencia del derecho fundamental radicado en cabeza de la persona jurídica que actúa como accionante. Vale decir, que creo que los derechos humanos, o derechos fundamentales de la persona, sólo pueden ser objeto de tutela en relación con sus titulares, que son las personas humanas. No puede ser titular de derechos constitucionales fundamentales un sujeto que no es esencial sino meramente artificial, como lo son las personas jurídicas o morales. Si lo fundamental, lo esencial, es el hombre, sólo dicho sujeto puede ser el titular de los derechos fundamentales.

## **DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA/DERECHO AL TRABAJO/ ACCION DE TUTELA— Naturaleza**

La acción de tutela ha sido instituida como un mecanismo extraordinario, subsidiario, sub-generis, y condicionado para defender judicialmente los derechos fundamentales erigidos como tales en la Carta, y siempre y cuando sean “de protección” o de “aplicación inmediata”. El derecho consagrado en el artículo 25 de la Constitución, es decir, el trabajo, entendido, coetáneamente, como “derecho” y como “obligación social”, no aparece enumerado entre los catalogados como de aplicación o protección inmediata, en virtud de que su desarrollo se supedita a lo que disponga la ley, habiendo, por demás, mecanismos ordinarios adecuados para la defensa de modalidades de ese derecho, tanto en su aspecto laboral particular o privado, como en su enfoque administrativo.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. AC-096. Actor: Henry Ortiz Pulido.

Por impugnación contra la providencia calendada a 21 de febrero último, dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, que denegó la acción de tutela formulada por el señor Henry Ortiz Pulido contra la determinación del Consejo Seccional de la Carrera Judicial de no admitirlo al concurso de empleados de dicho Distrito convocado el 18 de septiembre de 1989, conoce la Sala de este asunto.

Estima el libelista que con la referida determinación del Consejo Seccional de la Carrera Judicial en Neiva, se le violó y se le continúa violando el derecho fundamental al trabajo, al no incluirse en la lista de aspirantes a cargos dentro de la Rama Jurisdiccional y la consiguiente vinculación al escalafón de la carrera judicial, en el rango de secretario de juzgado de circuito, que venía ostentando en la fecha arriba indicada cuando fue expedida la convocatoria para todos los interesados en lograr la inscripción al concurso de vacantes en los diferentes despachos del Distrito Judicial de Neiva, concretamente en la Secretaría del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Garzón. La determinación de no admitirlo al concurso se debió, según narra, “por registrar como antecedente una suspensión de ocho días impuesta por el Juez” y en consideración a que “la convocatoria era clara al exigir como requisito la ausencia de destituciones o suspensiones de cualquier cargo público y que ‘... se trata de depurar y vincular a la Administración de Justicia gente sin este tipo de problemas...’”, lo que ve como contrario a la ley, dado que el art. 56, literal f, del decreto 52 de 1987 habla de quienes hayan sido suspendidos por segunda vez.

Como protección al derecho fundamental que cree vulnerado, el actor pide que se ordene la inclusión de su nombre en la lista de aspirantes a proveer los cargos vacantes dentro de la Rama Jurisdiccional, concretamente al cargo de Secretario G-10 “por cunato el de Secretario G-13 en la jurisdicción del orden público ya desapareció...”, para el cual presentó su solicitud inicial; que se le tomen los exámenes de conocimientos jurídicos y de habilidades técnicas de que habla la convocatoria; que se evalúen los exámenes y se le concluya en la lista de elegibles; que se envíe esa lista a los nominadores de los despachos judiciales; que se le practique la entrevista por parte de los mismos nominadores, y que de reunir las exigencias de ley, se le nombre y se le de posesión en el cargo “para que tenga cabalmente (sic) cumplimiento el objeto de la acción de tutela descrito en el artículo 1o. del Decreto 2591 de 1991”.

### **FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL PARA DENEGAR LA TUTELA IMPETRADA**

Toma como base lo dispuesto por el art. 6o. del decreto 2591 de 1991 que, al enumerar las situaciones en que no es procedente la mencionada acción, señala la de que “existan otros recursos o medios de defensa judiciales para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”, amén de que, según la misma norma, “se entienda por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”, de lo que concluye que la acción de tutela “tiene como finalidad proteger el derecho en forma inmediata o cautelar, pero no puede suplir las omisiones en que haya incurrido el interesado para hacer valer sus derechos, ni modificar situaciones ya consumadas”.

por lo cual, teniendo el actor “posibilidad de ejercer la acción correspondiente ante la jurisdicción contencioso administrativa, demandando los actos administrativos que consideró violatorios de sus derechos, y si optó por no hacerlo, resulta completamente improcedente que más de dos años después de ejecutoriada la última resolución dictada por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial, mediante una acción de tutela pretenda que se modifique la situación, porque no se trataría de una medida cautelar, como lo es la acción de tutela...”.

### ARGUMENTACIONES DEL RECURRENTE

Luego de reiterar sus puntos de vista acerca de la vulneración de su derecho fundamental al trabajo, el ahora recurrente, glosa y critica las consideraciones del Tribunal, principalmente en lo que atañe la existencia de otros medios de defensa judicial, puesto que si bien los hubo en su momento, ya no los hay en el momento actual, porque la pertinente ya está caducada y, sin embargo, se le sigue quebrantando o vulnerando su derecho al trabajo; de allí, pues puede suceder que “la persona afectada con la violación al derecho no se dé cuenta de ese perjuicio y que cuando se percate de él ya sea tarde para interponer las acciones judiciales pertinentes”.

“En mi caso —agrega—, que ocurrió en el año de 1989, no existían siquiera indicios que hicieran acaso presumir que dos años después podría acogerse al derecho de tutela para lograr mi vinculación al escalafón de la carrera judicial, para que se diga en la sentencia que impugno, que ahora por este medio pretendo que se modifique una situación sin tener en cuenta que la acción de tutela no es en todos los casos cautelar o preventiva, porque para eso el artículo 5o. del Decreto 2591 de 1991 dice que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que *hayan violado*, viole o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales..”.

Refiriéndose luego el demandante y hoy recurrente en impugnación, a la categoría de derecho fundamental que tiene el trabajo al tenor del art. 25 de la Constitución, lo que parece ha olvidado el a-quo, y que en lo atinente al comentario de éste de que si prosperara la tutela invocada por el señor Ortiz Pulido se volvería ineficaz porque el cargo de Secretario G-13 para el cual se inscribió “quedó sin validez al ser declarado desierto el concurso respectivo”, ha de decirse, anota, que en este punto el Tribunal “desconoció el contenido del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”, porque no han cesado los efectos del acto violatorio, amén de que no es imposible restablecerlo en el goce del derecho conculcado, máxime si ese artículo señala cómo “se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto...”.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o. El Consejo de Estado, a través de su Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno, tiene competencia para conocer, en grado de impugnación, de la presente acción de tutela, en primera instancia, por un tribunal administrativo. Como bien lo dice el segundo inciso del art. 86 de la Carta, “el fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente...”, que lo es, al tenor del art. 32 del decreto 2591 de 1991, el “superior jerárquico correspondiente” del juez que haya dictado la providencia respectiva.

2o. La acción de tutela ha sido instituida por la Constitución de 1991 como un medio o mecanismo extraordinario, subsidiario, sui-géneris y condicionado para defender judicialmente los derechos fundamentales erigidos como tales en la Carta, y siempe y cuando sean “de protección” o de “aplicación inmediata”. En otras palabras, no todos los denominados *derechos fundamentales* pueden ser amparados a través de la acción de tutela, porque el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, “salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (art. 86, inc. 3o., Cons. Pol.), lo que es claro y obvio respecto a los derechos consagrados como fundamentales poco omitidos por el art. 85 como merecedores de la categoría de “aplicación inmediata”, como los llama el art. 86, de “protección inmediata”.

El derecho consagrado en el art. 25 de la Constitución, es decir, el trabajo, entendido, coetáneamente, como “derecho” y como “obligación social”, no aparece enumerado entre los catalogados como de aplicación o protección inmediata, en virtud de que su desarrollo se supedita a lo que disponga la ley, según los nortes de los arts. 53 y concordantes, habiendo, por demás, mecanismos ordinarios adecuados para la defensa de modalidades de ese derecho, tanto en su aspecto laboral particular o privado, como en su enfoque administrativo. Sólo podría usarse la acción de tutela, en este caso, “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

3o. No son necesarios mayores esfuerzos para recordar cómo, para proteger los derechos de los funcionarios o empleados públicos, el Código Contencioso Administrativo ha establecido competencia para conocer de “acciones de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo” o para reclamar el pago de sueldos o salarios o el pago de prestaciones periódicas de tiempo indefinido, que, por razones de seguridad jurídica, están sujetas a la ocurrencia del fenómeno de la caducidad. O sea, que existen medios de defensa judicial de derechos laborales del orden administrativo ya señalados por la ley con muchísima anterioridad al advenimiento de la acción de tutela en el articulado constitucional vigente, los que no habiéndose usado en forma oportuna por el interesado, no autoriza a éste para hacer uso del nuevo mecanismo de amparo que,

como se ha indicado, es extraordinario, sui-géneris, subsidiario y supeditado a que no existan otros medios de defensa judicial, y que no es útil para soslayar el no ejercicio oportuno de los medios adecuados para ello.

4o. La Sala está plenamente concorde con el Tribunal a-quo. La acción de restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.) que el hoy demandante pudo haber ejercido, caducó hace más de dos años, y ya no es posible que, valiéndose de este nuevo medio, se pretenda revivir algo cuyo término de ejercicio se extinguió por haberlo dejado pasar el interesado. Debido a ello, el Consejo de Estado ha de confirmar, amén de por las motivaciones de los acápites anteriores, por la situación fáctica que rodea el caso sub-lite.

5o. En virtud de lo ordenado en el inciso 2o., in fine, del art. 86 de la Carta Fundamental, ha de disponerse el envío de este asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

Confírmase la providencia de 21 de febrero de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, y por medio de la cual denegó la acción de tutela formulada por el señor Henry Ortiz Pulido contra la determinación del Consejo Seccional de la Carrera Judicial de no admitirlo al concurso de empleos de ese Distrito Judicial convocado el 18 de septiembre de 1989.

En su oportunidad, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE AL INTERESADO MEDIANTE TELEGRAMA SEGUN LA DIRECCION POR EL SEÑALADA, Y CUMPLASE.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 12 de mayo de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reinaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Pe-*

*nen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Consuelo Sarria Olcos, Ausente; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Jaime Ahumada Díaz, Conjuez, Ausente;*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## COMPETENCIA DE TUTELA/COMPETENCIA TERRITORIAL/COMPETENCIA FUNCIONAL

Siendo competente en primera instancia el Tribunal con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o la amenaza que motivó la acción, es a él, y no al Magistrado sustanciador, a quien corresponde proferir el fallo. Si al Magistrado solamente se le asigna la sustanciación de la solicitud de tutela, compete al Tribunal en pleno —Sala, Sección o Subsección— proferir el fallo que pone fin al proceso de la tutela en primera instancia.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., marzo dieciseis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-079. Actora: Yadiye Yadet Jadedt de García.

El Magistrado, doctor JOAQUIN J. JARAVA DEL CASTILLO, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, ha enviado a esta Corporación el expediente contentivo de la acción de tutela incoada por la señora YADIYE YADET JADEDT DE GARCIA, para que se conozca y decida la impugnación interpuesta por la actora contra el proveído de 10 de febrero del presente año.

Al respecto, esta Sala Unitaria se permite observar lo siguiente:

I.— *La competencia para conocer de la acción de tutela en primera instancia ha sido asignada, a prevención, a los Jueces o Tribunales con juris-*

dicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la solicitud (artículo 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991).

II.— La tramitación o sustentación de la tutela estará a cargo del Presidente de la Sala o del Magistrado a quien éste designe en turno riguroso. Compete a dicho Magistrado como sustanciador, cuando fuere necesario, ordenar: la corrección de la solicitud de tutela, la petición de informes al órgano o autoridad contra quien se dirigió la solicitud o del expediente administrativo o de la documentación pertinente; así como también podrá solicitar información adicional y practicar las pruebas que sean indispensables (artículos 15, 17, 19 y 21 *ibídem*).

III.— *Siendo competente en primera instancia el Tribunal con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la violación o la amenaza que motivó la acción, es a él, y no al Magistrado sustanciador, a quien corresponde proferir el fallo, conforme a las previsiones de los artículos 28 a 30 ibídem.*

IV.— Dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo que decida la tutela, podrá ser impugnado éste por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, y de dicha impugnación —que equivale a una segunda instancia, y en ésta: al recurso de apelación— conoce el superior jerárquico del Tribunal, cuando éste conociere en primera instancia (artículo 31 *ibídem*).

V.— Si, según el artículo 15 ya citado, al Magistrado solamente se le asigna la sustanciación de la solicitud de tutela, *compete al Tribunal en pleno —Sala, Sección o Subsección— proferir el fallo que pone fin al proceso de la tutela en primera instancia.*

VI.— En el caso subexamine, por consiguiente, el fallo de primera instancia corresponde a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia y no al Magistrado sustanciador.

VII.— Aplicando las reglas generales que gobiernan la actuación tanto de esta Corporación como del referido Tribunal, y en particular el artículo 358 del C.P.C., en concordancia con el 29 del mismo, debe entenderse que el acto procesal de 10 de febrero de 1992 (folios 53 a 57), del Magistrado, doctor JOAQUIN J. JARAVA DEL CASTILLO, equivale a un proyecto de fallo, el cual no ha sido todavía aprobado y suscrito por todos los integrantes de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia, lo cual justifica que, en cumplimiento del mencionado artículo 358, se devuelva el expediente a su oficina de origen para que se proceda en legal forma.

VIII.— Resulta pertinente agregar, que esta Corporación, para efectos de la impugnación del fallo de la tutela que prevé el artículo 32 del Decreto-Ley 2591 de 1991, es el superior jerárquico desde el punto de vista fun-

cional de los Tribunales —Salas, Secciones o Sub-Secciones—, más no de los Magistrados que los integran. Ello se desprende de las reglas generales de competencia estatuidas tanto en el C.C.A. como en el C.P.C.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en Sala Unitaria,

**RESUELVE:**

Devuélvase a la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia el expediente contentivo de la solicitud de tutela incoada por la señora YADIYE YADET JADEDT DE GARCIA, con fundamento en las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz.* Consejero.

### **ACCION DE TUTELA— Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

Los actos impugnados por ser de índole simplemente administrativo, quedan ubicados dentro de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para efectos de su control. No es viable la acción de tutela por poseer la actora otros medios judiciales para impugnar la actuación del DAS, pues la tutela como acción de orden constitucional, tiene un carácter residual, lo que significa que sólo es viable cuando “el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial”.

### **DERECHOS DE LA FAMILIA/DERECHOS DE LA MUJER/DERECHOS SOCIALES/ACCION DE TUTELA— Improcedencia/PROTECCION A LA MATERINIDAD**

Es necesario anotar, solo para los efectos del recurso que se estudia, que el invocado “derecho” de la igualdad femenina y la especial asistencia y protección del Estado que pregonan el artículo 43 durante el embarazo y después del parto, son de aquéllos derechos de contenido social respecto de los cuales el Estado y la misma sociedad se obligan a ocuparse de asegurar las bases de instituciones básicas como la familia, constituyéndose así en derroteros de la acción del Estado. Pero de estos postulados generales no se deduce en forma clara y concreta que tanto el matrimonio con nacional colombiano o el estado de embarazo sean causales de suspensión de los efectos de un acto administrativo, antes de que contra él se intenten acciones legalmente establecidas para prevenir o corregir cualquier desafuero de la administración.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-106. Actor: Regina Obereigner de Echeverry.

La apoderada de la señora REGINA OBEREIGNER DE ECHEVERRY, de nacionalidad austriaca, oportunamente impugnó el fallo del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca del 11 de marzo de 1992 mediante el cual negó la acción de tutela invocada con fundamento en el artículo 43 de la Constitución Política, para que no se le dé cumplimiento a la Resolución No. 6594 de julio 2 de 1991, mediante la cual el Director del Departamento de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad -D.A.S.- ordenó la expulsión del Territorio Nacional a la peticionaria.

El fundamento de la mencionada expulsión consistió en haber sido condenada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés -Islas- a la pena principal de 24 meses de prisión por posesión de 448 gramos de cocaína, pena que cumplió en la Cárcel Departamental de San Diego en la ciudad de Cartagena. La citada Resolución de expulsión dictada con base en la regulación contenida en el Decreto 1.000 de 1986 y normas concordantes, fue discutida en recurso de reposición y apelación habiendo sido confirmada por el Director del D.A.S. (Res. No. 4784 de diciembre 26/91).

La impugnante considera equivocado el concepto del Tribunal en cuanto le manifestó que tenía acciones ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y al efecto se apoya en el art. 82 del C.C.A. con la modificación que le introdujo el Decreto 2304/89, conforme a la cual esta jurisdicción "no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley" y porque no se trata de un "hecho" razón por la cual tampoco puede ejercitarse la acción de reparación a que se refiere el artículo 86 del C.C.A.

Con relación al primer aspecto alegado por la apoderada, la Sala se permite observarle que las Resoluciones números 6594, 1160 y 4784, todas de 1991, expedidas por funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad -D.A.S.- no son providencias de índole policiva penal sino actos de carácter simplemente administrativo, dictados por dicha entidad -DAS- con base en las facultades conferidas por el Decreto 1.000 de 1986 (modificado parcialmente por el 2.000 de 1987) que le atribuye competencia en relación con la entrada, permanencia y salida de extranjeros y cuyos alcances se comprenden con la sola transcripción de sus dos primeros artículos que disponen:

"ARTICULO 1o. Es competencia discrecional del Gobierno Nacional autorizar la entrada de extranjeros al país. Corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores expedir, negar o cancelar visas.

“ARTICULO 2o. El ingreso de extranjeros al territorio Nacional así como su permanencia y salida, estarán sujetos a las disposiciones del presente decreto sin perjuicio de la competencia discrecional que tiene el gobierno Nacional sobre la materia”.

Por otra parte el artículo 131 expresa que “sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar será expulsado del territorio Nacional el extranjero que incurra en alguna de las siguientes causales” y dentro de los 16 eventos que enumera, menciona en primer lugar a “Quienes hayan sido condenados por delitos que merezcan pena privativa de la libertad mayor de 6 meses y cuya sentencia no contemple la expulsión”.

Los artículos 132 y 133 regulan el procedimiento al cual está sujeta la Administración en la vía gubernativa observándose dentro de ellas, normas que protegen el derecho de defensa que no se ha considerado vulnerado en este caso.

De lo anterior se deduce que las Resoluciones dictadas por el D.A.S. en desarrollo de esta facultad, por ser de índole simplemente administrativo, quedan ubicadas dentro de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para efectos de su control.

Por tratarse de actos de carácter nacional sin cuantía, su conocimiento corresponde al Consejo de Estado de conformidad con las reglas normales de competencia (art. 128 numeral 3o.).

Lo anterior exonera de cualquier comentario la referencia al artículo 86 del Decreto 01 de 1984 que también presentó la impugnadora puesto que no se trataría de demandar directamente la indemnización de un daño causado por un “hecho” de la Administración.

Sirven las anteriores anotaciones para corroborar la posición del Tribunal en el sentido de no ser viable la acción de tutela por poseer la actora otros medios judiciales para impugnar la actuación del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. Sobre este particular la Sala se ha pronunciado en forma reiterada en el sentido de que la tutela como acción de orden constitucional, tiene un carácter residual, lo que significa que sólo es viable cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”.

El fallo impugnado se refirió también a la invocación de las normas constitucionales relativas a la protección de la familia sobre lo cual no se detuvo por considerar que no son calificados como derechos fundamentales sino sociales, económicos y culturales, por lo demás considerados como de “realización progresiva”.

La impugnante no refuta ninguna de estas apreciaciones jurídicas del Tribunal sino que se limita a insistir y recordar que con la solicitud original

envió prueba de que su mandante es casada con ciudadano colombiano y afirma que está embarazada y próxima a dar a luz una niña, ofreciendo sustentar el recurso de impugnación en su oportunidad.

Ciertamente, a folios 2, 3 y 4 obran partida de matrimonio por el rito católico de la peticionaria con el señor Javier Alonso Echeverry Martínez en la Parroquia de Santo Toribío celebrado el 7 de junio de 1991 (fl. 90 número 180, Libro 13) y fotocopia del Registro de Matrimonios de la Notaría Segunda de Cartagena (fl. 1419283) que da cuenta de registro del mismo. Igualmente aparece una certificación expedida en papel con membrete del Centro Médico Las Américas Ltda. sin firma legible, ni referencia a licencia médica alguna, sobre el hecho de que la paciente anotada debe asistir a control médico cada quince días.

Aceptada como cierta la circunstancia del matrimonio celebrado el 7 de junio de 1991 esto es, pocos días antes de que el D.A.S. expidiera la Resolución No. 6594 que ordenó su expulsión que es de fecha 2 de julio, no está demostrada la relación de tal circunstancia con la protección de algún derecho calificado por la Constitución como "fundamental" que pueda interferir para evitar el cumplimiento de la orden de expulsión contenida en un acto administrativo que adquirió fuerza ejecutiva después de surtidos los recursos gubernativos correspondientes.

El estado de embarazo en que dice estar la peticionaria, no está debidamente establecido pues el único documento traído como prueba al expediente (fl. 2) además de no estar autenticado, no es certificación respaldada por la responsabilidad de algún profesional de la medicina. Pero aún aceptándolo como hecho establecido, es necesario anotar, sólo para los efectos del recurso que se estudia, que el invocado "derecho" de la igualdad femenina y la especial asistencia y protección del Estado que pregona el artículo 43 durante el embarazo y después del parto, son de aquellos derechos de contenido social respecto a los cuales el Estado y la misma sociedad se obligan a ocuparse de asegurar las bases de instituciones básicas como la familia, constiuyéndose así en derroteros de la acción del Estado.

Pero de estos postulados generales no se deduce en forma clara y concreta que tanto el matrimonio con nacional colombiano o el estado de embarazo sean causales de suspensión de los efectos de un acto administrativo como el de que se trata en estas diligencias, antes de que contra él se intenten acciones legalmente establecidas para prevenir o corregir cualquier desafuero de la administración.

En estas condiciones, no encuentra la Sala motivo alguno para modificar la decisión del Tribunal que fue objeto de impugnación.

En mérito a lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

No se accede a revocar el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 11 de marzo de 1992, en el caso de la señora Regina Obereigner de Echeverry.

Dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.**

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión del seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Aclaró voto; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Aclaró Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Sudrez Hernández, Aclaró Voto; Julio César Uribe Acosta, Aclaró Voto; Diego Younes Moreno,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHOS DE LA FAMILIA/TUTELA TRANSITORIA (Aclaración de Voto)**

De varias normas constitucionales se evidencia el grado sumo de protección que el constituyente de 1991 quiso brindarle a la familia, o mejor, a las personas que forman parte de ella. Por consiguiente, si mediante acto administrativo una autoridad pública dispone la expulsión del territorio colombiano de uno de sus miembros, así sea extranjero, pero casado legalmente con colombiano, se está perturbando en grado sumo la unidad familiar y por qué no vislumbrarlo hasta la destrucción jurídica y social de la familia. Bajo el entendido de que los derechos fundamentales son los connaturales a la especie humana o a las instituciones jurídicas que el constituyente expresamente les adscribe, le asiste razón a la solicitante de la tutela. Desde luego que su expulsión del país da al traste con su familia, surgida por la institución matrimonial debidamente acreditada. No se pierda de vista que se trata de un caso de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de voto de los doctores Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández.*

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-106. Actor: Regina Obereigner de Echeverry.

Votamos la ponencia elaborada por el doctor JAIME ABELLA, pero durante los debates fuimos categóricos en observar la conveniencia de enfocar

el caso para una acertada solución a la luz de las normas constitucionales que se refieren a la familia como institución básica o fundamental de toda sociedad. En efecto, el art. 5 de la unueva Carta Política estatuye que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”; por su parte el art. 15 prescribe que “todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar...”; en tanto que el art. 28 garantiza que “Nadie puede ser molestado en su persona o familia...”. También el art. 33 establece que “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, que son las personas que normalmente integran la familia legítima o la familia natural. Y, el art. 42, categóricamente considera la familia como “núcleo fundamental de la sociedad”, que se forma por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por su voluntad de conformarla. Y, agrega que “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia... la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.

Las anteriores referencias a los textos constitucionales, considerados de manera sistemática, evidencian el grado sumo de protección que el constituyente de 1991 quiso brindarle a la familia, o mejor a las personas que forman parte de ella. Por consiguiente, si como ocurre en el caso sub judice mediante acto administrativo una autoridad pública dispone la expulsión del territorio colombiano de uno de sus miembros, así sea extranjero, pero casado legalmente con colombiano, se está perturbando en grado sumo la unidad familiar y por qué no vislumbrarlo hasta la destrucción jurídica y social de la familia.

Con éste último miramiento y bajo el entendido de que los derechos fundamentales no adquieren el carácter de tal, simplemente por estar enlistado en el Capítulo I del título 2, sino porque son connaturales a la especie humana o a las instituciones jurídicas que el constituyente expresamente los adscribe, le asiste razón a la solicitante de la tutela, desde luego que su expulsión del país da al traste con su familia surgida por la institución matrimonial debidamente acreditada en autos. No se pierda de vista que se trata de un caso de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irreparable.

Atentamente,

*Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.*

Santafé de Bogotá, D.C., 20 de mayo de 1992.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhiere el Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

### **TUTELA TRANSITORIA/PRUEBA (Aclaración de Voto)**

Si el interesado hace uso de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, no obstante de que tenga otro medio de defensa judicial, es apenas lógico que el juez de la tutela no exija una sacramentalidad ni una solemnidad ni cuestiones adjetivas a la prueba como si se tratara de una decisión judicial propiamente dicha que requiera de pruebas "regular y oportunamente allegadas al proceso".

### **DERECHOS DE LA MUJER/DERECHOS FUNDAMENTALES/PROTECCION A LA MATERNIDAD (Aclaración de Voto)**

Si la mujer que aquí es demandante hace uso de la acción de tutela para que se ordene al DAS se abstenga de expulsarla del territorio colombiano, y para ello invoca la doble circunstancia de estar casada, por el rito católico, con colombiano, y que en su vientre hay una criatura en gestación, y que de ella hacer surgir derechos fundamentales, ha debido la Sala ocuparse del análisis de los mismos a la luz de las normativas correspondientes. El embarazo es una situación propia de la mujer, pero ésta, como ser humano especial en razón de su sexo, tiene el derecho fundamental de gozar de la especial asistencia y protección del Estado mientras esté grávida y después del parto.

*Aclaración de Voto del Magistrado doctor Alvaro Lecompte Luna a la providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aprobada en sesión de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-106. Actora: Regina Obereigner de Echeverry.

Cuando fue leída, estudiada y aprobada la ponencia que luego se convirtió en la providencia arriba aludida, el suscrito estuvo de acuerdo con la decisión adoptada, al no acceder a revocar el fallo de tutela dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha 11 de marzo de 1992 y que implícitamente auspició la negativa de la mencionada acción, dado que la base o fundamento para ello estriba en la circunstancia de que la ahora impugnante tiene acciones diferentes ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para demandar, en acción de restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.), los actos administrativos dictados por el Departamento Administrativo de Seguridad (D.A.S.) que resolvieron, en su orden, expulsar del territorio colombiano a la ciudadana austríaca Regina Obereigner de Echeverry, debido a la infracción del art. 131, numeral 1o., del Decreto 1000 de 1986; y confirmar la dicha expulsión, agotándose así la vía gubernativa. Sin embargo, creyó necesario precisar ciertos criterios o conceptos que se exponen a la parte motiva del proveído, y por ello manifestó que aclaraba su voto.

Como lo ha señalado en forma ya reiterada la jurisprudencia de este Consejo y también la de la Corte Suprema de Justicia, la acción de tutela tiene carácter eminentemente residual, lo que, como lo explica el fallo ahora en comento, significa que ella es sólo viable cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, como de manera clara lo recalca el art. 86 de la Constitución Política vigente. Dice, en efecto, el tercer inciso de este artículo: “Esta acción sólo procederá cuando el afectado *no disponga de otro medio de defensa judicial*”, pero agrega: “Salvo que aquella (la acción) se utilice *como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. (Las subrayas no son de los textos transcritos).

Pero al detenerse el suscrito en el análisis del expediente para poder redactar su aclaración, observa que a folio 2 aparece un *documento privado*, que pese a estar desprovisto de autenticidad y a que tampoco aparece suscrito ante dos testigos —por lo que no tiene ni siquiera el carácter de prueba sumaria— (art. 279 C. de P.C.), *Si envuelve indicio* (aunque sin los sellos de la convergencia y de la concordancia, por no haber otros— art. 250 ibídem) del hecho que invoca la actora como cimiento del derecho fundamental que busca amparar a través de la acción de tutela. Reza ese documento privado expedido por el Centro Médico Las Américas Ltda. —Laboratorio Clínico Patológico— Citología microbiológica — Medicina de Grupo — Medicina General — Especialistas — Calle 24 Norte No. 2DN-32 — Tels. 610082 — 676055 — 686487 — Cali, en cuya columna izquierda aparece una relación de médicos: II-18-92 — Regina de Echeverry — Certifico q’ la paciente

arriba mencionada cursa 32 semanas de gestación; presenta incompatibilidad sanguínea por lo q' debe asistir a control md. — c/15 días". Y hay una rúbrica ilegible.

Esto lleva al suscrito a disentir, muy respetuosamente, tanto de lo expresado en el cuerpo expositivo como en el motivo de la providencia acogida por la Sala, e, igualmente, en lo que atañe a la conclusión impróspera de la tutela. En otras palabras, esta aclaración ha de tener más bien una naturaleza de salvamento o salvedad de voto por las siguientes razones:

a) La acción de tutela cumple un papel de *protección inmediata* de derechos fundamentales, por lo que resulta ilógico exigir pruebas siquiera sumaria acerca del hecho de que se tenga como su fuente. Si de cierto indicio que no induzca a sospecha de su vaguedad o falsedad se deriva un hecho del cual nazca el derecho fundamental invocado por el demandante, es posible que la protección que se busca por éste se traduzca en la orden que imparta el juez tutelador a la autoridad del caso, para que se abstenga o actúe en beneficio del derecho fundamental amparado.

b) El rasgo esencial de la acción de tutela es la rapidez, la urgencia, porque la protección ha de ser inmediata, sin mayores dilaciones, para que se disipe la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales por obra de la acción o de la omisión de cualquier autoridad pública o del particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Si el interesado hace uso de la acción de tutela *como mecanismo transitorio* para evitar un perjuicio *irremediable*, no obstante de que tenga otro medio de defensa judicial, es apenas lógico que el juez de la tutela no exija una sacramentalidad ni una solemnidad ni cuestiones adjetivas a la prueba como si se tratara de una decisión judicial propiamente dicha que requiera de pruebas "regular y oportunamente allegadas al proceso" (art. 174 C. de P.C.). Si uno cualquiera de los medios de prueba que enumera el art. 175 de la obra en cita, da convencimiento al juez acerca de que el hecho positivo u omisivo en que se basa el derecho fundamental existe, así debe tenerlo sin mayor resquemor o prurito de perfección.

c) Es apenas obvio que ese hecho tan precariamente demostrado puede ser controvertido por la autoridad pública o por el particular demandado. Para eso el art. 86, inciso 2o., de la Constitución Política, aunque diga que el fallo que acoja la tutela es de inmediato cumplimiento, también permite que el mismo *se impugne* ante el juez competente, o sea, ante el correspondiente superior. Y es asimismo obvio que si en el trámite de la impugnación se dedujera que la prueba en cuestión es falsa, o contraria a la realidad, prosperará la impugnación, volviendo la situación atrás.

d) Son sujetos o titulares de los derechos fundamentales todos los seres humanos —que la Constitución de 1991 llama, impropiaemente, personas—, sin discriminación ninguna por razones de *sexo*, raza, *origen nacional* o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado debe proteger especialmente a aquellos seres humanos que por su condición económica, *física* o mental, se encontraren en circunstancia de debilidad manifiesta, como es el caso del que está por nacer (art. 13 Cons. Pol.) que, como ser humano que es “tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 14 *ibídem*); además, es derecho fundamental de los niños *tener una familia y no ser separado de ella* (art. 44) y la mujer como tal, “durante el embarazo” gozará de especial asistencia y protección (art. 43).

e) Entonces, si la mujer que aquí es demandante hace uso de la acción de tutela para que se ordene al D.A.S. se abstenga de expulsarla del territorio colombiano, y para ello invoca la doble circunstancia de estar casada, por el rito católico, con colombiano, y que en su vientre hay una criatura en gestación, y que de ella hace surgir derechos fundamentales, ha debido la Sala, opina el suscrito, ocuparse del análisis de los mismos a la luz de las normatividades correspondientes.

f) Es de vero que la familia no aparece en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución, sino en el Capítulo 2 del mismo (art. 42), que habla de los derechos sociales, económicos y culturales. Y esto es apenas natural porque la familia no es un derecho, ni fundamental ni de ninguna otra clase. Por eso el mencionado artículo de la Carta dice que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Pero como el ser humano no puede ser molestado en su persona o familia..., sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley” (art. 28), como “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico” (art. 16) y como “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia” (art. 42, inc. 2o.), es de concluir que aquí hay derechos fundamentales de los consagrados en el art. 85 de la Constitución Política de 1991.

g) Algo parecido o similar puede decirse acerca del embarazo. Es una situación física propia de la mujer, pero ésta como ser humano especial en razón de su sexo, tiene el derecho fundamental de gozar de especial asistencia y protección del Estado (art. 43) mientras esté grávida y después del parto.

De esta suerte, pues, piensa el suscrito magistrado, que la acción de tutela aquí examinada ha debido de tener prosperidad.

Muy cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna.*

Fecha: ut supra.

**ACCION DE TUTELA— Impugnación/ACCION DE TUTELA— Deserción**

**La impugnación (no apelación) de las decisiones que resuelven acciones de tutela deben contener la expresión de los motivos de inconformidad con el fallo impugnado pues de lo contrario, no existiría materia que cotejar.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C. mayo siete de mil novecientos noventa y dos.

Referencia: Radicación AC—134. Actor: Antonio Calderón Muñoz.

Teniendo en cuenta que el promotor de la presente acción de tutela se limitó a manifestar, en el acto de la notificación de la providencia por medio de la cual fue resuelto en el Tribunal Administrativo del Cesar, que “apelaba”, sin que aparezca en el expediente sustentación alguna que contenga los motivos de dicha actuación, es del caso considerarla desierta o no interpuesta y en consecuencia proceder a su remisión a la Corte Constitucional para efectos de la revisión a que se refiere el artículo 31 inciso 2o. del Decreto 2591 de 1991.

El fundamento de la anterior decisión del Decreto 2591 de 1991, el cual se encuentra en el artículo 32 inciso 2o. al decir que “el juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo”, indica que la impugnación (no apelación) de las decisiones que resuelven acciones de tutela, deben contener la expresión de los motivos de inconformidad con el fallo impugnado pues de lo contrario, como sucede en el caso presente, no existiría materia que cotejar.

Por las razones expuestas, la Sala Unitaria,

**RESUELVE:**

Tiéndose por no impugnada la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 26 de marzo de 1992, y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Consuelo Sarria Olcos,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/DERECHOS FUNDAMENTALES— Inexistencia/ACCION DE TUTELA— Improcedencia**

El de propiedad no forma parte de los denominados “derechos fundamentales”, y por lo mismo, su protección debe lograrse por mecanismos jurídicos distintos de la acción de tutela. La Constitución Política de nuestro país, manda en el inciso 2o. del artículo 58: “La propiedad es función social que implica obligaciones”, excluyendo, la abandonada idea de propiedad-derecho con mayor razón la de propiedad-derecho fundamental, conceptos pertenecientes a los códigos justinianeo 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.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Santafé de Bogotá D.C., ocho de mayo de mil novecientos noventa y dos.*

Consejero ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-089. Actor: Rodolfo Escobar Cuervo.

Resuelve la Sala la impugnación presentada por el actor en contra de la sentencia que profirió el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 2 de marzo de 1992, en virtud de la cual decidió “denegar la solicitud de tutela formulada por el señor JOSE RODOLFO ESCOBAR CUERVO”.

A. Ni el escrito inicial mediante el cual se formuló la petición (fl. 2) ni el posterior de corrección (fl. 20) son un modelo de claridad; sin embargo,

entiende la Sala que el propósito del actor fue proteger su derecho de propiedad y el de sus hermanos logrando la restitución del lote de terreno que, según él se apropió indebidamente la Procuraduría de Bienes Distritales o la E.A.A.B. (sic) más la indemnización de perjuicios.

Para esos efectos narra los hechos que la Sala agrupa de la siguiente manera:

1.— El señor LIBARDO ESCOBAR PINTOR vendió, en 1932, al “acueducto antiguo municipal de Bosa” un lote de terreno con una cabida de 299 M<sup>2</sup>, perteneciente a “la finca LA VEGA”, situada ésta en la carrera 5a. No. 15-19, barrio La Estación de Bosa.

2.— “La E.A.A. de Bogotá” se apropió, desde el año de 1968, de un lote adicional de 1.000 metros pertenecientes a dicha finca.

3.— El actor y sus hermanos son hijos del fallecido LIBARDO ESCOBAR PINTOR y el primero es administrador del bien común en virtud del poder que le otorgaron por la escritura pública No. 5020 del 6 de agosto de 1985 corrida ante el Notario 27 del Círculo de Bogotá;

B. El fallo impugnado se apoya en la tesis según la cual el de propiedad no pertenece a los denominados “derechos fundamentales”, y, por lo tanto, en los términos del artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y del Decreto 2591 del mismo año, no puede ser protegido mediante la acción de tutela.

Dice en lo pertinente:

“Tales derechos fundamentales no pueden ser otros que aquéllos que el Constituyente de 1991 incorporó en el Capítulo Primero (1o.) del Título Segundo (2o.) de la Carta Constitucional ahora vigente, lo cual implica que con prescindencia de todos y cada uno de los allí contenidos, ninguno otro es catalogado, ni puede ser calificado, de derecho fundamental, al menos no para los efectos de la aplicación y desarrollo de esta acción de tutela, de acuerdo con la precisión que sobre el punto se hizo en el memorando artículo 2o. del aludido Decreto 306 de 1992. Tal sucedería con la propiedad o llamado derecho de dominio, así como con los derechos sucesorales mortis causa y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, que carecen del calificativo de *fundamentales* al no encontrarse consagrados dentro del mencionado Capítulo Primero (1o.) del Título Segundo (2o.) de la Constitución Nacional. Es por ello que cuando se reclama la de Jurisdicción la protección de un derecho como el de la propiedad o dominio, o posesión, que no son fundamentales, la acción así intentada resulta improcedente, pues tales especies de derechos no gozan de la preferencial protección Constitucional”. (fls. 44 a 45 del expediente).

C. La impugnación del fallo anterior está contenida en un escrito visible a folio 51, cuyo texto expresa:

“Comedidamente por medio del presente manifiesto al Honorable Tribunal que impugno el fallo de Tutela para ante el Superior, según auto en traslado del día 4 de marzo o 3 de marzo/92 y estando dentro del término legal manifiesto lo siguiente:

“1o.— Que el predio vendido al Acueducto antiguo de Bosa es de 299 metros cuadrados según escritura No. 67932 de la Notaría 3a. de Bogotá.

“2o.— Que la E.A.A.B. actualmente mantiene en su poder un lote de terreno de 1000 metros, que tiene cercado con postes de madera y alambre de púas. Dicho lote lo cedió en arrendamiento últimamente a la señora María Teresa Carrillo para un taller de carpintería, es claro observar que la E.A.A.B. se ha apropiado de una porción de terreno de más de 700 metros<sup>2</sup>, que pertenecen a mi finca ‘La Vega’. Por lo consiguiente se demuestra que mi derecho violado por la E.A.A.B son los derechos de los principios fundamentales según el Art. 2o. de la Nueva Constitución Política de Colombia inclusive en cuanto se refiere a los 299 metros<sup>2</sup> de terreno que es de propiedad del Acueducto antiguo de Bosa según Escritura 67932 de la Notaría 3a. de Bogotá se debe proceder a dar aplicación al contenido del Art. 929 del Código Civil de las servidumbres legales.

“3o.— Que el Honorable Tribunal dice en el fallo de Tutela que los derechos adquiridos por las leyes civiles o posesión de inmuebles no proceden en la acción de tutela no aparecen tales derechos como fundamentales en la Carta Magna de Colombia, pero al Honorable Tribunal se le ha olvidado que los derechos de los principios fundamentales de todos los ciudadanos colombianos tales derechos si aparecen en la Nueva Constitución Política de Colombia, por lo consiguiente si procede la Acción de Tutela solicitada para que así haya justicia y se hagan respetar mis derechos violados”. (fl. 51 del expediente).

#### LA SALA CONSIDERA:

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 aquéllas 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 mo-

derna 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 DUGUIT:

“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.

Fluye así, con claridad, la improcedencia de la acción de tutela invocada para su protección.

B. Además de lo dicho, hay que recalcar el carácter subsidiario con que se introdujo la acción de tutela en nuestro sistema jurídico, lo cual implica su improcedencia cuandoquiera que el titular del derecho quebrantado disponga de mecanismos distintos para su defensa.

Este es el caso, pues el actor podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria para la recuperación del bien que dice haber perdido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia impugnada.

Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Ausente; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Con aclaración de voto; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Aclara Voto; Julio César Uribe Acosta, Aclaró Voto; Diego Younes Moreno*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiocho (28) de abril de mil novecientos noventa y dos (1992).

**DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHOS A LA PROPIEDAD PRIVADA— (Aclaración de Voto)**

**La propiedad privada no ha dejado de ser derecho para pasar a ser simplemente una función, como se sostiene en el fallo; lo que ocurre es que modernamente la propiedad es un derecho que impone obligaciones que se logran cumpliendo con la función social. Esta noción no solamente se consagró en el artículo 30 de la Constitución Nacional de 1936, sino que desde el propio Código Civil así se determinó en el artículo 669.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de voto del doctor Daniel Suárez Hernández.*

Consejero ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-089. Actor: Rodolfo Escobar Cuervo.

Como lo sostuve durante el debate adelantado en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, estoy de acuerdo con la parte resolutive del fallo más no con las consideraciones en que se fundamenta, por las siguientes razones:

- 1a. El accionante contaba con otros mecanismos de defensa, cuales eran las acciones posesoria y reivindicatoria, con las cuales hubiera podido hacer valer sus derechos. Esta razón era bastante para, con base en lo prescrito por el art. 86 de nuestra Carta Política y el Decreto 2591 de 1991, el a quo y el ad quem, rechazaren la acción de tutela, dado que éste es un mecanismo residual que solamente procede cuando se carezca de otra acción para hacer valer el derecho conculcado.

- 2a. No comparto la tesis del a quo, aplaudida por el ad quem, en el sentido de que los derechos fundamentales son exclusivamente los consagrados en el capítulo I del Título 2 de la Constitución Nacional. Allí está la gran mayoría de esta categoría de derechos más no los únicos, pues, basta con enunciar los arts. 44, 48, 49, 51, 58, 67, 90 y 333, entre otros, para concluir que éstos también contienen derechos de esta especie vale decir, fundamentales.
- 3a. La propiedad privada no ha dejado de ser derecho para pasar a ser simplemente una función, como se sostiene en el fallo; lo que ocurre es que modernamente la propiedad es un derecho que impone obligaciones que se logran cumpliendo con la función social. Esta noción no solamente se consagró en el art. 30 de la Constitución Nacional en 1936, sino que desde el propio Código Civil así se determinó en el art. 669.

Atentamente,

*Daniel Suárez Hernández.*

Santafé de Bogotá, D.C., 18 de mayo de 1992.

*Aclaración de Voto.*— Referencia: Expediente No. AC-089. Actor: Rodolfo Escobar Cuervo.

Voté favorablemente el fallo de impugnación proferido en el proceso de la referencia por compartir el argumento de literal B de la parte motiva, o sea, por disponer el titular del derecho vulnerado o amenazado, de mecanismos distintos para la defensa de éste. En ese sentido se pronunció la Sala en fallo de impugnación del que fue ponente el suscrito (Sentencia de marzo 26 de 1992. Expediente No. AC-054. Actor: Jorge Enrique Ramírez O.).

Pero discrepo en lo concerniente a que el derecho a la propiedad no sea un derecho fundamental. Es incluso primario, como que toda persona debe tener la posibilidad de conformar un patrimonio que le facilite la satisfacción de las necesidades para el pleno desarrollo de su personalidad y su dignificación social. Otra cosa es que en ese propósito esté sometido a la que respecto de la propiedad y su defensa estatuyan los códigos civil, comercial, de minas, etc., y los procedimentales.

Santafé de Bogotá D.C., mayo 21 de 1992.

*Amado Gutiérrez Velásquez.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto: Doctor Julio César Uribe Acosta.— Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-089. Actor: Rodolfo Escobar Cuervo.

Aunque comparto la decisión de fondo, me separo de la sentencia en cuanto en sus considerandos sienta la tesis de que los derechos fundamentales son únicamente los que se recogen, bajo ese rubro, en los artículos once y siguientes de la Constitución Nacional.

En esta materia estimo que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de informar el ordenamiento jurídico, y que se orientan a defender la dignidad de la persona humana.

Por lo mismo, ellos no son dádiva ni del constituyente ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos, por decreto reglamentario.

Siendo la persona humana el ser más valioso de todo el universo, esos derechos le permiten moverse en el mundo, manejando las distintas circunstancias, con el fin exclusivo de permitirle su realización plena como tal.

Con toda consideración,

*Julio César Uribe Acosta.*

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Definición/DERECHOS FUNDAMENTALES— Titularidad/DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA/DERECHO DE SINDICALIZACION/ACCION DE TUTELA— Titularidad**

La equiparación de la denominación “derechos constitucionales fundamentales” con la de “derechos humanos” es clara en la doctrina. 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 que los inherentes a la persona humana. 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. Salvada la garrafal contradicción referente al hecho de disponer la Constitución que existen derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata (lo cual debe 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.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., doce de mayo de mil novecientos noventa y dos.*

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. A.C. 119. Actor: Sindicato de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. “SINTRACARBOL”.

Decide la Sala acerca de la impugnación que por medio de apoderado formuló el Sindicato Nacional de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A.

“SINTRACARBOCOL” contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 9 de abril de 1992 por intermedio de su Sección Primera.

### ANTECEDENTES:

La mencionada organización sindical formuló acción de tutela como mecanismo transitorio por violación del derecho de asociación sindical consagrado en el artículo 39 de la Constitución Nacional en escrito radicado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La acción está dirigida contra el auto 005 de 23 de abril de 1991 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Ubaté, la Resolución No. 001 de 21 de mayo de 1991 de la misma Inspección y contra la Resolución 459 del 12 de agosto de 1991 de la Dirección Regional Bogotá Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, actos administrativos que negaron la inscripción en el Registro Sindical, de la Junta Directiva del Comité Seccional de Ubaté del Sindicato referido, elegida en Asamblea Seccional de afiliados de Ubaté celebrada el 20 de marzo de 1991, por cuanto la solicitud correspondiente no llenaba los requisitos exigidos en la ley 50 de 1990.

La sentencia impugnada.

El Tribunal a-quo negó la solicitud de tutela básicamente por cuanto que, no obstante ser el derecho de asociación sindical un derecho fundamental, consagrado en el capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, no es de aquéllos que según el artículo 85 de la Carta se consideran como de aplicación inmediata y por lo tanto tampoco podría estimarse como objeto de protección inmediata por medio de la acción de tutela. Dijo el Tribunal a este respecto:

“De modo que como el derecho consagrado en el artículo 39 de la Constitución Nacional no es de aplicación inmediata, resulta claro que para su efectividad se debe tener en cuenta lo previsto en la ley, y, por tanto, no se puede pretender su protección mediante el ejercicio de la acción de tutela”. (fl. 174).

Adicionalmente la sentencia impugnada basó su decisión denegatoria en la circunstancia de que existían en relación con los actos administrativos supuestamente violatorios del derecho de asociación, medios de defensa judicial como son las acciones contencioso administrativas establecidas en la ley y que el hecho de haber incoado la acción como mecanismo transitorio fallaba en cuanto no se daba el requisito legal exigido para su procedencia esto es, que se buscara evitar un perjuicio irremediable.

La impugnación.

La apoderada de la organización sindical impugna en nombre de ésta la sentencia del a-quo y luego de manifestar que por las interpretaciones jurisprudenciales la Constitución se ha convertido en un rey de burlas expresa que no comparte el criterio de la Sala, puesto que el Tribunal consideró que el artículo 39 no es de aplicación inmediata, sin observar que el principio genérico de libre asociación establecido en el artículo 37, sí lo es. Cuestiona asimismo la no aceptación de la tutela como mecanismo transitorio argumentando que es apenas lógico que además de la indemnización económica proceda la acción de reintegro en estos casos porque la violación del derecho de asociación pone en peligro el derecho al trabajo y que la violación al derecho de asociación impone la obligación a indemnizar y la violación al derecho al trabajo, la de reintegrar.

### CONSIDERACIONES:

Bastaría a la Sala para confirmar la sentencia impugnada reafirmar los planteamientos hechos en ella por el Tribunal, ya que los encuentra razonados y juiciosos y además, sustentados en la jurisprudencia que sobre estos temas se ha ido conformando por la actuación de los distintos organismos judiciales encargados de tramitar las acciones de tutela, entre ellos, el Consejo de Estado. No obstante observa la Sala que existe en el presente caso una razón de mayor universo que las esgrimidas por el Tribunal y que conduciría igualmente a denegar por improcedente la decisión de tutela incoada, y por ello se considera conveniente analizarla a continuación.

Se trata de que como se narra en los antecedentes, la acción es promovida por el Sindicato de Trabajadores de Carbones de Colombia "Sintracarbocol", 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 sólo pueden tener tal característica en cuanto se predicen de las personas humanas, al igual que todos aquéllos 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 So-

viética, que consideró como derechos humanos o de la personalidad los denominados derechos sociales y culturales (derecho al trabajo, a un mínimun 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 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 fundamentales. 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 Serra explica que:

“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. 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 filosóficamente fuera posible admitir la existencia de derechos fundamentales de aplicación diferida. Esta situación ha llevado al Consejo de Estado a sostener la tesis, que ahora ratifica, de que sólo pueden tenerse como fundamentales para la aplicación de la acción de tutela, los derechos que aparecen expresamente calificados como tales en el texto constitucional. 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".

Ahora bien, aceptado el hecho de que los derechos fundamentales son aquellos que se predicán de la persona humana en cuanto tal, es preciso analizar si podría admitirse la existencia de tales derechos radicados en sujetos diferentes, como podrían ser las personas colectivas o morales.

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, sólo pueden ser titulares de derechos derivados, atribuidos por ese mismo orden jurídico y, por supuesto, modificables y extingüibles 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.

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 pretender pertenecer.

Las razones expuestas son suficientes para considerar que no puede prosperar la impugnación y en consecuencia deberá confirmarse la sentencia proferida por el Tribunal.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia impugnada.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente, aclaró voto; *Clara Forero de Castro*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Miguel González Rodríguez*, Con aclaración de voto; *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, Aclaró Voto; *Juan de Dios Montes Hernández*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Ausente; *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Jorge Penen Deltiure*, *Daniel Suárez Hernández*, Salvó Voto; *Julio César Uribe Acosta*, Aclaró Voto; *Diego Younes Moreno*,

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en sentencia de junio 17 de 1992, Exp. AC-0146, Actor: Sociedad Transportadora de los Andes S.A., Ponente: Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Titularidad/ACCION DE TUTELA—  
Titularidad/PERSONA JURIDICA (Aclaración de Voto)**

Me separo de la motivación del fallo que se orienta a predicar que las personas jurídicas no son titulares de la acción de tutela, pues transitando por este sendero se puede comprometer la existencia misma de los partidos políticos, de los sindicatos, de las iglesias, de las juntas de acción comunal, de la Nación, los departamentos, los municipios, etc. Resulta inexplicable y contrario a la lógica de lo razonable que una persona jurídica, con la tesis del fallo, no tenga derecho a invocar el debido proceso, su existencia como tal, el derecho que tiene a expresar y difundir su pensamiento y opiniones, etc.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto: Doctor Julio César Uribe Acosta..*

Referencia: Expediente No. AC-119. Actor: Sindicato de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A.

Con toda consideración me separo de la motivación del fallo que se orienta a predicar que las personas jurídicas no son titulares de la acción de tutela, pues transitando por este sendero se puede comprometer la existencia misma de los Partidos Políticos, de los Sindicatos, de las Iglesias, de las Juntas de Acción Comunal, de la Nación, los Departamentos y los Municipios, etc. Estimo que a todos estos centros de imputación jurídica no se les puede privar, en un momento dado, de su protagonismo para la defensa y promoción de los intereses políticos, económicos y sociales. Un sindicato, por ejemplo, tiene derecho a que no se le desconozca el derecho a decretar la huelga, el derecho a la negociación colectiva.

Cualquier sustentación de los derechos fundamentales debe partir de la concepción constitucional de Colombia como un Estado social de derecho solidario y fundado en la dignidad de la persona humana. Esta, por lo demás, también puede ver comprometidos sus derechos si no se le asegura su participación en la vida política, económica, cultural.

Resulta inexplicable y contrario a la lógica de lo razonable que una persona jurídica, con la tesis del fallo, no tenga derecho a invocar el debido proceso, su existencia como tal, el derecho que tiene a expresar y difundir su pensamiento y opiniones, etc.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta.*

Santafé de Bogotá, D.C., junio ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992).

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Titularidad/PERSONA JURIDICA**  
(Aclaración de Voto)

En el nuevo ordenamiento constitucional que rige a la República, encontramos, y de manera especial en el Capítulo I del Título II “de los derechos, las garantías y los deberes”, unos derechos catalogados como fundamentales —al parecer por el codificador o recopilador, y no por la Asamblea Constituyente— que corresponden a todas las personas, a mi modo de ver, y no solamente a las naturales o humanas, de carne y hueso, como se dice en la sentencia. Me refiero a derechos tales como, por ejemplo, el de tener una personalidad jurídica, el del buen nombre, el de conocer, actualizar y rectificar informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, el de inviolabilidad de la correspondencia, el de igualdad ante la ley, el del debido proceso y el de la doble instancia en los procesos judiciales.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto del Consejero Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente: AC-119. Actor: Sindicato de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A.

En la sentencia dictada por la Sala se llega a la conclusión de que, constitucional y legalmente, no es procedente que una persona jurídica o colectiva —como ahora se les denomina— promueva la acción de tutela que consagra el artículo 86 del nuevo ordenamiento constitucional del país, es decir, que sólo son titulares de ese medio excepcional de defensa de los derechos fundamentales, las personas naturales, esto es, el ser o persona humana de “carne y hueso”.

Para llegar a esa conclusión, la Sala se apoya en diversos conceptos doctrinales, según los cuales el término o expresión “derechos fundamentales” es igual, semejante, equiparable al de “derechos humanos”, es decir, los inherentes a la persona humana.

No salvé mi voto a dicho proyecto de sentencia, acogido por la mayoría de la Sala, por cuanto consideré que, EN PRINCIPIO, ello puede ser así. Pero aclaré mi voto a la decisión de confirmar la sentencia impugnada, en consideración a que ella no puede ser una posición absoluta.

En efecto; en el nuevo ordenamiento constitucional que rige a la República, encontramos, y de manera especial en el Capítulo I del Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, unos derechos catalogados como fundamentales —al parecer por el codificador o recopilador, y no por la Asamblea Nacional Constituyente— que corresponden a todas las personas, a mi modo de ver, y no solamente a las naturales o humanas, de carne y hueso, como se dice en la sentencia, si es que éste es y sigue siendo un Estado de Derecho, cuestión puesta en duda por no pocos. Me refiero, como lo observé en la sesión de la Sala en donde se adoptó la sentencia, a derechos tales como, por ejemplo, el de tener una personalidad jurídica (art. 14), el del buen nombre, que el Estado debe respetar y hacer respetar, el de conocer, actualizar y rectificar informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos, el de la inviolabilidad de la correspondencia (art. 15), el de igualdad ante la ley (ar. 13), el del debido proceso (art. 29), y el de la doble instancia en los procesos judiciales (art. 31).

¿Será acaso, le preguntaba a mis colegas de Sala, que una persona colectiva o jurídica no tiene esos derechos? ¿Podría desconocérsele a un grupo de personas asociadas, con ánimo o sin ánimo de lucro, y al ente que ellas han formado voluntariamente, por las autoridades públicas de Colombia, el derecho a que no se le viole su correspondencia, salvo que medie orden judicial; o que no se le reconozca el derecho al debido proceso, incluida la doble instancia judicial, salvo las excepciones de ley, o, en fin, a que se permita que se atente contra su buen nombre, que se traduce la mayoría de las veces en un “good will”, cuando, por lo demás, encontramos hoy en día no pocas disposiciones legales que obligan a las personas naturales integrantes de la persona colectiva, moral y o jurídica, a responder solidariamente ante terceros y ante el propio Estado?

Con el debido respeto por la opinión contraria, considero que no, y que cuando derechos de esa naturaleza se desconozcan o se pretendan desconocer a una persona colectiva ésta tiene la acción de tutela cuando se hayan vulnerado, o se encuentren amenazadas.

Comedidamente,

*Miguel González Rodríguez*, Consejero de Estado.

**NOTA DE RELATORIA:** A esta aclaración de voto adhiere el doctor **ALVARO LECOMPTE LUNA**. De otro lado, la aclaración de voto del Dr. **CARMELO MARTINEZ CONN** refiere lo siguiente: "Sólo discrepo de la sentencia anterior en cuanto a la cita del profesor Valencia Zea, que se trae como sustento de la sentencia, según la cual de los derechos humanos, sólo se tiene noticia a partir de la Revolución Bolchevique de 1917 que instauró el régimen comunista más cruel de que tenga memoria la humanidad y que felizmente para los sufridos y miserables pueblos que tuvieron que soportarlo, durante 70 años el pueblo Ruso, y, a partir de Yalta, en la entrega que los Estados Unidos e Inglaterra hicieron de gran parte de la humanidad, como es la Europa Oriental. Creo pues, que es un contrasentido poner como soporte de la sentencia una cita de un querido profesor equivocado".

**ACCION DE TUTELA—Titularidad/DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad/PERSONA HUMANA/PERSONA JURIDICA (Salvamento de Voto)**

Sin entrar en la polémica de si los derechos fundamentales, entre nosotros, son tan sólo los enumerados en los artículos 11 a 41 que constituyen el Capítulo I del Título II, pues en mi sentir existen otros, lo cierto es que algunos de los regulados por aquellas normatividades son predicables indistintamente de las personas individuales, comúnmente llamadas personas humanas, y de las personas colectivas, tradicionalmente conocidas como personas jurídicas.

*Salvamento de Voto del Consejero de Estado doctor Daniel Suárez Hernández.*

Consejero ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. AC-119. Actor: Sindicato de Trabajadores de Carbones de Colombia S.A. "Sintracarbocol".

Con el respeto acostumbrado para con el ponente y los demás miembros de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que apoyaron su trabajo, me vi precisado a salvar voto por las siguientes razones:

1. Nuestra Carta Política de 1991, ajustándose a la moderna terminología constitucional, prefirió hablar de DERECHOS FUNDAMENTALES y no simplemente de Derechos Humanos, o, Garantías Individuales, como pretéritamente lo hacían las cartas políticas.

2. El anterior tratamiento sobre DERECHOS FUNDAMENTALES, me llevan a pensar que esta expresión es mucho más amplia que la de Derechos

Humano o Garantías Individuales, criterio que también utilizó la Constitución Española de 1978, sobre la cual abrevó nuestro constituyente de 1991, de alguna manera.

3. Sin entrar en la polémica de si los DERECHOS FUNDAMENTALES, entre nosotros, son tan sólo los enumerados en los artículos 11 a 41 que constituyen el Capítulo I del Título II, pues en mi sentir existen otros, lo cierto es que algunos de los regulados por aquellas normativas son predicables indistintamente de las personas individuales, comúnmente llamadas personas humanas, y de las personas colectivas, tradicionalmente conocidas como personas jurídicas. Así pues, corresponde al juez de la tutela examinar si el derecho de cuyo amparo se trata, se aviene o no con el anterior criterio.

4. Las personas colectivas como realidades jurídicas y económicas que son, resultan por este sólo aspecto titulares del DERECHO FUNDAMENTAL consagrado en las siguientes normativas:

Artículo 13: Igualdad de las personas ante la ley;

Artículo 14: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica;

Artículo 15: Derecho al buen nombre;

Artículo 23: Derecho de petición;

Artículo 28: Derecho en cuanto a la intimidad de su sede social o inviolabilidad del domicilio;

Artículo 29: Derecho al debido proceso y derecho de defensa;

Artículo 31: Derecho a la no reformatio in pejus;

Artículo 34: Derecho a la no confiscación;

Artículo 38: Derecho de libre asociación (confederaciones);

Artículo 39: Asociación para sindicalizarse varias personas jurídicas empleadoras;

Artículo 90: Derecho de acción para obtener resarcimiento por daños antijurídicos provenientes de entidades públicas; y

Artículo 333: Derecho a emprender actividad económica e iniciativa privada libremente y derecho a la libre competencia económica.

Lo anterior pone de presente que la decisión tomada por la mayoría de mis colegas resultó desacertada, en cuanto rechazó la acción de tutela por el simple prurito de haber sido impetrada por una persona colectiva.

Respetuosamente,

*Daniel Suárez Hernández*

Fecha ut supra.

## **DERECHO DE PETICION/DERECHOS FUNDAMENTALES/ACCION DE TUTELA**

Toda persona tiene el derecho de pedirle al Estado que aplique su poder social en su defensa y el Estado tiene la obligación correlativa de resolver pronta y oportunamente su petición. Ninguna razón es valedera para que una autoridad pública se sustraiga de este deber acreditado. Acreditado que se pidió la protección policiva en ejercicio de una acción consagrada en la ley y que la autoridad competente ante quien se formalizó la querrela, en forma que para la Sala es inexcusable, se ha rehusado a tramitarla, procede a acceder a la tutela impetrada, ordenando al funcionario renuente resolver en forma inmediata la petición.

## **DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/DERECHOS FUNDAMENTALES—Inexistencia**

El derecho a la propiedad no fue considerado por el Constituyente como derecho fundamental y por ello escapa a la acción prevista en el artículo 86 de la Carta cuyo objeto es proteger los derechos constitucionales fundamentales.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C, junio diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-132. Actor: Guillermo Gaviria Echeverri.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por el ciudadano GUILLERMO GAVIRIA ECHEVERRI contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia de abril 3 de 1992, por medio de la cual se rechaza por improcedente la acción de tutela ejercitada contra las autoridades municipales y de policía de Apartadó y Urabá (Antioquia).

El accionante denuncia la violación de sus derechos fundamentales reconocidos en los artículos 13, 23, 24, 25, 28 y 58 de la Constitución Nacional y relata entre otros, los siguientes hechos:

Que es propietario de la finca denominada "La Chinita", situada en el municipio de Apartadó, la cual adquirió mediante escritura pública No. 7045 otorgada en la Notaría Quinta de Medellín el día 30 de diciembre de 1980 y distinguida con las matrículas inmobiliarias Nos. 0340000800 y 034-0000979 de la Oficina de Registro de II. PP. Seccional Turbo.

Que el día 11 de febrero de 1992 "como culminación de una serie de hechos de violencia en mi contra es invadida mi finca 'La Chinita' en forma arbitraria por cientos de personas indeterminadas...", que la invasión abarcó un área aproximada de 80 hectáreas.

Que el día 13 de febrero de 1992, el administrador de la finca se presentó ante el Alcalde de Apartadó para poner en conocimiento de las autoridades los hechos relatados y para demandar la protección que las normas de policía consagran.

Que el 20 de febrero siguiente se reunió con el Ministro de Defensa, el Comandante de la IV Brigada de Medellín, el Comandante de la Policía de Antioquia y el Comandante de la Policía de Urabá para demandarles protección de sus derechos.

Que el 21 de febrero invadieron otros terrenos de la misma heredad, hechos que también fueron denunciados por el administrador de la finca al Alcalde Municipal de Apartadó.

Que el 22 de febrero los candidatos a la Alcaldía de Apartadó, por el EPL y la UP, se presentaron a la invasión para hacer proselitismo político con la situación de los invasores evidenciando un transfondo político de los hechos narrados.

Que a causa de dicha invasión son innumerables los perjuicios económicos para el accionante.

Que el 3 de marzo de los corrientes, el actor en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y en su Decreto Reglamentario 992 de 1930, solicitó al Alcalde Municipal de Apartadó, la orden

y verificación del lanzamiento de los invasores, “única acción viable en este caso” y que hasta el momento el Señor Alcalde no ha cumplido con su deber legal, incurriendo en grave omisión.

El accionante concreta así sus peticiones:

Que se tutelen los derechos fundamentales vulnerados por la omisión del Alcalde Municipal de Apartadó y la Policía de Urabá.

Que se ordene a la Policía desalojar a los actuales invasores de la finca “La Chinita” y en lo sucesivo desalojar a los que insistieren en esta ilícita conducta.

Que se restablezca el estado de la finca a la situación en que se encontraba con anterioridad a la invasión.

Que la Alcaldía Municipal de Apartadó, la Policía Nacional y el Ejército presten pronta y permanente protección de sus derechos constitucionales.

El Tribunal sustenta su decisión desfavorable a la petición de tutela en los siguientes términos:

“De lo transcrito se desprende que no es procedente en este caso el ejercicio de la acción de tutela, por cuanto lo pretendido por el actor tiene perfectamente asidero en otras acciones, tal como la Reivindicatoria (art. 946 C.C.), Posesoría (art. 762 C.C.), Reparación Directa (art. 86 C.C.A.). Por demás el art. 60. del Decreto 2591 de 1991, al indicar las causales de improcedencia de la tutela, señala: ‘1.— Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales...’

...

Consecuente con lo anterior, el demandante debió dirigirse primeramente a la vía judicial en ejercicio de las demás acciones que consagra la ley para casos como el que se ventila en esta oportunidad, tal como lo indica expresamente el precepto constitucional.

Así las cosas se rechazará la acción de tutela impetrada en el evento su-júdice (sic)”.

El impugnante ataca la decisión del a quo por las siguientes razones:

“La acción reivindicatoria NO PUEDE SER INTENTADA SINO (sic) SE CONOCE CONTRA QUIEN VA DIRIGIDA. Es imposible determinar cuántos y cuáles son los invasores. A diario entran y salen

personas del sitio de los acontecimientos. Todos los días inician construcciones nuevas. Permanentemente llegan gentes desconocidas al sitio. A pesar de lo reciente de la invasión he conocido que ya están 'vendiendo' lotes en mi propiedad. La ocupación de hecho es a diario ampliada ante la desprotección policiva de que soy objeto.

Tampoco puedo intentar la acción Reivindicatoria contra uno o varios invasores, pues tengo que hacerla contra la totalidad y estar ellos plenamente identificados...

Visto está que la acción reivindicatoria no la puedo intentar: No conozco los invasores. No los conoce la autoridad legítima. No son siquiera gentes del Municipio de Apartadó como lo han reconocido los habitantes de esta ciudad...

La razón anterior es perfectamente aplicable a la acción Posesoría que también dice el Tribunal Administrativo de Antioquia que puedo intentar,...

Es un imposible físico y jurídico que yo pueda establecer el nombre y la identidad de las personas que tienen invadida mi propiedad...

Dice finalmente la Sala de decisión que puedo acudir a la Justicia Administrativa para obtener la reparación directa por el daño que se me ha causado. Desconocía como lego en materias jurídicas que soy, que por esta acción podía proteger los derechos violentados. Seguramente cuando no encuentre juez o autoridad competente que ampare mis derechos acudiré al Contencioso Administrativo para que las omisiones de éstos me las reconozca el Estado.

No queda pues otra acción que la ya tantas veces dicha en esta acción de tutela que la contemplada en la Ley 57 de 1905 intentada ante la Alcaldía Municipal de Apartadó donde se guarda un delictivo silencio, quedando el suscrito sin recurso viable y jurídico para hacer valer derechos fundamentales que me reconoce la Constitución Nacional.

Estamos ante un hecho que es casi imposible hasta la indemnización, imposibilidad de sentido común, lo que ya supera la definición misma del Art. 16, numeral 1, inciso 2 del Decreto 2591 de 1991 como condición o exigencia para que la ACCION DE TUTELA SEA VIABLE, aún en el evento de que existan otros recursos o medios de defensa judicial.

Pero además, si como sostiene el fallo se dieran otros medios de defensa, éstos, según manda la norma citada, para negarse la tutela, deberán

ser apreciados en 'concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante' y los medios de las acciones judiciales reivindicatorias y posesorias alegadas por los Magistrados no fueron apreciadas en 'concreto' y mucho menos mirando las circunstancias 'en que se encuentra el solicitante' de AMENAZA, EXTORSION, VIOLENCIA, INVASION TERRORISTA, contra las que toda acción sometida a TERMINOS, EXCEPCIONES, etc. es nugatoria e inútil (sic).

### OTRAS CONSIDERACIONES:

1. El Art. 4 del Decreto 2591 de 1991 al referirse a la interpretación de los derechos tutelados, dice: 'Se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia'. Para nadie es un secreto que la Convención Americana de los Derechos Humanos fue acogida por Colombia y somos signatarios de ella... Además el art. 21 de la misma Convención nos indica:

"Art. 21.— Derecho a la propiedad privada. 1.— Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.— 2.— Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formalidades establecidas por la ley...".

Debe pues el H. Concejo de Estado (sic) tutelar este derecho y los demás que me están siendo conculcados con la omisión de las autoridades de policía del Municipio de Apartadó (Ant)". (Destacado y subrayado por el impugnante). (Fls. 85 a 89).

Más adelante, el impugnante mediante escrito que obra a folios 91 a 94, reafirma los hechos materia de esta acción y para el efecto allega copia de certificación expedida por la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Municipal de Apartadó, de abril 24 de 1992, en la que se dice que su querrela "solamente ha sido radicada, sin haber realizado actuación posterior".

### Información del Alcalde Municipio de Apartadó.

En ejercicio de la facultad conferida por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, se solicitó al Alcalde Municipal de Apartadó informara sobre la demanda policiva presentada en su Despacho por el accionante y el funcionario requerido presentó una prolija información, en la que destaca que la invasión a la finca "La Chinita" tiene dos causas: primera, el "grave déficit de vivienda existente en Apartadó y en general en la región de Urabá... habíamos informado al Doctor Juan Gómez Martínez, Gobernador de Antioquia, en reunión sostenida el día 22 de enero de este año, la situación dra-

mática que se observaba para miles de familias, que careciendo de techo, buscaban afanosamente una solución a su necesidad” y segunda, el incentivo absurdo “por parte del mismo Gobierno Nacional, cuando en el mes de junio de 1991, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, anunció públicamente en un foro realizado en la Región, la expedición del Decreto 1457 de junio 5 de 1991, por medio del cual se otorgaba un tratamiento preferencial aduanero y cambiario a los Municipios de la Región de Urabá...” que “generó una expectativa tal, que de inmediato miles de personas y de familias se trasladaron desde otras regiones y Municipios del país, hasta Apartadó y otros centros urbanos de la Zona Bananera de Urabá, en búsqueda de mejores oportunidades de vida, las cuales eran supuestamente posibles y alcanzables a la luz de la nueva regulación expedida por el Gobierno”.

Relata el burgomaestre que anteriormente se había presentado otra invasión en la misma finca, que fue solucionada pacíficamente con la promesa de reubicar las familias invasoras, lo cual se llevó a efecto en gran medida en terrenos que le fueron comprados al mismo accionante. Agrega que el municipio está insistiendo ante otras entidades del Estado a fin de adquirir más franjas de terreno urbanizable para reubicar a las personas que demuestren un tiempo mínimo de permanencia en la región (2 años), así como también prueben no tener vivienda y hacer parte de un grupo familiar. Que existe buena voluntad del Gobernador de Antioquia, de Inurbe, y de la Diócesis de Apartadó y que en días recientes llegó a un acuerdo con el SENA para adquirir un predio que será aportado por el municipio a la solución del conflicto.

Concretamente respecto a la querrela por la que se le preguntó, dice: “Este despacho se ha abstenido de darle curso a dicha demanda, teniendo en cuenta que un lanzamiento por medio de la fuerza pública sólo contribuirá a agudizar más los conflictos sociales que padece la Región y que tanta violencia han generado”.

Para resolver se

#### CONSIDERA:

Pretende el accionante la tutela de sus derechos fundamentales “establecidos en los artículos 13, 23, 24, 25, 28 y 58 de la Constitución Nacional”.

1. En relación con el artículo 58 de la Constitución Política, la Sala precisa que el derecho a la propiedad no fue considerado por el Constituyente como derecho fundamental y por ello escapa a la acción prevista en el artículo 86 de la Carta cuyo objeto es proteger los derechos constitucionales fundamentales.

2. En cuanto a los derechos de circulación, artículo 24, al trabajo, artículo 25, libertad personal y domiciliaria, artículo 28, que sí son considerados como fundamentales, encuentra la Sala que los hechos que según el relato del peticionario los vulneran, no son atribuibles a autoridad pública alguna, sino a particulares que, según su dicho, valiéndose del asesinato, el secuestro, la extorsión y el boleteo, lo amenazan y le impiden el acceso a su finca, y a otros, también particulares, que invadieron buena parte de su predio, desposeyéndolo a él y a sus trabajadores, de la fuente de sus ingresos y molestándolo en su persona y en su domicilio.

La única imputación concreta a la autoridad pública que se deduce de su escrito, respecto a estos derechos, es la falta de protección que obligatoriamente deben brindar todas las autoridades de la República, por mandato del artículo 2o. de la Constitución Política a todos los residentes en Colombia en forma igualitaria, según lo impone el artículo 13 de la misma.

Esta falta de protección, empero, que podría imputarse genéricamente al Estado frente a cualquier hecho ilícito que cometa un particular contra otro, no es corregible por la vía de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Nacional estableció el mecanismo extraordinario de la tutela contra actos y omisiones de la autoridad pública que directamente violen o amenacen los derechos fundamentales de una persona, o contra actos y omisiones de particulares pero sólo cuando estén 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 hallare en estado de subordinación o indefensión.

Para reprimir los demás actos ilegales de los particulares debe el afectado utilizar las acciones judiciales ordinarias, civiles, penales, laborales, etc., pues son los jueces ordinarios quienes deben juzgarlos y aplicar el derecho en cada caso concreto que se someta a su decisión.

3. La denegación de autoridad que denuncia el accionante, consistente en que la autoridad administrativa que es la llamada a brindar la protección inmediata al desposeído de la tenencia material de una finca, se ha negado a dar curso a su querrela, sí configura una omisión atribuible a una autoridad pública y podría vulnerar el derecho fundamental de petición proclamado en el artículo 23 de la Constitución Política, que fue igualmente invocado por el peticionario; y como contra tal omisión, el afectado no dispone de otro medio adecuado defensa judicial, estima la Sala que erró el a quo al considerar que la tutela era improcedente. Habrá por tanto la Sala de entrar a examinar los hechos y determinar si debe accederse a la tutela impedida.

La omisión que se acusa, se encuentra probada mediante la copia informal de la denuncia dirigida al Alcalde Municipal de Apartadó por el administrador de la finca "La Chinita", recibida en ese Despacho el 13 de febrero de 1992, (fl. 34); con la copia simple de la querrela formal presentada por el señor Guillermo Gaviria Echeverri al señor Alcalde de Apartadó, recibida el 3 de marzo del mismo año, (fl. 38); con la certificación expedida el 24 de abril de 1992 por el Secretario de Gobierno del Municipio, respecto a que "la querrela instaurada para el desalojo de las personas que tomaron posesión del lote perteneciente a la Hacienda La Chinita, solamente ha sido radicada, sin haber realizado actuación posterior". (fl. 194); y finalmente, con la propia información del Alcalde Municipal de Apartadó, que dice que ese despacho "se ha abstenido de darle curso a dicha demanda". (Cdn. 2).

Aduce el funcionario consideraciones de orden social que resume así: "un lanzamiento por la fuerza pública sólo contribuirá a agudizar más los conflictos sociales que padece la Región y que tanta violencia han generado".

Estima sin embargo la Sala, que tales circunstancias aténúan su conducta pero no legitiman ni justifican el desconocimiento de los derechos fundamentales del accionante.

Toda persona tiene el derecho de pedirle al Estado que aplique su poder social en su defensa y el Estado tiene la obligación correlativa de resolver pronta y oportunamente su petición. Ninguna razón es valedera para que una autoridad pública se sustraiga de este deber.

Loable es la actitud que dice el señor Alcalde viene realizando para solucionar el déficit de vivienda en su región, pero tan noble fin no puede anteponerse al cumplimiento de las funciones que le señala la Constitución y la ley; si se trata de la preservación de orden público, es indudable que la ausencia de autoridad podría resultar más perturbadora que el fenómeno social que en este momento afecta a la región y que puede ser enfrentado adecuadamente por los medios constitucionales y legales que tienen las autoridades a su alcance, inclusive la expropiación por motivos de interés social.

La Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, en ejercicio de los cuales el accionante elevó la querrela, disponen un mecanismo ágil para que la autoridad pueda prestar una protección pronta, inmediata, que impida que el problema crezca y se haga inmanejable, sin beneficiar a nadie, ni siquiera a los mismos invasores que resultan hacinados en asentamientos irregulares infrahumanos.

Dilatar la resolución que deba tomarse hace que el mecanismo resulte ineficaz por inoportuno y hasta puede llegar a incentivar la repetición de fenómenos similares que ya tienden a generalizarse, como bien lo expresó el Ejecutivo al dictar recientemente el Decreto 747 de 6 de mayo de 1992 "por

el cual se dictan medidas policivas con el fin de prevenir invasiones en predios rurales que están ocasionando la alteración del orden público interno en algunos Departamentos”.

4. De manera que, acreditado como está que el accionante pidió la protección policiva en ejercicio de una acción consagrada en la ley y que la autoridad competente ante quien se formalizó la querrela, en forma que para la Sala es inexcusable, se ha rehusado a tramitarla, procede acceder a la tutela impetrada, ordenando al funcionario renuente resolver en forma inmediata la petición. Para ello habrá de revocarse la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### **FALLA:**

1. REVOCASE la sentencia impugnada.

2. En su lugar accédese a la tutela impetrada únicamente en cuanto al derecho de petición, y ordénase al Alcalde Municipal de Apartadó (Antioquia) tramitar y resolver en los términos que considere se ajusten a la ley, la querrela presentada en su Despacho el 3 de marzo de 1992 por el señor Guillermo Gaviria Echeverri.

3. El trámite se iniciará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia y su resolución se proferirá dentro del término estipulado en la Ley 57 de 1905 y su Decreto Reglamentario 992 de 1930.

4. Niéganse las demás peticiones del accionante.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese por telegrama al accionante y vía fax al Alcalde Municipal de Apartadó (Ant.).

Remítase copia al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de junio tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Salvo Voto; Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Ausente; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Ausente; Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Salva Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Salva Voto; Daniel Suárez Hernández, Salva Voto; Julio César Uribe Acosta, Salva Voto; Diego Younes Moreno, Ausente;*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD/ACCION DE TUTELA— Improcedencia/DERECHO DE ACCION/ DERECHO DE PETICION (Salvamento de Voto)**

Contra el despojo de la finca de que fue objeto el actor, tiene éste a su favor otros medios de defensa judicial que hacen improcedente la acción de tutela, por el carácter subsidiario y residual de ésta. En efecto, cuenta el actor por la vía de la jurisdicción ordinaria, con la acción posesoria, a través de la cual puede obtener la recuperación de su posesión; y la acción reivindicatoria, que le permite hacer valer su derecho de propiedad sobre la finca aludida. A partir de la fecha en que entró en vigencia la nueva Constitución Nacional, el derecho de acción dejó de ser una modalidad del derecho de petición, pues el nuevo Estatuto Constitucional le ha dado un tratamiento autónomo y denominación diferente.

*Salvamento de Voto.*

Referencia: Expediente AC—132. Actor: Guillermo Gaviria Echeverri.

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala considero que en el caso sub-judice ha debido confirmarse la providencia impugnada de 3 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, ya que, a mi juicio, la tutela deprecada es improcedente por las siguientes razones:

1. Como bien lo afirmó el Juzgador de primer grado contra el despojo de la finca "La Chinita" de que fue objeto el actor tiene éste a su favor otros medios de defensa judicial que hacen improcedente la acción de Tutela, por el carácter subsidiario y residual de ésta.

En efecto, cuenta el actor por la vía de la jurisdicción ordinaria: la acción posesoria (artículo 972 y s.s. C.C.), a través de la cual puede obtener la recuperación de su posesión; y la acción reivindicatoria (artículo 946 C.C.), que le permite hacer valer su derecho de propiedad sobre la finca aludida.

En cuanto a la omisión en que supuestamente incurrió el Alcalde Municipal de Apartadó puede ejercitar la acción de reparación directa (artículo 86 C.C.A.) ante esta jurisdicción contra el citado municipio.

2. Estimo que a partir del 5 de julio de 1991, fecha en que entró en vigencia la nueva Constitución Nacional, el derecho de acción dejó de ser una modalidad del derecho de petición, pues el nuevo Estatuto Constitucional le ha dado un tratamiento autónomo y denominación diferente. Es así como el artículo 229 lo consagra como “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”.

Tal concepción descarta que la irresoluta acción de amparo policivo de la propiedad, que dio origen a la Tutela y que implica, a mi juicio, el ejercicio excepcional de una función jurisdiccional a cargo de una autoridad administrativa —hoy con rango constitucional en el artículo 116—, pueda encuadrar dentro del derecho de petición, lo cual imposibilita, por obvias razones, la transgresión de este derecho constitucional fundamental.

Las consideraciones precedentes justifican, en mi opinión, la confirmación del fallo impugnado y no su revocatoria.

Fecha ut supra.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.*

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Salvamento de Voto)**

En este caso más que en cualquiera otro, el accionante gozaba de múltiples medios de defensa judicial y por ello la tutela debió despacharse negativamente. El querellante frente a la conducta omisiva del alcalde para desatar la querrela, contaba con una típica acción penal por clara denegación de justicia y abuso de autoridad por omisión; las acciones posesoria, reivindicatoria y publiciana, que para incoarlas no es menester anticipadamente agotar querrela policiva; además, penalmente existe la figura conocida con el nombre de “perturbaciones de la posesión”.

**DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA— Improcedencia (Salvamento de Voto)**

El derecho fundamental de petición, por sí solo, no es de aquellos que resulte amparable a través del mecanismo de tutela, dado que se trata de un derecho que tienen las personas para presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución, pero vinculado a otro derecho que viene a constituir su contenido; en otros términos, es como si el derecho personal y abstracto de petición fuere el continente en tanto que otro derecho subjetivo concreto fuere su verdadero contenido.

*Salvamento de Voto de los Consejeros de Estado Consuelo Sarria Olcos, Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández.*

Consejera ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-132. Actor: Guillermo Gaviria Echeverri.

Con el respeto acostumbrado para con la Magistrada Ponente y demás compañeros de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que acogieron su proyecto, disentimos de la resolución o fallo proferido en el asunto de la referencia, pues, en sentir de los suscritos debió denegarse la pretendida tutela, por las siguientes razones:

1. El fallo considera que es digno de tutela el derecho de PETICION que el accionante señaló como violado por parte del Alcalde Municipal de Apartadó; por negarse a darle trámite a la querrela de amparo policivo con fines restitutorios que el accionante impetró ante dicha autoridad con fundamento en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y su Decreto reglamentario 992 de 1930; ocurre, sin embargo, que el derecho fundamental de PETICION, por sí solo, no es de aquellos que resulte amparable a través del mecanismo de tutela; dado que se trata de un derecho que tienen las personas para presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución, pero vinculado a otro derecho que viene a constituir su contenido; en otros términos, es como si el derecho personal y abstracto de petición fuere el continente en tanto que otro derecho subjetivo concreto fuere su verdadero contenido.

Pero es más: En el caso concreto se lee a folios 140 y 141 del expediente, que el Alcalde Municipal de Apartadó tuvo motivos, válidos o no, que allí se precisan, para no desatar la querrela policiva. Esto es, que el funcionario referido se encuentra frente al fenómeno conocido con el nombre de DENEGACION DE JUSTICIA, la cual, le corresponde administrar excepcionalmente por autorización de la Constitución Nacional (artículo 116) y de la Ley (57 de 1905).

Significa lo anterior que el querellante frente a la conducta omisiva del Alcalde para desatar la querrela, contaba con una típica acción penal por clara denegación de justicia y abuso de autoridad, por omisión.

Entonces, por este aspecto, la tutela no procedía dado que existe otro mecanismo (acción penal) para defender el derecho que el accionante dice se le estaba violando.

2. El ejercicio de la acción policiva de restablecimiento del statu quo, previsto por la Ley 57 de 1905 y su Decreto reglamentario 992 de 1930, no constituye prerrequisito ni trámite prejudicial, ni preadministrativo, para deprecar las acciones judiciales con que cuenta el simple poseedor, el verdadero dueño o poseedor irregular que se encuentra en vías de usucapir. En efecto, en los artículos 972, 946 y 951 del C.C., en su orden, se prevén las

llamadas acciones POSESORIA, REIVINDICATORIA y PUBLICIANA, pero para incoarlas no es menester que anticipadamente se hubiere agotado querrela policiva alguna. En otros términos, la acción policiva para el restablecimiento del statu quo es un mecanismo adicional, elemental y *facultativo* que se brinda al administrado para que intente mediante un procedimiento breve y sumárisimo volver las cosas a como se encontraban antes de la perturbación. Pero, por lo facultativo que es, el ejercicio de este instrumento no es necesario agotarlo y ni siquiera intentarlo; se puede, pues, válidamente, ocurrir de manera directa al órgano jurisdiccional para el ejercicio de cualquiera de las tres acciones en antes precisada.

De lo últimamente señalado, también se colige que no se encontraba desamparado el accionante, ya que podría encuadrar su situación jurídica en cualquiera de las acciones alternativas ya referidas, y, por lo mismo, no resultaba viable la acción de tutela.

3. Finalmente, observamos durante la discusión del proyecto, que en el Código Penal, también existe la figura conocida con el nombre de PERTURBACIONES A LA POSESION, a efecto de que el hecho punible una vez tipificado pueda achacársele al perturbador y si resultare además anti-jurídico y culpable, se le sancionase conforme a dicho ordenamiento y se restablezcan las cosas al estado anterior.

Viene de lo dicho que en este caso, más que en cualquiera otro, el accionante gozaba de múltiples medios de defensa judicial por ello la tutela debió despacharse negativamente.

Respetuosamente,

*Consuelo Sarria Olcos, Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.*

Fecha ut supra.

NOTA DE RELATORIA: A este Salvamento adhiere el Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, quien además reitera su posición adicional con la jurisdicción de tutela, la cual fue consignada por anterior salvamento de voto (Exp. AC-014), publicado en este mismo tomo pág. 147.

**DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD/TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia**

**La acción de tutela no puede prosperar por cuanto, de una parte, no es posible ordenar a la administración que tome una decisión que ya existe en virtud de la ley (silencio administrativo) y, de otra, porque al existir esa decisión los interesados tienen otros recursos o medios de defensa judiciales, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que la acción se haya ejercido ni pudiera ejercerse como mecanismo transitorio para evitar un juicio irremediable.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., diez de junio de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-152. Actor: María Vicenta del Carmen Caicedo de Giraldo y otros.

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir la impugnación formulada por la Caja Nacional de Previsión Social, contra el fallo de tutela proferido por la Sección Segunda, Subsección "C" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fecha 14 de mayo de 1992.

**I.— ANTECEDENTES**

Mediante escrito presentado en la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día 29 de abril de 1992, el doctor Zala-

tiel Barrero Farfán, actuando como apoderado de un total de 76 ciudadanos ejerció la acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social para solicitar se reconozca a sus mandantes las pensiones de jubilación, las reliquidaciones de las mismas y las sustituciones pensionales.

El accionante, funda su petición en el hecho de que desde 1987 hasta 1991 ha venido presentando ante la Caja Nacional de Previsión Social varias solicitudes de "Pensiones de Jubilación Magisterio, Reliquidaciones de Pensión Magisterio, Pensiones de Jubilación Nacional, Reliquidaciones de Pensión Nacional y sustituciones Pensionales" (fl. 1), sin que hasta la fecha se le haya notificado ninguna providencia, causándole por ello perjuicios a sus poderdantes, ya que, según expresa, muchos fueron retirados o renunciaron de sus cargos desde entonces y se encuentran a la espera de que se les reconozcan sus pensiones.

## II.— LA DECISION IMPUGNADA

Previo el trámite pertinente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, decidió la acción mediante fallo de 14 de mayo de 1992, en los términos que se expresan a continuación: 1o.) Tutelando "... el derecho de petición que en interés particular (art. 23 de la C.N.) ha incoado el doctor Zalatiel Barrero... (...) ... con ocasión de la conducta de silencio que ha recaído en las peticiones que algunas personas han formulado ante la Caja Nacional de Previsión para que les sean reconocidas prestaciones económicas..."; 2o.) Ordenando que dentro de las 48 horas siguientes, al quedar en firme esa providencia la Caja nacional de Previsión Social, "... definirá sobre la admisión, rechazo o adecuación a las exigencias propias que los reglamentos determinen para las prestaciones que han hecho las personas..." que acudieron en virtud de tal acción; 3o.) Se ordena la notificación personal de tal decisión al Gerente de la Caja Nacional de Previsión y 4o.) Se expresa que en caso de no ser impugnada tal sentencia se envíe a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

De la decisión adoptada se apartó uno de los Magistrados, salvando su voto, por las razones que a continuación se exponen, en forma resumida:

1) Del escrito presentado por el doctor Zalatiel Barrero Farfán, se colige claramente que lo que se pretende con la acción de tutela es que se ordene el reconocimiento de las prestaciones demandadas ante la Caja y no, como lo sostiene el fallo, la protección al derecho de petición ordenando que se produzcan las respuestas pertinentes.

2) No aparece violado el derecho de petición por cuanto en ejercicio de éste fue que los actores formularon sus solicitudes ante la Caja Nacional de Previsión Social, las que en sede administrativa se vieron afectadas por el silencio administrativo negativo, surgiendo así un acto ficto o presunto fren-

te al cual procede la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A. De lo anterior se deduce que sí existía otro mecanismo de defensa judicial al cual acudir, para obtener su restablecimiento y protección.

3) No aparece claridad de si la acción de tutela se ejerció como un mecanismo ordinario, por no existir otro medio de defensa judicial, o como un mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables.

Hay que tener en cuenta, señala el Magistrado disidente, que cuando se está en presencia de hechos consumados, la acción de tutela es improcedente. Ahora, agrega, si lo que se pretende es evitar perjuicios irremediables, la acción de tutela es procedente pero en forma transitoria, en cuyo caso es de rigurosa aplicación el artículo 8o. del D.L. 2591 de 1991. En el caso bajo análisis los actores estimaron que la administración ya les había causado daño y que seguiría causándolo.

4) El derecho de petición está sujeto a ciertas reglamentaciones de orden legal y administrativo y, por lo tanto, debe garantizarse es a través de ellas, por lo que proceder en forma contraria, como se hace en la sentencia, es soslayar dichas disposiciones.

### III.— FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El impugnante expresa que la acción de tutela intentada es improcedente por cuanto el artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, así lo establece. Llama la atención sobre el hecho de que el reconocimiento y pago de prestaciones, como las aquí solicitadas, deben someterse a un trámite administrativo interno, a un turno de acuerdo con su fecha de presentación y a la asignación presupuestal respectiva.

Considera, finalmente, que la Caja Nacional de Previsión Social se ha ceñido al procedimiento establecido para otorgar el reconocimiento y pago de las prestaciones.

### IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

Analizados los antecedentes indicados, la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el salvamento de voto a dicha decisión, así como los argumentos de la impugnación, la Sala encuentra dos situaciones que impiden la prosperidad de la acción de tutela intentada, y que la llevarán a revocar el fallo de primera instancia:

1o.— Del escueto escrito del apoderado de los accionantes se desprende que si bien en el presente caso la acción de tutela se ha ejercido con fundamento en el hecho de que desde 1987 hasta 1991 ha venido presentando

ante la Caja varias solicitudes de "Pensiones de Jubilación Magisterio, Reliquidaciones de Pensión Magisterio, Pensiones de Jubilación Nacional, Reliquidaciones de Pensión Nacional y sustituciones Pensionales", dicha acción se ejerce expresamente "a fin de que la Caja Nacional de Previsión Social reconozca las pensiones de jubilación, reliquidaciones y sustituciones pensionales a mis mandantes", como se afirma en el encabezamiento del escrito.

En esas circunstancias, para la Sala es claro que la acción intentada no puede prosperar porque es evidente que para lograr su objetivo los accionantes tienen otros recursos o medios de defensa judiciales, como es precisamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual no procede la acción de tutela en virtud de lo previsto en el artículo 60. del Decreto 2591 de 1991, sin que en el presente caso se haya utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como no podría haber sido ante la posibilidad evidente de remediar el perjuicio a través de la citada acción.

2o.— Pero aún en el caso de que pudiera entenderse, como lo hizo el Tribunal, que la acción de tutela ejercida estuviera dirigida a tutelar el derecho de petición en interés particular, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, tampoco sería viable esta acción por la sencilla razón de que en relación con el derecho de petición la ley, a través del Código Contencioso Administrativo, ha previsto un mecanismo para garantizar el ejercicio de ese derecho por medio del fenómeno del silencio administrativo, que implica que transcurridos tres meses de presentada la petición sin que se haya producido decisión al respecto, se entiende que, por regla general, la autoridad ha decidido negativamente, de tal manera que el interesado puede acudir de manera directa a la jurisdicción a fin de hacer valer su derecho (art. 40 del C.C.A.), sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que puede incurrir el funcionario por su negligencia al no resolver expresa y oportunamente la petición.

En consecuencia, desde este punto de vista, la acción de tutela intentada por los actores no puede prosperar por cuanto, de una parte, no es posible ordenar a la administración que tome una decisión que ya existe en virtud de la ley y, de otra, porque al existir esa decisión, los interesados tienen otros recursos o medios de defensa judiciales, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que, como ya se advirtió, la acción se haya ejercido ni pudiera ejercerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

*Primero.*— REVOCASE el fallo de tutela proferido por la Sección Segunda, Subsección "C", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 14 de mayo de 1992 y, en su lugar, se decide: NO PROSPERA la acción de tutela ejercida por la ciudadana María Vicenta del Carmen Caicedo de Giraldo y otros contra la Caja Nacional de Previsión Social.

*Segundo.*— Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

*Tercero.*— Notifíquese este fallo al poderado de los actores y envíese copia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y dos.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miren de la Lombana de M., Salvó el Voto; Guillermo Chahín Lizcano, Ausente; Miguel González Rodríguez, Salvó el Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Ausente; Luis Eduardo Jaramillo, Carmelo Martínez Conn, Salvó Voto; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Ausente; Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ausente,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

NOTA DE RELATORIA: Reiterada en providencia de junio 18 de 1992, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Actor: GRACIELA MELO VDA. DE MAESTRE. Exp. AC-154.

## **SILENCIO ADMINISTRATIVO/DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA (Salvamento de Voto)**

El silencio administrativo, en verdad, no existe. Es una ficción que ha creado la ley en beneficio del administrado. Si el silencio administrativo negativo hace suponer que se emitió el acto sólo para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción, como se trata de proteger ahora un derecho fundamental —el de petición— no ve el suscrito cómo puede denegarse una tutela cuando el titular de ese derecho estima y demuestra que la autoridad del caso omitió su deber de responder oportunamente, so pretexto de que ese titular (o titulares) bien ha podido hacer uso de una acción “regular”, la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando, en este evento, se implica otro derecho fundamental más, el de la vida, visto desde el ángulo de la debida subsistencia.

*Salvamento de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en la providencia adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sesión de 9 de junio de 1992.*

Radicado No. 152. Asuntos Constitucionales (Acción de Tutela). Actores: María Vicenta del Carmen Caicedo de Giraldo y otros.

Con sumo respeto, el suscrito magistrado se aparta de las consideraciones que tuvo la mayoría de la Sala para revocar el fallo de tutela proferido por la Sección Segunda, Subsección “C”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su sentencia de 14 de mayo de 1992, y para disponer, en su lugar, que la acción mencionada, en el caso *in examine*, no prospera.

En criterio del suscrito, el silencio administrativo, en verdad, no existe. Es una ficción que ha creado la ley en beneficio del administrado, para que

se tenga como emitida la voluntad de la Administración, negativa o positivamente, según el caso, a fin de que aquél pueda acudir en acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el primer evento, o para que suponga que la Administración se pronunció afirmativamente a su solicitud. La ley no ha querido dejar al garete el resultado del derecho de petición —derecho fundamental de —toda persona, inclusive de las jurídicas— que se ve frustrado cuando la autoridad no responde por cualquier motivo o causa. Y por eso finge que la Administración sí emitió el acto, aunque en verdad no lo ha sido.

Pues bien: si el silencio administrativo negativo hace suponer que se emitió el acto sólo para que el administrado pueda acudir a la jurisdicción, como se trata de proteger ahora un derecho fundamental —el de petición—, tan antiguo que es anterior al Estado mismo, contemporáneo, por ende, de la Autoridad —incluyendo la divina y la paterna—, no ve el suscrito cómo puede denegarse una tutela cuando el titular de ese derecho estima y demuestra que la autoridad del caso omitió su deber de responder oportunamente, so pretexto de que ese titular (o titulares) bien ha podido hacer uso de una acción “regular”, la de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.), cuando, en este evento, se implica otro derecho fundamental más, el de la vida, visto desde el ángulo de la debida subsistencia.

Si la acción de tutela, tal como está entendida en la Constitución, trae consigo la inmediatez, la necesidad de cuidar del derecho fundamental desafiado o desconocido por una autoridad; si se refiere a lo urgente, a lo inminente, es claro, por lo menos para el suscrito, que ha debido confirmarse el pronunciamiento que ahora se revoca.

Atentamente,

*Alvaro Lecompte Luna*

Fecha; Ut supra.

NOTA DE RELATORIA: A este Salvamento adhiere el Dr. CARMELO MARTINEZ CONN.

## **DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA (Aclaración de Voto)**

La providencia parte de la base, y estoy plenamente de acuerdo con tal apreciación, que en el presente caso lo perseguido por la parte peticionaria no es la protección del derecho de petición, es decir, que la Administración se pronuncie, sin importar el sentido, sino que decida favorablemente sobre unos derechos. Como la tutela no fue instituida para decidir sobre el fondo de un problema, la solicitud en tal sentido no puede prosperar. El segundo fundamento consiste en considerar que sí se trata de un derecho de petición, y no lo comparto porque lejos de ser complementario del primero resulta contradictorio por obvias razones y, por lo mismo no debió incluirse.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto.*

Referencia: Expediente No. AC-152. Actora: María Vicenta Caicedo de Giraldo y otros.

Con el mayor respeto debo manifestar que, releída la providencia que antecede considero que lo procedente no es salvar sino aclarar el voto, porque mi discrepancia no se refiere a la parte resolutive de la sentencia, que comparto, sino a uno de sus fundamentos que en mi concepto no tiene relación con la solicitud.

La providencia parte de la base, y estoy plenamente de acuerdo con tal apreciación, que en el presente caso lo perseguido por la parte peticionaria no es la protección del derecho de petición, es decir, que la Administración se pronuncie, sin importar el sentido, sino que decida favorablemente sobre unos derechos.

Como la tutela no fue instituida para decidir sobre el fondo de un problema, la solicitud en tal sentido no puede prosperar.

El segundo fundamento consiste en considerar que sí se trata del derecho de petición, y no lo comparto porque lejos de ser complementario del primero resulta contradictorio por obvias razones y, por lo mismo, no debió incluirse.

*Miren de la Lombana de Magyaroff.* Consejera de Estado.

NOTA DE RELATORIA: El Salvamento de Voto del Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, es el mismo suscrito con ocasión del estudio del fallo de tutela No. AC-166 de junio 30 de 1992, Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, Actor: OCTAVIO MEDINA OSPINA, publicado en este mismo tomo de Anales, pág. 405.

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/  
DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/DERECHOS FUNDAMENTA-  
LES/DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA**

No procede la acción de tutela porque los actos dictados por la Superintendencia de Sociedades (entre éstos la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes del Comité y la designación de un agente especial para la administración de dichos negocios, bienes y haberes) son actos administrativos, susceptibles de los controles gubernativos y jurisdiccionales establecidos en la ley. Esa improcedencia se desprende de la misma Constitución que no le da viabilidad a la medida cuando existan otros medios de defensa judicial y la tutela no se ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Fuera de lo anotado, el derecho de propiedad, aunque pudiera estimarse como fundamental, no es susceptible de protección tutelar por no ser un derecho de aplicación inmediata.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., junio doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

Referencia: Expediente No. AC—138. Actor: Comité Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot.

Procede la Sala a decidir en grado de impugnación la sentencia de 27 de abril del presente año, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió la acción de tutela instaurada por el “Comité de Subarrendatarios del barrio Kennedy de Girardot” contra la Superintendencia de Sociedades, en los siguientes términos:

“1.— Denegar la solicitud de tutela impetrada por CARLOS PLAZAS CAMARGO a nombre del COMITE SUBARRENDATARIOS DEL BARRIO KENNEDY DE GIRARDOT”.

“2.— Notificar el contenido de esta decisión al interesado, Superintendente de Sociedades y a la Doctora MARIA TERESA GOMEZ CANCELADO en su calidad de Agente Especial, mediante oficio que deben ser entregados de manera inmediata en las oficinas de la Superintendencia de Sociedades y en la Oficina del Peticionario”.

“3.— Ordenar el envío a la Corte Constitucional para su eventual revisión si no se ha impugnado esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación”.

En el escrito introductorio de la acción, presentado el 7 de abril de este mismo año, alega la persona jurídica mencionada que la conducta oficial coarta el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Carta, al impedirle la actuación por conducto de su apoderado. Afirma además que los agentes especiales nombrados por esa Superintendencia vendieron los bienes del “Comité” a precios irrisorios y con desconocimiento de su destinación a la vivienda social.

En esa demanda concreta la omisión así:

“1.— Desprendiéndose de la acción, se cae en omisión al no entregar los bienes por parte de la entidad, Superintendencia de Sociedades, a su propietario Comité de Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot, encabeza de su representante legal el señor HIDELBRANDO OLARTE AZUERO”.

“2.— La falta de ejercicio que tenía la entidad, contra quien se dirige la presente acción, e igualmente de su agente especial la Doctora MARIA TERESA GOMEZ CANCELADO, frente a terceros; por no velar por los bienes que se le confiaron o entregaron, permitiendo con tal conducta la invasión de bienes inmuebles. Los cuales figuran como propiedad de mi mandante”.

“3.— La falta de medidas preventivas tendientes a la conservación de los bienes muebles e inmuebles y que en la actualidad existen en cabeza de su propietario “Comité de Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot”; los cuales están intervenidos”.

Concreta el derecho violado así:

“VIOLACION AL DERECHO DE DEFENSA: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la existencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen a su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

“VIOLACION A LAS NORMAS ASOCIATIVAS: “El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad”.

“El primer derecho aquí invocado y violado puesto que no está permitiendo el ejercicio del derecho de defensa como entidad jurídica, en la actualidad a pesar de habersele notificado el nombramiento por parte de la persona jurídica en la actualidad del apoderado mediante auto de fecha 4 de diciembre de 1991 y habersele dado debida posesión para actuar a través de la vía gubernativa, en el expediente”.

“El segundo derecho violado de las secciones, puesto que las ventas efectuadas por los agentes especiales, han sido en detrimento de los intereses económicos de la persona jurídica a quien represento. En la actualidad se sigue amenazado el derecho de propiedad y en especial la social si no se efectúa la entrega de los bienes que no se han vendido irrisoriamente por la Superintendencia de Sociedades y las otras entidades a través de sus agentes especiales, en contra de quien se dirige la tutela”.

El Tribunal decidió en la forma indicada atrás. En uno de los apartes del fallo, anota:

“Ahora, en cuanto al planteamiento del solicitante de que se le desconoció el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, por cuanto no se le atendieron las peticiones formuladas ante la Superintendencia de Sociedades en calidad de apoderado del representante legal de la entidad intervenida, encuentra la Sala que no es de recibo tal afirmación por cuanto ciertamente de manera expresa contempla la ley que en los casos de toma de posesión de negocios, bienes y haberes, entre otras medidas, se debe adoptar lo pertinente a que todos los deudores de dicha entidad deben entenderse con el Superintendente, quien actuará como representante legal de la misma durante todo el proceso de la intervención (Numeral 4o. Artículo 14 Ley de 1968); así es que cuando la Superintendencia de Sociedades respondió al Dr. Plazas Camargo que no podía atender los requerimientos que formulaba en calidad de apoderado del COMITE DE SUB-ARRENDATARIOS DEL BARRIO KENNEDY DE GIRARDOT, por cuanto dada la situación de intervención de la mencionada entidad la representación legal recaía en cabeza de la Agente Especial designada

por la Superintendencia de Sociedades, no hizo otra cosa sino dar cumplimiento a la Ley; además debe tenerse en cuenta que en la respuesta respectiva se le informó que podía presentar poder por parte de algunos de los asociados para pedir la debida vigilancia sobre los bienes”.

“De otro lado, como también aduce el peticionario como otro derecho conculcado por la actuación de la Superintendencia de Sociedades, el de protección que el Estado debe brindar a las formas asociativas y solidarias de la propiedad, encuentra la Sala que el Artículo 58 Inciso 3o. de la actual Constitución Política consagra en efecto como deber del Estado la protección y la promoción de las formas asociativas y solidarias de la propiedad, pero como quiera que acorde al Artículo 86 de la misma Carta la acción de tutela se ha instituido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, entiéndese por tales los contenidos en el Capítulo I, Título II, dentro del cual no está incluido el Derecho de propiedad; fue voluntad del constituyente ubicar éste dentro de los derechos sociales, económicos y culturales”.

Descontenta con la decisión, la interesada presentó impugnación.

Para resolver, se considera:

1) La acción de tutela, en principio, se instituyó en la Carta para la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona humana y no para los de las personas jurídicas.

A este respecto la Sala se remite a la sentencia de 19 de mayo de 1992, de la cual fue ponente el señor Consejero Chahín L. (AC-119, Sindicato de Trabajadores de Carbones de Colombia), en la cual se hizo un profundo y razonado estudio del punto mencionado y se concluyó que la acción de tutela sólo salvaguarda los derechos fundamentales de la persona natural.

2) Es evidente también la improcedencia de la acción porque los actos dictados por la Superintendencia de Sociedades (entre éstos la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes del Comité y la designación de un agente especial para la administración de dichos negocios, bienes y haberes) son actos administrativos; susceptibles de los controles gubernativos y jurisdiccionales establecidos en la ley.

Es decir, esa improcedencia se desprende de la misma Carta Constitucional que no le da viabilidad a la medida cuando existan otros medios de defensa judicial y la tutela no se ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3) Fuera de lo anotado y tal como lo ha reiterado esta misma Sala, el derecho de propiedad, aunque pudiera estimarse como fundamental, no es

susceptible de protección tutelar por no ser un derecho de aplicación inmediata al tenor del artículo 85 de la Carta.

4) Finalmente, si los agentes especiales nombrados por el Superintendente están actuando en forma irregular también existen los correctivos en la ley para evitarlo.

Por lo expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

Confírmase el fallo de tutela dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 27 de abril de 1992.

Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 26 de mayo de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente, Con salvamento de Voto; *Carlos Betancur Jaramillo*, *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza*, Con salvamento de Voto; *Joaquín Barreto Ruiz*, Con salvamento de Voto; *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, Ausente; *Clara Forero de Castro*, *Miguel González Rodríguez*, Con aclaración de Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Coon*, Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández*, *Dolly Pedraza de Arenas*, Ausente; *Jorge Penen Deltieure*, Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Con aclaración de Voto; *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, Con salvamento de Voto; *Daniel Suárez Hernández*, Con salvamento de Voto; *Julio César Uribe Acosta*, Con salvamento de Voto; *Diego Younes Moreno*, Ausente;

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, lo consignado en sentencia de 19 de mayo de 1992, Exp. AC-119, Ponente: Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, acerca de si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales.

**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA—Naturaleza/DERECHOS FUNDAMENTALES (Salvamento de Voto)**

**Estimo que el derecho de propiedad no tiene la calidad de derecho constitucional fundamental porque la Carta es muy clara en atribuir tal categoría a los derechos señalados en su Título II, Capítulo I, artículos 11 a 41. Ante tan expreso señalamiento del constituyente, no le es dable al juez de tutela, por vía de acción o de impugnación, extender el calificativo de fundamental a derechos como el de propiedad, que figura en el artículo 58, correspondiente al Capítulo 2 denominado “de los derechos sociales, económicos y culturales”.**

*Salvamento de Voto.*

Referencia: Expediente AC—138. Actor: Comité Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot.

En el punto 3 de la parte considerativa de la sentencia se afirma:

“...3) Fuera de lo anotado y tal como lo ha reiterado esta misma sala, *el derecho de propiedad, aunque pudiera estimarse como fundamental*, no es susceptible de protección tutelar por no ser un derecho de aplicación inmediata al tenor del artículo 85 de la Carta...”. (Las subrayas fuera del texto).

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria me aparto de la anterior consideración dado que estimo que el derecho de propiedad no tiene la calidad de derecho constitucional fundamental porque la Carta es muy clara en atribuir tal categoría a los derechos señalados en su Título II Capítulo I, artículo 11 a 41.

Ante tan expreso señalamiento del constituyente, no le es dable al Juez de la Tutela, por vía de acción o de impugnación, extender el calificativo de

fundamental a derechos como el de propiedad, que figura en el artículo 58, correspondiente al Capítulo 2 denominado "DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES"

La consideración precedente, descarta, por sí sola, la procedencia de la tutela en el caso sub-examine.

Fecha ut supra.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.*

**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA— Naturaleza/DERECHOS FUNDAMENTALES (Salvamento de Voto)**

La acción de tutela incoada para obtener la defensa del derecho de propiedad es improcedente. Tal improcedencia emerge de la circunstancia que el artículo 86 de la Constitución Política instituyó la acción de tutela para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, dentro de los cuales el Constituyente no incluyó el de propiedad. De tal manera que, aunque el derecho de propiedad no es de aplicación inmediata, no es cierto que su tutelabilidad esté deferida en el tiempo a lo que establezca la ley, pues en mi opinión, el legislador en ningún caso podrá incorporar dentro de los derechos objeto de la tutela, a uno que no tenga constitucionalmente el rango de fundamental, cual es el caso del derecho de propiedad.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto.—* Santafé de Bogotá, julio dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-138. Actor: Comité Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot.

Con todo comedimiento me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, porque a mi juicio la acción de tutela incoada para obtener la defensa del derecho de propiedad, es improcedente; y así debió declararlo la corporación, al decidir el recurso interpuesto contra el fallo del Tribunal.

Tal improcedencia emerge de la circunstancia que el artículo 86 de la Constitución Política instituyó la acción de tutela para la protección inme-

diata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, dentro de los cuales el Constituyente no incluyó el de propiedad. De tal manera que, en armonía con nuestro ordenamiento constitucional, aunque el derecho de propiedad, como lo afirma la sentencia a folio 101 no es de aplicación inmediata, no es cierto que su tutelabilidad esté deferida en el tiempo a lo que establezca la ley. Pues en mi opinión, el legislador en ningún caso podrá incorporar dentro de los derechos objeto de la acción de tutela, a uno que no tenga constitucionalmente el rango de fundamental, cual es el caso del derecho de propiedad.

*Joaquín Barreto Ruiz.*

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad/PERSONA JURIDICA (Aclaración de Voto)**

**En el nuevo ordenamiento constitucional que rige la República, encontramos y de manera especial en el Capítulo I del Título II “De los derechos y las garantías y los deberes”, unos derechos catalogados como fundamentales —al parecer por el codificador o recopilador, y no por la Asamblea Nacional Constituyente— que corresponde a todas las personas, a mi modo de ver, y no sólo a las naturales o humanas, si es que éste es y sigue siendo un Estado de Derecho, cuestión puesta en duda por no pocos.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto del Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-138. Actor: Comité Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot.

En la sentencia dictada por la Sala se llega a la conclusión de que, constitucional y legalmente, no es procedente que una persona jurídica o colectiva —como ahora se les denomina— promueva la acción de tutela que consagra el artículo 86 del nuevo ordenamiento constitucional del país, es decir, que sólo son titulares de ese medio excepcional de defensa de los derechos fundamentales, las personas naturales, esto es, el ser persona humana de “carne y hueso”.

Para llegar a esa conclusión, la Sala se apoya en diversos conceptos doctrinales, según los cuales el término o expresión “derechos fundamentales” es igual, semejante, equiparable al de “derechos humanos” es decir, los inherentes a la persona humana.

No salvé mi voto a dicho proyecto de sentencia, acogido por la mayoría de la Sala, por cuanto consideré que, EN PRINCIPIO, ello puede ser así. Pero aclaré mi voto a la decisión de confirmar la sentencia impugnada, en consideración a que ella no puede ser una posición absoluta.

En efecto; en el nuevo ordenamiento constitucional que rige a la República, encontramos y de manera especial en el Capítulo I del Título II "De los derechos, las garantías y los deberes", unos derechos catalogados como fundamentales —al parecer por el codificador o recopilador, y no por la Asamblea Nacional Constituyente— que corresponde a todas las personas, a mi modo de ver, y no solamente a las naturales o humanas, de carne y hueso, como se dice en la sentencia, si es que éste es y sigue siendo un Estado de Derecho, cuestión puesta en duda por no pocos. Me refiero, como lo observé en la sesión de la Sala en donde se adoptó la sentencia, a derechos tales como, por ejemplo, el de tener una personalidad jurídica (art. 14), el del buen nombre, que el Estado debe respetar, y hacer respetar, el de conocer, actualizar y ratificar informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos, el de la inviolabilidad de la correspondencia (art. 15), el de la igualdad ante la ley (art. 13), el del debido proceso (art. 29), y el de la doble instancia en los procesos judiciales (art. 31).

Será acaso, le preguntaba a mis colegas de Sala, que una persona colectiva o jurídica no tiene esos derechos? Podrá desconocérsele a un grupo de personas asociadas, con ánimo o sin ánimo de lucro, y al ente que ellas han formado voluntariamente, por las autoridades públicas de Colombia, el derecho a que no se le viole su correspondencia, salvo que medie orden judicial, o que no se le reconozca el derecho al debido proceso, incluida la doble instancia judicial, salvo las excepciones de ley, o, en fin, a que se permita que se atente contra su buen nombre, que se traduce la mayoría de las veces en un "good will" cuando, por lo demás, encontramos hoy en día no pocas disposiciones legales que obligan a las personas naturales integrantes de la persona colectiva, moral o jurídica, a responder solidariamente ante terceros y ante el propio Estado?

Con el debido respeto por la opinión contraria, considero que no, y que cuando derechos de esa naturaleza se desconocen o se pretenda desconocer a una persona colectiva, ésta tiene la acción de tutela cuando se hayan vulnerado, o se encuentren amenazados.

Cordialmente,

*Miguel González Rodríguez*, Consejero de Estado.

Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis de junio de mil novecientos noventa y dos.

**NOTA DE RELATORIA:** A esta aclaración de voto adhiere el Consejero Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA— Naturaleza/DERECHOS FUNDAMENTALES/ACCION DE TUTELA—Titularidad (Salvamento de Voto)**

**El derecho de propiedad no puede estimarse como derecho fundamental, en cuanto tal calificativo lo limitó la misma Constitución a los contenidos en el Capítulo 2 del Título Primero, artículos 11 a 41 y otros que expresamente los califica como tales (artículo 44) y entre ellos no se encuentra el derecho de propiedad.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación AC—138. Actor: Comité Subarrentarios del Barrio Kennedy de Girardot.

El numeral 3o. de la parte considerativa de la sentencia que antecede dice textualmente:

“Fuera de lo anotado y tal como lo ha reiterado esta misma Sala, el derecho de propiedad, aunque pudiera estimarse como fundamental, no es susceptible de protección tutelar por no ser un derecho de aplicación inmediata al tenor del artículo 85 de la Carta”.

Mi discrepancia radica en que el derecho de propiedad consagrado en el artículo 58 de la Constitución Nacional de 1991, no puede estimarse como derecho fundamental, en cuanto tal calificativo lo limitó la misma Constitución a los contenidos en el Capítulo 2o. del Título Primero, Artículos 11 a 41 y otros que expresamente los califica como tales (artículo 44) y entre ellos no se encuentra el derecho de propiedad.

Por esa razón, a la luz del artículo 86 de la Constitución Nacional no es procedente, entre otras razones, la acción de tutela ejercida por el Comité de Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot.

*Consuelo Sarria Olcos*

Fecha: ut supra.

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad/PERSONA JURIDICA/ACION DE TUTELA—Titularidad (Salvamento de Voto)**

Sin entrar en la polémica de si los derechos fundamentales entre nosotros, tan sólo son los enumerados en los artículos 11 a 41 que constituyen el Capítulo I del Título II, pues en mi sentir existen otros, lo cierto es que algunos de los regulados por aquellas normativas son predicables indistintamente de las personas individuales, comunmente llamadas personas humanas, y de las personas colectivas, tradicionalmente conocidas como personas jurídicas.

*Salvamento de Voto del Consejero de Estado doctor Daniel Suárez Hernández.*

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. AC-138. Actor: Comité Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot.

Con el respeto acostumbrado para con la ponente y los demás miembros de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que apoyaron su trabajo, me vi precisado a salvar voto por las siguientes razones:

1.— Nuestra Carta Política de 1991, ajustándose a la moderna terminología constitucional, prefirió hablar de DERECHOS FUNDAMENTALES y no simplemente de Derechos Humanos, o, Garantías Individuales, como prérítamente lo hacían las Cartas Políticas.

2.— El anterior tratamiento sobre DERECHOS FUNDAMENTALES, me llevan a pensar que esta expresión es mucho más amplia que la de Dere-

chos Humanos o Garantías Individuales, criterio que también utilizó la Constitución Española de 1978, sobre la cual abrevó nuestro constituyente de 1991, de alguna manera.

3.— Sin entrar en la polémica de si los DERECHOS FUNDAMENTALES, entre nosotros, son tan sólo los enumerados en los artículos 11 a 41 que constituyen el Capítulo I del Título II, pues en mi sentir existen otros, lo cierto es que algunos de los regulados por aquellas normativas son predicables indistintamente de las personas individuales, comúnmente llamadas personas humanas, y de las personas colectivas, tradicionalmente conocidas como personas jurídicas. Así pues, corresponde al juez de la tutela examinar si el derecho de cuyo amparo se trata, se aviene o no con el anterior criterio.

4.— Las personas colectivas como realidades jurídicas y económicas que son, resultan por este solo aspecto titulares del DERECHO FUNDAMENTAL consagrado en las siguientes normativas:

Artículo 13: Igualdad de las personas ante la Ley;

Artículo 14: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica;

Artículo 15: Derecho al buen nombre;

Artículo 23: Derecho de petición;

Artículo 28: Derecho en cuanto a la intimidad de su sede social o inviolabilidad del domicilio;

Artículo 29: Derecho al debido proceso y derecho de defensa;

Artículo 31: Derecho a la no reformatio in pejus;

Artículo 34: Derecho a la no confiscación;

Artículo 38: Derecho de libre asociación (confederaciones);

Artículo 39: Asociación para sindicalizarse varias personas jurídicas empleadoras;

Artículo 90: Derecho de acción para obtener resarcimiento por daños antijurídicos provenientes de entidades públicas; y

Artículo 333: Derecho a emprender actividad económica e iniciativa privada libremente y derecho a la libre competencia económica.

Lo anterior pone de presente que la decisión tomada por la mayoría de mis colegas resultó desacertada, en cuanto rechazó la acción de tutela por el simple prurito de haber sido impetrada por una persona colectiva.

Respetuosamente,

*Daniel Suárez Hernández*

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y dos.

**NOTA DE RELATORIA:** A este salvamento adhiere el Doctor ALVARO LECOMPTE LUNA.

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad/ACCION DE TUTELA—Titularidad/PERSONA JURIDICA (Salvamento de Voto)**

**Me separo de la motivación del fallo que se orienta a predicar que las personas jurídicas no son titulares de la acción de tutela, pues transitando por este sendero se puede comprometer la existencia misma de los partidos políticos, de los sindicatos, de las iglesias, de las juntas de acción comunal, de la nación, los departamentos y los municipios. Cualquier sustentación de los derechos fundamentales debe partir de la concepción constitucional de Colombia como un estado social de derecho solidario y fundado en la dignidad de la persona humana. Resulta inexplicable, y contrario a la lógica de lo razonable, que una persona jurídica, con la tesis del fallo, no tenga derecho a invocar el debido proceso, su existencia como tal, en derecho que tiene a expresar y difundir su pensamiento y opiniones, etc.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC—138. Actor: Comité Subarrendatarios del Barrio Kennedy de Girardot.

Con toda consideración me separo de la motivación del fallo que se orienta a predicar que las personas jurídicas no son titulares de la acción de tutela, pues transitando por este sendero se puede comprometer la existencia misma de los partidos políticos, de los Sindicatos, de las Iglesias, de las Juntas de Acción Comunal, de la Nación, los Departamentos y los Municipios, etc. Estimo que a todos estos centros de imputación jurídica no se les puede privar, en un momento dado, de su protagonismo para la defensa y promo-

ción de los intereses políticos, económicos y sociales. Un sindicato, por ejemplo, tiene derecho a que no se le desconozca el derecho a decretar la huelga, el derecho a la negociación colectiva.

Cualquier sustentación de los derechos fundamentales debe partir de la concepción constitucional de Colombia como un estado social de derecho solidario y fundado en la dignidad de la persona humana. Esta, por lo demás, también puede ver comprometidos sus derechos si no se le asegura su participación en la vida política, económica, cultural.

Resulta inexplicable, y contrario a la lógica de lo razonable, que una persona jurídica, con la tesis del fallo, no tenga derecho a invocar el debido proceso, su existencia como tal, el derecho que tiene a expresar y difundir su pensamiento y opiniones, etc.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta.*

Santafé de Bogotá, D.C., junio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y dos (1992).

NOTA DE RELATORIA: Adhiere el Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA.

## **DERECHOS DE LA MUJER/PROTECCION A LA MATERNIDAD**

**El derecho a la maternidad no es fundamental, pues como ya lo ha dicho esta Corporación, si por fundamental debe entenderse que se trate de un derecho importante, se llegaría a la absurda conclusión de que todo derecho constitucional es un derecho fundamental, por el hecho de que la Carta Política se ocupe de desarrollarlo, y si ésta hubiera sido la intención del Constituyente, lo habría incorporado en el capítulo correspondiente a los derechos fundamentales.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., doce de mayo de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC—126. Actora: María Teresa Tautiva Agudelo.

Impugnación contra la providencia de 10 de abril de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La actora MARIA TERESA TAUTIVA AGUDELO, por intermedio de apoderado, interpuso impugnación contra la providencia de la referencia, en cuanto dispuso:

**“NO SE ACCEDE A LA TUTELA SOLICITADA POR EL SEÑOR APODERADO DE MARIA TERESA TAUTIVA AGUDELO”.**

## I.— ANTECEDENTES

### A.— ACCION DE TUTELA:

La Señora MARIA TERESA TAUTIVA AGUDELO solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la acción de tutela contra el Ministerio de Hacienda, para obtener el reintegro a su puesto de trabajo; los salarios dejados de percibir y las indemnizaciones a que pueda tener derecho por haber sido despedida injustamente, encontrándose en estado de embarazo. Para el efecto expresó en síntesis los siguientes fundamentos fácticos:

1. Que la solicitante laboraba en el Ministerio de Hacienda, Dirección General de Apoyo Fiscal Regional Bogotá.

2. Que el 8 de noviembre de 1991, el Ministerio de Hacienda le cursó invitación para que se acogiera al Plan Colectivo de Retiro Compensado, lo cual fue tajante y categóricamente rechazado por la actora.

3. Que el 28 de noviembre de 1991, mediante Resolución No. 04989 el Ministerio de Hacienda la declaró insubsistente, violándose así el derecho fundamental consagrado en el artículo 43 de la Constitución Nacional, y, desconociéndose y vulnerándose el artículo 25 numeral 5o. *ibídem*, toda vez que se encontraba en estado de embarazo.

4. Que conforme a los hechos relatados se ha causado a la actora un perjuicio irremediable sólo reparable mediante la correspondiente indemnización.

### B.— LA DECISION OBJETO DE LA IMPUGNACION:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de fecha 10 de abril de 1992, decidió en la forma pretranscrita ab initio, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Que tanto el derecho al trabajo (art. 25), así como las garantías y protección durante el embarazo de la mujer y el parto, compete al Congreso su regulación de acuerdo con el mandato del artículo 53 de la Carta Política.

2. Que los derechos y garantías de índole laboral, y los de seguridad social para el caso concreto de la actora, están regulados en los Decretos 2400 de 1968; 1950 de 1973; 3135 de 1968 y 1848 de 1969 artículos 19, 21, 33, 35, 39, 40 y 41, lo cual indica que conforme al tenor de la acción de tutela y del artículo 2o. del Decreto 306 de 1992, no son susceptibles de la acción tutelar.

3. Que en cuanto al perjuicio irremediable alegado, por estar de por medio las acciones contencioso administrativas, la acción de tutela es improcedente.

### C.— LA IMPUGNACION:

MARIA TERESA TAUTIVA AGUDELO por intermedio de su apoderado, dentro del término legal, interpuso recurso de apelación que la Sala entiende como impugnación, argumentando que si bien es cierto el derecho al trabajo se encuentra excluido del listado del artículo 85 de la Constitución Nacional, también lo es que tratándose de un derecho fundamental como es el trabajo, no puede negarse so pretexto de faltar su reglamentación.

Que el derecho a la maternidad que le fue vulnerado a la actora es un derecho fundamental, pues son derechos fundamentales todos los contemplados en la Constitución, y, al no estar prohibida la aplicación inmediata para el caso del artículo 43, necesario es concluir que su aplicación es imperiosa y de obligatorio cumplimiento.

### CONSIDERACIONES:

Para la Sala, los planteamientos esbozados por el Tribunal, no ofrecen reparo alguno. En efecto:

Dos son los derechos que se pretenden proteger a través de la acción de tutela instaurada:

El derecho al trabajo y a la maternidad.

El derecho consagrado en el art. 25 de la Constitución, no aparece enumerado entre los catalogados como de aplicación o protección inmediata, en virtud de que su desarrollo se supedita a lo que disponga la ley (art. 53 y concordantes).

En cuanto a la maternidad, no asiste razón al impugnante en cuanto a que dicho derecho sea fundamental, pues como ya lo ha dicho esta Corporación en otras oportunidades, si por fundamental debe entenderse que se trate de un derecho importante, se llegaría a la absurda conclusión de que todo derecho constitucional es un derecho fundamental, por el hecho de que la Carta Política se ocupe de desarrollarlo, y si ésta hubiera sido la intención del Constituyente, lo habría incorporado en el capítulo correspondiente a los Derechos Fundamentales.

De otra parte, como se expresa claramente en el poder que obra al folio 1, la acción incoada busca obtener el reintegro al puesto de trabajo y a la

cancelación de los salarios dejados de percibir, así como las indemnizaciones por despido injusto al encontrarse la actora en estado de embarazo.

Del contenido de las pretensiones enunciadas se deduce que el perjuicio no es irremediable, ya que la satisfacción de las mismas se puede lograr a través de la acción de restablecimiento del derecho; tampoco es procedente, como mecanismo transitorio, utilizar la acción de tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

CONFIRMASE la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de abril de 1992.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de doce de mayo de mil novecientos noventa y dos.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Aclaró Voto; Miguel González Rodríguez, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Artza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Amado Gutiérrez Velásquez, Con aclaración de Voto; Clara Forero de Castro, Carmelo Martínez Conn, Dolly Pedraza de Arenas, Yesid Rojas Serrano, Con aclaración de Voto; Daniel Suárez Hernández, Aclaró Voto; Consuelo H. Sarria Olcos, Miren de la Lombana de Magyaroff, Diego Younes Moreno, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Jorge Penen Deltieure, Juan de Dios Montes Hernández, Aclaró Voto; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Julio César Uribe Acosta, Aclaró Voto,*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**DERECHOS DE LA MUJER/PROTECCION A LA MATERNIDAD/DERECHO A LA DIGNIDAD/DERECHOS FUNDAMENTALES (Aclaración de Voto)**

No hago más la perspectiva filosófica y jurídica que se recoge en uno de los considerandos de la providencia, que lleva a concluir que el derecho a la maternidad no es fundamental. Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de informar el ordenamiento jurídico, y que se orientan a defender la dignidad de la persona humana. Por lo mismo ellos no son dádiva ni del constituyente ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos por ley o decreto. Si el derecho a la maternidad no es fundamental, sobran los artículos primero, quinto y once de la Constitución Nacional, que definen a Colombia como un Estado fundado en el respeto a la dignidad humana.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto: Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC-126. Actor: MARIA TERESA TAUTIVA AGUDELO.

Con todo respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me veo obligado a hacer aclaración de voto al fallo proferido el día doce de mayo del presente año, dentro del proceso del rubro, por cuanto no hago más la perspectiva filosófica y jurídica que se recoge en uno de los considerandos de la providencia, que lleva a concluir que el DERECHO A LA MATERNIDAD no es fundamental.

Quien suscribe estima que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de informar el ordenamiento jurídico, y que se orientan a defender la dignidad de la persona humana. Por lo mismo, ellos no son dádiva ni del constituyente ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos por ley o decreto.

Siendo la persona humana el ser más valioso de todo el universo, esos derechos le permiten moverse en el mundo, manejando las distintas circunstancias, con el fin exclusivo de permitirle su realización plena como tal.

Si el derecho a la maternidad no es fundamental sobran los artículos primero (1o.), quinto (5o.) y once (11) de la Constitución Nacional, que define a Colombia como un Estado fundado en el respeto a la dignidad humana.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta*

Santafé de Bogotá, D.C., junio 8 de 1992.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA (Aclaración de Voto)**

Pueden ser tutelables otros derechos igualmente fundamentales contemplados en la Constitución Nacional, así no se hallen comprendidos en el Capítulo I, Título II de la Carta. Dentro de la legislación de la tutela encontramos fundamento para pensar y concretamente afirmar que pueden ser tutelables algunos derechos que no se encuentren señalados en la Constitución como fundamentales, pero que por su naturaleza y particularidad merecen la protección especial de la tutela. De sostenerse la tesis contraria, no nos explicamos como el derecho a la salud, que toca con la vida misma de la persona y con la existencia y bienestar de la comunidad, del cual nadie podría negar su carácter fundamental, no fuera tutelable sólo porque no aparece casualmente, tal vez, encaillado dentro de un título y un capítulo determinado; mientras otros, también importantes, pero no de la misma trascendencia y magnitud, tales como el derecho a reconocimiento de la personería jurídica, el de la intimidad, etc. sí son tutelables por su posición circunstancial en los mencionados título y capítulo.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto del Dr. Yesid Rojas Serrano.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis de mayo de mil novecientos noventa y dos.*

Referencia: Expediente No. AC-126. Actor: María Teresa Táutiva A.

Tal como lo hemos venido sosteniendo, ni la Constitución Nacional en su artículo 86, ni el decreto 2591 de 1991, reglamentario de la tutela, en su artículo 1o. dicen que los derechos tutelables son los comprendidos en el

Título II, Capítulo I de la Carta Política. En aquellas normas se habla de derechos constitucionales fundamentales. De esta circunstancia tenemos una primera conclusión en el sentido de que pueden ser tutelables otros derechos igualmente fundamentales contemplados en la Constitución Nacional, así no se hallen comprendidos en el título y en el capítulo mencionados.

De otro lado, encontramos dentro de la legislación de tutela fundamento para pensar en lo anterior, y concretamente para afirmar que pueden ser tutelables algunos derechos que no se encuentren señalados en la Constitución como fundamentales, pero que por su naturaleza y particularidad merecen la protección especial de la tutela.

En efecto, el artículo 2o. del citado Decreto 2591 de 1991, abre las puertas de la tutela a otros derechos como el que se cuestiona en las presentes diligencias, para brindarles protección dada su importancia, su naturaleza y su magnitud.

La precitada norma dice en su segunda parte:

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

Las apreciaciones anteriores guardan relación con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Nacional, según el cual “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”.

De sostenerse la tesis contraria, no nos explicaríamos cómo el derecho a la salud, que toca con la vida misma de la persona y con la existencia y bienestar de la comunidad, del cual nadie podría negar su carácter fundamental, no fuera tutelable sólo porque no aparece casualmente, tal vez, encasillado dentro de un título y un capítulo determinado; mientras otros, también importantes, pero no de la misma trascendencia y magnitud, tales como el derecho al reconocimiento de la personería jurídica, el de la intimidad, etc. sí son tutelables por su posición circunstancial en los mencionados título II y capítulo I de nuestra Carta Magna.

Atentamente,

*Yesid Rojas Serrano*, Consejero de Estado.

**DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA/PROTECCION A LA MATERNIDAD/DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA/DERECHO AL TRABAJO (Aclaración de Voto)**

Los derechos fundamentales no son solamente los determinados en el Capítulo I del Título II de la Carta Política, sino todos aquellos inherentes a la dignidad de la persona natural, consustanciales al ser del hombre, correspondiendo al juez en cada caso determinar si un derecho humano bajo las modalidades y circunstancias en que se lo aduce, es o no tutelable. Así, es fundamental el derecho de la mujer al embarazo. Otra cosa es que lo aduzca para solventar un pretendido derecho al trabajo que aunque también es fundamental se lo tiene como no tutelable por no ser de aplicación inmediata, sino supeditado a lo que disponga la ley. Es por ello, entonces, que no podía prosperar la tutela alegada respecto del derecho a la maternidad, que no por carecer del carácter de fundamental.

*Aclaración de Voto.*

Referencia: Expediente No. AC-126. Impugnación de fallo de Tutela.

Aunque comparto la decisión adoptada al desatar la impugnación del fallo en el proceso de la referencia, muy comedidamente expreso mi disenso en cuanto a lo argumentado en la parte motiva respecto del derecho a la maternidad.

Continúo afirmando, y al presente con mayores veras una vez conocido el discernimiento de la H. Corte Constitucional acerca de los criterios de identificación de los Derechos constitucionales fundamentales (Fallo de mayo 8 de 1992. Exp. No. T-644. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Ca-

ballero), que dichos derechos no son solamente los determinados en el Capítulo I del Título II de la Carta Política, sino todos aquellos inherentes a la dignidad de la persona natural, consustanciales al ser del hombre, correspondiendo al juez en cada caso determinar si un derecho humano bajo las modalidades y circunstancias en que se lo aduce, es o no tutelable.

Así, es fundamental el derecho de la mujer al embarazo, dentro del criterio atrás esbozado. Otra cosa es que se lo aduzca para solventar un pretendido derecho al Trabajo, que aunque también es fundamental se lo tiene como no tutelable por no ser de aplicación inmediata, sino supeditado a lo que disponga la ley, como lo expresa la ponencia. Es por ello, entonces, que no podía prosperar la tutela alegada respecto del derecho a la maternidad, que no por carecer del carácter de fundamental.

Santafé de Bogotá, D.C., mayo 14 de 1992.

*Amado Gutiérrez Velásquez*

**NOTA DE RELATORIA:** A esta aclaración adhieren los doctores JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ y DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/PROTECCION A LA MATERNIDAD** (Aclaración de Voto)

Con mayor o máxima precisión jurídica y fáctica, el embarazo no es un derecho sino una situación física que se presenta en el cuerpo femenino y de la cual emergen derechos evidentemente fundamentales que, inclusive, apuntan hacia su salud y, por ende, hacia su vida y hacia las del ser humano que está por nacer. Si el artículo 43 de la Constitución Política establece que “durante el embarazo y después del parto (la mujer) gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”, no porque tal disposición consagratória se halle en el capítulo 2 del título II de la Carta carece del rango de “derecho fundamental”, sino porque mediatamente se está amparando la vida.

*Aclaración de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en el proveído de doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), acogido en el Expediente No. AC-126 – Asuntos Constitucionales (Acción de Tutela) – Actora: María Teresa Táutivá Agudelo.*

Básicamente está de acuerdo el suscrito con los planteamientos que hace el H. Consejero Dr. Amado Gutiérrez Velásquez en su aclaración de voto que antecede a ésta. Sin embargo, sea pertinente diferir de los mismos en cuanto a que, en criterio del suscrito, el denominado “derecho de la mujer al embarazo”, pueda tenerse como tal; con mayor y máxima precisión jurídica y fáctica, el embarazo no es un derecho sino una situación física que se presenta en el cuerpo femenino y de la cual emergen derechos evidentemente fundamentales que, inclusive, apuntan hacia su salud y, por ende, hacia su vida y hacia las del ser humano que está por nacer. Si el art. 43 de la Consti-

tución política establece que "durante el embarazo y después del parto (la mujer) gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada", no porque tal disposición consagratoria se halle en el capítulo 2 del Título II de la Carta carece del rango de "derecho fundamental", sino porque mediatamente se está amparando la vida.

No obstante ello, en el caso sub-lite la acción de tutela no tenía vocación de prosperidad y de allí que el suscrito votara favorablemente la ponencia, porque la demandante sí disponía de un medio judicial normal para controvertir el acto que, según ella, desconoció su derecho fundamental: además, no se utilizó la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna*

Fecha: ut supra.

**NOTA DE RELATORIA:** A este salvamento se adhiere el doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

## **ACCION DE TUTELA—Improcedencia/DEBIDO PROCESO/SUSPENSION DEL CARGO**

El decreto de suspensión provisional que originó la acción de tutela fue expedido con arreglo a las previsiones del artículo 29 de la Constitución Nacional ya que se atendieron las leyes preexistentes al acto que se le imputa al actor y se observaron la plenitud de las formas propias del juicio disciplinario que se le adelantaba a la sazón.

## **SUSPENSION DEL CARGO—Naturaleza/ACTO DE TRAMITE**

El decreto sub-examine tiene la calidad de medida cautelar en el proceso disciplinario, es de ejecución inmediata y no está sujeto a recurso gubernativo alguno según lo dispone el artículo 26 del Decreto 482 de 1985. Si bien es cierto que por ser un acto de trámite no es susceptible de que se utilicen contra él medios de defensa judicial, también lo es que el acto administrativo que pone fin al proceso disciplinario en que él se expide si los tiene ante esta jurisdicción.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC—117. Actor: Walberto Russo Ochoa.

Se decide la impugnación interpuesta oportunamente por la apoderada del actor contra el fallo de 20 de marzo del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que no accedió a la tutela impetrada.

## I.— LA SOLICITUD DE TUTELA

I.1.— El actor, por medio de apoderada, en escrito presentado el 6 de marzo del presente año ejerció la acción de tutela para reclamar la protección inmediata de su derecho constitucional fundamental al debido proceso, que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional, con la finalidad de que se deje “sin efectos el DECRETO 225 DE MARZO 3/92 EMANADO DE LA GOBERNACION DE BOLIVAR, POR EL CUAL EL GOBERNADOR LO SUSPENDIO DE SU CARGO POR 30 DIAS CALENDARIO” y se ordene restablecerlo en el cargo de Alcalde Municipal de Zambrano (Bolívar).

I.2.— En apoyo de la acción se adujeron los siguientes hechos:

1o.): La Procuraduría Departamental de Bolívar en virtud de queja formulada por concejales del Municipio de Zambrano contra el actor, en su condición de Alcalde del mismo municipio, abrió investigación preliminar en auto de 11 de diciembre de 1991 por presunta participación en política al habersele imputado el cargo de haber decretado en el mes de noviembre de 1991 la insubsistencia de varios empleados municipales.

2o.): La citada Procuraduría en auto de 14 de febrero de 1992 declaró abierta averiguación disciplinaria contra el actor.

3o.): Mediante Oficio número 0489 de 24 de febrero de 1992 la citada Procuraduría formuló pliego de cargos al actor por supuesta infracción de los artículos 11 literal c) de la Ley 78 de 1986, 298 y 300 del C. de R. M., 15 numerales 15 y 20 de la Ley 13 de 1984, 48 numerales 15 y 20 del Decreto 482 de 1985 y 110 de la Constitución Nacional.

4o.): Mediante Oficio número 0513 de 28 de febrero de de 1992 la Procuraduría Departamental de Bolívar, con apoyo en el artículo 26 del Decreto 482 de 1985, solicitó al Gobernador del mismo Departamento que decretara la suspensión provisional del actor por el término de treinta (30) días calendario en el ejercicio del cargo de Alcalde del Municipio de Zambrano.

5o.): El Gobernador del Deparrtamento de Bolívar dio cabal cumplimiento al expresado oficio mediante Decreto 225 de 3 de marzo de 1992, que es el acto administrativo contra el cual va dirigida la acción.

I.3.— Para fundamentar la violación del derecho constitucional fundamental al debido proceso, que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional, se arguyó lo siguiente:

1o.): El principio de “el debido proceso” que sujeta y obliga a toda clase de actuaciones, verbigracia las administrativas, no se observó.

2o.): El Decreto 225 de 3 de marzo de 1992, además de violar las leyes preexistentes al acto que se imputa, ignoró ostensiblemente la plenitud de las formas propias que se deben observar respecto de la suspensión del cargo, en lo atinente a los Alcaldes y al régimen disciplinario al que están sujetos.

3o.): Si bien es cierto que el artículo 18 de la Ley 78 de 1986 dispuso que los Gobernadores suspenderían a los Alcaldes a solicitud del Procurador General de la Nación, el Decreto 225 de 3 de marzo de 1992, que ordenó la suspensión provisional del actor, olvidó que dicho precepto fue modificado por el artículo 7o. de la Ley 49 de 1987, el cual preceptuó que tal suspensión la puede decretar el Gobernador a solicitud de la Procuraduría General de la Nación, cuando “ésta determine dicha sanción para los Alcaldes, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto para ellos en la ley”.

4o.): De la norma antes citada, que es posterior y de carácter especial en lo atinente al régimen disciplinario de los Alcaldes, se deriva como consecuencia que la suspensión que se imponga a ellos debe ser como conclusión o producto de una sanción, esto es, cuando disciplinariamente haya sido el Alcalde legalmente oído y vencido en juicio. Suspensión es igual que pena, y ésta en estricto sentido es conclusión y resultado de proceso concluido, de suerte que para dichos funcionarios no se puede decretar la suspensión provisional del cargo como medida anticipada. Por consiguiente, esta sanción prevista en la Ley 13 de 1984 y el Decreto 482 de 1985, aplicables a los funcionarios públicos del orden nacional, no son de recibo en materia disciplinaria para los Alcaldes.

## II. — EL FALLO IMPUGNADO

Para denegar la solicitud de tutela el Tribunal a-quo razonó así:

En el presente caso es evidente que el accionante dispone judicialmente de la acción señalada en el artículo 85 del C.C.A. y en los artículos del Título XVII del mismo Código que se refieren a la suspensión provisional de los actos administrativos. Es decir, que hay otros medios de defensa judicial y por ello no sería procedente la tutela.

Toca examinar si esta acción ha sido utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El inciso 2o. del numeral 1o. del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991 explica que se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización. Pues bien, el perjuicio por la suspensión provisional en el ejercicio de un cargo decretada por un acto administrativo, como en el presente caso, para pedir su reparación hay que solicitar la nulidad del acto

y como consecuencia de ello el restablecimiento del derecho, consistiendo este último en el reintegro al empleo y el pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir durante la suspensión, o sea, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral.

En el caso de autos si bien el Alcalde Municipal de Zambrano ha sido suspendido provisionalmente durante treinta (30) días, por Decreto que no admite recurso alguno, él podría a través de la acción antes enunciada demandar a la Administración por el daño o perjuicio recibido y en la demanda pedir el reintegro al cargo y el pago de los sueldos dejados de percibir. Aunque el reintegro no tendría aplicación en la práctica cuando así se ordenara en la sentencia, sí puede pedirse como restablecimiento del derecho, y, como atrás se anotó, existe la medida cautelar de la suspensión provisional del acto administrativo.

Se concluye de lo anterior, que el perjuicio no es irremediable en el caso de autos y da mérito para no acceder a la tutela solicitada.

### III.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.— Sea lo primero observar que si bien es cierto que la apoderada del actor no sustentó la impugnación, la Sala en aras de salvaguardar la prevalencia del derecho sustancial, que garantiza el artículo 228 de la Constitución Nacional, procede a interpretarla en el sentido de que fue interpuesta en lo desfavorable al actor.

2.— El artículo 86 de la Constitución Nacional consagra en favor de todas las personas la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, 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.

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

3.— En el caso sub-examine el señor Walberto Russo Ochoa ha ejercitado la mencionada acción añadiendo que el Decreto número 225 de 3 de marzo de 1992, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Bolívar, mediante el cual se le suspendió en el ejercicio del cargo de Alcalde Municipal de Zambrano por el término de treinta (30) días quebrantó el derecho fundamental de “el debido proceso”, que le reconoce el artículo 29 de la Constitución Nacional, ya que se violaron las leyes preexistentes al acto que se le imputa y se ignoró ostensiblemente la plenitud de las formas pro-

pías que se deben observar para la suspensión del cargo en lo atinente a los Alcaldes y el régimen disciplinario al que están sujetos.

Para sustentar su aserto estima que la actuación acusada olvidó que el literal b) del artículo 18 de la Ley 78 de 1986 fue modificado por el artículo 7o. de la Ley 49 de 1987, el cual estableció que los Gobernadores suspenderán los Alcaldes “A solicitud de juez competente o de la Procuraduría General de la Nación. En este último evento cuando ésta determine dicha sanción para los Alcaldes, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto para ellos en la ley”; que esta norma, de carácter especial en lo atinente al régimen disciplinario de los Alcaldes, permite inferir que la suspensión que se imponga a éstos a solicitud de la Procuraduría ha de ser como conclusión o producto de sanción, esto es, cuando el Alcalde haya sido legalmente oído y vencido en juicio, ya que sanción es igual que pena y ésta en estricto sentido es conclusión o resultado de proceso concluido.

4.— Para la Sala el cargo de transgresión del derecho al debido proceso que endilga el actor al Decreto número 225 de 3 de marzo de 1992, no resulta atendible dado que el señor Gobernador del Departamento de Bolívar procedió conforme a derecho por las siguientes razones:

El artículo 314 de la Constitución Nacional faculta a los Gobernadores para suspender a los Alcaldes en los casos taxativamente señalados por la ley.

El artículo 10o. de la Ley 49 de 1987 establece que mientras se expide el régimen disciplinario para los Alcaldes “les será aplicable el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario 482 de 1985”.

El artículo 26 del Decreto 482 de 1985 autoriza a suspender provisionalmente a un empleado por un término que no podrá exceder de treinta (30) días calendario, prorrogable por un término igual, una vez que se haya abierto investigación disciplinaria y que los actos o hechos investigados puedan ser constitutivos de una de las faltas disciplinarias señaladas en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984.

El artículo 11 de la Ley 13 de 1984 prescribe que la Procuraduría General de la Nación en cualquier momento puede iniciar o asumir una investigación disciplinaria.

A las normas constitucionales y legales antes enunciadas se les dio cabal aplicación para la expedición del Decreto que ocupa la atención de la Sala, dado que:

1o.): La Procuraduría Departamental de Bolívar, mediante auto de 14 de febrero de 1992, declaró abierta formal averiguación disciplinaria contra el actor y otros (folio 39).

2o.): En desarrollo de dicha averiguación, la entidad fiscalizadora mediante Oficio número 0489 de 24 de febrero de 1992 le formuló al actor pliego de cargos, en el cual le imputó las faltas disciplinarias previstas en los artículos 15 numerales 15 y 20 de la Ley 13 de 1984, 48 numerales 15 y 20 del Decreto 482 de 1985, así como la infracción de los artículos 11 literal c) de la Ley 78 de 1986, 298 y 300 del Código de Régimen Municipal y 110 de la Constitución Nacional (folios 86 y 87).

3o.): La citada Procuraduría por medio del Oficio número 0513 de 28 de febrero de 1992 solicitó al señor Gobernador del Departamento de Bolívar la suspensión provisional del actor por el término de treinta (30) días calendario en el ejercicio del cargo de Alcalde Municipal de Zambrano, invocando para ello el artículo 26 del Decreto 482 de 1985 e informándole sobre la apertura formal de averiguación disciplinaria, la formulación de pliego de cargos y las faltas disciplinarias en él imputadas (folios 88 y 89).

Se deriva de lo anterior, a manera de conclusión, que el Decreto de suspensión provisional que originó la acción de tutela fue expedido con arreglo a las previsiones del artículo 29 de la Constitución Nacional ya que se atendieron las leyes preexistentes al acto que se le imputa al actor y se observaron la plenitud de las formas propias del juicio disciplinario que se le adelantaba a la sazón.

La Sala, por último, se permite resaltar que el Decreto sub-examine tiene la calidad de medida cautelar en el proceso disciplinario, es de ejecución inmediata y no está sujeto a recurso gubernativo alguno según lo dispone el artículo 26 del Decreto 482 de 1985. Si bien es cierto que por ser un acto de trámite no es susceptible de que se utilicen contra él medios de defensa judicial, también lo es que el acto administrativo que pone fin al proceso disciplinario en que él se expide sí los tiene ante esa Jurisdicción.

Las consideraciones precedentes, y no las que hizo el Tribunal a quo, son las que llevan a la Sala a confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

Se conforma el fallo impugnado.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día doce (12) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Vice-Presidente; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez. Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Aclara Voto; Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Salvedad de Voto; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD/PERJUICIO IRREMEDIALE— Inexistencia (Aclaración de Voto)**

**El acto que dio origen a la solicitud de tutela, junto con la providencia que ponga fin al disciplinario, pueden ser revisadas por la justicia contenciosa administrativa y por ello el afectado tiene otro medio de defensa judicial que ampara su derecho. El perjuicio que dice el peticionario se le infiere, no es irremediable, porque su derecho puede ser restablecido por la vía ordinaria.**

*Aclaración de Voto de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas.— Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-117. Actor: Walberto Russo Ochoa.

Por no compartir la motivación de la sentencia pero sí su parte resolutoria, considero necesario aclarar mi voto.

Como bien lo consideró el Tribunal, el acto que dio origen a la solicitud de tutela, junto con la providencia que ponga fin al disciplinario, pueden ser revisadas por la Justicia Contenciosa Administrativa y por ello el afectado tiene otro medio de defensa judicial que ampara su derecho.

También acierta el Tribunal al estimar que el perjuicio que dice el peticionario se le infiere, no es irremediable, porque su derecho puede ser restablecido por la vía ordinaria.

Por estas dos razones: disponer de otro medio de defensa judicial y no tratarse de un perjuicio irremediable, no procede acceder a la tutela impetrada.

Sobran por tanto las consideraciones de la sentencia sobre el debido proceso que precedió al acto y la no violación del artículo 29 de la Carta; ellas serían pertinentes si procediendo la tutela, se entrara a decidir de fondo.

Atentamente,

*Dolly Pedraza de Arenas*

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del Consejero Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, precisó lo siguiente: Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria habida consideración de que en ella se expresa que: "... el señor Gobernador del Departamento de Bolívar procedió conforme a derecho...", por las razones que en el referido proveído se enlistan. Quien suscribe este salvamento de voto considera que el fallo no ha debido tener ese universo, pues de entrada se está desatando el problema de fondo, que mañana puede venir a la Corporación, si es que el demandante instaura, contra los actos cuestionados, las acciones pertinentes. Las decisiones que se toman para desatar la acción de tutela deben ser muy prudentes, con el fin de no anticipar juicios sobre aspectos que seguramente serán controvertidos, por los interesados, posteriormente.

**TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIALE—  
Inexistencia/DERECHO A LA HONRA/DERECHO AL BUEN NOMBRE/  
RESERVA MORAL**

Para que proceda la tutela transitoria se requiere que el perjuicio todavía no se haya causado y que si se llegare a producir, no podría remediarse. El buen nombre y la honra confluyen en lo que en lenguaje común se llama la “buena fama” y es un bien intangible que una vez que se vulnera, sólo es susceptible de restablecerse mediante una rectificación definitiva, no en forma provisional, pues la estimación y el aprecio de la comunidad que se han perdido, no pueden devolverse en forma temporal o transitoria mientras el asunto permanece sub-judice. Suspender provisionalmente el acto, no hace cesar el perjuicio que ya se ha ocasionado, porque ni implica rectificación de la imputación que pueda inferirse de la reserva moral que lo motivó, ni puede tener el efecto de retrotraer la situación al estado anterior. Además, carecería de objeto la suspensión de un acto que ya se agotó, que ya produjo todos sus efectos, que ya no puede ocasionar daño alguno al afectado. En cuanto a que el perjuicio sea irremediable, ello no es totalmente cierto. Todo daño a la honra y al buen nombre es susceptible de ser restablecido, al menos en buena parte, mediante una adecuada rectificación.

**DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA/DERECHO AL TRABAJO/  
ACCION DE TUTELA— Improcedencia**

El derecho al trabajo es de aquellos derechos de aplicación inmediata previstos en el artículo 85 de la Constitución Nacional, razón que motiva la desestimación de la acción de tutela intentada sobre esta materia.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-085. Actor: Javier Darío Velásquez Jaramillo.

Improbada por decisión mayoritaria la ponencia presentada por el Consejero doctor Juan de Dios Montes Hernández, procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el actor en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia el 14 de febrero de 1992, en virtud de la cual negó “por improcedente la tutela como mecanismo transitorio, solicitada por el abogado Javier Darío Velásquez Jaramillo”.

### ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 11 de febrero de 1992, el abogado Javier Darío Velásquez Jaramillo, ejercitó como mecanismo transitorio, la acción constitucional de tutela en contra de la decisión del Tribunal Superior de Antioquia, mediante la cual se abstuvo de reelegirlo como Juez Segundo Agrario del Círculo Judicial de Antioquia, con fundamento en “reserva moral”.

El a-quo adoptó la decisión arriba anotada luego de reflexionar con esta lógica:

“El artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, dispuso: ‘Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...

... Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización...’.

2.1. No puede pretenderse que la acción de tutela invocada como mecanismo transitorio tenga aplicación en este caso por lo siguiente:

2.1.1. La tutela como mecanismo transitorio procede cuando va dirigida a evitar un perjuicio irremediable. Es irremediable: *‘el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización’* (Subraya el Tribunal).

2.1.2. La petición principal en el caso en cuestión no es pecuniaria porque, está constituida por el reintegro.

2.1.3. El pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante la desvinculación procede sólo mediante la declaratoria judicial de ilegalidad del acto demandado y su consecuente anulación.

2.1.4. En consecuencia el caso planteado por el demandante, no es de los que ameriten el ejercicio de la tutela invocada como mecanismo transitorio porque, no es susceptible de ser: 'reparado en su integridad mediante una indemnización' (numeral 1o., inciso 2o., artículo 6o., Decreto 2591 de 1991).

3. En el presente caso es claro que el demandante, puede ejercer ante la jurisdicción contencioso administrativa, LA ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que consagra el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 (modificado por el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989), para provocar el control de legalidad del acto censurado, pues, la ACCION DE TUTELA fue instituida para salvaguardar los derechos fundamentales (artículos 11 a 41 de la Constitución Nacional), y procede sólo cuando el solicitante no tiene otros medios de impugnación.

3.1. Es más: en el mismo proceso puede solicitar la suspensión provisional del acto que considera lesivo de sus derechos, a fin de obtener el restablecimiento inmediato como lo dispone el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo (sustituido por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989).

En conclusión, no es aplicable a este caso la ACCION DE TUTELA invocada como mecanismo transitorio". (Destaca el Tribunal). (Fls. 24 a 26).

En escrito visible a folios 29 a 34 del expediente, el accionante impugna la decisión anterior; de él destaca la Sala los siguientes apartes:

"1.— No puede dudarse que con el acto atacado se está causando un perjuicio irremediable, pero además debe apreciarse que tal perjuicio tiene la dimensión establecida por el Legislador al reglamentar la acción de los presentes trámites, pues el atentado contra el HONOR, LA HONRA y el BUEN NOMBRE, de mi persona, tan sólo podrá ser reparado 'en su integridad mediante una indemnización'. Es que tal perjuicio no puede resarcirse mediante el supuesto reintegro, pues con éste nada se repara, la reparación en su integridad se hace con el reconocimiento y pago de la indemnización. En otras palabras 'el reintegro', no conduce a reparación alguna del atentado a la honra, honor y buen

nombre, pues los perjuicios que se causan en este campo con el acto del Tribunal Superior de Antioquia sólo se reparan con la indemnización.

2. Deberá considerarse entonces, que la petición principal sí es pecuniaria pues más que el simple reintegro lo que procura es evitar que continúe el daño a la honra, el honor y el buen nombre, y que de todas formas se tenga en cuenta que por ello debe hacerse la reparación económica correspondiente.

3. Lo que sucede es que al violarse los derechos fundamentales descritos a partir del artículo 11 en nuestra Constitución se está causando un perjuicio que no puede repararse por medio distinto al pecuniario, pero de paso se violan otros derechos como el del trabajo que debe ser protegido en forma especial por las autoridades del Estado. Es que fruto del acto del Tribunal Superior de Antioquia, ya no podré obtener otro empleo en la rama, ni en la empresa privada, ni en la empresa pública, y como si fuera poco no podré ejercer mi profesión, pues resulta claro que la RESERVA MORAL es la carta de presentación más denigrante que poseo y será el gran fundamento para que mi nombre no sea tenido en cuenta para calificar a empleo alguno, y los ciudadanos tampoco querrán recibir asesoría mía. Es que el atentado a la honra, honor y buen nombre, me dejará sin amparo alguno para ejercer las funciones normales en el campo del trabajo, y ello tan sólo se puede reparar mediante el reconocimiento de la indemnización correspondiente.

...

Si en algún momento se ha entendido que hago ejercicio de la Acción para obtener el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, ello fue quizás por error en el planteamiento, pero aún así es principio fundamental del derecho procesal interpretar la demanda adecuándola a los reales efectos deseados por el recurrente y dándole un contenido que corresponda a su contexto integral, dejando de lado los supuestos formalismos que para el caso la Ley no exige. El Fallador ha decidido tomando los aspectos consecuenciales de una decisión favorable, olvidando los aspectos fundamentales que son los que resultan en verdad determinantes para identificar o no los presupuestos de la acción. Lo que se requiere no es el reintegro y el pago de salarios y prestaciones, lo que se pretende es que el acto se deje sin efectos por contener violaciones claras a derechos fundamentales que ampara la Carta fundamental, pero el hecho de que se deje sin efectos el acto referido transporta unos aspectos secundarios consecuenciales como los mencionados aquí y que reseña el Fallador, que no son los que determinan la acción. Lo que determina esta acción es el ataque a mi honra, buen nombre y honor y ello tan sólo se puede reparar (sic) 'en su integridad'

con una indemnización, y no lo es la circunstancia de quedarme sin el cargo de Juez... sin salario y prestaciones, para lo que realmente existen otros medios de impugnación. Las circunstancias de quedarme sin posibilidad de obtener otro cargo o empleo y sin poder ejercer la profesión de Abogado, no puede repararse con el supuesto reintegro y pagos salariales, sino mediante una indemnización.

5. Es errado plantear que por existir otros medios de impugnación como la acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO no es procedente la acción que se ejerce, pues ésta tan sólo permite reclamar reintegro, salarios y prestaciones pero nunca la indemnización por la violación a lo que constituye lo fundamental de la demanda y que se concreta al reconocimiento por el ataque a mi honra, honor y buen nombre, y por el ataque al derecho del trabajo ante la imposibilidad de obtener otro empleo y ejercer la profesión, por el peso social que tiene la reserva moral ya señalada.

La Acción insinuada por el fallador se puede ejercer con los fines precisos ya establecidos, pero nunca para procurar la indemnización por las violaciones a los derechos fundamentales de que se ocupa la demanda.

Además, la circunstancia de que en desarrollo de aquella acción se pueda solicitar la suspensión provisional del acto, no es amparo para negar la acción incoada, pues en la que se ejerce no se requiere de los requisitos y formalidades de la otra, pues lo que aquí se exige es únicamente que se encuentren vulnerados los derechos constitucionales fundamentales, pero para procurar lo otro se requiere de la asesoría de Abogado y la calificación de las pruebas aportadas, a través del examen de las aceptadas y a través de comparación como lo exige el artículo 152 del C.C. Administrativo. El carácter preferente y sumario que tiene el procedimiento de la acción incoada, nos permite hablar de una gran diferencia entre ésta y la acción contenciosa administrativa. No podemos escabullirnos en los comentarios de que la acción de tutela no constituye un instituto que permita lograr una instancia más, sino que en realidad ésta se institucionalizó como un instrumento transitorio más ágil y positivo que los que existían en la Constitución anterior y la misma ley, demostrándose así el desarrollo del Derecho con la evolución de la sociedad.

...

En conclusión el fundamento de la acción que se ejerce no es el despido o el que no se me haya designado como JUEZ SEGUNDO AGRARIO DE ANTIOQUIA, lo que aquí se ataca es un acto que por contener una RESERVA MORAL resulta lesivo de los principios y derechos fundamentales que inspira la Constitución Nacional". (Fls. 29 a 34).

Para resolver, la Sala **CONSIDERA:**

1. En el escrito inicial el actor citó como quebrantados los siguientes preceptos constitucionales: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 15, 16, 18, 21, 25, 26, 28, 29, 44, 83, 85, 95, 121, 123, 124, 230, 248, 380, y 21 transitorio.

Sin embargo, y amén de que la sola indicación de este extenso articulado muestra claramente que no todo su contenido se refiere a los derechos fundamentales, únicos susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela, el propio accionante en el capítulo destinado al “concepto de violación” y en el escrito de sustentación del recurso, limita los alcances de su acción al derecho al buen nombre (artículo 15), a la honra (artículo 21) y al trabajo (artículo 25), en cuanto el acto cuestionado tomó por fundamento la reserva moral.

2. Por razones de método la Sala analiza primero el derecho al trabajo invocado por el accionante, por cuanto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha manifestado en varias oportunidades que éste no es de aquellos derechos de aplicación inmediata previstos en el artículo 85 de la C.N., razón que ha motivado la desestimación de la acción de tutela intentada sobre esta materia.

Así por ejemplo en sentencia del 24 de enero de 1992, expediente No. AC-007, Actor: José Joaquín Guerrero, con ponencia del Consejero Doctor Joaquín Barreto Ruiz, estableció:

“2. Teniendo en cuenta que el derecho impetrado es de índole laboral, la Sala debe observar en primer término, que si bien es cierto el *trabajo* es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, también lo es, que por disposición del artículo 85 de la Carta, él no se encuentra dentro de los de *aplicación inmediata*; vale decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley”.

Esta tesis fue reiterada por la sentencia de marzo 7 de 1992, expediente No. AC-082, Actor: Ramón de Jesús Rincón Quintero, Consejero Ponente Dr. Julio César Uribe Acosta.

Por consiguiente, por este primer cargo, la acción de tutela intentada es improcedente.

3. En cuanto a los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra, consagrados en los artículos 15 y 21 de la Constitución Política, que el accionante señala como vulnerados, la Sala coincide con el Tribunal en que no procede la tutela como mecanismo transitorio, por las siguientes razones:

El inciso tercero del artículo 86 de la Carta dispone:

“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio *para evitar un perjuicio irremediable*”. (Se destaca).

Significa el precepto transcrito que cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la tutela puede impetrarse como una medida cautelar encaminada únicamente a *evitar* un perjuicio, que de llegar a producirse, no sería remediable, esto es, que para que proceda la tutela transitoria se requiere, en primer lugar, que el perjuicio todavía no se haya causado y en segundo, que si se llegare a producir, no podría remediarse.

El artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991 entiende que es irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

Dentro del anterior contexto, encuentra la Sala que en el caso sub judice no se dan los presupuestos de la norma constitucional, como a continuación se demuestra:

a. El perjuicio a evitar.

Pide el accionante que se declare que “desde el momento que se decidió por parte de la Sala Plena del H. Tribunal Superior de Antioquia en la forma descrita, se ha causado un perjuicio irremediable a Javier Darío Velásquez Jaramillo” y solicita se ordene la suspensión del acto que ocasionó tal perjuicio, para evitar que se siga consolidando.

Luego, en la impugnación, sostiene que “el atentado contra el honor, la honra y el buen nombre de mi persona sólo podrá ser reparado en su integridad mediante indemnización” y agrega: “deberá considerarse entonces, que la petición principal sí es pecuniaria pues más que el simple reintegro lo que procura es evitar que continúe el daño a la honra, el honor y el buen nombre, y de todas formas se tenga en cuenta que por ello debe hacerse la reparación económica correspondiente”.

Como puede apreciarse, a la luz de la norma constitucional, el planteamiento es inconsistente. Si el mismo peticionario reconoce que el perjuicio ya se causó, resulta inane cualquier medida cautelar para evitarlo. El buen nombre y la honra confluyen en lo que en lenguaje común se llama la “buena fama” y es un bien intangible que una vez que se vulnera, sólo es susceptible de restablecerse mediante una rectificación definitiva, no en forma provisional, pues la estimación y el aprecio de la comunidad que se han perdido, no pueden devolverse en forma temporal o transitoria mientras el asunto permanece sub judice.

Suspender provisionalmente el acto, como lo pretende el peticionario, no hace cesar el perjuicio que ya se ha ocasionado, porque ni implica rectificación de la imputación que pueda inferirse de la reserva moral que lo motivó, ni puede tener el efecto de retrotraer la situación al estado anterior. Si el funcionario no fue reelegido, para volver al servicio requiere o de un acto de elección que no puede ordenar el juez de la medida cautelar, o de una sentencia de fondo que disponga su reintegro como restablecimiento del derecho.

Además, carecería de objeto la suspensión de un acto que ya se agotó, que ya produjo todos sus efectos, que ya no puede ocasionar daño alguno al afectado.

Y si lo que fundamentalmente persigue el accionante es una indemnización, ello no es propio de una medida cautelar y ni siquiera de una acción de tutela definitiva que según la norma constitucional sólo consiste en “una orden para que aquél respecto de quien solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

#### b. El perjuicio irremediable.

En cuanto a que el perjuicio sea irremediable, la Sala considera que ello no es totalmente cierto. Todo daño a la honra y al buen nombre es susceptible de ser restablecido, al menos en buena parte, mediante una adecuada rectificación. Es más, frente a ataques en medios masivos de comunicación, la Constitución Nacional garantiza el derecho fundamental a la rectificación en condiciones de equidad. Y en casos como el sub judice en donde el afectado tiene expeditos otros medios judiciales, qué mayor rectificación puede obtener que una sentencia que anule el acto acusado y ordene restablecer su derecho reitegrándolo al empleo, pagándole todos los emolumentos dejados de percibir y declarando que para todos los efectos legales no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio?

No es cierto entonces que el perjuicio sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

En estas condiciones concluye la Sala que no se dan los presupuestos constitucionales que permitan acceder a la tutela impetrada como mecanismo transitorio y por ello habrá de confirmar la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

**FALLA:**

CONFIRMASE la providencia de catorce (14) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, denegó por improcedente la tutela como mecanismo transitorio, solicitada por el abogado JAVIER DARIO VELASQUEZ JARAMILLO.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de mayo diez y nueve (19) de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente; *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, Salvó Voto; *Guillermo Chahín Lizano*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Clara Forero de Castro*, *Miguel González Rodríguez*, Salvó Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez*, Ausente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, Salvó Voto; *Carmelo Martínez Conn*, *Juan de Dios Montes Hernández*, Salvó Voto; *Dolly Pedraza de Arenas*, *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Ausente; *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Daniel Suárez Hernández*, Salvó Voto; *Julio César Uribe Acosta*, Con Salvedad de Voto; *Diego Younes Moreno*, Salvó Voto;

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera lo dicho en sentencia de enero 24 de 1992, Exp. AC-007, Actor: José Joaquín Guerrero, Ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ y Sentencia de marzo 7 de 1992, Exp. AC-082, Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Actor: Ramón de Jesús Rincón Quintero.

**RESERVA MORAL/DERECHO A LA HONRA/DERECHO A LA INTIMIDAD/ CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO (Salvamento de Voto)**

La decisión de retirar la candidatura del actor, para ocupar el cargo de juez, previa aprobación mayoritaria de la "reserva moral" sin motivación alguna es conducta omisiva que constituye un ejercicio discrecional (y por tanto indebido) de una competencia reglada, afectando —de modo arbitrario— los derechos fundamentales de la persona; este es el acto —no la posterior elección de persona distinta para ocupar dicho cargo que afecta, sin duda alguna, su honra y su buen nombre. Teniendo en cuenta que un virus corrosivo ha penetrado en todas las esferas de la administración del Estado, amenazando su disolución, será muy difícil que el ex-juez recupere su honra o, al menos, logre explicar su conducta ante sus parientes, sus amigos, sus vecinos y la sociedad frente a la cual desempeñó la judicatura, máxime cuando nadie le ha dicho cuáles son los motivos, acciones y omisiones, que condujeron a tachar su moral y a considerarlo incurso en el impedimento legal para ocupar un cargo en la administración de justicia.

*Salvamento de Voto de los H. Consejeros Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-085. Actor: Javier Darío Velásquez Jaramillo.

A pesar de que la ponencia presenta un perfil distinto al discutido originalmente, en lo sustancial trata la materia sobre los derechos fundamentales controvertidos.

Este salvamento de voto contiene las consideraciones de la ponencia que por mayoría de votos fue desestimada en la Sala Plena de lo Contencioso.

En lo referente a los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, consagrados en los artículos 15 y 21 de la Constitución Política y que el accionante señala como vulnerados, es menester, hacer las reflexiones siguientes:

El buen nombre y la honra son manifestaciones de la dignidad de la persona humana y proyecciones de lo que, genéricamente, podría denominarse el derecho al honor. En efecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española contiene estas apreciaciones:

**“HONOR:** Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos —Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea”.

**“HONRA:** Estima y respeto de la dignidad propia —buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito— demostración de aprecio que se hace de uno por su virtud y mérito”.

**“NOMBRE:** Fama, opinión, reputación o crédito”.

El Diccionario de Uso del Español de María Moliner señala estos significados:

**“HONOR:** Cualidad de la persona que, por su conducta, es merecedora de la consideración y respeto de la gente y que obedece a los estímulos de su propia estimación”.

**“HONRA:** Dignidad. Con referencia a cierta persona, circunstancia de ser intachable por su conducta por no haber cometido actos delictivos, inmorales o, en general que merezcan el desprecio de la gente”.

**“BUEN NOMBRE:** Prestigio o buena fama que alguien tiene entre la gente”.

Las definiciones anteriores ponen de manifiesto el estrecho parentesco vinculante de los tres conceptos que corresponden a lo que interioriza nuestra sociedad en sus relaciones cotidianas haciendo posible el trato interpersonal.

Carlos Soria, en cita que de él hace JESUS GONZALEZ PEREZ enseña que “puede hablarse de dos niveles de honor: *en un primer nivel*, es el honor

propio de la naturaleza humana, el honor consiguiente a la dignidad del hombre; *en un segundo nivel*, es proyección de la virtud, o, como se describe en el Diccionario de la Academia, 'gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea'. *Proyección del honor es la honra*. Significa el reconocimiento de los valores morales de la persona por parte de los demás, 'el respeto y reconocimiento del honor personal por parte de los demás, 'La adecuada valoración social del honor de una persona'. ("La Dignidad de la Persona" págs. 104 y 105); allí están descritos la honra y el buen nombre como especies del mismo género: el honor, que se asienta en el principio general, tradicional y político de nuestra organización; la dignidad de la persona humana como ser inteligente, libre y superior a cuanto ha sido creado y existe.

La Constitución Política vigente, además del señalamiento de los derechos a la honra y al buen nombre (arts. 15 y 21) con categoría de fundamentales, impuso al Estado, como uno de sus fines esenciales, la protección de la honra de todas las personas residentes en Colombia (art. 2o.) y reconoció, como pilar de la organización política, "el respeto de la dignidad humana", (art. 1o.), principio anterior al Estado que, al mismo tiempo, marca la finalidad de sus esfuerzos y legitima el ejercicio del poder.

Desde otro ángulo de análisis, resulta elemental pensar que, atendida la majestad de la justicia y su valor incuestionable en la conservación de la paz y de la convivencia sociales, el elemento humano escogido para su servicio debe estar adornado de especiales calidades y cualidades humanas, de excelentes condiciones morales, de profundos conocimientos jurídicos y sociales que le permitan ejercer todo su inmenso poder con modestia, con imparcialidad, con serenidad y con eficacia, rodeado del respeto y acatamiento de aquéllos a quienes debe juzgar. En estos términos concibe el profesor Piero Calamandrei el carácter irreprochable del Juez:

"Tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado". (pág. 261 —Elogio de los Jueces escrito por un abogado— Ediciones Jurídicas Europa-América-Buenos Aires 1980).

Por esa razón el Decreto No. 1888 de 1989 en el literal h. del artículo tercero, consagró:

"No podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la rama jurisdiccional:

“h) *Las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no se observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo*”.

Y el Acuerdo No. 11 del 19 de septiembre de 1990, expedido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia reglamentó en el artículo 2o.:

“Recibida por el nominador la lista de elegibles, procederá a la elección o designación conforme a ella, *salvo que en relación con alguno o algunos de los candidatos exista la convicción moral de que, no observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del cargo, conforme a la ley*” (Sublíneas de la Sala).

Estos conceptos jurídicos indeterminados, vagos o difusos que integran las precitadas disposiciones, deben ser calificados por el nominador, en este caso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia; y cuando lo hace de manera negativa (es decir aplicando la “reserva moral”), toca la esfera de los derechos fundamentales del candidato, razón para que —dicha calificación— esté sujeta a procedimientos estrictamente reglados; sobre esta materia el profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA enseña lo siguiente:

“Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales” (“La Lucha contra las Inmunidades del Poder” págs. 36 a 38).

Con este criterio, el Decreto-Ley 01 de 1984, en el artículo 35, impone que las decisiones que afecten a los particulares deben estar motivadas, al menos sumariamente; dicha motivación es la “fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y *este el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad*” (Agustín Gordillo —“Principios Fundamentales del De-

recho Administrativo” – “El Derecho Administrativo en Latinoamérica II” págs. 22).

Se trata, pues, de un requisito que garantiza los derechos de la persona afectada y le abre los caminos para su defensa.

En este caso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en el acta No. 004 de 1992 decidió retirar la candidatura del Doctor JAVIER DARIO VELASQUEZ JARAMILLO para ocupar el cargo de Juez Segundo Agrario del Círculo de Antioquia, previa aprobación mayoritaria de la “reserva moral” (fl. 1); esta decisión carece de toda motivación, conducta omisiva que constituye un ejercicio discrecional (y por lo tanto indebido) de una competencia reglada, afectando —de modo arbitrario— los derechos fundamentales de la persona de VELASQUEZ JARAMILLO; este es el acto —no la posterior elección de persona distinta para ocupar dicho cargo— que afecta, sin duda alguna, su honra y su buen nombre; así lo entendió el recurrente desde el momento en que interpuso la acción de tutela, y, sobre todo, en el escrito de impugnación.

En efecto, teniendo en cuenta que un virus corrosivo ha penetrado en todas las esferas de la administración del Estado, amenazando su disolución, será muy difícil que el ex-juez recupere su honra o, al menos, logre explicar su conducta ante sus parientes, sus amigos, sus vecinos y la sociedad frente a la cual desempeñó la judicatura, máxime cuando nadie le ha dicho cuáles son los motivos, acciones u omisiones, que condujeron a tachar su moral y a considerarlo incurso en el impedimento legal para ocupar un cargo en la administración de justicia.

Esta circunstancia final dejó al accionante indefenso, sin reclamación posible, por cuanto nunca supo las razones que determinaron la adopción del acto censurado, el cual se repite, constituye una afrenta para su honra y su buen nombre. El Tribunal debió motivar su decisión para cumplir con el brocardico según cual “optima lex, quae minimum relinquit arbitrio iudicis; optimus iudex, qui minimum sibi”.

La mejor ley es la que reduce al mínimo el arbitrio judicial; y el mejor juez, el que reduce al mínimo el suyo (Bacon, aforismos VIII y XLVI).

FECHA UT SUPRA.

*Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández*

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los doctores LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA, MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ y CARLOS BETANCUR JARAMILLO, quien además, agregó lo siguiente:

“El nominador judicial puede justificar su voto negativo frente a un elegible, con apoyo en una reserva moral. Pero los motivos que le imponen dicha reserva no pueden quedarse inpectore u ocultos. Deberá expresarlos. No es problema probatorio. Simplemente dirá porqué no vota por esa persona y para el efecto podrá expresar que su vida privada o social no se compadece con la majestad de la magistratura; que es un ebrio consuetudinario o un drogadicto; que es un tahir; que vive relacionado con personas de mala reputación; que tiene una vida sexual desarreglada y escandalosa; que es conflictivo y no sería conveniente para un órgano colegiado, etc. etc.

Guardar silencio y votar reserva moral porque sí, es un atentado contra la dignidad de la persona humana; equivale a imponer una sanción inconstitucional de por vida e irredimible, sin defensa posible.

Además, las razones de reserva moral deben incluirse en el acta correspondiente”.

## **RESERVA MORAL/DERECHO A LA HONRA/DERECHO A LA INTIMIDAD (Salvamento de Voto)**

**Este es un caso más en que se elude el estudio del problema de fondo, como es el relacionado con la reserva moral, para divagar sobre aspectos que también le dan apoyo al fallo, pero que resultan a todas luces secundarios. Con la filosofía consignada en el fallo, respecto del buen nombre y la honra, los calumniadores, los envidiosos y los círculos interesados en la toma de decisiones, quedan con la vía libre para tener injerencias en la vida privada, perjudicando a sus semejantes, sin tener el valor moral de hacer públicas las razones que los llevan a hablar de reserva moral. Es una lástima que la acción de tutela encuentre, en la jurisprudencia, un obstáculo para hacer respetar el derecho a la honra y a la pacífica intimidad.**

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Salvamento de Voto: Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC-085. Actor: Javier Darío Velásquez Jaramillo.

Con toda consideración me separo del alcance del fallo, pues en su momento compartí la perspectiva jurídica que manejó en su proyecto el H. Consejero Dr. Juan de Dios Montes Hernández, y que mereció el rechazo mayoritario de la Corporación.

Para quien suscribe, este es un caso más en que se elude el estudio del problema de fondo, como es el relacionado con LA RESERVA MORAL, para divagar sobre aspectos que también le dan apoyo al fallo, pero que resultan a todas luces secundarios.

Preocupante la tesis que se recoge en los considerandos de la providencia cuando se afirma: "El buen nombre y la honra confluyen en lo que en lenguaje común se llama "buena fama" y es un bien intangible que una vez que se vulnere, sólo es susceptible de restablecerse mediante una rectificación definitiva, no en forma provisional, pues la estimación y el aprecio de la comunidad que se han perdido, no pueden devolverse en forma temporal o transitoria mientras el asunto permanece sub judice...".

Con la anterior filosofía los calumniadores, los envidiosos y los círculos interesados en la toma de decisiones, quedan con la vía libre para tener injerencias en la vida privada, perjudicando a sus semejantes, sin tener el valor moral de hacer públicas las razones que los llevan a hablar de RESERVA MORAL. Transitando por este camino, los sistemas totalitarios pueden revivir las tragedias de la pasada guerra mundial, en la cual muchos inocentes pagaron con sus vidas la lealtad a unos principios, entre ellos, el de la defensa de la dignidad de la persona humana.

Es una lástima que la acción de tutela encuentre, en la jurisprudencia, un obstáculo para hacer respetar el derecho a la honra y a la pacífica intimidad.

En esta ocasión hago más las palabras con que el Profesor Luis Recasens Siches se refiere a la inviolabilidad de la vida privada y de la familia.

En su obra Tratado General de Filosofía del Derecho, el ilustre maestro enseña:

"Cuando se trata de formular el derecho a no ser objeto de interferencias injustificadas se piensa sobre todo en las intromisiones del poder público. Pero lo cierto es que hay también la posibilidad de que tales interferencias sean practicadas por particulares o por instituciones sociales en contra de otros particulares.

"Este principio del derecho a no sufrir ingerencias indebidas en la vida privada comprende, además, el derecho a no ser objeto de ataques contra su honra o su reputación, porque ésta es una especie de patrimonio moral del individuo, consistente en las condiciones que éste considera como expresión concreta de su dignidad y de su propia estimación".

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta*

Santafé de Bogotá, D.C. junio 8 de 1992.

**NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el doctor LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA.**

## **DERECHO A LA HONRA/RESERVA MORAL (Salvamento de Voto)**

**Si bien la decisión cuestionada es un acto administrativo desde el punto de vista material, estimo que al accionante le cabía el derecho de obtener una información de orden muy global sobre las causas generales que motivaron la decisión a la cual hacen relación los autos, en orden a facilitar la defensa del derecho a su honor. El honor como calidad moral que impulsa el hombre a lograr un comportamiento que le permita conservar su propia estimación, genera a su vez el derecho fundamental de la honra, que lo hace acreedor al aprecio y respeto de quienes lo rodean. Sin el conocimiento de las causas generales, suministradas de manera global, es muy difícil ejercer el derecho de defensa de la honra y en consecuencia, en tales circunstancias, es complicado abordar con algún grado de éxito, el medio de defensa judicial correspondiente. De otra parte la honra no se vulnera de manera inmediata e interrumpida, sino mediante un proceso extensivo y progresivo.**

*Salvamento de Voto del Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-085. Actor: Javier D. Velásquez Jaramillo.

Con el debido respeto por la determinación mayoritaria de la Sala, me permito apartarme de la decisión adoptada en la sentencia de la referencia, por las siguientes razones:

Si bien es cierto que la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, es un acto administrativo desde el punto de vista material, y por lo tanto contra él proceden los instrumentos de impugnación judicial que señala el C.C.A. y más concretamente la hoy denominada acción

de nulidad y restablecimiento del derecho, conocida en nuestros anteriores estatutos como de plena jurisdicción, y desde este punto de vista hay "medio de defensa judicial", no obstante, estimo que al accionante le cabía el derecho de obtener una información de orden muy global sobre las causas generales que motivaron la decisión a la cual hacen relación los autos, en orden a facilitar la defensa del derecho a su honor, derecho éste constitucionalmente protegido.

El honor como calidad moral que impulsa al hombre a lograr un comportamiento que le permita conservar su propia estimación, genera a su vez el derecho fundamental de la honra, que lo hace acreedor al aprecio y respeto de quienes le rodean, derecho éste constitucionalmente tutelado en el artículo 21 de nuestra Carta.

Sin el conocimiento de las causas generales, suministradas de manera global, es muy difícil ejercer el derecho de defensa de la honra, y en consecuencia, en tales circunstancias, es complicado abordar con algún grado de éxito, el medio de defensa judicial correspondiente.

De otra parte la honra no se vulnera de manera inmediata e interrumpida, sino mediante un proceso extensivo y progresivo.

Atentamente,

*Diego Younes Moreno*

Santafé de Bogotá, D.C., junio 30 de 1992.

## **PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD/ACCION DE TUTELA— Improcedencia/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/CADUCIDAD**

Si lo residual hace relación a lo que queda de algo; si lo subsidiario significa accesoriedad o auxilio, la exigencia que recalca el artículo 86 de la Constitución para que pueda tener lugar la acción de tutela guarda, lógicamente, a la no existencia de otro mecanismo o medio para amparar el derecho fundamental, no que, por el fenómeno de la caducidad del mecanismo o medio que haya establecido la ley, le sea imposible recurrir a éste. De allí que el carácter de residual o de subsidiario que tiene la acción de tutela, o de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aparezcan como lo que deben ser, no dándoseles una virtualidad tal que desate la anarquía jurídica y haga perder el privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos que crean estado.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO AL TRABAJO/DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA**

El derecho del trabajo 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", 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. Además, el derecho fundamental al trabajo, como cualquier otro derecho fundamental, inclusive el más humano de ellos, el de la vida, puede ser objeto de la renuncia voluntaria y libre del respectivo titular, como ocurrió en el caso "sub examine", con ocasión del retiro voluntario del actor.

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. AC-144. Actor: Tomás Rafael Villero Córdoba.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por la parte actora en este asunto, contra el fallo de 6 de mayo de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de su Sección Segunda, Subsección C, que denegó la tutela solicitada por el señor TOMAS RAFAEL VILLERO CORDOBA, mediante apoderado, debido a la improcedencia de la misma.

### I.— ANTECEDENTES:

Según se lee en el escrito de reclamación de tutela, se acude a la mencionada acción “para que se declare la NULIDAD de la RESOLUCION DIPON 11403 DEL 18-11-91- Y se deja sin validez ni efectos la ORDEN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL POLINAL NUMERO 1.219 de Veintidos (22) de octubre de Mil Novecientos Noventa y Uno (1991), artículo 3643, para que se apliquen los artículos 63, 54, 86, etc., de la Nueva Constitución Política de Colombia, y especialmente el decreto 2591 de noviembre 19 de 1991 y demás normas introducidas, se hagan las consideraciones del caso, para reparar la destitución de que fuera víctima el sedicente servidor público de la POLICIA NACIONAL a cargo del Mayor General MIGUEL ANTONIO GOMEZ PADILLA, quien es igualmente mayor de edad, con domicilio y vecindad en ésta misma ciudad, para que se le ordene el REINTEGRO a las labores que venían desempeñando, ya que adolece de proceso disciplinario ni prohijado”.

La anterior petición transcrita textualmente la apoya el libelista en una relación de hechos y circunstancias que es dable sintetizar así:

a) El señor Villero Córdoba se incorporó como agente conductor de la Policía Nacional, el 1 de enero de 1988, una vez realizó el curso correspondiente. A partir de entonces permaneció vinculado a la institución.

b) En junio de 1990 solicitó su retiro voluntario “RENUNCIANDO AL CARGO”, pero cuando se adelantaban los trámites respectivos ante la División de Transportes y luego ante el Jefe de Personal, sufrió un accidente que le produjo lesiones; por ese accidente se le siguió un proceso disciplinario interno, del cual fue declarado exento de responsabilidad, pero, poco después y no obstante haber tenido como secuela física del accidente, una incapacidad de veintinueve días y una disminución laboral equivalente al

23.14%, se le retiró del servicio, habiéndosele pagado, a través de abogado cuyos servicios provisionales contrató, el auxilio de cesantía.

En la “administrativa de personal” de 22 de noviembre de 1991 (No. 1219) que el demandante anexó como prueba (fols. 9 y 10), se lee con relación a VILLOTA CORDOBA TOMAS RAFAEL y bajo el acápite “RETIROS DE LA POLICIA NACIONAL”, que se le retira del servicio activo *en forma temporal y por solicitud propia*.

## II.— ARGUMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para denegar la tutela, dice:

1o.— Que no se indica si la acción se incoa como mecanismo ordinario o en forma transitoria para evitar perjuicios irremediables, amén de que las razones que puntualiza, muestran que la acción es improcedente.

2o.— Si la acción, supuestamente, se tomase como mecanismo ordinario, a todas luces se evidencia que el demandante tiene otros medios de defensa judicial, cual sería la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.). O sea, que “los actores tenían a su disposición un medio de defensa judicial. Por manera que para ello no les era dable hacer uso de la acción de tutela como instrumento subsidiario o residual”.

3o.— Si la acción, supuestamente, cabe interpretarla “como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables, también aparece que no es procedente, dado que “no aparece demostrado que con las pretensiones se busca evitar perjuicios irremediables, valga decir futuros y reparables únicamente mediante una indemnización, sino el restablecimiento de unos derechos presuntamente conculcados con actos administrativos a cuya legalidad, según la doctrina, se presume, y el pago de unos daños y perjuicios causados con la ejecución de tales actos. En otras palabras, se busca restablecer derechos cuya integridad ya fue supuestamente violentada. Siendo más exactos, hacer desaparecer y compensar parcialmente y con dinero, situaciones que, según los actores ya fueron consumadas”.

## III.— SUSTENTACION DE LA IMPUGNACION

El escrito sustentatorio del recurso expone en síntesis:

a) Que aunque es cierto que el señor Villero Córdoba tenía la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, “dejó precluir la oportunidad” para hacer uso de ella, por lo que puede recurrir a la acción de tutela como mecanismo ordinario o residual porque ya no cuenta con otro mecanismo de

defensa, porque ya transcurrieron los cuatro meses de la caducidad. Por eso, habiéndosele conculcado derechos fundamentales, se quebranta el derecho de defensa consagrado en el Art. 29 de la Carta Magna, esto es que nadie puede ser condenado sin previo juicio, ser oído y vencido, condicionando esto al derecho al Trabajo”.

b) Que de la redacción del art. 86 de la Constitución Política se deriva que “sale en su armonizante principio el legislador Civil, visto el Artículo 27 que sostiene: “donde la C.N. no distingue, al intérprete ni le corresponde hacerlo. En otras palabras la ley reglamentaria no puede ir por encima de la Constitución Nacional ya que es norma de normas en la escala de las leyes, como en la pirámide de Kelsen y la C.N. se debe aplicar de preferencia a la ley (art. 4), lo que no resulta nuevo, ya que en la Ley 57 de 1887 Sobre Adopción de Códigos y unificación de la Legislación Nacional Artículo 5. Num 2., cuyo espíritu se encuentra vigente, y ahora cabe destacar que la derogada Constitución tenía previsto en su Art. 215 que existiese un Control Constitucional por vía de excepción.

c) “En este orden de ideas —continúa el impugnante—, debe prosperar la TUTELA por ser procedente, ya que mi intercedido quiso en su oportunidad retirarse de la Institución POLINAL, pero a la postre no podía hacerlo, porque le causaron gravísimas lesiones que disminuyeron su capacidad para trabajar, y la pérdida funcional de algunos miembros inferiores (!) que no le permiten de acuerdo con su edad, vincularse a otra actividad, ya sea económica o de otro orden (!), y tiene a su cargo una gran responsabilidad familiar y social”.

### PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1.— La Sala ha leído cuidadosamente tanto el escrito contentivo de la demanda de tutela como el sustento de la impugnación y observa en este último que el apoderado especial del actor admite que su poderdante disponía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero que, habiendo transcurrido más de cuatro meses desde la expedición del acto que lo retiró del servicio activo de la Policía Nacional “en forma temporal y por solicitud propia”, tiene ahora el mecanismo residual o subsidiario de la tutela.

No es esa la inteligencia que debe darse a los vocablos residual y subsidiario.

Si lo residual hace relación a lo que queda de algo; si lo subsidiario significa accesoriedad o auxilio, la exigencia que recalca el art. 86 de la Constitución para que pueda tener lugar la acción de tutela guarda, lógicamente, a la no existencia de otro mecanismo o medio para amparar el derecho fundamental, no que, por el fenómeno de la caducidad del mecanismo o medio

que haya establecido la ley, le sea imposible recurrir a éste. Entender lo contrario significa dejar a un lado el principio universal que brinda seguridad jurídica a los actos administrativos que crean o establecen situaciones concretas a través del establecimiento del fenómeno de la caducidad; significa desconocer lo que es un Estado de Derecho —o, como ahora se dice, Estado Social de Derecho— que sigue rigiendo en Colombia y eclipse por completo, desquicie la convicencia civilizada, valores que la Constitución vigente no sólo consagra, sino que reafirma mediante fórmulas propias.

De allí que el carácter de residual o de subsidiario que tiene la acción de tutela, o de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aparezcan como lo que deben ser, no dándoseles una virtualidad tal que desate la anarquía jurídica y haga perder el privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos que crean estado; si, como dice Fiorini (“Teoría jurídica del acto administrativo”, Buenos Aires, 1935, pág. 143), la ejecutoriedad del acto administrativo se manifiesta con su realización, una vez que ha transcurrido el tiempo necesario, fijado por la ley, para que opere el fenómeno de la caducidad, esa realización se vuelve plena.

2.— 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. Además, el derecho fundamental al trabajo, como cualquier otro derecho fundamental, inclusive el más humano de ellos, el de la vida, puede ser objeto de la renuncia voluntaria y libre del respectivo titular, como ocurrió en el caso *sub-examine*. Si el actor en este caso, “había solicitado su RETIRO VOLUNTARIO, RENUNCIANDO AL CARGO” —como lo dice la demanda—, es insólito que, habiendo caducado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto al acto administrativo que aceptó la dimisión, se acuda al medio de la acción de tutela como mecanismo protector de un derecho al que, en cuanto hace a las labores de agente conductor de la Policía Nacional, se hizo dejación voluntaria.

3.— La Sala, por otra parte, está de acuerdo con la argumentación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al negar la tutela solicitada, por improcedente. El análisis ponderado que hace de las situaciones que pudieran cobijar el caso *sub-lite* es adecuado y guarda armonía con decisiones anteriores que la Corporación ha tomado. Habrá, por tanto, que confirmarse su providencia objeto de la impugnación que ahora se dirime.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Confírmase la providencia de 6 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en cuanto denegó la tutela solicitada por Tomás Rafael Villero Córdoba, a través de apoderado, por improcedente.

**COPIESE, NOTIFIQUESE MEDIANTE TELEGRAMA AL INTERESADO, REMITASE COPIA DEL PRESENTE PROVEIDO AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN Y REMITASE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EFECTOS DE SU REVISION.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día 26 de mayo de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno,*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## ACCION DE TUTELA/IMPEDIMENTO— Trámite

En materia de causales de impedimento en las acciones de tutela (en las que no puede haber recusación, según el artículo 39 del Decreto 2591 de 1991), la normatividad aplicable es la contenida en el Código de Procedimiento Civil, pero en lo que atañe al procedimiento, incongruentemente es cierto, resultan aplicables las disposiciones y trámite previstos en el C. de P.C. Así las cosas, el procedimiento a seguir por quienes manifestaron impedimento en el sub-lite, y, consecuentemente, por el magistrado que resolvió sobre los mismos, ha debido ser el determinado por el tercer inciso del artículo 149 del C. de P.C., y no como se estimó, no aceptarlo siguiendo para ello los nortes del artículo 106 del actual C. de P.C. Recuérdese que se trata de resolver impedimentos, no recusaciones, cuyas causales son las mismas, pero que son institutos diferentes.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sala Unitaria.—* Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Radicado No. AC-157. Actor: Jacinto Novoa Mendoza. Asuntos Constitucionales.

Procedente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "C"), ha llegado a esta Sala Unitaria el auto calendarado a veinticinco (25) de mayo último, dictado por el magistrado doctor Alvaro León Obando Moncayo, a través del cual no aceptó el impedimento que, de manera conjunta, manifestaron los señores magistrados doctores José Herney Victoria, Teresa Rico de Morelli y Carlos Pinzón Barreto. En la misma pro-

videncia, se dispuso enviar el asunto al Consejo de Estado, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 106 del actual Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, esta Sala Unitaria observa:

1o.— En cuestiones de causales de impedimento, el decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela creada por el art. 86 de la Constitución vigente, remite al *Código de Procedimiento Penal*. De allí que los magistrados que se declararon impedidos se apoyaron en la causal 7a. del art. 1-3 del citado código.

2o.— No obstante ello, el art. 4o. del decreto No. 306 de 1992 —febrero 19—, “por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”, vigente desde su publicación (art. 10; “Diario Oficial” No. 40.344, año CXXVII, del miércoles 19 de febrero de 1992), expresa:

“De los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto 2591 de 1991. — Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del *Código de Procedimiento Civil*, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto...” (Subrayas fuera del texto).

3o.— Es claro entonces que, en materia de causales de impedimento en las acciones de tutela (en las que no puede haber *recusación*, según el art. 39 del decreto 2591 de 1991), la normatividad aplicable es la contenida en el Código de Procedimiento Penal, pero en lo que atañe al *procedimiento*, incongruentemente es cierto, resultan aplicables las disposiciones y trámite previstos en el Código de Procedimiento Civil.

4o.— Así las cosas, el procedimiento a seguir por quienes manifestaron impedimento en el caso sub-lite, y, consecuentemente, por el magistrado que resolvió sobre los mismos, ha debido ser el determinado por el tercer inciso del art. 149 del C. de P.C. y no como lo estimó el magistrado que decidió, en sala unitaria, no aceptarlo, siguiendo para ello los nortes del art. 106 del actual C. de P.C. Recuérdese que se trata de resolver *impedimentos*, no *recusaciones*, cuyas causales son las mismas, pero que son institutos diferentes.

5o.— Esta Sala Unitaria, por ende, habrá de disponer la remisión del expediente al Tribunal de origen para lo que haya lugar, dado que la Corporación carece de competencia para decidir al respecto.

En mérito de lo expuesto, **SE DECIDE:**

Devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Sub-Sección "C") para lo que fuere pertinente.

**CUMPLASE.**

*Alvaro Lecómpete Luna*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/  
TUTELA TRANSITORIA— Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia**

Frente al derecho de petición en sentido particular, la ley, (art. 40 CCA) ha establecido un mecanismo protector del derecho que en el caso sub lite ya operó, y es el de presumir que pasados tres meses desde la fecha de presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, la decisión es negativa, figura esta que se conoce como “silencio administrativo” con efectos negativos. Ello con el fin de que el particular pueda poner en movimiento las acciones judiciales a que haya lugar para hacer valer su derecho. Mediante la acción judicial ordinaria puede obtenerse el restablecimiento del derecho y por ello no puede afirmarse que se trate de un perjuicio irremediable.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No. AC-181. Actor: Lucas Quevedo Díaz.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por el ciudadano LUCAS QUEVEDO DIAZ a través de apoderado, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A” de junio 10 de 1992, por medio de la cual se deniega la acción de tutela ejercitada contra la Dirección Seccional de Administración Judicial para Bogotá y Cundinamarca.

El accionante denuncia la violación de sus derechos fundamentales reconocidos en los artículos 23 y 86 de la Constitución Nacional y en su libelo introductorio relata como hecho el siguiente:

“Ante la Dirección Seccional de Administración Judicial para Bogotá y Cundinamarca, formulé la petición de Cesantía Parcial para la compra de muebles, el día 5 de mayo de 1990 correspondiente al Doctor LUCAS QUEVEDO DIAZ, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, la cual fue radicada bajo el No. 8584 del citado año y han transcurrido más de dos (2) años sin que se pronuncien a favor o en contra de tal petición o sea no se ha notificado, ni siquiera por escrito se ha tenido noticia a pesar de las averiguaciones que semanalmente han hecho el suscrito como el beneficiario de la prestación Doctor QUEVEDO DIAZ.

Es más, es conocimiento público que solicitudes formuladas con posterioridad a la de mi mandante ya fueron notificadas y pagadas, sin que se respete los turnos establecidos por Ley y reglamentos de la Entidad encargada de estos trámites”. (Fl. 2).

El accionante concreta así su petición:

“... que dicha Seccional Liquide, Notifique y Pague la Cesantía Parcial de mi mandante, solicitada y Radicada bajo el No. 8584 de mayo 5 de 1990 en desarrollo de ésta (sic) Acción consagrada en la Nueva Constitución Nacional”. (Fl. 2).

El Tribunal sustenta su decisión desfavorable a la petición de tutela en los siguientes términos:

“LA TUTELA reclamada en el caso sub-examine es IMPROCEDENTE por las siguientes razones:

1a. Porque la PETICION formulada por la parte Actora en INTERES PARTICULAR, ya que pretende el reconocimiento y pago de un DERECHO PRESTACIONAL, si bien es cierto NO FUE RESPONDIDA EXPRESAMENTE no es menos cierto que aparece *PRESUNTAMENTE SOLUCIONADA* al tenor del art. 40 del C.C.A. vigente...

...

La ley administrativa y la procesal contencioso administrativa contemplan esta situación, del ACTO PRESUNTO NEGATIVO como una forma de responder la petición, con el fin de permitir al intereado, si lo desea, acudir ante el Contencioso Administrativo a impugnar dicho ac-

to y reclamar como **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SUSTANTIVO** discutido.

...

2a. Porque de acuerdo con el art. 6o.-1 del Dcto. L. 2561 de 1991 la tutela sólo cabe ante el evento de un **PERJUICIO IRREMEDIABLE** que únicamente pueda ser **REPARADO INTEGRALMENTE MEDIANTE INDEMNIZACION**, situación que no se da en el caso sub-lite.

Aunque en el caso que se examina se invoca la tutela respecto del **DERECHO DE PETICION** no es menos cierto que en el fondo el interesado persigue el reconocimiento y pago de un **DERECHO PRESTACIONAL**, lo cual resalta en su misma petición cuando dice que aspira a que la Administración le liquide, notifique y pague la **CESANTIA PARCIAL** que reclamó. (Fl. 2 exp.).

En efecto, la omisión de la Administración de liquidar, notificar y cancelar **LAS CESANTIAS PARCIALES** del accionante, puede ser demandada en **ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en el evento que allí se demuestre alguna irregularidad trascendente de la actuación impugnada, en la providencia que ponga fin a ese proceso se podrá obtener una **CONDENA ECONOMICA**, que realmente será a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** (reconocimiento y pago de las cesantías parciales) y **NO DE INDEMNIZACION**". (Fls. 45 a 52)

El impugnante ataca la decisión del a-quo por las siguientes razones:

"A mi mandante se le está violando un derecho fundamental como es el de que se le reconozca y pague oportunamente su auxilio de cesantía parcial que requiere para compra de muebles para su casa de habitación a efectos de vivir decorosamente como corresponde a todo ser humano y máxime si se trata de un representante de la justicia en donde por las circunstancias que han implantado los estratos sociales tiene que sostener un nivel de presentación, así sea aparente, ante el conglomerado para no demeritar su investidura porque ello conllevaría cierta postulación y demérito de la rama judicial.

Con la acción de tutela, el constituyente buscó proteger al titular de un derecho fundamental en forma oportuna, pronta, eficaz, cumplida, vale decir, de inmediato. Si se acoge la tesis del Tribunal de instancia de que al actor le queda la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acudiendo a la justicia contenciosa, la intención del constituyente desaparece completamente, el peticionario vendría a obtener el pago de

su cesantía en el curso de 8 ó 10 años, pues el resultado o fallo de la acción contenciosa, demora en promedio, 6 años, así que el Tribunal alega falsamente que el actor debe acudir a la justicia contenciosa, que hay otros medios o etapas que deben agotarse antes de ejercitar la acción de tutela. Si esta tesis se acepta sin beneficio de inventario, prácticamente la acción de tutela no tendría razón de haber sido erigida y promulgada como texto constitucional.

La Dirección Seccional de Administración Judicial para Bogotá y Cundinamarca violó en forma ostensible el artículo 22 del C.C.A. toda vez que como se anotó en la demanda original "es de conocimiento público que solicitudes formuladas con posterioridad a la de mi mandante ya fueron notificadas y pagadas".

Se ha violado el derecho fundamental consagrado en el artículo 25 de la Carta Fundamental que garantiza el trabajo, como un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. ¿Cuál protección del Estado? Si mi representado formuló su petición para este reconocimiento desde hace más de 2 años y la misma Entidad estatal, posiblemente atendiendo algunos tráficos de influencias viola los órdenes cronológicos consagrados en el precitado artículo y reconoce las prestaciones sociales a otros funcionarios más influyentes, sin tener en cuenta que en la aplicación de las normas legales, del orden que sean, no se pueden hacer distinciones de ninguna naturaleza ya sean de orden religioso, político, de raza, de posición social, etc., etc. El derecho fundamental que se ha violado aparece de bulto y no hay razón para que se siga infringiendo o quebrantando, con apoyo de tesis que realmente hacen inoperante el sistema judicial.

Se ha violado también el derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional en concordancia con el artículo 3o. del C.C.A., toda vez que estas normas legales disponen que las actuaciones administrativas se desarrollarán de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción. Este principio de la celeridad está consagrado igualmente en el artículo 6o. del C.C.A. que sólo a los funcionarios administrativos un término de 15 días para resolver las peticiones y en el caso sub judice resulta quebrantado en forma por demás exagerada, toda vez que como se anotó anteriormente la petición formulada por el demandante lleva más de 2 años en trámite. Consecuencialmente el principio de la eficacia no aparece por parte alguna y si de imparcialidad se habla, se concluye forzosamente que esta (sic) ha sido vulnerada con la violación de los turnos u orden cronológico a que se contrae el artículo 22 del C.C.A. en concordancia con el artículo 23 de la Constitución Nacional.

Se anota en la sentencia impugnada que de acuerdo con el artículo 60. del decreto 2591 de 1991 que la tutela sólo cabe ante el evento de un perjuicio irremediable que sólo puede ser reparado íntegramente mediante situación que no se da en el sub lite...

La anterior versión no se cife a una hermenéutica jurídica sana, toda vez que si bien es cierto que mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho se obtendría una condena para que la administración le reconociera y pagara al demandante su auxilio de cesantía parcial, no lo es menos, que de aquí surgiría una acción civil contra la Dirección Seccional para que pagara los perjuicios indemnizatorios causados al actor por cuanto que la citada Entidad, con su conducta moratoria en el trámite de la prestación hizo incurrir al Doctor Lucas Quevedo Díaz en incumplimiento del contrato de compraventa que como es bien sabido conlleva a una sanción indemnizatoria por su incumplimiento. Quiere esto decir, así debe interpretarse que el artículo 60. del decreto en comentario sí consagra la figura del perjuicio irremediable que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización como en el caso de autos. Vale decir, si procede la acción de tutela que se está impetrando". (Fls. 57 a 60).

Para resolver se **CONSIDERA:**

Pretende el accionante se ordene a la Dirección Seccional de Administración Judicial para Bogotá y Cundinamarca, liquidar, notificar y pagar su cesantía parcial, solicitada desde el 5 de mayo de 1990.

Invoca para ello el artículo 23 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho fundamental que tiene toda persona de presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución, luego es necesario precisar que no obstante que la pretensión del actor va más allá, a lo único que podría accederse, de prosperar la acción, sería a ordenar a la administración dar respuesta inmediata a la solicitud presentada desde el mes de mayo de 1990.

Evidencia la Sala, sin embargo, que frente al derecho de petición en sentido particular, la ley, (artículo 40 del C.C.A.) ha establecido un mecanismo protector del derecho, que en el caso sub lite ya operó, y es el de presumir que pasados tres meses desde la fecha de presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, la decisión es negativa, figura ésta que se conoce como "silencio administrativo" con efectos negativos. Ello con el fin de que el particular pueda poner en movimiento las acciones judiciales a que haya lugar para hacer valer su derecho.

Esta circunstancia, como bien lo consideró el a-quo, impide en el sub lite la procedencia de la acción tutelar que, de conformidad con lo precep-

tuado por el artículo 86 de la Constitución Política, es residual, o sea que sólo procede en ausencia de otro mecanismo de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento exceptivo que no se da en el sub judice, pues como también lo dijo el Tribunal, mediante la acción judicial ordinaria puede obtenerse el restablecimiento del derecho y por ello no puede afirmarse que se trate de un perjuicio irremediable en los términos del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991.

En condiciones similares en un caso anterior, la Sala ya había expresado su pensamiento en los siguientes términos:

“1o.— Del escueto escrito del apoderado de los accionantes se desprende que si bien en el presente caso la acción de tutela se ha ejercido con fundamento en el hecho de que desde 1987 hasta 1991 ha venido presentando ante la Caja varias solicitudes, dicha acción se ejerce expresamente... “a fin de que la Caja Nacional de Previsión Social reconozca las pensiones de jubilación, reliquidaciones y sustituciones pensionales a mis mandantes”, como se afirma en el encabezamiento del escrito.

En esas circunstancias, para la Sala es claro que la acción intentada no puede prosperar porque es evidente que para lograr su objetivo, los accionantes tienen otros recursos o medios de defensa judiciales, como es precisamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual no procede la acción de tutela en virtud de lo previsto en el artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, sin que en el presente caso se haya utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como no podría haber sido ante la posibilidad evidente de remediar el perjuicio a través de la citada acción.

2o.— Pero aún en el caso de que pudiera entenderse, como lo hizo el Tribunal, que la acción de tutela ejercida estuviera dirigida a tutelar el derecho de petición en interés particular, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, tampoco sería viable esta acción por la sencilla razón de que en relación con el derecho de petición la ley, a través del Código Contencioso Administrativo, ha previsto un mecanismo para garantizar el ejercicio de ese derecho por medio del fenómeno del silencio administrativo, que implica que transcurridos tres meses de presentada la petición sin que se haya producido decisión al respecto, se entiende que, por regla general, la autoridad ha decidido negativamente, de tal manera que el interesado puede acudir de manera directa a la jurisdicción a fin de hacer valer su derecho (art. 40 del C.C.A.), sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir el funcionario por su negligencia al no resolver expresa y oportunamente la petición.

En consecuencia, desde este punto de vista, la acción de tutela intentada por los actores no puede prosperar por cuanto, de una parte, no es posible ordenar a la administración que tome una decisión que ya existe en virtud de la ley y de otra, porque al existir esa decisión, los interesados tienen otros recursos o medios de defensa judiciales, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que, como ya se advirtió, la acción se haya ejercido ni pudiera ejercerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". (C.P. Dr. Libardo Rodríguez, exp. No. AC-152, Actor: María C. de Giraldo y otros).

Por las anteriores razones, la Sala desestimaré las pretensiones del recurrente y confirmará la decisión del a-quo materia de impugnación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la providencia de diez (10) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual denegó las pretensiones formuladas por el peticionario con base en la Acción de Tutela.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese este fallo al apoderado del actor y envíese copia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

#### COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente, Aclaró Voto; *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruíz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, Ausente; *Clara Forero de Castro*, *Miguel González Rodríguez*, Aclaró Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, Salva Voto; *Juan de Dios Montes Hernández*, *Guillermo Chahín Lizcano*, Aclaró Voto; *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Daniel Suárez Hernández*, *Julio César Uribe Acosta*, *Diego Younes Moreno*, Ausente;

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: En esta providencia, se reitera, además, lo dicho en providencia anterior con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez, exp. AC-152, Actora: **María C. de Giraldo y otros.**

**DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Aclaración de Voto)**

Pese a que la acción de tutela sea residual o que procede solo en ausencia de otro mecanismo de defensa judicial (a menos que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable), el derecho fundamental de petición puede ser amparado por ella cuando la autoridad no ha respondido —en cualquier forma—, salvo que el interesado, transcurrido el término legal, haga uso del fenómeno del silencio administrativo ocurriendo ante la jurisdicción contencioso-administrativo, si ese fenómeno ha operado en forma negativa a través del acto administrativo tácito, que ha sido instituido en beneficio del peticionario. En el sub-lite, el actor ha pretendido que so pretexto del derecho de petición, se le ampare, más que todo, otro derecho, el reconocimiento y pago de un derecho prestacional.

*Aclaración de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en el proveído estudiado y aprobado por la Sala Plena en sesión de catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).— Radicado No. AC-181.— Asuntos constitucionales (Acción de Tutela).— Actor: Lucas Quevedo Días.*

El suscrito se permite, con sumo respeto, aclarar su voto por cuanto no obstante respaldar la confirmación que de la providencia de diez (10) de junio de este año que emitió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que denegó las pretensiones formuladas por el actor, discrepa, muy a su pesar, de algunas de las motivaciones que llevaron a la Honorable Sala, en su sabiduría, a adoptar tal posición.

Para quien esto escribe, el derecho de petición, fundamental y básico para la convivencia de la comunidad, anterior al Estado mismo y existente

desde que los seres humanos se agruparon socialmente, bien en una familia, en un clan, en una tribu bajo el mando de una autoridad cualquiera que ella sea—, no puede supeditarse a lo que una ley haya establecido mediante un mecanismo protector de ese derecho. Ese derecho implica, por sí mismo, una obligación para la autoridad ante la que se elevè, cual es la de dar *respuesta* a la petición del caso, la cual puede ser negativa o afirmativa.

Por lo tanto, pese a que la acción de tutela sea residual o que proceda sólo en ausencia de otro mecanismo de defensa judicial (a menos que se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable), el derecho fundamental de petición puede ser amparado por ella cuando la autoridad no ha respondido —en cualquier forma—, salvo que el interesado, transcurrido el término legal, haga uso del fenómeno del silencio administrativo ocurriendo ante la jurisdicción contencioso-administrativo, si ese fenómeno ha operado en forma negativa a través del acto administrativo tácito, que ha sido instituido, precisamente, en beneficio del peticionario.

Sin embargo, en el caso sub-lite, el actor ha pretendido que so pretexto del derecho de petición, se le ampare, más que todo, otro derecho, el reconocimiento y pago de un DERECHO PRESTACIONAL, porque, como analiza el a-quo, “aspira a que la Administración le liquide, notifique, y pague la CESANTIA PARCIAL que reclamó”. Y es apenas obvio que esa omisión de la Administración puede ser demandada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Tan así, que el impugnante ataca la decisión del Tribunal haciendo hincapié, no en tutelar el derecho de petición, sino el derecho prestacional, de índole netamente económico y no de indemnización.

Con las anteriores explicaciones cree el suscrito que ha aclarado de manera suficiente, su voto.

Cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna*

Fecha: ut supra.

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL (Aclaración de Voto)**

Se pretende que se ordene la liquidación, notificación y pago de una cesantía parcial, lo cual es inadmisibile a través de la acción de tutela, pues existen otros medios o recursos judiciales para obtener la satisfacción de esa pretensión, previo agotamiento de la vía gubernativa, si ello era indispensable, mediante la utilización del silencio administrativo con efectos negativos, por parte del interesado.

*Aclaración de Voto del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-181. Actor: Lucas Quevedo Díaz.

En el presente caso, a diferencia de lo que aconteció en el proceso No. AC-152, actor: María C. de Giraldo y Otros, ponencia del H. Consejero, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, no salvé mi voto, sino que, por el contrario, aclaré mi voto a lá decisión de la Sala adoptada por mayoría, porque encontré que no era procedente la solicitud de tutela, ya que no se trataba de buscar una protección al derecho fundamental de petición, o sea, que la autoridad fuera compelida a adoptar una decisión sobre la prestación social reclamada, sino que se pretende que se ordene a la Dirección Seccional de Administración Judicial para Bogotá y Cundinamarca, que liquide, notifique y pague una cesantía parcial al accionante, lo cual es inadmisibile a través de la acción de tutela, pues existen otros medios o recursos judiciales para obtener la satisfacción de esa pretensión, previo agotamiento de la vía gubernativa, si ello era indispensable, mediante la utilización de la figura jurídica del "silencio administrativo" con efectos negativos, por parte del interesado, que trae como consecuencia la estructuración o configuración del

acto administrativo ficto o presunto, y no antes, como se dice en la providencia de la Sala en la cual salvé el voto, por el simple hecho de haber transcurrido el término que el art. 40 del C.C.A. confiere a la Administración para resolver, conclusión que es contraria al texto mismo de la precitada norma.

*Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.*

Fecha Ut Supra.

## **DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA (Salvamento de Voto)**

**Si procedía la tutela respecto del derecho de petición, que a no dudarlo, merece protección judicial, ya que es un hecho público y notorio que las solicitudes y reconocimientos de las prestaciones económicas por parte de Cajanal, se tornan interminables, a la espera de que el interesado formule ofrecimientos económicos a quienes están obligados por ley a su reconocimiento, si se reúnen los requisitos legales, o en caso contrario, a señalar las deficiencias de que adolezca la respectiva petición, con el objeto de que sean subsanados.**

*Salvamento de Voto del Dr. Carmelo Martínez Conn.* — Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-181. Actor: Lucas Quevedo Díaz. — Asuntos Constitucionales.

La razón que me lleva a no compartir la providencia de la mayoría de la Sala, es la de que a mi modo de ver, sí procedía la tutela respecto al derecho de petición, que a no dudarlo, merece protección judicial, ya que en este caso como en tantos otros, que ya es un lugar común, un hecho público y notorio, que las solicitudes y reconocimientos de las prestaciones económicas por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, se tornan deliberadamente interminables, a la espera de que si el interesado formule ofrecimientos económicos a quienes están obligados por ley a su reconocimiento, si se reúnen los requisitos legales, o en caso contrario, a señalar las deficiencias de que adolezca la respectiva petición, con el objeto de que sean subsanados. Repito: las autoridades están obligadas a hacer cualquier pronunciamiento positivo o negativo o señalarles las deficiencias probatorias del ex-

pediente administrativo, pero no a demorar indefinidamente la resolución del caso.

Por lo demás comparto el planteamiento del doctor Chahín Lizcano.

Atentamente,

*Carmelo Martínez Coon*

**NOTA DE RELATORIA:** El salvamento de voto del Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO es el mismo suscrito en el expediente AC-166, publicado en este mismo tomo de Anales, pág. 400.

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Determinación/ACCION DE TUTELA—**  
Objeto

**Sólo son tutelables los derechos contenidos en el articulado del Capítulo I del Título II de la Constitución, es decir sólo son tutelables los derechos fundamentales mencionados en los artículos 11 a 41.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C. veintiuno de julio de mil novecientos noventa y dos.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Expediente: No. AC—188. Actor: Pablo Emilio García Suárez.— Asuntos Constitucionales. Acción de Tutela.

Procede la Sala a decidir el grado de impugnación propuesto contra la sentencia de 24 de junio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección II, subsección b) denegó la pretensión tutelar interpuesta por el señor Pablo Emilio García Suárez. La tesis sostenida por el Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo no obtuvo la mayoría requerida para la aprobación, por lo que corresponde acoger en esta providencia el concepto de la mayoría.

**ANTECEDENTES:**

En la petición inicial solicita el accionante:

“a) Que por ese Tribunal y en razón y atención a la acción de tutela que interpongo se ordene a la Caja de Previsión Distrital, se presten al

suscrito los servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario, incluso radiografías, consulta de especialistas, transfusiones, fisioterapia, suministro de aparatos de rehabilitación hasta cuando médicamente sea necesario a la recuperación de la salud conforme a diagnósticos médicos, tratamientos y controles clínicos en curso el 26 de mayo/92 que reposan en mi Historia Clínica, abierta, llevada, controlada y dispuesta por los médicos y especialistas que a ella han concurrido en la CPSD.

“b) Que igualmente por ese Tribunal se ordene la Caja de Previsión Social Distrital, inaplicar los artículos decimoséptimo y vigésimo del reglamento contenido en la Resolución 023 de 1989 emitida por la H. Junta Directiva de esa Institución (En esta norma se fundamentó el Médico Jefe de Medicina Laboral y Salud Ocupacional de la CPSD para negar el día 26-05-92 la atención médica y los tratamientos que venía recibiendo, con la siguiente manifestación del Dr. EDUARDO ALFREDO RINCON GARCIA, Jefe del citado servicio: “Nosotros estamos estudiando la situación, no le podemos reconocer ni autorizar los tratamientos y drogas ordenadas por los especialistas de Otorrinolaringología y Neumología de la Caja; entienda que hasta ahora es una posibilidad de reconocerle pensión y que no tiene derecho a medicamentos, ni tratamientos, ni controles, ni citas médicas; ellos (los médicos) deben emitir conceptos sobre su salud. Hoy mismo voy a despachar oficio a la Clínica en ese sentido”.

“c) Solicito comedidamente que las decisiones de ese Honorable Tribunal, se notifiquen conforme a las previsiones del Art. 30 del Dcto. 259/91”.

Se citan en ese mismo escrito como violados los derechos contenidos en los artículos 2, 4 y 48 de la Constitución. Y a ese respecto anota:

“a) Art. 48 de la Carta Fundamental que garantiza a todos los colombianos el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

“Art. 49 de la Carta, garantiza a todas las personas el acceso a todos los servicios de promoción, protección y recuperación de la Salud.

“Art. 2o. de la Norma Fundamental, que indica que las autoridades están constituidas “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales”. Entre estos deberes sociales, están contenidos los ya referenciados: Arts. 48 y 49 de la C. N.

“d) Art. 4o. de la C.N. que en concordancia con los anteriores, dispone que la aplicabilidad de la CONSTITUCION y la ley son exigibles sobre cual-

quiera otra disposición de inferior categoría como lo es la Resolución 023 del 29 de Sepb. de 1989 emitida por la H. Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá D.C. que reglamenta los servicios de Salud e indicada y señalada por el Jefe de Medicina Laboral y Salud Ocupacional de la CPSD como fundamento de su negativa a autorizar servicios médico asistenciales al suscrito a partir del día 26-05-92 (Anexo 21) y está ocasionando a mi persona un perjuicio grave al quedar sin atención, sin control, sin tratamiento, sin nuevas pruebas; las enfermedades y dolencia que hace un poco más de dos años me aquejan y por lo mismo han recibido la atención debida a los profesionales de la medicina adscritos a la CPSD y que ahora por decisión del Jefe de Medicina Laboral se desautorizan, posiblemente en forma transitoria, en la espera de la decisión de un Consejo Médico que hasta ahora va a conocer, cuando debió hacerlo dentro de los 180 días prescritos en el examen de retiro.

“e) Art. 48 de la Carta Fundamental, al señalar la SEGURIDAD SOCIAL como servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado; se amenaza con la negativa del Jefe de Medicina Laboral y Salud Ocupacional de la CPSD, desde el 26-05-92 que decide no autorizarme más citas, controles, etc., por los especialistas de la Entidad. De la ASISTENCIA SOCIAL surge la salud como garantía para mantenerme sano con las drogas y buscar la recuperación de la misma, dándose así la satisfacción decorosa de cumplir sin mucha o grave pena, mi ciclo vital.

“El mandamiento del art. 48 de la Carta, lo considero consecuencia del también precepto fundamental contenido en el art. 2o. que indica, como ya dije, a todas las autoridades de la República constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes... para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado...”. Esos deberes, si no todos, están contenidos en el Capítulo II, del Tít. I de la Carta.

“De la condición de empleado público que el suscrito obtuvo desde que fuí nombrado como Jefe de la Sec. de Vigilancia de la EDIS, derivo mi derecho a ser atendido por la Caja de Previsión Social Distrital, de donde por efecto de la ley dependía y dependo para esos asuntos desde cuando se me practicó el examen médico de ingreso, hasta el del retiro y por consecuencia de éste. (Dcto. 1848 de 1968 Arts. 11 y 14) hasta cuando se resuelva mi situación y quede en firme. La igualdad ante la ley contenida en el art. 13 de la Carta Fundamental, para mi caso, la considero contenida en el Dcto. 1848 antes referenciado (Arts. 11 y 14) y de ninguna manera en la Resolución 023 de la H. Junta Directiva de la CPSD, que siendo norma de inferior categoría no puede estar por encima del Dcto. Ejecutivo mencionado y mucho menos sobre la C.N. Art. 4o.”.

## LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, luego de exigir algunas pruebas, denegó la tutela mediante sentencia de junio 24 del presente año. De ese fallo se destaca:

“Pues bien, en el presente caso el accionante expone como argumento fundamental de la tutela que la Caja de Previsión Social del Distrito, se ha negado a prestarle los servicios médicos a que cree tener derecho; cuando el funcionario competente y autorizado para comprometer dicha entidad como es su Gerente y representante legal y administrativo sostiene lo contrario, que en ninguna forma ha dado la orden de suspender tal servicio que se le viene prestando, a la vez que se estudia su solicitud de pensión de invalidez.

“Posición que, en criterio de la Sala, se ajusta a derecho pues es obvio que si se le está estudiando al accionante su petición de pensión de invalidez con fundamento en las secuelas que se le hallaren a su retiro de la EDIS y aún continúa en indefinición tal situación, tiene todo el derecho a que le continúe prestando la atención médica correspondiente, hasta que ello se defina.

“Por otra parte, no existiendo la calificación de las enfermedades y secuelas halladas a su retiro, a las que renunció a su ingreso, mal puede hablarse de que sean de una u otra índole, profesionales o no profesionales, para que, dándoles una calificación a priori, se le pretenda aplicar a la situación del accionante el artículo 17 de la Resolución 023 de 1989 emanada de la Junta Directiva de la entidad, ya que allí se lee clara y expresamente que es aplicable a las enfermedades no profesionales” certificadas en el examen médico de retiro, y el accionante reclama en todo momento que se trata de enfermedades profesionales, para las cuales, de serlo, la resolución mencionada no establece límite alguno (fl. 116).

“En el correspondiente certificado del examen médico general de retiro que figura al folio 25, tampoco se determina la índole de las enfermedades allí encontradas al accionante.

De todas maneras la posición expuesta por la Gerencia de la entidad de previsión está conforme con lo solicitado por el accionante. Se le está prestando el servicio reclamado y hasta esa fecha 18 de junio de 1992 no ha dado orden alguna de negarlo o suspenderlo.

“No aparece, entonces, la actitud o conducta omisiva de la entidad, como Institución contra la que se dirige la acción, que desconozca o amenace o quebrante el derecho del accionante. En consecuencia la acción propuesta no está llamada a prosperar”.

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL/DERECHOS FUNDAMENTALES/ACCION DE TUTELÁ (Salvamento de Voto)**

El hecho real que amenaza el derecho fundamental del recurrente que merece la tutela, radica en que no se le está prestando el servicio que requiere, vinculado a su propia subsistencia, sin siquiera definir la índole de la enfermedad que lo aqueja. Extremo éste de capital importancia porque si la enfermedad fue adquirida mientras desempeñaba sus labores oficiales y en razón de las mismas, no podrá alegar la entidad pública el vencimiento de un término cualquiera, 60 días o de 180, para negarle la asistencia necesaria y requerida. El recurrente no tiene otra vía judicial a la mano para evitar la vulneración de su derecho o la amenaza del mismo. Debe la Caja continuar con su asistencia hasta tanto defina si la enfermedad del actor es profesional o no lo es, porque si luego de esa asistencia concluye o acepta que es profesional, esto le permitirá hacer los reconocimientos prestacionales a que tenga derecho. Interpretada la demanda tutelar, los derechos fundamentales violados están consagrados en los arts. 13 y 49 de la Constitución.

*Salvamento de Voto. — Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. AC-188. Actor: Pablo Emilio García Suárez.

Con todo respeto presento como salvamento de voto, apartes de la ponencia que presenté a la Sala y que fue rechazada en forma mayoritaria. Así, dije en aquél documento:

Procede la Sala a decidir el grado de impugnación propuesto contra la sentencia de 24 de junio de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección II, subsección b) denegó la pretensión tutelar interpuesta por el señor Pablo Emilio García Suárez:

En la petición solicita el accionante:

“a) Que por ese Tribunal y en razón y atención a la acción de tutela que interpongo se ordene a la Caja de Previsión Distrital, se presten al suscrito los servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario incluso radiografías, consulta de especialistas, transfusiones, fisioterapia, suministro de aparatos de rehabilitación hasta cuando médicamente sea necesario a la recuperación de la salud conforme a diagnósticos médicos, tratamientos y controles clínicos en curso el 26 de mayo/92 que reposan en mi Historia Clínica, abierta, llevada, controlada y dispuesta por los médicos y especialistas que a ella han concurrido en la CPSD.

b) Que igualmente por ese Tribunal se ordena a la Caja de Previsión Social Distrital, inaplicar los artículos decimoséptimo y vigésimo del reglamento contenido en la Resolución 023 de 1989 emitida por la H. Junta Directiva de esa Institución (En esta norma se fundamentó el Médico Jefe de Medicina Laboral y Salud Ocupacional de la CPSD para negar el día 26-05-92 la atención médica y los tratamientos que venía recibiendo, con la siguiente manifestación del Dr. EDUARDO ALFREDO RINCON GARCIA, Jefe del citado servicio: “Nosotros estamos estudiando su situación, no le podemos reconocer ni autorizar los tratamientos y drogas ordenadas por los especialistas de Otorrinolaringología y Neumología de la Caja; entienda que hasta ahora es una posibilidad de reconocerle pensión y que no tiene derecho a medicamentos, ni tratamientos, no controles, ni citas médicas; ellos (los médicos) deben emitir conceptos sobre su salud. Hoy mismo voy a despachar oficio a la Clínica en ese sentido”.

c) Solicitó comedidamente que las decisiones de ese Honorable Tribunal, se notifiquen conforme a las previsiones del Art. 30 del Dcto. 259/91”.

Se citan en ese mismo escrito como violados los derechos contenidos en los artículos 2., 4 y 48 de la Constitución. Y a ese respecto anota:

“a) Art. 48 de la Carta Fundamental que garantiza a todos los colombianos el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

b) Art. 49 de la Carta, garantiza a todas las personas el acceso a todos los servicios de promoción, protección y recuperación de la Salud.

c) Art. 2o. de la Norma Fundamental, que indica que las autoridades están constituidas “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales”. Entre estos deberes sociales, están contenidos los ya referenciados: Arts. 48 y 49 de la C.N.

d) Art. 4o. de la C.N. que en concordancia con los anteriores, dispone que la aplicabilidad de la CONSTITUCION y la ley son exigibles sobre cualquiera otra disposición de inferior categoría como lo es la Resolución 023 del 29 de Sept. de 1989 emitida por la H. Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de Bogotá, hoy Santafé de Bogotá D.C. que reglamenta los servicios de Salud e indicada y señalada por el Jefe de Medicina Laboral y Salud Ocupacional de la CPSD como fundamento de su negativa a autorizar servicios médico asistenciales al suscrito a partir del día 26-MY-92 (ANEXO 21) y está ocasionando a mi persona un perjuicio grave al quedar sin atención, sin control, sin tratamiento, sin nuevas pruebas; las enfermedades y dolencias que hace un poco más de dos años me aquejan y por lo mismo han recibido la atención debida a los profesionales de la medicina adscritos a la CPSD y que ahora por decisión del Jefe de Medicina Laboral se desautorizan, posiblemente en forma transitoria, en la espera de la decisión de un Consejo Médico que hasta ahora va a conocer, cuando debió hacerlo dentro de los 180 días prescritos en el examen de retiro.

“e) Art. 48 de la Carta Fundamental, al señalar la SEGURIDAD SOCIAL como servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado; se amenaza con la negativa del Jefe de Medicina Laboral y Salud Ocupacional de la CPSD, desde el 26-05-92 que decide no autorizarme más citas, controles etc., por los especialistas de la Entidad. De la ASISTENCIA SOCIAL surge la salud como garantía para mantenerme sano con las drogas y buscar la recuperación de la misma, dándose así la satisfacción decorosa de cumplir sin mucha o grave pena, mi ciclo vital.

“El mandamiento del art. 48 de la Carta, lo considero consecuencia del también precepto fundamental contenido en el art. 2o. que indica, como ya dije, a todas las autoridades de la República constituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes... y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado...”. Esos deberes, si no todos, están contenidos en el Capítulo II, del Tít. I de la Carta.

“De la condición de empleado público que el suscrito obtuvo desde que fui nombrado como Jefe de la Sec. de Vigilancia de la EDIS, derivó mi derecho a ser atendido por la Caja de Previsión Social Distrital, de donde por efectos de la ley dependía y dependo para esos asuntos desde cuando se me practicó el examen médico de ingreso, hasta el del retiro y por consecuencia de éste, (Dcto. 1848 de 1968 Arts. 11 y 14) hasta cuando se resuelva mi situación y quede en firme. La igualdad ante la ley contenida en el art. 13 de la Carta Fundamental, para mi caso, la considero contenida en el Dcto. 1848 antes referenciado (Art. 11 y 14) y de ninguna manera en la Resolución 023 de la H. Junta Directiva de

la CPSD, que siendo norma de inferior categoría no puede estar por encima del Dcto. Ejecutivo mencionado y muchos menos sobre la C.N. Art. 4o.”.

En la demanda inicial se concretan los hechos fundamentales de la pretensión tutelar, de la siguiente manera:

“Al nombrármese en la EDIS para desempeñar el cargo de Jefe de la Sección de Vigilancia, por la Caja de Previsión Social Distrital (Dispensario de la Cra. 30 con calle 26) se me practicó el examen de ingreso y se me declaró APTO después de haber renunciado al derecho de gafas (oftalmología).

“El 27 de junio de 1990, sino antes (tengo una fotocopia muy borrosa de la fórmula), acudí al médico de la CPSD y previo examen, me formuló FLUIMOCIL, pues mi problema respiratorio apenas comenzaba. El médico encontró como posible causa de mis dificultades respiratorias el alto grado de contaminación y la ubicación de la oficina que se me asignó, que sin contar con ventilación, con solo una puerta de entrada, tenía al frente y contiguo al montallantas, a menos de 10 mts. surtidores de gasolina y ACPM y lavadero de vehículos y dentro de la misma Base Central (Cra. 32 con calle 13), taller de latonería y pintura, taller de mecánica y algunos carros recolectores cargados de basuras en descomposición en espera de ser reparados y otros en proceso de reparación arrojando gases, una chimenea de una jabonería vecina, emitiendo humos y del matadero central, como vecino recibiendo los nauseabundos olores (más tarde perdí el olfato) de un digestor que recibía y procesaba las carnes y vísceras no aptas para el consumo humano. En verdad pedí el cambio de oficina a mis superiores, no lo obtuve y por la necesidad de los ingresos que proporciona un trabajo, allí permanecí y haciéndose más frecuentes mis consultas médicas, donde más tarde le agregaron al Fluimocil, Aminofilina y en agosto o Sept. de 1990 se me remitió al especialista de NEUMOLOGIA, quien después de una serie de exámenes de laboratorio, de RX, spirometría y terapia respiratoria, dispuso tratamiento con una cortisona, teofilina, ranitidina, zaditen y Bryanil en inhalador y control cada 30 días con él.

“Desde octubre de 1990 atendiendo las prescripciones médicas, informé a la División de Relaciones Industriales, con el Vo.Bo. de mi superior inmediato, que me encontraba en tratamiento y control ambulatorio dispuesto por el neumólogo por un mes cuando tendría nuevo examen. Así continué informando todos los meses al mismo superior (ANEXOS 2 y 3), aún el 17.06.91 cuando se me notificó la insubsistencia de mi nombramiento como Jefe de la Sec. Vigilancia y por razones de reestructuración de la Empresa.

“Como ya dije, desvinculado de la EDIS me presenté al examen médico de retiro dentro del plazo previsto, se me dio consulta con especialista por 180 días, asistí durante ese tiempo a las citas, exámenes y controles, ingerí o me hice aplicar las drogas que se me formularon hasta el 26-XII-91 fecha en que conoció mi caso la Dra. Jefe del Dispensario de la Cra. 30 con calle 26, convalidó con su firma el certificado de los 180 días y permitió que se me siguiera atendiendo hasta el 10-03-92 cuando me informó haber pasado mi caso a la Jefatura de Medicina Laboral de la misma Institución; Medicina Laboral me expidió citas con ORD. NEUMOLOGIA Y GASTROENTEROLOGIA y por esa razón recibí atención y tratamientos médicos de los dos primeros especialistas, más no del último nombrado por los obstáculos surgidos para el efecto desde la parte interna de la CPSD. El 26-05-92, abruptamente el Jefe de Medicina Laboral me manifestó que no autorizaba ningún otro tratamiento médico, ni citas, ni controles, incluidos los ya autorizados por los especialistas, dejándome así la única opción ésta acción tutelar que estoy peticionando”.

El Tribunal luego de exigir algunas pruebas, denegó la tutela mediante sentencia de junio 24 del presente año. De ese fallo se destaca:

“Pues bien, en el presente caso el accionante expone como argumento fundamental de la tutela que la Caja de Previsión Social del Distrito, se ha negado a prestarle los servicios médicos a que cree tener derecho; cuando el funcionario competente y autorizado para comprometer dicha entidad como es su Gerente y representante legal y administrativo sostiene lo contrario, que en ninguna forma ha dado la orden de suspender tal servicio que se le viene prestando, a la vez que se estudia su solicitud de pensión de invalidez.

“Posición que, en criterio de la Sala, se ajusta a derecho pues es obvio que si se le está estudiando al accionante su petición de pensión de invalidez con fundamento en las secuelas que se le hallaron a su retiro de la EDIS y aún continúa en indefinición tal situación, tiene todo el derecho a que se le continúe prestando la atención médica correspondiente, hasta que ello se defina.

“Por otra parte, no existiendo la calificación de las enfermedades y secuelas halladas a su retiro, a las que no renunció a su ingreso, mal puede hablarse de que sean de una u otra índole, profesionales o no profesionales, para que, dándoles una calificación a priori, se le pretenda aplicar a la situación del accionante el artículo 17 de la Resolución 023 de 1989 emanada de la Junta Directiva de la entidad, ya que allí se lee clara y expresamente que es aplicable a las enfermedades “no profesionales” certificadas en el examen médico de retiro, y el accionante reclama en todo momento que se trata de enfermedades profesionales, para

las cuales, de serlo, la resolución mencionada no establece límite alguno (fl. 116).

“En el correspondiente certificado del examen médico general de retiro que figura al folio 25, tampoco se determina la índole de las enfermedades allí encontradas al accionante.

“De todas maneras la posición expuesta por la Gerencia de la entidad de previsión está conforme con lo solicitado por el accionante. Se le está prestando el servicio reclamado y hasta esa fecha 18 de junio de 1992 no ha dado orden alguna de negarlo o suspenderlo.

“No aparece, entonces, la actitud o conducta omisiva de la entidad, como Institución contra la que se dirige la acción, que desconozca o amenace o quebrante el derecho del accionante. En consecuencia la acción propuesta no está llamada a prosperar”.

Para la Sala la decisión impugnada merece ser revocada, porque la asiste al accionante derecho a la protección tutelar:

1) Porque está amparado por la seguridad social y es acreedor a los servicios de salud como ex-funcionario del Distrito de reciente desvinculación. Así, tiene derecho a la atención médica y hospitalaria requerida, en forma indefinida, hasta tanto se le defina por la Caja de Previsión del Distrito si las dolencias que padece son de índole profesional o no. Con mayor razón en el presente caso cuando el mismo expediente muestra que el aquí accionante está gestionando en la actualidad una pensión por ese motivo, por una posible enfermedad profesional adquirida durante el tiempo en que estuvo vinculado oficialmente.

2) Porque la entidad de Previsión Social, basada más en consideraciones burocráticas que humanitarias y sociales, ha sometido al señor García a una serie de obstáculos y evasivas que le han impedido no sólo recibir atención médica pronta y adecuada con miras a mejorar sus condiciones de salud, sino definir su situación de enfermo profesional o no. Aquí no se trata de averiguar o definir a quién le compete dar la orden para esa atención, si al jefe del servicio o al personal subalterno. No; el hecho real, que amenaza el derecho fundamental del recurrente que merece la tutela, radica en que no se le está prestando el servicio que requiere, vinculado a su propia subsistencia, sin siquiera definir la índole de la enfermedad que lo aqueja. Extremo éste de capital importancia porque si la enfermedad fue adquirida mientras desempeñaba sus labores oficiales y en razón de las mismas, no podrá alegar la entidad pública el vencimiento de un término cualquiera, 60 días o de 180, para negarle la asistencia necesaria y requerida.

El mismo Tribunal acepta este extremo. Pero, contra toda lógica, luego de aceptar “que sí se le está estudiando al accionante su petición de pensión de invalidez con fundamento en las secuelas que se le hallaron a su retiro de la Edis y aún continúa en indefinición tal situación, tiene todo el derecho a que se le continúe prestando la atención médica correspondiente, hasta que ello se defina”, concluye, sin decir porqué, que no es procedente la protección tutelar.

Asimismo dentro de esa posición ilógica, el Tribunal acepta que todavía no se han calificado las enfermedades diagnosticadas a su retiro y sin embargo no se atrevió a dar la orden para que continúe el tratamiento médico correspondiente. Y con estos supuestos, en forma ligera, no quiso ver que el expediente muestra una cadena de evasivas para no prestarle el servicio y dedujo que, como formalmente no se había demostrado que la gerencia había dado la orden de suspender la atención médica al paciente García, éste no merecía la protección tutelar.

No tiene, en otras palabras, sentido la conclusión final que expone el Tribunal luego de aceptar lo que se deja transcrito y que es del siguiente tenor:

“No aparece, entonces, la actitud o conducta omisiva de la entidad, como entidad contra la que se dirige la acción, que desconozca o amenace o quebrante el derecho del accionante. En consecuencia la acción propuesta no está llamada a prosperar”.

3) En el presente caso el recurrente no tiene otra vía judicial a la mano para evitar la vulneración de su derecho o la amenaza del mismo. Debe la Caja continuar con su asistencia hasta tanto defina si la enfermedad de García es profesional o no lo es, porque si luego de esa asistencia concluye o acepta que es profesional, esto le permitirá hacer los reconocimientos presenciales a que tenga derecho.

4) Interpretada la demanda tutelar, los derechos fundamentales violados están consagrados en los artículos 13 y 49 de la Constitución. De éstos es manifiesta la violación de este último; derecho que merece el calificativo de fundamental, pese a no estar comprendido en el Capítulo I del título II de la Carta.

Luego de estas consideraciones propuse ante la Sala la siguiente parte resolutive:

Revócase la sentencia de junio 24 de 1991 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección II, Subsección b) y en su lugar se dispone:

Concédese la tutela al señor PABLO EMILIO GARCIA SUAREZ. En consecuencia, la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C. deberá prestarle al indicado señor la asistencia médica que su caso requiere; y deberá, además, definir el carácter de la enfermedad que lo aqueja (si profesional o no), tan pronto se cumplan los exámenes de rigor.

La asistencia médica deberá empezarse a prestar dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído.

Con todo respeto,

*Carlos Betancur Jaramillo*

Santafé de Bogotá D.C. agosto 12 de 1992.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES—Determinación (Aclaración de Voto)**

**Los derechos fundamentales que la Constitución ordena tutelar son todos los que, a juicio del juez y dentro de modalidades del caso particular, resulten inherentes a la dignidad de la persona humana, sin que sea acertado considerar que el Constituyente determinó en abstracto cuáles derechos del ser humano son fundamentales y cuáles otros no.**

### *Aclaración de Voto.*

Referencia: Expediente No. AC—188. Actor: Pablo Emilio García Suárez.

Aunque comparto la parte resolutive del fallo que resolvió la impugnación en el proceso de la referencia, pues considero que el derecho que allí se pide tutelar es de naturaleza prestacional, correspondiendo acudir para su protección a las normas que gobiernan la materia en relación a vinculaciones laborales que no provengan de un contrato de trabajo, discrepo de la parte motiva en cuanto consigna que "... sólo son tutelables los derechos contenidos en el articulado del Capítulo I del Título 2o..." es decir, "... los derechos fundamentales mencionados en los artículos 11 a 41..." de la Carta Política Fundamental.

Reiteradamente he venido sosteniendo que los derechos fundamentales que la Constitución ordena tutelar son todos los que, a juicio del juez y dentro de modalidades del caso particular, resulten inherentes a la dignidad de la persona humana, sin que sea acertado considerar que el Constituyente determinó en abstracto cuáles derechos del ser humano son fundamentales y cuáles otros no.

*Amado Gutiérrez Velásquez*

Santafé de Bogotá D.C., julio 24 de 1992

NOTA DE RELATORIA; A este salvamento adhiere el Dr. ALVARO  
LECOMPTE LUNA.

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Interpretación/DERECHOS FUNDAMENTALES—Determinación (Aclaración de Voto)**

No comparto la consideración que se hace en la providencia en el sentido de que los únicos derechos constitucionales fundamentales son los consagrados en el Capítulo I, Título II de la Constitución Política de 1991. El juez constitucional debe tener el poder de interpretación suficiente para darle el alcance que sea necesario a los términos utilizados por la Constitución, como es el caso de los “derechos constitucionales fundamentales” que la Carta encasilla en los mencionados capítulo y título, pero fuera de los cuales pueden existir otros que de acuerdo con la filosofía de nuestro régimen institucional pueda concluirse que tienen el mismo rango.

*Aclaración de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez en relación con la providencia de fecha 21 de julio de 1992.*

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. AC-188. Actor: Pablo Emilio García Suárez.

La aclaración de voto del suscrito Consejero se refiere a que no comparto la consideración que se hace en la providencia en el sentido de que los únicos derechos constitucionales fundamentales son los consagrados en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política de 1991.

Está de acuerdo el suscrito Consejero con el planteamiento hecho por algunos Miembros de la Sala consistente en que el juez constitucional debe tener el poder de interpretación suficiente para darle el alcance que sea ne-

cesario a los términos utilizados por la Constitución, como es el caso de los "derechos constitucionales fundamentales" que la Carta encasilla en los mencionados capítulo y título, pero fuera de los cuales pueden existir otros que de acuerdo con la filosofía nuestro régimen institucional pueda concluirse que tienen el mismo rango.

Con todo respeto,

*Libardo Rodríguez Rodríguez*

Santafé de Bogotá, D.C. treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y dos.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, es el mismo suscrito con ocasión del estudio de la sentencia de mayo 12/92, exp. AC-119, publicado en este mismo Tomo de Anales, pág. 257, y sentencia de junio 12/92, exp. AC-138, publicado en la pág. 298.

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Determinación/DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA (Salvamento de Voto)**

No estoy de acuerdo con la tesis de que los derechos fundamentales son sólo los que aparecen recogidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución Nacional. Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de informar el ordenamiento jurídico, y que se orienta a defender la dignidad de la persona humana; por lo mismo, ellos no son dádiva ni del constituyente ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos por ley o decreto.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del doctor Julio César Uribe Acosta—.* Santafé de Bogotá, D.C., agosto diez (10) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-188. Actor: Pablo Emilio García Suárez.

Aclaro mi voto dentro del presente negocio, porque no estoy de acuerdo con la tesis de que los derechos fundamentales son sólo los que aparecen recogidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución Nacional. En esta materia reitero la perspectiva jurídica que expuse dentro del Expediente No. AC-126, Actor: MARIA TERESA TAUTIVA AGUDELO, en cuyo salvamento de voto se lee:

“Quien suscribe estima que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de in-

formar el ordenamiento jurídico, y que se orientan a defender la dignidad de la persona humana. Por lo mismo, ellos no son dádiva ni del constituyente ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos por ley o decreto.

“Siendo la persona humana el ser más valioso de todo el universo, esos derechos le permiten moverse en el mundo, manejando las distintas circunstancias, con el fin exclusivo de permitirle su realización plena como tal”.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta*

## **ORDEN DE TUTELA/DERECHO AL TRABAJO/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

La protección de un derecho fundamental a través del mecanismo de la tutela, consiste en impartir órdenes a las autoridades para que actúen o dejen de hacerlo, cuando con su acción o su omisión estén vulnerando un derecho fundamental. Es decir, no debe haber duda acerca de la existencia del derecho; no debe depender éste de un juicio previo. En esta forma puede tutelarse simplemente al establecer que una acción o una omisión de la autoridad lo está vulnerando. En el sub lite, el derecho del trabajador cuya tutela se pretende, debía establecerse previamente en un proceso en que se acreditara que tenía garantía de estabilidad en su cargo, y que a la luz de las disposiciones que gobiernan la materia el acto de remoción resultaba ilegal. Esa es la razón para que se condicione la procedencia de la tutela a la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

*Consejo de Estado. – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. – Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-204. Actor Emiliano Madera Cordero.

El señor EMILIANO MADERA CORDERO, mediante apoderado impugna el fallo de 2 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, para resolver la acción de tutela por él incoada.

### ANTECEDENTES:

La acción fue interpuesta ante el Tribunal, para obtener lo siguiente:

"a) Que se restablezca a mi poderdante señor EMILIANO MADERA CORDERO en el cargo de CELADOR que desempeñaba en el Colegio Nacionalizado de Bachillerato Mixto de Chimá, condomicilio en el Municipio del mismo nombre, desde octubre 22 de 1987, fecha en que se posesionó, hasta julio 4 de 1991, en que fue declarado insubsistente mediante Decreto 026 emanado de la Alcaldía Municipal de Chimá, sin previa consideración a los requisitos exigidos en el Decreto 1660 de 1991 actualmente, y anteriormente presupuestados dichos requisitos en el Decreto 770 de 1988, para declarar insubsistente a un empleado inscrito en carrera administrativa, y que hasta la fecha se encuentra en planilla en donde aparece devengando el salario correspondiente a su cargo. Y como derechos privados.

b) Que el director del FONDO EDUCATIVO REGIONAL (FER) con domicilio en Montería, ordene al pagador o directamente a éste se le ordene hacer entrega a mi poderante señor EMILIANO MADERA CORDERO, de los salarios RETENIDOS arbitrariamente desde el día 4 del mes de julio de 1991, hasta la fecha, y que aparecen como pagados en planilla.

c) Que se CONDENE en abstracto a las entidades públicas responsables de la vulneración del derecho al trabajo, a pagar los daños materiales y morales producidos por la acción u omisión llevada a cabo para vulnerar el derecho fundamental del trabajo con desconocimiento de la Constitución y de las Leyes, conforme lo indica el Artículo 25 del Decreto 2591 de 1991".

### EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal negó la tutela, con base en que ésta no es procedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo si se utiliza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable. Indicó que el acto administrativo particular y concreto que separó del servicio al accionante, debía haber sido demandado oportunamente, utilizando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

### FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Se argumenta que en este caso hay carencia total de medios de defensa judicial porque la acción contra el acto del Alcalde del Municipio de Chimá caducó por culpa de los engaños a que fue sometido el señor Emiliano Madera.

Que el Alcalde no tenía facultad discrecional para declararlo insubsistente, como lo determina la ley 29 de 1989, y menos aún estando el empleado inscrito en el escalafón de la carrera administrativa.

Que la delegada del Ministerio de Educación Nacional ante el FER lo mantuvo en estado de incertidumbre y expectativa al comunicarle que el Alcalde no podía declararlo insubsistente y dándole copias de los oficios que le había dirigido a dicho funcionario solicitándole revocar el decreto de insubsistencia. Que en esta forma se le impidió ejercitar oportunamente la acción procedente contra el acto del Alcalde.

Que no obstante que el Tribunal reconoce la ausencia de otro medio de defensa por haber transcurrido más de cuatro meses desde la fecha en que se expidió el Decreto de insubsistencia, no protegió el derecho al trabajo, violando el artículo 86 de la Constitución.

Que la acción de tutela, de conformidad con el artículo 11 del decreto 2591 de 1991 puede ejercitarse en cualquier tiempo, salvo que vaya dirigida contra sentencias ejecutoriadas o providencias judiciales, y ese no es el caso presente.

Para resolver se **CONSIDERA:**

La acción de tutela, como en otras oportunidades lo ha sostenido el Consejo de Estado, no fue instituida en la Constitución de 1991 para destruir el ordenamiento jurídico anterior, ni para crear mecanismos paralelos a los que la ley consagra en las distintas jurisdicciones, a fin de que las personas puedan obtener la definición y protección de sus derechos.

Mediante el procedimiento de tutela no se realiza un juzgamiento de los actos administrativos a la luz de las normas positivas de derecho que tales actos deben respetar, porque para que ese juzgamiento tenga lugar el afectado debe acudir a las acciones o recursos contemplados en los Códigos.

La protección de un derecho fundamental a través del mecanismo de la tutela, tal como lo prevé el artículo 86 de la Constitución, consiste en impartir órdenes a las autoridades para que actúen o dejen de hacerlo, cuando con su acción o su omisión estén vulnerando un derecho fundamental.

Es decir, no debe haber duda acerca de la existencia del derecho; no debe depender éste de un juicio previo. En esta forma puede tutelarse simplemente al establecer que una acción o una omisión de la autoridad lo está vulnerando.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el derecho del trabajador cuya tutela se pretende, debía establecerse previamente en un proceso en

que se acreditara que tenía garantía de estabilidad en su cargo, y que a la luz de las disposiciones que gobiernan la materia el acto de remoción resultaba ilegal.

Esa es la razón para que se condicione la procedencia de la tutela a la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

En cuanto a este aspecto observa la Sala que el señor Madera Cordero sí disponía de medios de defensa judicial para proteger sus presuntos derechos. Cosa distinta es que, por cualquier razón, no haya hecho uso de ellos oportunamente y por tanto su situación no admite modificación ni puede revivirse valiéndose de la acción de tutela.

En este orden de ideas la Sala concluye, que los argumentos de la impugnación no son suficientes para infirmar el fallo del Tribunal que se ajusta a derecho.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

Confírmase la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 2 de junio de 1992, para resolver la acción de tutela interpuesta por el señor Emiliano Madera Cordero.

Una vez ejecutoriado este fallo, dentro de los diez días siguientes remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

Envíese copia de la sentencia al Tribunal Administrativo de Córdoba.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de julio 28 de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la L. de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA—Improcedencia

El derecho de petición, por sí solo y genéricamente considerado, no puede violarse para efectos de tutela cuando la ley ha previsto los mecanismos. Por tratarse de normas en blanco, en principio no podrá hablarse de la violación directa de los artículos 28 y 29 de la Constitución, ya que su infracción sólo se pondrá de presente cuando se constate el desconocimiento de las normas que los desarrollan. Con esta tutela se pretende que se decidan las peticiones de reconocimiento prescricional. Para el efecto habrá sustracción de materia, porque dichas solicitudes ya fueron resueltas, puesto que frente a las mismas operó el fenómeno del silencio administrativo y ésto le abrió la oportunidad a los afectados para acudir directamente a la vía jurisdiccional.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., junio treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. AC—166. Actor: Octavio Medina Ospina.

Procede la Sala a decidir el recurso de impugnación interpuesto por la Caja Nacional de Previsión contra el fallo de tutela de 25 de mayo de 1992, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su sección segunda, subsección A, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. TUTELAR el derecho de petición invocado por OCTAVIO MEDINA OSPINA, a favor de las solicitudes formuladas para ORDÓÑEZ ROSERO JOSE EFRAIN, PEÑA SERRATO JULIO ALBER-

TO, JIMENEZ CADENA CELSO y JOJOA GUERRERO HIPOLITO JAVIER, contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL”.

“SEGUNDO. Ordenar a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, que por intermedio del funcionario competente, cumpla lo preceptuado por el artículo 23 de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a todas las personas, de presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución; y al efecto dé respuesta a las solicitudes de pensión y sustitución presentadas por OCTAVIO MEDINA OSPINA, con cédula de ciudadanía No. 5.809.400 de Ibagué y T.P. 7978 de Minjusticia, a favor de las personas indicadas en el punto “PRIMERO” de esta providencia”.

“TERCERO. El cumplimiento de lo dispuesto en los numerales anteriores, se hará dentro del término de cuatro (4) días (art. 23-2 Decreto 2591/91) y lo remitirá a esta Corporación dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al vencimiento de dicho término, los que serán notificados al señor OCTAVIO MEDINA OSPINA, a la Cra. 8a. No. 14-35, Oficina 803 de esta ciudad”.

“CUARTO. No se concede la tutela al resto de las solicitudes pensionales, elevadas por OCTAVIO MEDINA OSPINA, a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, por los motivos expuestos en esta providencia”.

“Notifíquese por telegrama a la dirección indicada por el interesado, a la Caja Nacional de Previsión y al Defensor del Pueblo”.

“Dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, este fallo es susceptible de impugnación ante el H. Consejo de Estado; o en su defecto, envíese a la Corte Constitucional en la oportunidad señalada por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 para su eventual revisión”.

La pretensión tutelar se basó en los siguientes hechos:

“Conforme a poderes que me han otorgado personas para que les tramite y los represente ante La Caja Nacional de Previsión Social, presenté varias solicitudes de Pensiones de Jubilación, Reliquidaciones y Sustituciones Pensionales en fechas que van desde 1989 sin que hasta la fecha la entidad que tiene el deber de hacer los reconocimientos lo haya hecho después de un sin número de veces en las cuales a través de tanto tiempo he estado haciendo las interminables colas con el siempre desalentador informe negativo habiendo casos como el de las sustituciones pensionales que claman justicia porque además del hecho del transcurso del tiempo son pensiones de salario mínimo. Creo

que son situaciones claramente violatorias de la Ley y la Constitución Nacional.

**“RELACION DE LOS CASOS EN TRAMITE”:**

“1o.— JOSE DEMETRIO RODRIGUEZ JAJOY Rad. 3832 abril 5 de 1989 *Reliquidación de Pensión*. Contraloría General de la República. C. de C. 1.829.615 del Rosario (N)”.

“2o.— JOSE SOFONIAS CUARAN. Rad. 4574.1989 *Sustitución Pensional*. Beneficiaria: MARIA CARMELA ZAMBRANO DE CUARAN”

“3o.— MERCEDES DELGADO DE LASSO Rad. 1483 febrero 28 de 1990. *Sustitución Pensional* Beneficiaria: María del Carmen Lasso Delgado. (Magisterio)”.

“4o.— ANTONIO JOSE MARTAN MARQUEZ Rad. 4716 junio 20 de 1991. *RELIQUIDACION*. Rama Jurisdiccional”.

“5o.— HIPOLITO JAVIER JOJOA GUERRERO. Rad. 4545 marzo 4 de 1991. *Pensión de Jubilación* (Minobras).

“6o.— JULIO ALBERTO PEÑA SERRATO, rad. 8055 de junio 28 de 1991 *Reliquidación de Pensión* (Ministerio Público)”.

“7o.— CARLOS ENRIQUE LUNA RAMIREZ, Rad. 4002 mayo 23 de 1991. *Sustitución Pensional Beneficiaria*: BERTHA MARIA PUERTAS DE LUNA. (Minobras)”.

“8o.— JORGE EFRAIN ORDOÑEZ ROSERO. Rad. 14499 Oct. 4 de 1991 *Pensión de Jubilación*. (Procuraduría General de la Nación).

En la demanda inicial se narraron como fundamentos de derecho los siguientes:

“Mi petición está fundamentada en la norma consagrada en el Art. 86 de la Constitución Nacional y en los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 lo mismo que en el Art. 49 del Decreto 1045 del 7 de junio de 1978 que a su letra dice: “Art. 49.— De las solicitudes y decisiones sobre prestaciones. Las entidades resolverán las solicitudes de prestaciones sociales con sujeción estricta al orden en que sean presentadas, sin que en ningún caso puedan concederse prelación en su trámite o pago”.

“Las decisiones sobre dichas solicitudes se adoptarán mediante providencias que se notificarán en la forma prevista en el Decreto 2733 de 1959”.

“Las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales deberán ser reconocidas y pagadas dentro de los 90 días siguientes a su retiro”.

El a-quo, luego del trámite de rigor, decidió en la forma indicada. De ese fallo se destacaron los siguientes apartes:

“Ahora bien: Ese derecho de petición, previsto en el Título II “De los Derechos, las garantías y los deberes; y en el Capítulo I de los “Derechos Fundamentales”, al definirlo en el art. 23, consagra que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta resolución”, incluyendo en el art. 85 constitucional su protección y aplicación inmediata”.

“El art. 86 de La Carta, al consagrar la acción de tutela, para “la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”, fija en primer lugar la procedencia de la acción de este tipo de derechos fundamentales, exceptuando dicha acción en su artículo 3o., “Cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”; y al señalar el Constituyente la condición para su viabilidad, la no existencia o medios de “defensa judicial”, esto es, en la esfera jurisdiccional, está permitiendo la viabilidad de la acción de tutela en la etapa de la actuación de la Administración en la vía gubernativa, así existan recursos dentro de ella”.

“La ley al reglamentar el artículo 86, en su Decreto 2591 de 1991, así lo previó y desarrolló en su artículo 9o., “Agotamiento opcional de la vía gubernativa”, al establecer:

“No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela”.

“El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela”.

“El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

“.....”.

“Sobre las anteriores peticiones de prestación social que demuestran plenamente la actuación omisiva de la Caja Nacional, se deduce la violación del derecho fundamental constitucional consagrado en el artículo 23, con la característica de ejecución inmediata, de acuerdo a lo normado en el art. 85 y amparado por el 86, normas todas de la Carta Política y que reúnen además la prueba exigida por el artículo 18 del Decreto 2591 de 1991, para fundar además el fallo protegiendo el derecho tutelado y ordenado lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 23 del citado decreto, como se hará en la parte resolutive de esta providencia”.

Descontenta la entidad oficial con lo así decidido, interpuso impugnación. De ese escrito se destaca:

“Sobre el particular, es imperioso hacer las siguientes afirmaciones con la que demuestro en forma clara e inequívoca que en ningún momento la entidad ha vulnerado y menos aún, amenazado ningún derecho fundamental, por omisión; veamos porqué:

“1.— a) **ORDOÑEZ ROSERO JOSE EFRAIN**: Rad. 14499 de 1991, presentó documentación el día 29 de noviembre de 1991; es decir, hace seis meses y en la actualidad se encuentra en control previo con hoja de Ruta No. 198 de la que se anexa fotocopia debidamente autenticada; es decir, que una vez revisada la resolución, numerada y fechada pasa a la notificación de ley, motivo por el cual es evidente que no ha existido demora alguna en su trámite”.

“b) **PEÑA SERRATO JULIO ALBERTO**: Rad. 8055 de junio 28 de 1991, se envió con Hoja de Ruta No. 198 a control previo el día 25 de mayo de 1992, Resolución que estará próximamente para notificación”.

“c) **JOJOA GUERRERO HIPOLITO JAVIER**: Rad. 4545 de 1991, se envió a la División de Salud Ocupacional para ratificación de concepto sobre la edad, se anexa prueba documental”.

“d) **JIMENEZ CADENA CELSO**: En el cuaderno administrativo figura como apoderado el doctor **ALVARO MORA GAITAN**, de otra parte, cabe destacar que verificando el número de radicado 4002 de 1991, con el correspondiente cuaderno administrativo se comprobó que dicho radicado, corresponde a **CARLOS ENRIQUE LUNA RAMIREZ**, anexo constancia en original suscrita por el Jefe de Pensiones Nacionales, oficio P. N. 276 de mayo 26 de 1992”.

2.— Con ocasión del cambio del Subdirector de Prestaciones Económicas y cambio de jefe de la Sección de Pensiones Nacionales, se llevaron a cabo tres inventarios en las siguientes fechas:

- a) Marzo 15 de 1991 a abril 15 de 1991
- b) Noviembre 15 de 1991 a enero 24 de 1992
- c) Marzo 20 de 1992 a abril 28 de 1992

“Situación amplia y públicamente conocida, por cuanto así se expresó en avisos colocados a la entrada principal del edificio Torre Blanca —Calle 14 No. 8-70— lugar donde funciona las dependencias de la Subdirección de Prestaciones Económicas; aún así habiéndose suspendido la prestación del servicio por un lapso de aproximadamente cuatro meses, se ha dado cumplimiento oportuno a las solicitudes objeto de la presente Acción de Tutela, como queda ampliamente demostrado, como también desvirtuada en su totalidad, la afirmación en el sentido que son solicitudes del año 1989 por cuanto como puede apreciarse todos los radicadores son del año de 1991 y en su trámite la Entidad que represento, ha obrado con diligencia y celeridad, a pesar de como ya lo manifesté, hubo tres inventarios que paralizaron el trámite administrativo por cerca de cuatro meses y aún así se le ha dado el acostumbrado respeto, solicito al Honorable Consejo de Estado revoque la decisión proferida por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por no existir violación a derecho fundamental alguno”.

Para resolver, se considera:

Para la Sala la decisión será revocada, por las razones que se exponen a continuación:

a) La demanda no precisa cuál es el derecho fundamental violado y de su texto no se desprende cuál sea. Aunque el Tribunal dedujo que se trataba del derecho de petición contemplado en el art. 23 de la Carta, esta Sala considera que el derecho violado es un derecho social derivado del de trabajo; derecho que no tiene protección tutelar inmediata, según el mandato del art. 85 de la misma Constitución, y tal como lo ha reiterado esta misma Sala.

Como se observa de lo pedido, pretenden los interesados que se les reconozcan los derechos que dicen tener a la jubilación y a la sustitución pensional; derechos éstos que se entienden incluidos en el genérico derecho al trabajo.

De aceptarse la posición del Tribunal, se llegaría al extremo de que todo, sin excepción, podría manejarse por el derecho de petición genéricamente considerado; dejando de lado el derecho de acción (art. 229 de la Carta) desarrollado en la ley y los procedimientos administrativos regulados en la misma para la efectividad de los derechos de petición en interés particular y general.

En suma, el derecho de petición, por sí solo y genéricamente considerado, no puede violarse para efectos de tutela cuando la ley ha previsto los mecanismos legales para hacer efectivos los derechos del administrado.

Se entiende por tales mecanismos los propios del procedimiento administrativo y los jurisdiccionales subsiguientes. Recuérdese que cuando no existe un procedimiento administrativo especial deberá aplicarse el que regula el Código Administrativo, en el título I "Actuación Administrativa", parte primera.

b) La norma comprensiva del derecho de petición, como la que crea la garantía o el derecho al debido proceso, son de aquellas que la doctrina llama normas en blanco, porque el constituyente las impone pero deja su desarrollo a la ley para su cabal aplicación.

Por eso mismo, frente a esos derechos, en principio, no podrá hablarse de la violación directa de los artículos 23 y 29, ya que su infracción sólo se pondrá de presente cuando se constate el desconocimiento de las normas que los desarrollan.

c) Pretenden los interesados con esta tutela que se les decidan las peticiones de reconocimiento prestacional que hicieron ante la Caja y el Tribunal ordena el trámite de dichas solicitudes. Pues bien. Para el efecto habrá sustracción de materia, porque dichas solicitudes ya fueron resueltas, puesto que frente a las mismas operó el fenómeno del silencio administrativo. No otro es el alcance de la ley. Según el artículo 40 del C.C.A., transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, *se entenderá que ésta es negativa*.

Ya hubo decisión denegatoria. Que sea ficta no cambia el enfoque porque éste es el querer de la ley. Se entendieron negadas las solicitudes y esto le abrió la oportunidad a los afectados para acudir directamente a la vía jurisdiccional, máxime cuando como en el caso concreto, el único recurso viable era el de reposición, no obligatorio para agotar la vía gubernativa.

d) Además, no puede hablarse del quebrantamiento del derecho de petición, cuando la administración está exigiéndole a los interesados que completen la documentación requerida para decidir.

e) Finalmente la Sala reitera la jurisprudencia sostenida por esta Sala, en asunto similar, con ponencia del señor Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez y destaca el siguiente aparte que resume en forma precisa la tesis central:

"En esas circunstancias, para la Sala es claro que la acción intentada no puede prosperar porque es evidente que para lograr su objetivo los

accionantes tienen otros recursos o medios de defensa judiciales, como es precisamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, caso en el cual no procede la acción de tutela en virtud de lo previsto en el artículo 60. del Decreto 2591 de 1991, sin que en el presente caso se haya utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como no podría haber sido ante la posibilidad evidente de remediar el perjuicio a través de la citada acción”.

“2o.— Pero aún en el caso de que pudiera entenderse, como lo hizo el Tribunal, que la acción de tutela ejercida estuviera dirigida a tutelar el derecho de petición en interés particular, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, tampoco sería viable esta acción por la sencilla razón de que en relación con el derecho de petición la ley, a través del Código Contencioso Administrativo, ha previsto un mecanismo para garantizar el ejercicio de ese derecho por medio del fenómeno del silencio administrativo, que implica que transcurridos tres meses de presentada la petición sin que se haya producido decisión al respecto, se entiende que, por regla general, la autoridad ha decidido negativamente, de tal manera que el interesado puede acudir de manera directa a la jurisdicción a fin de hacer valer su derecho (art. 40 del C.C.A.), sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que puede incurrir el funcionario por su negligencia al no resolver expresa y oportunamente la petición”.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

Primero. Revócase la sentencia de tutela proferida el 25 de mayo de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección A. Confírmase su ordinal cuarto.

En su lugar, deniégase la tutela impetrada.

Segundo. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tercero. Envíese copia al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha 16 de junio de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Carlos Betancur Jaramillo, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente; Miren de la Lombana de M., Aclara Voto; Guillermo Chahín Lizcano, Salvamento Voto; Miguel González Rodríguez, Salvamento Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Ausente; Consuelo H. Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO (Salvamento de Voto)**

Considero que ha debido tutelarse el 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 resolver.

*Salvamento de Voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Expediente No. AC-166. Actor: Octavio Medina Ospina.

Mi discrepancia con la mayoría de la Sala obedece al hecho de que considero que ha debido tutelarse el derecho de petición que ha sido desconocido por la entidad oficial, la cual se abstuvo de responder en cualquier sentido las solicitudes del administrado.

Como recientemente la Sala Plena del Consejo de Estado votó negativamente un proyecto mío en el que se proponía otorgar la tutela en relación

con el derecho de petición considero suficiente transcribir aquí algunos apartes de ese proyecto como fundamento de mi discrepancia.

Así las cosas encuentra la Sala que debe revocarse la actuación del Tribunal y avocar el estudio de la acción de tutela con el objeto de determinar si es del caso tutelar el derecho fundamental que se alega como violado.

Obran en el expediente fotocopias de comunicaciones dirigidas por la citada docente al doctor José Abel Valoyes, Secretario de Educación del Distrito Especial de Bogotá en diciembre 4 de 1991 (fl. 4) y en febrero 19 de 1992 (fl. 5) en los cuales se le pide a dicho funcionario fije la fecha y la hora para la posesión en el cargo para el cual fue nombrada la peticionaria por medio de la Resolución No. 1765 de 1991 suscrita por el Alcalde Mayor de Bogotá.

No aparece, no obstante que hay certeza del recibo de tales comunicaciones, constancia alguna de respuesta en ningún sentido a las peticiones de la docente y en cambio sí, tanto en el memorial de interposición de la tutela como en el de la impugnación se afirma por la peticionaria que dichas peticiones "aún se encuentran sin resolver o sin contestar".

Los anteriores elementos permiten a la Sala concluir que en efecto la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá ha omitido y continúa haciéndolo, el cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 23 de la Carta Política de resolver rápida y oportunamente las peticiones que en términos comedidos y relacionadas con asuntos a su cargo le ha formulado la señora Quiñones Ladino. Esta situación omisiva del cumplimiento de un deber constitucional y legal de la autoridad pública comporta necesariamente la violación del derecho constitucional fundamental de petición que reconoce, como una extensión de la libertad personal, la facultad que en Colombia tienen todos los asociados de dirigirse a las autoridades formulándoles peticiones, que pueden ser generadas en intereses personales o de tipo general y sobre todo, a que la autoridad resuelva positiva o negativamente la petición formulada.

En el sub-examine es evidente la vulneración del derecho de petición que le ocasiona a la accionante la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá y la protección inmediata se impone por cuanto no se advierte la existencia de un mecanismo efectivo que judicialmente obligue a que cese la actitud violatoria de la Constitución que apareja el hecho de no responder las peticiones aludidas.

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”.

*Guillermo Chahín Lizcano*

Fecha: ut supra.

## **DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO/ACCION DE TUTELA (Aclaración de Voto)**

La decisión debió sustentarse únicamente en el hecho de que no puede haber violación del derecho de petición si la dilación en el trámite no es caprichosa sino, como sucedió en este caso, consecuencia de la exigencia de la Administración al interesado para que completara la documentación con el objeto de decidir. La configuración del silencio administrativo queda, según la ley, a la voluntad del administrado. Si éste quiere que la Administración decida y ésta no pierde competencia para hacerlo no está obligado a acudir a la jurisdicción y la administración debe decidir. No puede, entonces, afirmarse de manera absoluta que existe una acción y, por lo mismo, el derecho de petición por falta de decisión resulta infringido cuando la acción, cuyo ejercicio es potestativo, no se ha ejercitado.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Aclaración de Voto.*

Referencia: Expediente No. AC-166. Actor: Octavio Medina Ospina.

Con el mayor respeto me permito aclarar el voto favorable a la providencia que antecede porque aunque estoy de acuerdo con la decisión mayoritaria discrepo de algunos de los argumentos en los cuales se basó.

En mi concepto, la decisión debió sustentarse únicamente en el hecho de que no puede haber violación del derecho de petición si la dilación en el trámite no es caprichosa sino, como sucedió en este caso, consecuencia de la

exigencia de la Administración al interesado para que completara la documentación con el objeto de decidir.

En estas condiciones no puede hablarse de violación de derecho alguno, porque es la falta de actividad inicial del administrado la que provoca el retraso.

Discrepo, en cambio, con los demás fundamentos de la providencia porque hay un hecho fundamental: La administración no pierde competencia para decidir sobre las peticiones, salvo que el administrado interponga los recursos de ley, si los hay, o acuda a la jurisdicción (Arts. 40 y 60 del C.C.A.).

La configuración del silencio administrativo queda, según la ley, a la voluntad del administrado. Si éste quiere que la Administración decida y ésta no pierde competencia para hacerlo, no está obligado a acudir a la Jurisdicción y la Administración debe decidir.

No puede, entonces afirmarse de manera absoluta que existe una acción y, por lo mismo, el derecho de petición por falta de decisión resulta infringido cuando la acción, cuyo ejercicio es potestativo, no se ha ejercitado; esto no sucede en el presente caso porque, como se dijo al comienzo de este escrito, es la omisión del administrado la que da origen a la demora y, por lo mismo, no puede hablarse de violación del derecho de petición y procedía, como se decidió en la providencia cuya parte resolutive comparto, denegar la solicitud de tutela.

De los señores Consejeros,

*Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Fecha ut supra.

**ACTO PRESUNTO/SILENCIO ADMINISTRATIVO/DERECHO DE PETICION/ACCION DE TUTELA (Salvamento de Voto)**

No comparto la apreciación que se hace sobre la existencia, en virtud de la ley, de una decisión en relación con la petición elevada por los accionantes ante la Administración, por razón de la configuración del denominado “silencio administrativo negativo”, lo que conduce a la existencia de recursos o medios de defensa judiciales, y lo que, por otra parte, hace improcedente la acción de tutela. No se da el acto administrativo ficto o presunto con efectos negativos, no obstante haber transcurrido el término que se tiene por la administración para resolver la petición, mientras el administrado, haciendo uso de la figura del silencio, no haga uso del derecho de trasladar el asunto a esa otra instancia administrativa o jurisdiccional, y mientras tanto la administración conserva su competencia para decidir.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del Consejero Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-166. Actor: Octavio Medina Ospina.

El motivo de mi discrepancia con el proyecto de sentencia acogido por la mayoría de la Sala, es esencialmente el de que no comparto la apreciación que se hace sobre la existencia, en virtud de la ley, de una decisión en relación con la petición elevada por los accionantes ante la Administración, por razón de la configuración del denominado “silencio administrativo negativo”, lo que conduce a la existencia de recursos o medios de defensa judiciales, y lo que, por otra parte, hace improcedente la acción de tutela.

Siempre he considerado que el silencio administrativo está consagrado en favor de los administrados, lo que les permite a los peticionarios trasladar el asunto a otra instancia, que será administrativa si quien conoce de la solicitud tiene superior jerárquico, o la jurisdiccional si no lo tiene o se trata del denominado silencio administrativo, adjetivo o procesal, o sea, el que se da respecto a recursos gubernativos ordinarios no resueltos oportunamente. En otras palabras, que no se da el acto administrativo ficto o presunto con efectos negativos, no obstante haber transcurrido el término que se tiene por la administración para resolver la petición, mientras el administrado, haciendo uso de la figura del silencio, no haga uso del derecho de trasladar el asunto a esa otra instancia, administrativa o jurisdiccional, y mientras tanto la Administración conserva su competencia para decidir.

Así lo regla expresamente el inciso final del art. 40 del C.C.A. y el inciso tercero del art. 60 ib.

Al considerarse lo contrario en la providencia aprobada por la mayoría de la Sala, lo que se hizo fue dar aplicación a los artículos 1o. y 6o. del decreto-ley 2304 de 1989, que habían subrogado los artículos 40 y 60 del C.C.A. declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, que consagraban una solución contraria: la de que la Administración, producido el silencio administrativo, es decir, vencido el término que la ley le concede para resolver la petición o el recurso, perdía su competencia, tesis que había abandonado el Consejo de Estado en el año de 1968.

Por consiguiente, considero que la acción de tutela, si es que perseguía que la Administración fuera compelida a decidir en cualquier sentido, estaba llamada a prosperar y debió haberse confirmado la providencia impugnada. En caso contrario, debió fundarse la revocatoria en consideraciones de otro orden.

Con el debido respeto,

*Miguel González Rodríguez*, Consejero de Estado.

Fecha: Ut Supra.

## TUTELA TRANSITORIA/DEBIDO PROCESO/DECOMISO

La actuación cumplida por el DAS infringe el debido proceso, por cuanto ordenar el “decomiso” del vehículo, sin ningún procedimiento, contraría de manera ostensible el previsto por los decretos 2319/76 y 269/86. El decreto de decomiso debe producirse al final del procedimiento, luego de que se haya dado oportunidad a los interesados para acreditar que adquirieron el bien por medios legítimos, o después de un pronunciamiento judicial, el que, como es sabido, culmina un proceso contradictorio. Se quebrantó el debido proceso, derecho fundamental que merece ser restablecido determinando que la retención del vehículo no es un decomiso del mismo y ordenando al DAS que aplique el procedimiento legal consagrado por las normas legales.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-158. Actor: Alejo Aponte Alcántara.

Se resuelve la impugnación que formula la apoderada judicial del actor en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 18 de mayo de 1992, por medio de la cual negó “la solicitud de acción de tutela elevada mediante apoderada por el señor Alejo Aponte Alcántara”.

## ANTECEDENTES PROCESALES

1.— Por medio de apoderada judicial regularmente constituida, ALEJO APONTE ALCANTARA ejerció la acción constitucional de tutela en contra del “decomiso” de un vehículo automotor marca Toyota, placas ZIB-727, realizado por el Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—.

2.— En el escrito respectivo, visible entre los folios 3 y 13 del expediente, el actor expresa que la actuación censurada quebrantó el derecho de propiedad consagrado por el artículo 58 de la Constitución Política, puesto que, después de haber agotado los trámites previstos por el Decreto No. 1751 de 1991 para sanear el vehículo proveniente de Venezuela, se produjo su decomiso atendiendo a una solicitud de las autoridades de ese país que lo requerían por un delito de hurto.

3.— En escrito posterior (fls. 34 a 37) el accionante manifiesta que la actuación del DAS quebrantó también el derecho al trabajo y al debido proceso consagrados por los artículos 25 y 29 constitucionales; para ello, argumenta que el DAS no ha dado cumplimiento a los Decretos Nos. 2319 de 1976 y 0269 de 1986 dando traslado del asunto y dejando el automotor a disposición de las autoridades aduaneras.

4.— El Tribunal asentó su decisión en dos consideraciones fundamentales:

a. El de propiedad no es un derecho fundamental y por lo tanto no se puede proteger por medio de la acción de tutela.

b. El derecho al debido proceso, está consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política, como fundamental.

“No se indica en la solicitud de tutela cuál es la norma legal que exige la orden de trabajo para la retención de un vehículo por parte de los agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, ni cuál determina el trámite Diplomático para reexportación de automotor, de ahí se desprende que no se pueda establecer la violación al debido proceso.

“Ahora bien: El Decreto 1751 del 4 de junio de 1991, señala en el Artículo 1o.:

“**Saneamiento.** Quienes declaren mercancías que hubieren ingresado al país con anterioridad al 1o. de septiembre de 1990 que se encuentren en situación de incumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero, podrán adelantar los trámites correspondientes al saneamiento de dichas mercancías, siempre y cuando se acredite el pago oportuno de la tarifa *ad valorem*, conforme al mecanismo que más

adelante se establece, sin que haya lugar a decomiso, ni a formulación de cuentas adicionales, ni a imponer sanción alguna, *ni al ejercicio de ninguna acción penal con ocasión de las infracciones aduaneras que se hubieren cometido*.

“Por lo tanto, no existiendo infracción alguna que investigar por parte de las Autoridades Aduaneras al estar saneado en tal sentido el vehículo en cuestión, mal puede el Departamento Administrativo de Seguridad enviar el automotor a esa Jurisdicción, porque la retención se realizó debido a la existencia de una denuncia por HURTO en el Estado Lara de la República de Venezuela.

“El trámite adoptado por la Comisión Binacional Colombo-Venezolana para la detención y entrega de los medios de transporte terrestre, aéreo y acuático, determine que *‘Los organismos y/o autoridades competentes de ambos países, deberán diligenciar la recolección de la información que facilite la recuperación de los vehículos sustraídos y participar de inmediato a sus niveles superiores’*.

“Al producirse la retención de cualquier tipo de vehículo, la autoridad competente deberá inventariar el bien y garantizar la guarda y custodia mientras dure el proceso de tramitación para su devolución.

“7.— *Serán requisitos exigibles para la recuperación de los medios de transporte la petición formal del propietario, los documentos que acrediten la propiedad del bien, objeto del ilícito, más la denuncia ante la autoridad competente del respectivo país, para cumplir con el proceso de devolución*’.

“El trámite ha sido seguido por el Departamento Administrativo de Seguridad Colombiano, pues recolectó la información para determinar si el vehículo registraba antecedentes en el vecino país y al encontrar que sí, lo retuvo.

“Este procedimiento, establecido en un Concenio (sic) o no, es una actuación que corresponde a las autoridades de la República, pues están instituidas no sólo para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sino, *para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*.

“Y, considera la Sala que es un deber social del Estado el colaborar con el vecino país en la detención, aprehensión y recuperación de los vehículos hurtados en su territorio.

“El procedimiento establecido en el Decreto No. 0269 de 1986 para cuando existan especiales razones de orden público o de seguridad, no es el

aplicable en este caso, sino el señalado en el Artículo 1o. del Decreto 2319 de 1976, por el cual, el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, *'mediante Resolución motivada, ordenará el decomiso de los elementos recuperados por funcionarios de ese departamento...'*

“La norma da a entender que primero hay que recuperar el elemento para poder ordenar el decomiso.

“Como la norma no señala término específico para que el Jefe del Departamento ordene el decomiso del vehículo retenido, no ha existido violación a esta parte del procedimiento aplicable al caso”. (fols. 81 a 83 del expediente).

5.— La impugnante explica su inconformidad con la sentencia en escrito que obra a folios 89 a 97, en el que solicita además, se decreten y practiquen pruebas; no se accede a esta petición por considerarse que dichas pruebas no son necesarias para resolver la acción propuesta.

En lo pertinente, la impugnante expresa:

“II.— No obstante lo anterior, se fue explícito en la solicitud que ha habido por los miembros del D.A.S. extralimitación de sus funciones, actuaron con arbitrariedad, sin sujeción a los Decretos 2319 de 1976 y 0269 de 1986, violándose el debido proceso, aspecto que según el Tribunal ‘no se puede establecer’. (Página 11, fl. 82).

“El Secretario General del D.A.S. a través del oficio 0709 del 11 del presente mes, sostiene que el Director de ese Organismo (con base en las disposiciones antes referidas), está facultado para retener provisionalmente o decomisar los bienes u objetos que hayan sido aprehendidos ‘por presumirse que son de procedencia ilícita o dudosa y ninguna persona ha demostrado su legítima adquisición, procedencia o propiedad, previo el diligenciamiento de una actuación administrativa’, pero que si en el curso de ésta se demuestra ‘la existencia de un requerimiento por parte de las autoridades venezolanas respecto del medio de transporte terrestre... por encontrarse en investigación debido a la comisión de un delito de hurto, robo o hurto calificado o secuestro, es perentorio proceder a su devolución de conformidad con los requisitos establecidos en el numeral 7 del citado convenio’. (Que dice enviar, pero que en verdad no obra).

“Por las fotocopias de folios 67 a 70, relativa a ‘PROCEDIMIENTO ADOPTADO POR LA COMISION BINACIONAL COLOMBO-VENEZOLANA PARA LA DETENCION Y ENTREGA DE MEDIOS DE TRANSPORTE TERRESTRE, AEREO Y ACUATICO’ de fecha 06 de junio de 1991, surge que entre los Presidentes de Venezuela y Co-

Colombia se adoptó la Metodología de Tratamiento y Solución sobre 'Sistema de Control para evitar la sustracción de medios de transporte y procedimiento para su recuperación', según Acta de San Pedro Alejandrino, y los Acuerdos alcanzados en la I y II Reuniones de la Comisión Binacional de Alto Nivel.

"Ocurre que tal Acta u Acuerdos, no fueron aportados por el D.A.S. menos aún se suministraron fechas exactas. Se desconoce igualmente de su aprobación por parte del Congreso de la República de Colombia, conforme lo manda el Art. 189, numeral 2, de la Carta Política.

"No estando acreditada la aprobación de aquellas Actas y Acuerdos (que en buen romance no es más que la celebración con otro Estado de tratado o convenio), por parte del Congreso de la República de Colombia, puede afirmarse inequívocamente que no ha nacido por ende a la vida jurídica y consiguientemente es inaplicable.

"De otra parte resulta enfrentado al Decreto 1751 del 04 de julio de 1991 (posterior a dichas Actas y Acuerdos), que permitió el saneamiento de las mercancías ingresadas al país sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero y al que precisamente se acogió mi representado.

"Así, pues, se evidencia la mala fe del Ejecutivo: por un lado se amnistia todas aquellas mercancías ingresadas al país ilegalmente y por el otro (pero debajo de la mesa y con arma oculta) se está conviniendo con país extranjero para quitarle a los adquirentes y poseedores de buena fe las mismas mercancías por las cuales le pagó al Estado unos impuestos previamente establecidos. Es decir, se les está estafando, pues han sido inducidos en error, se les ha engañado utilizando el ardid de que acogiéndose al saneamiento podían disfrutar libremente de los bienes, figura ésta que tiene adecuación típica en nuestro estatuto punitivo. Acá se está ni más ni menos que en similares condiciones con lo que acontece actualmente con la medida adoptada por un 'juez sin rostro' (Juez Especializado de Orden Público), para con los amnistiados del ex-grupo guerrillero M-19 (valga la comparación), que pone en tela de juicio las decisiones y actuaciones del Ejecutivo en pro de la apertura económica.

"Es que se trata no de una situación común y corriente, sino de una muy especial, que ha debido merecerle al Tribunal una prudente pero acusosa decisión, profundizando sobre muchas normas que le son compatibles, como lo seguiremos viendo en adelante. Por eso resulta de conveniencia, no personal, sino para beneficio de la comunidad en general, ya que éste no fue el único vehículo que se saneó, sino cifra superior a los 10.000, en porcentaje que sobrepasa el 90% de las genéricas condi-

ciones y por los cuales el Estado se apresta a afrontar demandas para que indemnice por los perjuicios ocasionados, que la H. Corte Constitucional, acorde con la potestad que la Carta Política y la ley, entre a revisar las decisiones que aquí se tomen, sobre todo porque la presente acción se refiere, además, 'a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como 'fundamental' (art. 2o., Decreto 2591/91), por el cual refiere a la PROPIEDAD PRIVADA. Como que se está despojando abiertamente a mi procurado de un bien adquirido con justo título y refrendado por el Estado a través de aquella normatividad que permitió el saneamiento, todo derivado a falta del debido proceso y que ha trascendido igualmente a la violación al Derecho del trabajo.

"III.— Se decía sobre la falta de sujeción a los Decretos 2319/76 y 0269/86. El Tribunal no tuvo en cuenta que lo que operó fue un 'DECOMISO' y no como lo afirma una RETENCIÓN del automotor. Aunque en el informe de folio 44, los agentes del D.A.S. digan que al hijo de mi poderdante (poseedor) 'Se le informó que el vehículo quedaba retenido', el acta No. 01735 (fl. 52) los contradice, ya que textualmente se lee: 'HEMOS DECOMISADO', siendo ésta toda una realidad. Por ello ha debido primero dictarse por el Jefe del D.A.S. resolución que ordenara el decomiso, pues éste solo procede por virtud de sentencia judicial, a voces del Art. 365 del C. de P.P. y 110 del Código Penal.

"Ahora si miramos la copia del telegrama No. 09814 del 6 de los cursantes (fl. 51), comprobamos aún más el torcido proceder del D.A.S., con plena violación a las disposiciones antes citadas y al convenio que ellos mismos citan, al estar COORDINANDO 'EL TRASLADO' al hermano país de Venezuela, del automotor 'DECOMISADO' (arbitrariamente). No hay resolución que lo disponga, pero sí una simple determinación del Jefe de la División de Policía Judicial, quien suscribe el mensaje.

"Tampoco se le ha dado la oportunidad a los adquirentes de buena fe en nuestro país, a demostrar su lícita procedencia o adquisición, como bien se ha acreditado mediante esta acción de tutela con los documentos aportados en legal forma. Pues además, el numeral 7 —inciso 2o.— del 'PROCEDIMIENTO ADOPTADO POR LA COMISION BINACIONAL COLOMBO-VENEZOLANA PARA LA DETENCION Y ENTREGA DE MEDIOS DE TRANSPORTE TERRESTRE, AEREO Y ACUATICO' reza textualmenté:

"7.— Serán requisitos exigibles para la recuperación de los medios de transporte la petición formal del propietario, los documentos que acrediten la propiedad del bien, objeto del ilícito, más la denuncia ante la autoridad competente del respectivo país, para cumplir con el proceso de devolución.

“Las disposiciones contenidas en el presente instrumento se aplicarán a los casos en los cuales no exista controversia sobre la titularidad del bien o procedimiento especial aplicable”. (fl. 68).

“Pero es que el Tribunal pretendiendo hacer de colegislador, le está encimando al Decreto 1751/91 requisitos allí no previstos al decir: ‘el saneamiento fue única y exclusivamente en lo referente a las infracciones aduaneras y no en cuanto a la forma legal o ilegal de adquisición de las mercancías’, cuando dicha normatividad fue amplia, pues en el art. 2o. se refirió concretamente a que: ‘Serán considerados, para todos los efectos, como mercancía de libre circulación y la declaración de saneamiento debidamente aceptada y pagada hará las veces de declaración de despacho para consumo en forma, y tendrá sus efectos jurídicos’. Así se plasmó en la petición primigenia (Hoja No. 03), que sin embargo el Tribunal pasó por alto.

“Y la mala fe continúa por parte de la Administración al ocultar documentación que viene a favorecer las pretensiones aquí elevadas, como es el ‘Acta DE LA COMISION BINACIONAL DE ALTO NIVEL ENCARGADA DEL TEMA ‘SUSTRACCION DE VEHICULOS DE TRANSPORTE AEREO, TERRESTRE Y ACUATICO’, levantada en Guadualito, Estado Apure, Venezuela, el 31 de agosto de 1991, de la cual me permito aportar fotocopia informal para los fines legales. De ésta se desprende cómo subsiste el impase sobre dichos bienes, que no ha podido ser solucionado y por eso se ‘decidió en consenso crear una Subcomisión... a los fines de evaluar la situación de los vehículos en su problemática local y presentar propuestas de solución’. La aprobación ‘sobre la sistematización de la información sobre medios de transporte con el fin de instaurarla y facilitar permanente la consulta sobre vehículos.. que se hayan recuperado y solicitado’, con lo que se demuestra que al instante de la expedición del Decreto 1751/91 y por ende el saneamiento del rodante por parte de mi asistido, ni se exigía mucho menos existía tal información. Y es tan cierto que en esa problemática se refiere a permitir ‘un registro exacto de todos los vehículos de placas extranjeras que se encuentren en territorio colombiano y a la vez facilitará la detención de vehículos hurtados en Venezuela. En tal sentido la Comisión Venezolana solicitó que se incluyera dentro de los documentos exigibles la revisión de vehículos por parte de la PTJ y además el permiso correspondiente de ese organismo’, lo cual no contiene el ameritado Decreto 1751/91 y por eso coincidieron en que tal problemática ‘es de carácter socio-económico y por lo tanto debería dársele un tratamiento especial’. Desde luego que ello tendrá que hacer parte del convenio entre los dos países y que requieren la aprobación del Congreso de la República de Colombia para que tenga efectos jurídicos, luego de su publicación en el Diario Oficial.

“IV.— Del trámite diplomático. Olvidó el Tribunal la existencia del Decreto 0050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal). Acá debería en un momento dado acudir a la prueba trasladada (art. 256), respecto del ‘Expediente No. D-053-582 de fecha 28-07-90 por el delito de hurto’ de la Delegación del Estado Lara, Venezuela (fl. 60), y procurar obtener las pruebas a que hice referencia en mi escrito de ADICION (Hoja No. 03, penúltimo aparte), sobre todo lo que concierne a la Compañía de Seguros, por presumirse un posible auto-hurto. Conforme al art. 252 ibidem ‘Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas o aportadas al proceso serán legalizadas mediante auto en que se indique su conduencia’, lo que en este caso no ha ocurrido como bien se aprecia de las copias enviadas por el D.A.S. (fls. 41/70). Y por mandato del art. 257 del Estatuto en cita: ‘Salvo lo previsto en tratados internacionales, las pruebas consagradas en este Título pueden practicarse en el exterior, de acuerdo con el artículo 645’. Acudiendo a esta norma, que se halla en el Libro Quinto, Título I, Capítulo II, nos encontramos con el procedimiento a seguir: Librar exhortos por las autoridades judiciales ‘por la vía diplomática’, es decir, acudir al Ministerio de Relaciones Exteriores. El Capítulo III comprende las ‘DILIGENCIAS EN EL EXTERIOR’ y para ello se debe ‘Enviar carta rogatoria a una de las autoridades judiciales del país donde han de practicarse las diligencias por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores’; también se puede comisionar, por medio de exhorto, directamente al Cónsul o Agente Diplomático de Colombia en el país respectivo, excepto para recibir indagatoria.

“Me asiste razón cuando afirmé y sigo sosteniendo que: ‘por ende nunca se ha tramitado formalmente, acudiéndose a la vía diplomática solicitud de autoridad alguna venezolana a fin de procurar la reexportación del predicho automotor. Lo que ha ocurrido en este caso no es más que simples informaciones, de manera informal, entre autoridades policivas de los dos países, por incitativa de las nuestras. Pero repito, esto jamás podrá constituir formal solicitud. Se ha violado, pues todo precepto legal’. (Hojas 6 y 7 de la solicitud).

“Desafortunadamente el Tribunal, en forma olímpica, eludió el tema, cuando era de su obligación consultar las normas que le avenían al caso, nunca exigir que en la solicitud se indicara, pues contraría el espíritu sano del Decreto 2591/91 que es desarrollo del art. 86 de la Constitución Nacional y por virtud de los artículos transitorios 5 y 6.

“V.— Acreditado que sí hubo ‘un acto arbitrario e ilegal’, a contrario sensu de lo aducido por el Tribunal, se desprende que sí se puede establecer la violación al debido proceso y consiguientemente al Derecho al Trabajo y como secuela a la Propiedad Privada.

“Lo anterior me conduce a impetrar respetuosamente del H. Consejo de Estado la REVOCATORIA del fallo que se impugna a través de este escrito y, en su lugar, se ACCEDA a tutelar los derechos que le han sido violados a mi representado”. (fls. 90 a 96 del expediente).

### LA SALA CONSIDERA:

A. Dado que el actor interpuso la tutela como mecanismo transitorio con el objeto de evitar un perjuicio irremediable será éste el marco dentro del cual se resuelva el asunto; de entrada, observa la Sala que se cumple a cabalidad la exigencia del artículo 86 Constitucional según la definición legal del inciso 2o. del ordinal 1o. del artículo 6o. del Decreto No. 2591 de 1991, a cuyos términos “Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

B. El a-quo tiene razón cuando señala que la acción de tutela no procede cuando el derecho que se busca proteger es el de propiedad; esta Sala se pronunció sobre el particular en estos términos:

“La Sala participa del criterio del Tribunal cuando considera que el de propiedad no forma parte de los denominados ‘derechos fundamentales’ y que, su protección debe lograrse por mecanismo 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 aquéllas 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 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 DUGUIT:

“‘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 sólo él puede realizar. Sólo 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 de una serie de disposiciones legales y de intervenciones administrativas;...” (Las Transformaciones del Estado Contemporáneo – pág. 31).

“Esta misma concepción que ha inspirado al Constituyente Colombiano desde la Reforma de 1936, reiterada en la Constitución Política de 1991 en el inciso 2o. del artículo 58: “La propiedad es una función social que implica obligaciones”, abandonando la 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 ahí 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.

“Fluye así, con claridad, la improcedencia de la acción de tutela invocada para su protección”. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 8 de mayo de 1992. Actor: RODOLFO ESCOBAR. Exp. AC-089).

C. En cuanto al quebranto del derecho al debido proceso, la Sala concede, parcialmente, la razón al actor; en efecto, no comparte con él su tesis de que el saneamiento previsto por el Decreto No. 1751 de 1991 tenga la virtud de cubrir conductas que la ley penal tipifica como delitos, distintas del “incumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen aduanero” (artículo 1o.) que, hoy, están despojados de tal carácter; por consiguiente, el vehículo por cuya retención está reclamando, se entiende saneado, es decir, a paz y salvo con la Nación, en cuanto atañe al pago de los derechos de nacionalización; en otros términos, ese bien no se considera, en adelante, como de contrabando, sin perjuicio de que, si su procedencia es ilícita, queden a salvo las acciones correspondientes.

Desde este punto de vista, y por las atribuciones que otorgan los decretos 2319 de 1976 y 269 de 1986, el Departamento Administrativo de Seguridad puede aprehender los vehículos sobre los cuales exista justificada sospecha de un delito de hurto.

Sin embargo, la actuación cumplida por el DAS infringe el debido proceso por estas dos razones:

a. Ordenar, como lo hizo, el “decomiso” de la camioneta Toyota, distinguida con las placas ZIB-727, sin ningún procedimiento, según lo muestran el oficio suscrito por el Jefe del Grupo de Automotores del DAS visible a folio 27 del expediente, el acta de inventario fechada el 22 de abril de 1992 (fl. 28), el oficio No. 214 G.A., de la misma fecha firmado también por el Jefe de dicho grupo (fl. 53) y el RADAS de 6 de mayo de 1992 que suscribe el Jefe de la División de Policía Judicial (fl. 51).

Este proceder contraría de manera ostensible el procedimiento legal previsto para la orden de decomiso por los decretos 2319 de 1976 y 269 de 1986; en lo pertinente, prescriben esas disposiciones:

Artículo 1o. del decreto 2319 de 1976:

“El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad mediante resolución motivada, ordenará el decomiso de los elementos recuperados por funcionarios de ese departamento en los siguientes casos:

“a) Cuando los bienes u objetos hayan sido aprehendidos por presumirse que son de procedencia ilícita o dudosa y ninguna persona ha demostrado su legítima adquisición, procedencia o propiedad;

“b) Cuando se aprehendan bienes u objetos que han sido materia de transacciones ilícitas, especialmente por parte de establecimientos dedicados al comercio de objetos de segunda mano, talleres de reparaciones o agencias de compraventa con pacto de retroventa, y

"c) Cuando las autoridades del conocimiento hayan resuelto en definitiva los negocios judiciales, que se relacionen con bienes u objetos aprehendidos por funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, y no sea procedente ordenar su devolución a persona alguna".

Artículo 1o. del Decreto 269 de 1986:

"El artículo 2o. del Decreto 2319 de 1976 quedará así:

"Para los bienes u objetos a que se refieren los ordinales a) y b) del artículo 1o. el decomiso definitivo se ordenará si, transcurridos 120 días desde la fecha en que se llevó a cabo la aprehensión las personas interesadas no han demostrado la legítima adquisición, procedencia o propiedad, pero, si se tratare de bienes fungibles o de rápido deterioro, el decomiso definitivo podrá ordenarse dentro de un término menor. En los demás casos, el decomiso definitivo se producirá una vez que las respectivas autoridades hayan concluido las investigaciones y resuelto los negocios.

"Sin embargo, cuando existan especiales razones de orden público o de seguridad, podrá ordenarse la retención provisional de los bienes u objetos a que se refieren los ordinales a) y b) del artículo anterior mediante Resolución del Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, por el término de 120 días contados a partir de la ejecutoria de dicha providencia.

"Dentro del término de 15 días a partir de la fecha de la aprehensión se adelantará una somera investigación en la que conste el informe del funcionario aprehensor, el resultado del examen técnico mecánico, declaración del poseedor del elemento, historial del automotor en su caso expedido por la Oficina de Tránsito correspondiente y concepto del Jefe de Automotores respectivo sobre la presunción de ilícita o dudosa procedencia o propiedad. Sin perjuicio de perfeccionar dicha investigación se dictará la Resolución de retención provisional si fuere procedente y procederá a acompañarla el Acta del estado actual de los bienes así retenidos, firmada por el Jefe de la División de Servicios y Suministros o el Director Seccional, el Almacenista correspondiente, los funcionarios que intervinieron en la aprehensión, el Auditor respectivo o su Delegado y el poseedor o tenedor, según el caso.

"Cuando se acredite la legítima procedencia o propiedad del bien u objeto retenido se ordenará entregarlo en el mismo estado y condiciones consignados en el Acta de aprehensión, y los gastos que origine la entrega serán de cargo del Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad".

En este caso, se hizo una indagación preliminar y, dentro de ella, se obtuvo el oficio No. 18244, sin fecha, por medio del cual el Jefe del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de la Seccional de San Antonio del Táchira —República de Venezuela— expresa:

“Cordialmente me dirijo a Usted, en la oportunidad de informarle que en atención a su comunicación *Nro. 1935* de fecha 09-03-92, el Vehículo *clase camioneta*, marca *Toyota*, *tipo estacas*, año *1988* de color *marrón*, serial *motor 3F-0220637*, serial *carrocería FJ75-9005711*, se encuentra solicitada por la *Delegación del Estado Lara según expediente No. D-053.582* de fecha 28-07-90 por el delito de hurto” (fl. 60).

Con este único fundamento, las autoridades del DAS retienen el vehículo (diligencia legal), y califican de retención o la aprehensión como “decomiso” del mismo (actuación irregular); se ha establecido, por los preceptos transcritos, que el decreto de decomiso debe producirse al final del procedimiento, luego de que se haya dado oportunidad a los interesados para acreditar que adquirieron el bien por medios legítimos, o después de un pronunciamiento judicial, el que, como es sabido, culmina un proceso contradictorio.

Por lo dicho, en este primer aspecto, se quebrantó, en contra del actor, el debido proceso, derecho fundamental que merece ser restablecido determinando que la retención del vehículo no es un decomiso del mismo y ordenando al DAS que aplique el procedimiento legal consagrado por los decretos que aquí se han citado.

b. Por otra parte, en el RADAS fechado el 6 de mayo de 1992, cuyo remitente es el Jefe de la División de la Policía Judicial y cuya destinataria es la Seccional del DAS en Cúcuta, se dice:

“No. 09814 DAS.DPJ.GA.590. INFORMOLE TENEMOS DECOMISADO CAMIONETA TOYOTA TIPO ESTACAS MODELO 1988 color marrón 3F 0220637 SERIE Y CHASIS FJ75-9005711, HURTADO VENEZUELA EXP-D-053-582 ESTADO LARA OFICIO No. 01974-260392 PTJ. COORDINAR EL TRASLADO ESTE PAIS. MURILLO GELVEZ DIV POLIJUCIAL”. (fl. 51).

La parte final de la disposición transcrita, cuya inteligencia no puede ser distinta de la remisión del vehículo a Venezuela, contradice también el procedimiento antes descrito máxime cuando las autoridades de ese país no han hecho ninguna solicitud a las colombianas para la adopción de tal conducta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** Revócase el fallo impugnado.

**SEGUNDO:** Concédese como mecanismo transitorio la tutela invocada por ALEJO APONTE ALCANTARA; en consecuencia se dispone:

a) Téngase por simple aprehensión y no por decomiso, la retención hecha por el DAS del vehículo marca Toyota, de placas ZIB-727.

b) Ordénase al DAS se abstenga de remitir el mencionado vehículo a la República de Venezuela sin el cumplimiento estricto de los procedimientos legales señalados en esta providencia.

c) Esta orden permanecerá vigente durante los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a su comunicación al DAS, término durante el cual, el actor debe demostrar la legítima adquisición del vehículo.

**TERCERO:** Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Ausente; Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Clara Forero de Castro, Ausente; Miguel González Rodríguez, Ausente; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Ausente; Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Ausente; Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera, además, el fallo de mayo 8 de 1992, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Actor: Rodolfo Escobar, Exp. AC-089, sobre el derecho de propiedad.

**DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/  
ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIE-  
DAD/DERECHO AL TRABAJO/DERECHOS DE APLICACION INME-  
DIATA**

El fallo impugnado sienta como presupuesto básico la tutela del derecho de petición aducido en interés particular, pero además impone decretar el beneficio económico reclamado, aceptando que no es precisamente el de petición el derecho a tutelar, pues decide cuestiones que atañen con el derecho al trabajo, el cual no es tutelable de manera inmediata. Pero aún aceptando que el derecho a proteger es el de petición, sería también improcedente la tutela, habida cuenta que ese derecho fundamental está regimentado en el CCA tanto en lo que a la vía gubernativa se refiere como en la posibilidad del administrado de acudir a la jurisdicción en procura del restablecimiento de su derecho.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., julio dos (2) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. AC—171. Actor: Mario Hernán Jiménez y otros.

Al no ser acogido el proyecto elaborado por el H. Consejero que en reparto tuvo a su cargo este proceso, con ponencia de quien sigue en orden alfabético, de los que mayoritariamente lo rechazaron, procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la Caja Nacional de Previsión Social contra el fallo de la Sección Segunda, Sub-Sección C, del Honorable Tribunal

Administrativo de Cundinamarca con fecha mayo veintiseis (26) del año en curso.

### ANTECEDENTES:

#### A. De la solicitud de tutela.

El abogado Daniel Enrique Liévano propuso acción de tutela contra la Caja Nacional de Previsión Social, para que "... reconozca las Pensiones de Jubilación, Reliquidación y Sustituciones Pensionales..." a favor de sus mandantes, con fundamento en hechos sucintamente relacionados así:

"Ante la Caja Nacional de Previsión Social como apoderado presenté varias solicitudes de Pensiones de Jubilación Nacional, Reliquidaciones de Pensión Nacional y Sustituciones Pensionales algunas datan desde 1985, sin que hasta la fecha se me haya notificado ninguna providencia, perjudicando de esta manera a los beneficiarios económicamente, pues algunos de ellos fueron retirados o renunciaron de sus cargos desde hace varios años sin que la Caja les haya resuelto las peticiones de Pensiones de Jubilación. Por otra parte todas las semanas he estado averiguando por los expedientes y los resultados es que se encuentran en estudio; turno para reparto o revisión, pero lo cierto es que hasta la fecha no se ha resuelto absolutamente nada violando de esta manera la Ley y la Constitución nacional..." (sic).

Fundamentó la solicitud en el artículo 86 de la Carta Política y sus decretos reglamentarios, sin señalar la norma del derecho a tutelar. Por ello, como de oficio el conductor del proceso solicitó precisar la demanda, manifestó el accionante radicar su interés en "... que la Caja Nacional de Previsión Social se pronuncie en uno u otro sentido..." (fol. 29).

#### B. El fallo de tutela.

La sentencia sienta la premisa de considerar como derecho a tutelar el de petición, preceptuado en el Art. 23 de la Carta Política, toda vez que a la Caja Nacional de Previsión Social ha dirigido el solicitante "... peticiones en interés particular...", de las cuales "... tan sólo se ha dado noticia alguna al Apoderado en la referente a LUIS ENRIQUE LIEVANO, o al menos esto es lo que aparece demostrado... Debe también resaltarse que las solicitudes que formuló el Peticionario a nombre de algunos de ellos, aparecen radicados con términos de hasta seis (6) años..." (fol. 45).

Esa motivación llevó a decidir:

PRIMERO. — TUTELAR EL DERECHO DE PETICION que en interés particular (artículo 23 de la C.N.) ha incoado el Doctor DANIEL ENRIQUE LIEVANO identificado con la cédula de No. 17.064.970 de Bo-

gotá, con ocasión de la conducta de silencio que ha recaído en las peticiones que algunas personas han formulado ante la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL para que le sean reconocidas prestaciones económicas.

SEGUNDO.— LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al momento en que quede en firme esta decisión, definirá sobre la admisión, rechazo o adecuación a las exigencias propias que los Reglamentos determinen para las peticiones que han hecho las personas que se detallan a continuación: MARIO HERNANDEZ JIMENEZ, MANUEL MARIN GALLO, BERNARDO MAZO ECHAVARRIA, HUMBERTO VIVAS MENA, JOSE HERIBERTO MUNERA, BERNARDO MORENO MOLINA, DOMINGO ANGULO ZARATE, SAMUEL GILBERTO PARDO, RAFAEL EDUARDO DIAZ RODRIGUEZ, PEDRO IGNACIO CORREAL, LUIS ALFONSO CHINGATE, LUIS EDUARDO LIEVANO, ALFONSO CASTILLO MAYORAL, HNA. LAURA ROSA ECHEVERRY RIOS, HNA. HELIODORA DIAZ DE JESUS, HNA. CLARA HOYOS BOTERO, HNA. MARGARITA LONDOÑO, HNA. STELLA PELAEZ HENAO, HNA. BLANCA INES VELASQUEZ POSADA, HNA. OFELIA GOMEZ ARIAS, HNA. TERESA DE JESUS GALLO GOMEZ, HNA. AGRIPINA ARANGO BETANCOURT, BERNARDA CORREA PALACIOS, ALVARO NEIRA SEPULVEDA, JAIRO RIAGA DIAGO, DOLLY ARANGO RENDON, LUIS HUMBERTO ORTEGA MARTINEZ, MARIA ABIGAIL BALCAZAR PINILLA, CONSUELO GALLEGUO ZAPATA, GLADYS NATALIA ROSA LUZ GOMEZ DE LIEVANO, GLORIA CECILIA BELTRAN DE VALENCIA Y MARIA GEORGINA SERRATO DE MOYA.

Pero si la documentación presentada se encuentra en debida forma, se decretará el beneficio económico reclamado.

TERCERO.— Notifíquese esta decisión en forma personal al señor GERENTE DE LA CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL y al Doctor DANIEL ENRIQUE LIEVANO.

CUARTO.— Si no fuere impugnada esta sentencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

Pero del fallo se apartó uno de los integrantes de la Subsección, aduciendo que el encuadramiento dado a la solicitud se aparta del que señaló en principio el solicitante en el sentido de pedir que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social el reconocimiento de las prestaciones demandadas, que no la protección al derecho de petición. Pero también considera no haberse dado violación del derecho de petición, toda vez que en relación a las distintas solicitudes formuladas a la Caja se produjo el silencio administrativo negativo y

el consecuencial acto ficto pasible de acción ante el contencioso administrativo, lo que equivale a decir que "... en ningún caso se observa que los actores... no dispongan de un mecanismo de defensa judicial distinto a la acción de tutela...". (fol. 54).

Además, que no habiendo precisado los actores el modo de ejercicio de la acción —si como mecanismo transitorio o meramente ordinario—, como explícitamente hicieron constar que la administración "... ya les ha causado daños y podría seguírseles ocasionando", es de entender que ante lo primero la acción resulta improcedente. Bajo la segunda modalidad, sería de "rigurosa aplicación lo dispuesto en el Art. 8º. del Decreto-Ley 2591 de 1992...".

La disparidad con el fallo la sustenta, finalmente, en considerar que el derecho de petición está sujeto a reglamentaciones de orden administrativo y legal, debiéndose buscar su garantía mediante los mecanismos allí dispuestos, que no a través del ejercicio de la acción de tutela, que a más de soslayar esas disposiciones llevaría a salvar obstáculo de la evidente caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

### C. Fundamentos de la impugnación.

En extenso escrito la procuradora judicial de CAJANAL solicita revocar el fallo, en atención a que la entidad no ha obrado con negligencia o descuido sino ceñida al procedimiento establecido para el trámite de las distintas solicitudes de prestaciones económicas, no obstante el crecido número de las actualmente en diligenciamiento y los continuos cambios en el personal con la consiguiente suspensión de términos para cada una de aquellas. Relaciona el estado en que se encuentran las solicitudes que sirven al peticionario para fundamentar la acción.

### CONSIDERACIONES:

Es de observar, en primer término, que el fallo impugnado sienta como presupuesto básico la tutela del derecho de petición aducido en interés particular, pero no se limita a disponer que dentro del término de cuarenta y ocho horas defina la Caja Nacional de Previsión Social "... sobre la admisión, rechazo o adecuación a las exigencias propias que los Reglamentos determinen para las peticiones...", sino que le impone decretar el beneficio económico reclamado, de encontrarse en debida forma la documentación presentada. Con ello está aceptando, como lo formula la demanda, que no es precisamente el de petición el derecho a tutelar, pues decide cuestiones que atañen con el derecho al trabajo, que incluye el del reconocimiento de la jubilación y el de la sustitución en la percepción de esa prestación, derecho que, como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, no es tutelable de manera inmediata a pesar de su innegable condición de constitucional fundamental, por deferirse a la ley la determinación de los mecanismos que garantizan su ejercicio.

Pero aceptando, en gracia de discusión, que la manifestación del solicitante en declaración rendida por decisión del ponente de la acción fuera admisible como corrección de la demanda y que, por ende, el derecho a proteger es el de petición, sería también improcedente la tutela, habida cuenta que ese derecho fundamental, como bien lo destacó el magistrado que se apartó del fallo, está regimentado en el Código Contencioso Administrativo tanto en lo que a la vía gubernativa se refiere como en la posibilidad del administrado de acudir a la jurisdicción en procura del restablecimiento de su derecho, cuando quiera que la administración deja pasar el término de tres meses que estatuye el Art. 40 de esa codificación sin notificar la decisión que resuelva sobre lo solicitado.

De ese modo la Sala reitera lo que en casos similares dejó sentado, respecto de los efectos del fenómeno del silencio administrativo negativo en cuanto a peticiones hechas a la Administración por motivos de interés particular. (Sentencia de junio 9 de 1992, Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Exp. No. AC-152; y sentencia de junio 16 de 1992, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. No. AC-166).

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### FALLA:

- 1o.—Revócase el fallo de tutela de fecha mayo veintiseis (26) del año en curso, proferido por la Sub-Sección C, Sección Segunda del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, no prospera la acción de tutela incoada por el señor Mario Hernández Jiménez y otros contra la Caja Nacional de Previsión Social.
- 2o.—Cópiese, notifíquese mediante telegramas dirigidos al apoderado de los actores y al Director de la entidad demandada, y una vez ejecutoriada, dentro de los diez (10) días siguientes remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Copia del fallo remítase al H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día primero (1o.) de julio de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente, Salvó el Voto; *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Guillermo Chahín Lizcano*, Salvó Voto; *Miren de la Lombana de Magyaroff*, Salvó el Voto; *Clara Forero*

*de Castro, Ausente; Miguel González Rodríguez, Ausente; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## **DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO/ACCION DE TUTELA (Salvamento de Voto)**

El derecho de petición es el más fundamental de los derechos de las personas por la misma razón de serlo. Las personas —naturales o jurídicas—, sujetos de derecho en cuanto están asociadas y de ser súbditos de una autoridad, han contado siempre con la prerrogativa de poder elevarle “peticiones respetuosas” y, por lo tanto, la autoridad está en el deber, con la obligación de darle respuesta, cualquiera que ésta sea. El “silencio administrativo” no satisface la obligación de la autoridad de dar respuesta; es una ficción que ha creado la ley en beneficio del administrado, lo que no libera —en la realidad fáctica— de esa obligación, por lo que, a través de la acción de tutela puede buscarse el amparo de este derecho.

*Salvamento de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en el proveído de dos (2) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992) aprobado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del día anterior, en el proceso AC-171 —Asuntos Constitucionales (Acción de Tutela)—. Actores: Mario Hernán Jiménez y Otros.*

Muy respetuosamente, el suscrito se aparta de las consideraciones y de la conclusión acogidos por la ilustrada mayoría de la Sala en el asunto mencionado arriba.

El disentimiento del suscrito estriba en lo siguiente:

1o.— Aunque es cierto que de tutelarse el derecho de petición impetrado se derivaría, de contera, un beneficio económico, ello, en criterio del suscrito, no le quita un ápice a aquél.

Siempre se pide para algo; el mismo texto constitucional que lo define, lo insinúa, puesto que la petición respetuosa ha de hacerse “por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución...” (art. 23, Cons. Pol.; se destaca).

2o.— El suscrito ha estimado y sigue estimando que el derecho de petición es el más fundamental de los derechos de las personas por la misma razón de serlo. Las personas —naturales o jurídicas—, sujetos de derecho en cuanto están asociados y de ser súbditos de una autoridad (lo que se acrece cuando se ostenta el título de “ciudadano”), han contado siempre con la prerrogativa de poder elevarle “peticiones respetuosas” y, por lo tanto, la autoridad está en el deber, con la obligación de darle respuesta, cualquiera que ésta sea.

3o.— Tampoco participa el suscrito del pensamiento de la ilustrada mayoría, de que esa respuesta se haya dado en virtud de la institución del llamado “silencio administrativo”, de tal manera que, haciendo uso de él, pueda acudir para ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Aunque esto es verdad, también lo es que el “silencio administrativo” no satisface la obligación de la autoridad de dar respuesta. Es una ficción que ha creado la ley en beneficio del administrado, lo que no libera —en la realidad fáctica— de esa obligación, por lo que, a través de la acción de tutela consagrada en la nueva Carta Política, pueda buscarse el amparo de este derecho.

Por todo ello, el suscrito cree que ha debido confirmarse el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna*

Fecha: ut supra.

**DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/  
PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Salvamento de Voto)**

La administración no pierde competencia para decidir sobre las peticiones, salvo que el administrado interponga los recursos de ley, si los hay o acuda a la jurisdicción. La configuración del silencio administrativo queda, según la ley, a la voluntad del administrado. Si éste quiere que la Administración decida y ésta no pierde competencia para hacerlo, no está obligado a acudir a la jurisdicción y la administración debe decidir. No puede entonces afirmarse de manera absoluta que existe una acción y, por lo mismo, el derecho de petición por falta de decisión resulta infringido cuando la acción, cuyo ejercicio es potestativo, no se ha ejercitado.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto.*

Referencia: Expediente No. AC-171. Actor: Mario Hernández Jiménez y Otros.

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede por las siguientes razones:

En mi concepto en el presente caso se presenta un hecho fundamental:

La administración no pierde competencia para decidir sobre las peticiones, salvo que el administrado interponga los recursos de ley, si los hay o acuda a la jurisdicción (Arts. 40 y 60 del C.C.A.).

La configuración del silencio administrativo queda, según la ley, a la voluntad del administrado. Si éste quiere que la Administración decida y ésta

no pierde competencia para hacerlo, no está obligado acudir a la Jurisdicción y la Administración debe decidir.

No puede entonces, afirmarse de manera absoluta que existe una acción y, por lo mismo, el derecho de petición por falta de decisión resulta infringido cuando la acción, cuyo ejercicio es potestativo, no se ha ejercitado.

De los señores Consejeros,

*Miren de la Lombana de Magyaroff*

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO es el mismo suscrito en el Exp. AC-166, publicado en este Tomo de Anales, pág. 400.

## DERECHOS FUNDAMENTALES/ACCION DE TUTELA—Objeto/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

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 art. 2 del D. 2591/91, por desbordar el precepto constitucional.

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo—Sección Segunda.—* Santafé de Bogotá, D.C., julio ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia AC—169. Actor : Ana J. Castro vda. de Olmos.

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta contra la providencia de mayo 5 de 1992 por la que el Tribunal Administrativo de Bolívar denegó “la solicitud de tutela formulada en su propio nombre por la señora ANA J. CASTRO VDA. DE OLMOS, por no ser procedente”. (fos. 20-24).

La acción había sido promovida en razón de que la Caja Nacional de Previsión Social, pese a haber sustituido en la accionante la pensión de jubilación previamente reconocida a su esposo JOSE VICENTE OLMOS LUNA, no la había incluido en nómina a pesar de su insistencia, razón por la cual se vio forzada a reclamar las mesadas por vía ejecutiva hasta cuando la ley dispuso la inembargabilidad de los bienes de aquella institución.

La petición aparece concebida en los siguientes términos:

“Quienes carecemos de capacidad laboral por razones de la edad, y sin medios propios para subsistir, una pensión de jubilación o sustitución pensional como es mi caso además de permitirnos una modesta subsistencia nos permite recurrir a los servicios de salud que son tan indispensables en la tercera edad como la dieta alimentaria, de estos derechos tan fundamentales, a los cuales tengo derecho como ciudadana colombiana por reconocimiento legal me son negados por la omisión en que han incurrido los funcionarios de la Caja Nacional de Previsión al no ordenar que se me incluya en las nóminas de pago como a las demás personas a quienes se les reconocieron pensiones de jubilación. Por una simple omisión señores Magistrados, se me desconocen los derechos fundamentales de subsistencia y salud tal como vienen establecidos en los artículos que me he permitido citar de nuestra Constitución. Es por ello, que pido ser protegida en mis derechos tal como lo establece el art. 86 y su Decreto Reglamentario 2591 de noviembre 19 de 1991, normas que invoco para que previo el trámite correspondiente ese Honorable Tribunal ordene al Director de la Caja Nacional de Previsión en Santafé de Bogotá, y al Gerente de la Seccional de Cartagena se me incluya en la lista ordenándoles el pago oportuno de las mesadas pensionales y la prestación de los servicios médicos”. (fol 1).

Decidió el Tribunal en forma adversa a la petición en atención a que entre los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política no se encuentra “el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales (Art. 53, inciso 3o. C.N.), que hace parte del capítulo 2 que trata ‘De los derechos Sociales, Económicos y Culturales, ni lo concerniente a la seguridad social consagrado en los artículos 46 y 48 citados por la peticionaria:

Explica el a-quo que, aunque el artículo 2o. del decreto 2591 de 1991 “abre el camino para la procedencia de la acción de tutela respecto a derechos no señalados en la Constitución como fundamentales... ello es violatorio del artículo 86, pues desborda lo dispuesto en él y debe inaplicarse conforme al artículo 4o. de la Constitución”.

Agrega que, conforme al artículo 6o. del citado decreto y en armonía con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio. (fls. 20-24).

En la impugnación se refutan estos argumentos con el de que no es cierto que el artículo 86 de la Constitución se refiera únicamente a los derechos consagrados en el Capítulo I sino que “se refiere a todos los derechos consagrados en el Título II, pues de lo contrario quedarían sin amparo tutelar el

derecho a la supervivencia (salud y alimentación), el derecho a tener una vivienda digna, el derecho al trabajo, etc., etc.”. (fls. 28-29). En escrito adicional señala la impugnante que en criterio de la Corte Constitucional los derechos fundamentales “no son exclusivamente aquellos previstos en el Título II, Capítulo I, de la Constitución”. (fls. 30-31).

### **PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:**

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.

Así lo expresó la Sala en providencia del 13 de marzo del año en curso al resolver una solicitud de los señores JORGE ENRIQUE TOLOSA y MARIA CLEMENCIA LEIVA, con ponencia del Consejero Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA:

“Aunque el artículo 2o. del Decreto 2591 da a entender que la Acción de Tutela se puede referir a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, sin embargo, por tratarse de un Reglamento Constitucional con carácter legal del artículo 86 de la Constitución, que lo desborda en forma evidente, pues esta disposición en términos precisos se refiere a los derechos constitucionales fundamentales, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4o. Constitución Nacional) no puede aplicarse”. (Expediente No. AC-069).

Aparte de que los derechos invocados no tienen el carácter de fundamentales, tampoco figuran entre los de aplicación inmediata.

Podría pensarse que la accionante está invocando el derecho de petición por cuanto afirma haber insistido "mediante memoriales" ante la entidad de previsión para el efecto indicado.

Esta realidad deja ver sin duda una conducta omisiva de la administración que es a todas luces censurable pero no descarta la existencia de otros medios de defensa que podrían utilizarse para obtener el restablecimiento de los derechos alegados. Aunque la accionante no aporta prueba de los "memoriales dirigidos a la oficina principal", de su afirmación se infiere que era procedente el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas previstas en la ley, ante la negativa expresa o el silencio de la administración.

Debe recordarse que la acción de tutela es residual y subsidiaria y sólo procede en aquellos casos en que no existan otros medios de defensa, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No es éste el caso y, por lo tanto, deberá confirmarse la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE el fallo impugnado de cinco (5) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1992), proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Compúlese copia de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación para que investigue, si es el caso, la conducta de los empleados de la Caja Nacional de Previsión responsables de la situación que en esta actuación se plantea.

Una vez ejecutoriada esta providencia, dentro de los diez (10) días siguientes remítase el expediente a la Corte Constitucional.

Envíese copia del fallo al Tribunal Administrativo de Bolívar.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Ausente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lom-*

*bana de Magyaroff, Ausente; Guillermo Chahtn Lizcano, Ausente; Miguel González Rodríguez, Ausente; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes H., Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Con aclaración de Voto; Yésid Rojas Serrano, Ausente; Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, lo dicho en providencia de marzo 13/92, exp. AC-069, Ponente Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA. De otra parte la aclaración de voto del Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, precisó lo siguiente:

La aclaración de voto del suscrito Consejero se refiere a que no comparte la consideración que se hace en la providencia en el sentido de que los únicos derechos constitucionales fundamentales son los consagrados en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política de 1991.

Está de acuerdo el suscrito Consejero con el planteamiento hecho por algunos miembros de la Sala consistente en que el juez constitucional debe tener el poder de interpretación suficiente para darle el alcance que sea necesario a los términos utilizados por la Constitución, como es el caso de los "derechos constitucionales fundamentales" que la Carta encasilla en los mencionados capítulo y título, pero fuera de los cuales pueden existir otros que de acuerdo con la filosofía de nuestro régimen institucional pueda concluirse que tienen el mismo rango.

## COMPETENCIA DE TUTELA/JURISDICCION DE TUTELA/COMPETENCIA ESPECIAL/CONFLICTO DE COMPETENCIAS

Por referirse la acción de tutela contra un acto administrativo (revisión de contratos) el impugnante tenía derecho a escoger entre “los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza...” según el art. 37 del D. 2591/91, de donde se concluye que la escogencia del Tribunal Superior de Quibdó fue adecuada y siendo la Corte Suprema de Justicia el superior jerárquico de éste, a ella le correspondía conocer del recurso de impugnación del fallo de tutela.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-182. Actor: Liliana Guzmán Hurtado.— Asuntos Constitucionales.

La señora LILIANA GUZMAN HURTADO obrando en su propio nombre y además como representante de BODEGAS CARDUMEN LTDA., con la coadyuvancia de apoderado que nombró en el mismo acto, pidió al Tribunal Superior de Quibdó la protección inmediata del derecho al debido proceso vulnerado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó.

El acto señalado como atentatorio de su derecho fue el Auto del 12 de febrero de 1992 mediante el cual se abstuvo de practicar revisión del contrato suscrito entre la EMPRESA DE LICORES DEL CHOCO y la firma CARDUMEN LTDA. entre otras razones porque la misma Empresa ya había celebrado contrato para el mismo objeto con otra persona, no obstante

las actuaciones irregulares de la Administración que hicieron declarar al Tribunal su sorpresa.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó previa discusión que fue necesario dirimir con un Conjuez, asumió la competencia para conocer de la tutela incoada pues aunque se trata de una Corporación de igual categoría, la ley no hace aclaración o excepción alguna y la jurisprudencia ha señalado esa vía, pero negó la tutela solicitada por no encontrar violado el derecho al debido proceso pues resultaría improcedente revisar un contrato cuando ya se había revisado otro de igual objeto, fuera de que la tutela no procede cuando existen otros medios judiciales de defensa y el auto impugnado no puso término a un proceso, ni hizo tránsito a cosa juzgada.

La solicitante interpuso recurso de apelación y no obstante haberse ordenado el envío del expediente a la Corte Suprema de Justicia aquél fue remitido a la Corte Constitucional, la cual lo remitió finalmente a la primera.

Por orden de la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— ha llegado a esta Corporación según auto del 10 de junio de 1992 (Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont P.) en el cual se ordenó dicha remisión, previa declaratoria de nulidad del fallo de tutela proferido el 24 de marzo por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó.

Para decidir lo que corresponda, la Sala destaca los siguientes aspectos de la providencia de la Corte.

Dentro de las consideraciones que fundamentaron la decisión de la Corte se encuentra un análisis del Decreto 2591 de 1991 con relación a la “competencia” para conocer de la acción de tutela en el cual recuerda que el artículo 37 estableció una competencia general en los Jueces y Tribunales que concurrirán a prevención de las violaciones o amenazas que tengan lugar en el territorio de su jurisdicción, “evento en el cual el afectado puede elegir, *ad libitum*, entre los jueces a cuál de ellos formula su petición, caso en el que el elegido no puede sustraerse de conocer de su solicitud” y por otra parte fijó también el artículo 40 una competencia especial consistente en que cuando el ataque de tutela verse sobre una sentencia u otra providencia judicial que ponga fin a un proceso, de ella deberá conocer *el superior jerárquico correspondiente*.

Acorde con este criterio la Corte completó su pensamiento con la consideración de que el concepto de superioridad jerárquica debe entenderse en el plano funcional y por ello cuando se trate de un pronunciamiento de un Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de él debe conocer el Consejo de Estado que es en estricto sentido el superior jerárquico de las mencionadas corporaciones.

Con este criterio estimó que cuando el Tribunal Superior de Quibdó asumió el conocimiento de esta tutela, lo hizo sin competencia y por ello declaró la nulidad del fallo proferido por dicho Tribunal, concluyendo que debe remitirse el negocio al Consejo de Estado para que sea conocido por éste.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Corporación ha interpretado la asignación de competencias del Decreto 2591 de 1991 en la forma expuesta en el referido auto remititorio en el sentido de que una es la competencia para conocer de las acciones de tutela originadas en actos de la administración y otra la relativa a providencias judiciales. Coincidiendo con el criterio expuesto, en auto del 26 de marzo de 1992, en el Expediente AC-090, se dijo:

“Si se trata de actuaciones administrativas, por disposición de los artículos 31, 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, el procedimiento de la acción de tutela debe surtirse en dos instancias, o sea que el juez que conoce de la primera debe tener superior jerárquico para que sea factible la segunda instancia y como repetidamente esta Corporación lo ha dicho, el Consejo de Estado no tiene superior jerárquico, pues es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo” (art. 237 C.N.).

“Y si lo impugnado son providencias judiciales, de acuerdo con el artículo 40 del mismo Decreto 2591 de 1991, la competencia radicaría en el superior jerárquico correspondiente y éste no es el Consejo de Estado”.

De manera que coinciden las dos Corporaciones en la interpretación del decreto 2591 de 1991 en esta materia de las competencias. Pero lo no advertido por la Corte en el caso que se analiza es que aunque se trataba de una providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó, no era de carácter judicial, sino netamente administrativo.

En efecto, el auto del 12 de febrero de 1992 se refiere a la “revisión del contrato número 001 de agosto 28/91, suscrito entre la Empresa de Licores del Chocó y Bodegas Cardumen Ltda.”, revisión que asumió de conformidad con lo dispuesto por el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que, como se recuerda, constituye función a nivel departamental similar a la que a nivel nacional desempeña la Sala de Consulta del Consejo de Estado respecto a los contratos administrativos que celebra la Nación. El auto contra el cual se ejerció la acción de tutela se abstuvo de revisar el mencionado contrato, pero cualquiera que hubiera sido su sentido, de todas maneras era acto de naturaleza administrativa pues la revisión forma parte de los requisitos de la contratación oficial.

En consecuencia, por referirse la acción de tutela contra un acto administrativo, el impugnante tenía derecho a escoger entre "los Jueces o Tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza..." según el art. 37, de donde se concluye que la escogencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó fue adecuada y siendo la Corte Suprema de Justicia el superior jerárquico de éste, a ella le correspondía conocer del recurso de impugnación del fallo de tutela, según el art. 32.

Cónsecuente con lo dicho el Consejo de Estado debe declararse sin competencia para resolver el negocio remitido por la H. Corte, pues en su concepto estaba bien radicada la competencia en la Corte Suprema de Justicia y procede remitirlo al Consejo Superior de la Judicatura para que dirima el conflicto planteado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

#### RESUELVE:

- 1o. Declárase incompetente para conocer del asunto planteado con relación a la acción de tutela conocida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó el 24 de marzo de 1992 en el Expediente No. 2167.
- 2o.—Ordénase remitir estas diligencias al H. Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria para que dirima el conflicto de competencia ocurrido en el presente negocio.

Notifíquese y comuníquese en copia a los Tribunales Contencioso Administrativo del Chocó y al Superior del Distrito Judicial de Quibdó.

#### COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de julio 7 de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente, Ausente; *Jaime Abella Zárate*, *Reynaldo Arciniegas Baedecker*, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Clara Forero de Castro*, *Miguel González Rodríguez*, Ausente; *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, Ausente; *Daniel Suárez Hernández*, *Julio César Uribe Acosta*, Aclaró Voto; *Diego Younes Moreno*.

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Consejero Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA es la misma suscrita con ocasión del estudio del proceso No. AC-35, actor: Benito Eliseo Beltrán Forero, en el sentido de que la acción de tutela puede conocer cualquier juez, pero respetando las jurisdicciones, publicado en este Tomo de Anales, pág. 97.

**TUTELA TRANSITORIA— Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia/DERECHO DE PETICION**

Si bien es jurídicamente posible incoar acción de tutela conjuntamente con la acción de nulidad cuando se utilice a manera de mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, en el caso en estudio se tiene que ese eventual daño que surgiría de la no respuesta a los recursos interpuestos en la vía gubernativa contra el acto expreso que le liquidó al actor el auxilio de cesantía, no es irreparable, dado que si de las pruebas o cálculos que se hagan durante el proceso derivado de la acción de nulidad al mismo tiempo incoada, así se establece, ese daño quedará, como es apenas obvio, reparado.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C. treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. AC—205. Actor: Alonso Espinosa Perdomo. Asuntos Constitucionales.

Corresponde a la Sala resolver acerca de la impugnación que ha interpuesto el señor Alonso Espinosa Perdomo, por conducto de su apoderado judicial, contra el fallo de diecinueve de junio de mil novecientos noventa y dos, dictado por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual declaró no procedente la tutela ejercida como mecanismo transitorio conjuntamente con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, contra la Caja de Previsión Social del aludido departamento.

## I.— PLANTEAMIENTOS BASICOS DE LA DEMANDA

1.1.— En demanda presentada en legal forma, el señor Alonso Espinosa Perdomo ocurrió para ante el Tribunal Administrativo del Tolima para solicitar la declaratoria de nulidad de la resolución No. 4076 del 2 de diciembre de 1991, dictada por el director de la Caja de Previsión Social del Tolima, en cuanto por dicho acto se dejó de reconocer el auxilio de cesantía en una cantidad de pesos que precisa, y que, se declare la operación del fenómeno del “silencio administrativo” respecto a los recursos de reposición y de apelación que interpuso en la vía gubernativa. Además, que a manera de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada “a reconocer y pagar la cesantía total que se adeuda al actor, con sus intereses moratorios y ajustes de valor a partir de la fecha en que ha decidido reconocérsele y efectivamente pagada, y hasta cuando se opere la solución total de la obligación”. Amén, plantea otros reconocimientos que no es del caso pormenorizar aquí.

1.2.— En el apartado 4.3.4. del libelo demandatorio se lee:

Establece el artículo 8o. del decreto-ley 2591 de 1991, sobre la definición de la TUTELA como MECANISMO TRANSITORIO, que aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la ACCION DE TUTELA procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” —(inciso 1o.)—. (Ya que se había estipulado en el artículo 6o. —1, ibídem, que “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. —Desde luego que esta disposición sí es susceptible de reglamento, pero no de modificación, razón por la cual se discute desde ya la INAPLICABILIDAD, /en lo pertinente, del decreto (R) 306 del 19 de febrero de 1992. —Si no ha sido declarado nulo ya en su totalidad, lo será por pedacitos)/.

1.3.— Luego de otros análisis en torno a la acción de tutela que ejercita, dice que ella se dirige a que “de inmediato se ordene RECONOCER Y PAGAR al actor el monto actual de la reclamación de cesantía definitiva, intereses moratorios y corrección monetaria”.

## II.— ARGUMENTACIONES DEL TRIBUNAL

2.1.— Para concluir que en este caso, “no es procedente la tutela”, argumenta que esta acción fue instituida como mecanismo llamado a brindar “protección inmediata” de los derechos constitucionales fundamentales, “cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”, a través de un procedimiento preferente y sumario, y que puede ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y las demás que sean procedentes, siempre que se utilice como mecanismo transitorio para “evitar un perjuicio irremediable”, definiéndose que

se entiende por tal, aquél que sólo puede ser reparado en su integridad con una indemnización. Pero como en el caso sub-lite la acción de tutela se quiere usar para “una defectuosa liquidación de la prestación social censantías definitivas” y ésta es remediable, “porque si la administración pública se ha equivocado al tasarlas, el Juez Contencioso al decidir la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho cuando es próspera entra a hacer las correcciones para que se ajuste a la ley cuando al período, factores o bases y valores para ordenar el reconocimiento y su pago”, ella no es procedente.

### III.— DE LA IMPUGNACION

3.1.— Busca el impugnador que se le proteja el derecho de petición “mediante los drásticos y oportunos correctivos legales. Es la mínima aspiración que se persigue con esta impugnación”, porque “si así se procediere, disminuiría notablemente el desgaste de jurisdicción en el conocimiento de acciones que no tienen por qué atiborrar los anaqueles judiciales, cuando bien pueden haber sido decididas conforme al derecho en las etapas gubernativas”.

3.2.— Dice para arribar a ello:

Está bien señores magistrados, lo cual se acepta en simple gracia de argumento que “... si son prósperas las solicitudes se ordenará el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de acuerdo con la Ley”.

Pero en manera alguna es tranquilizante la condición “... si prosperan...”, frente a peticiones de derechos ciertos e indiscutibles que han debido ser resueltas en la instancia administrativa.

Entre los derechos fundamentales que se pidió tutelar, está el de petición —(quizás el único que ha sido tratado con benevolencia por jueces y magistrados en decisiones de tutela)— que esta vez inopinadamente ha sido denegado, lo cual suscita los siguientes comentarios:

¿Por qué se premia de esta manera la negligencia de los funcionarios administrativos?

¿Por qué la jurisdicción no estila mano dura para hacer cumplir disposiciones tan obligatorias como las siguientes: que se hallan en el Código Contencioso Administrativo?

“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa, con fundamento en él, contra el acto presunto”. (Artículo 40, in fine).

“La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1o. no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. —(Artículo 6o., inciso final)—.

### **“CAUSALES DE MALA CONDUCTA DE LOS FUNCIONARIOS. SANCIONES DISCIPLINARIAS.**

“Son causales de mala conducta, que motivarán multas hasta de... —(valor absoluto notablemente incrementado)— o la destitución del responsable, las siguientes:

“..... —

**“5).— DEMORAR EN FORMA INJUSTIFICADA LA PRODUCCION DEL ACTO, SU COMUNICACION O NOTIFICACION.—** (Destaco y subrayo).

“.....”.—

\*— Será por desgracia para el Estado de Derecho que cuando el pobre parroquiano —(quitémosle ese inútil sambenito de “administrado”)... haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo...” (porque no hay nada más que hacer aunque se diga que “irremediable es lo que no es remediable” y que “remediable es lo que tampoco tiene un remedio seguro y efectivo”)—, automáticamente quedan sin saludables efectos represivos los prevaricatos por omisión de los funcionarios públicos y las faltas disciplinarias constituidas por los mismos hechos de omitir—, rehusar, retardar o denegar un acto propio de sus funciones, conductas éstas reprimidas en los artículos 150 del Código de Procedimiento Penal, 15, numeral 13, de la Ley 13 de 1984 y 48, numeral 13, del Decreto (R) 482 de 1985.

### **PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:**

Ciertamente que el tercer inciso del art. 86 de la Constitución Política, en armonía con el art. 8o. del decreto 2591 de 1991, hace derivar que la llamada acción de tutela opera en dos formas: como medio de defensa judicial “cuando el afectado no disponga de otro medio” para ello, y a manera de “mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”; en ambos eventos, la “acción de tutela” busca la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales de la persona que haga uso de ella, “cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”, pudiendo la ley establecer los casos en que la misma proceda contra “particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colecti-

vo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

Ahora bien: preténdese la tutela del derecho de petición so pretexto de que, respecto a la liquidación del auxilio de cesantía que el señor Alonso Espinosa Perdomo solicitó de la Caja de Previsión Social del Tolima se interpusieron los recursos de reposición y de apelación, sin que la entidad mencionada los atendiese en su oportunidad, por lo cual el peticionario hubo de hacer uso del “silencio administrativo” para poder ocurrir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tanto en lo que atañe al acto expreso contenido en la resolución No. 4076 de 1991, como en lo atinente a los tácitos que emergen de la carencia de respuesta a esos recursos, establecidos por la ley en la vía gubernativa (art. 50 Código Contencioso Administrativo).

El art. 23 de la Constitución Política vigente, semejante al texto del art. 45 de la Carta derogada por aquélla (art. 380), define el derecho de petición como el que tiene “toda persona” para “presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”. Esa “pronta resolución” hace referencia a que se le decida, en forma positiva o negativa. Entonces, si para conjurar la tardanza de la autoridad en resolver, por vía gubernativa, la ley ha acogido la figura del llamado silencio administrativo, bien bajo su aspecto positivo, bien en la perspectiva negativa, a fin de que el interesado pueda hacer uso de los mismos según las particularidades que la propia ley le ha definido, y ese interesado hace uso de los mecanismos así señalados, el derecho de petición ha quedado satisfecho por cuanto existe presunción de la respuesta.

Aquí se observa que el actor ha hecho uso de la figura del silencio administrativo y así lo dice en el punto 2.2. del libelo demandatorio: “Declárese que se operó el fenómeno del silencio administrativo con efectos negativos, con respecto de los recursos de reposición y de apelación que se interpusieron contra el acto administrativo relacionada en precedencia; y consecuentemente declárase la nulidad de los actos de denegación así expresados”.

De allí que si bien es jurídicamente posible incoar acción de tutela conjuntamente con la acción de nulidad cuando se utilice a manera de mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable (art. 80., decreto 2591 de 1991), en el caso en estudio se tiene que ese eventual daño que surgiría de la no respuesta a los recursos interpuestos en la vía gubernativa contra el acto expreso que le liquidó al actor el auxilio de cesantía, no es irreparable, dado que si de las pruebas o cálculos que se hagan durante el proceso derivado de la acción de nulidad al mismo tiempo incoada, así se establece, ese daño quedará, dará, como es apenas obvio, reparado.

La Sala habrá, por tanto, de confirmar el fallo que se impugna.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la providencia de diecinueve de junio de mil novecientos noventa y dos, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, por la cual declaró no procedente la tutela presentada por Alonso Espinosa Perdomo.

COPIESE, NOTIFIQUESE, REMITASE COPIA DE ESTE FALLO AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN Y REMITASE EL EXPEDIENTE A LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISION. —CUMPLASE.—

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada a 28 de julio de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

**ACCION DE TUTELA—Titularidad/LEGITIMACION POR ACTIVA/PO-  
DER ESPECIAL**

**Pretender ejercer la acción de tutela no en su propio nombre sino en el de las personas que le habían otorgado poder para reclamar sus derechos prestacionales ante la Caja de Previsión resulta improcedente por cuanto para el ejercicio de la acción de tutela las personas referidas no le confirieron poder de ninguna naturaleza. Inadmisible resulta desde el punto de vista jurídico y procesal permitir el ejercicio de una acción especialísima y de índole constitucional, con base en poderes otorgados exclusivamente para reclamar administrativamente derechos laborales ante la Caja de Previsión.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. AC—192. Actor: Luis Alfredo Rojas León.

Entra la Sala a decidir la impugnación propuesta por el accionante, contra la providencia dictada el 25 de junio de 1992, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual dispuso:

**“PRIMERO.— RECHAZAR LA ACCION DE TUTELA propuesta por el doctor Luis Alfredo Rojas Leon.**

**“SEGUNDO.— Si esta decisión no se impugna dentro del término legal, envíese oportunamente a la H. Corte Constitucional para los efectos consiguientes.**

## ANTECEDENTES

El ciudadano LUIS ALFREDO ROJAS LEON, abogado en ejercicio, obrando en representación de ROSA VEGA DE HERNANDEZ, HERNANDO PINTO CRISTANCHO, JUAN CACERES RODRIGUEZ, CARLOS ALBERTO ALARCON ALARCON, LEON SEGUNDO AGUDELO, MARIA SACRAMENTO BARRETO MONROY, ADOLFO PEÑARANDA AGUIRRE, LUIS ANTONIO ZAMBRANO CHAPARRO, ALFONSO NEIRA BAYONA, BENILDA RODRIGUEZ DE VIANCHA, RUPERTO MENDEZ BURGOS, JOSE DOMINGO YANQUEN YANQUEN, MIGUEL ANTONIO FORERO COY, MARIA ANA ROCHA DE ORTEGON, RAMON ANTONIO HUERTAS MENDOZA, CECILIA CORREA DE TELLEZ, BERTHA MARIA HIGUERA VALDERRAMA, interpuso ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, ACCION DE TUTELA contra la CAJA DE PREVISION SOCIAL, del mismo departamento, a fin de lograr que dicha CAJA DE PREVISION, reconozca las Prestaciones Sociales, de sus representados.

Los hechos fundamento de la anterior petición, los sintetizó el solicitante en lo siguiente:

“1o.- Ante la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL DE BOYACA, mis representados solicitaron por intermedio de apoderado, sus respectivas prestaciones, tales como Pensiones, Reajustes, Reliquidaciones y Sustituciones, de sus pensiones; algunos datan desde los años 1988, sin que hasta la fecha se me haya notificado alguna providencia, perjudicando ostensiblemente a mis representados en el aspecto económico, pues algunos de ellos, no han recibido dinero alguno y los otros reciben tampoco (sic) que prácticamente pudieron afirmar que sufren hambres, en espera de que le resuelvan su petición.

“Por otra parte todas las semanas se han averiguado, por los expedientes y el resultado es el mismo está en estudio, “Turno para revisión”, “En espera de concepto de la junta”, etc. lo cierto es que hasta la fecha no se le ha resuelto absolutamente nada, violando de ésta forma la Constitución y la Ley”.

Para arribar a su decisión, el Tribunal razonó así:

“Como puede observarse a la vista de la solicitud, único documento aportado, el peticionario propone la acción de tutela como representante de otras personas, pero sin aducir poder proveniente de las mismas para tal finalidad. Tan sólo se refiere a los poderes otorgados por éstos, para la tramitación de las Prestaciones Sociales ante la mencionada Entidad (fl. 3).

“Si bien el art. 14 de Decreto 2591 de 1991 consagra un principio de informalidad para el ejercicio de la acción y de contenido de la solicitud,

relacionada esta norma con lo dispuesto en el art. 10 *ibídem*, que se refiere a la legitimidad e interés para ejercer la acción de tutela, se colige que la informalidad aludida del art. 14, favorece al accionante cuando ejerce la acción directamente, en lo referente al acceso a la jurisdicción, puesto que si acude a esta mediante representante, a la luz del art. 10 citado, quien actúa en tal calidad, por lo menos debe aportar el correspondiente poder conferido por el representado, para legitimar su actuación, y si quien presenta la demanda, lo hace como agente oficioso, el mismo precepto legal exige el deber de manifestar en la solicitud la circunstancia de que el titular del derecho que se pretende tutelar no está en condiciones de promover su propia defensa.

“Así las cosas, vemos que en nuestro caso, el peticionario no acreditó la legitimidad para ejercer la acción a nombre de los presuntos representados, mediante cualquiera de las formas reguladas en la disposición comentada, pues el hecho manifestado en la solicitud de tener poder para la tramitación de las Prestaciones Sociales en la Caja, de ninguna manera suple el deber de presentar los correspondientes poderes para ejercer la acción de tutela, porque, necesariamente, debe aparecer legitimado para dicha finalidad, como indudablemente se desprende de lo dispuesto en el mencionado art. 10.

“Ahora bien, como en este evento no procede la corrección de la solicitud prevista en el artículo 17 *ibídem*, para subsanar la falta advertida, por estar otorgada únicamente ante la oscuridad de la petición, para determinar el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela, no surge conclusión diferente del rechazo de la tutela impetrada, pues obviamente, la corrección sólo puede darse cuando se cumple el presupuesto de la legitimidad e interés para ejercer la acción.

“La informalidad y la iniciativa de corrección de la petición por parte del juzgador, no puede desbordar las prevenciones de los arts. 14 y 17, respectivamente; se deben observar los demás ordenamientos que regulen la materia, como en nuestro caso ocurre respecto del modo de acreditar la legitimidad contemplada en el art. 10 del Decreto 2591 de 1991”.

Inconforme el accionante con la decisión tomada por el a-quo interpuso impugnación, y la fundamenta en los siguientes términos:

“PRIMERO: La acción de tutela, impetrada por mí, en calidad de Apoderado de los peticionarios, nació como consecuencia del desarrollo del poder otorgado y dirigido al señor Gerente de la Caja de Previsión Social de Boyacá, con el fin de obtener, se les reconozca las prestaciones allí solicitadas, con facultades expresas, amplias y suficientes, entre otras las de *INTERPONER TODOS LOS RECURSOS DEL CA-*

**SO EN DEFENSA DE MIS LEGITIMOS DERECHOS E INTERESES.**

“Con lo cual se demuestra claramente que sí tengo poder expreso para ejercer la acción que reclamo ante esta honorable Corporación, lo contrario equivaldría a crear la falsa tesis, de que un Apoderado, necesitaría un nuevo poder especial para recurrir a una decisión adversa a su cliente.

“SEGUNDO: El artículo 86 de la Constitución Nacional, dice: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento, preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre”. (el subrayado es mío), así las cosas se observa que el suscrito venía actuando como Apoderado de los peticionarios, ante la Caja de Previsión Social de Boyacá, habiéndose reconocido personería jurídica por dicha entidad, que fácilmente nos lleva a razonar, que la acción de Tutela es la continuación del desarrollo de los poderes a mí conferidos, los cuales reposan en los respectivos cuadernos administrativos, de la Caja de Previsión Social de Boyacá.

“Por último tenemos que la acción de Tutela ejercida a nombre de mis poderdantes, no se trata de una instancia, sino de un recurso, que la Constitución y la Ley le otorgan al ciudadano que se le ha vulnerado un derecho fundamental, ante la negligencia e inoperancia de la Administración Pública, en otras palabras la Tutela, para el caso que nos ocupa —Señores Magistrados— no es más que la continuación de un trámite ya existente y por lo tanto no se requiere de un nuevo poder, tal como lo manifesté en el escrito inicial en armonía con el inciso 2o. del artículo 10o. del Decreto 2591 de 1991”.

Termina solicitando nuevamente se tenga en cuenta su petición y se resuelva a su favor.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Para la Sala, a la impugnación propuesta no debe dársele curso, por cuanto el doctor LUIS ALFREDO ROJAS LEON no acreditó debidamente el interés legítimo que le asiste para censurar la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá.

En efecto, no obstante la condición que aduce como apoderado de las personas relacionadas en el escrito inicial, lo cierto es que el mencionado profesional del derecho carece de interés legítimo para impugnar la providencia referida.

Pretende el impugnante ejercer la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, no en su propio nombre, sino en el

de las personas que le habían otorgado poder para reclamar sus derechos prestacionales ante la Caja de Previsión del Departamento de Boyacá. Tal pretensión resulta improcedente por cuanto para el ejercicio de la acción de tutela las personas referidas no le confirieron poder de ninguna naturaleza.

Estipula el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de las mismas no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

“También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

Se deduce de la norma anterior que se puede ejercitar la acción aludida por la propia persona afectada “o a través de su representante”, obviamente mediante el respectivo poder. Así mismo se puede actuar como agente oficioso cuando el titular del derecho no puede ejercer su propia defensa, pero tal circunstancia “deberá manifestarse en la solicitud”.

Pues bien, de los documentos aportados al proceso no se puede deducir en forma alguna que el impugnante obra como apoderado, por cuanto ninguno de los presuntos interesados le confirió poder para ejercer la acción de tutela. Inadmisiblemente resulta desde el punto de vista jurídico y procesal permitir el ejercicio de una acción especialísima y de índole constitucional, con base en poderes otorgados exclusivamente para reclamar administrativamente derechos laborales ante la Caja de Previsión de Boyacá. Bien distintas son las acciones que en uno y otro caso se ejercitan, como diferentes son las entidades ante las cuales se actúa. Consecuencialmente diversos y especialmente precisos deben ser los poderes para ejercitar cada acción.

De otra parte, ni siquiera puede entenderse la actuación del impugnante como si fuera “agenciar derechos ajenos”, por cuanto no se dan las condiciones consignadas para tal efecto en la parte final del inciso 2º del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Cabe advertir que ya la Sala ha tenido oportunidad de examinar lo relacionado con la falta de poder de quien impugna la decisión del a-quo como representante de otra persona, sin reunir las condiciones legales para hacerlo.

En fallo de 18 de febrero de 1992, expediente AC-033, con ponencia de la señora Consejera Clara Forero de Castro, se decidió un caso similar, más no idéntico, se sostuvo que "Para ejercer la acción de tutela el Decreto 2591 ha autorizado la comparecencia de las personas por sí mismas ante la justicia. Pero si lo hacen a través de representante, debe ser mediante otorgamiento de poder que se presume auténtico, a un abogado, como lo ordena el artículo 229 de la Carta.

"En este caso, sigue diciendo el fallo, hay ausencia total de poder para impugnar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que decidió la acción de tutela. Y además quien pretende obrar como su representante, no ha acreditado ser Abogado sino Ingeniero Civil, y no obra como agente oficioso porque la titular de los pretendidos derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa".

Por lo demás, las razones expresadas por el impugnante, antes que remediar la equivocación de su comportamiento procesal, lo único que hacen es reiterar su argumentación en el sentido de considerar el ejercicio de la acción de tutela y la impugnación del fallo proferido como "la continuación de un trámite ya existente y por lo tanto no se requiere de un nuevo poder...", planteamiento que, como se advirtió, contraría abiertamente el texto y el sentido de las normas constitucional o legales mencionadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

### RESUELVE:

Inadmitir la impugnación de la providencia dictada el 25 de junio de 1992 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por falta de interés legítimo del impugnante para actuar a nombre de las personas cuyos derechos pretende reclamar.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y Envíese copia del presente, al Tribunal Administrativo de Boyacá.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala, en sesión de fecha, veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abe-  
lla Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza M., Joaquín  
Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de M., Gui-*

*lermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes H., Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

## TUTELA CONTRA PARTICULARES/SERVICIO PUBLICO DE SALUD/ DERECHO A LA VIDA

Dada la naturaleza de la enfermedad y los riesgos evidentes que comporta, debe admitirse que una demora en el tratamiento adecuado pone en peligro la vida de la paciente. En cuanto a la persona frente a la cual se interpone la tutela, la Sala encuentra que encuadra en lo dispuesto por el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991, puesto que es una persona jurídica privada encargada de la prestación del servicio público de salud a los servidores del magisterio en virtud del contrato celebrado con la entidad pública a la cual corresponde.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., agosto once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-191. Actores: Cristhian Rómulo Bautista, Carmen Cecilia Gutiérrez.

Conoce la Sala de la impugnación propuesta por la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social, por medio de apoderado, contra el fallo de 3 de junio de 1992, por el cual el Tribunal Administrativo del Norte de Santander decidió la acción de tutela incoada por Cristhian Rómulo Bautista y Carmen Cecilia Gutiérrez, en defensa de los derechos de su menor hija Liz Vannesa Bautista Gutiérrez.

### ANTECEDENTES:

Ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander los accionistas en tutela solicitaron para su hija lo siguiente:

“Ordenar a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social representada legalmente por la señora Hortensia Arenas de Roa, la remisión inmediata de la menor a la ciudad de Bogotá, concretamente a la Clínica Shaio, donde ha sido atendida con anterioridad la niña para que se le practique el examen ordenado y, si ello es necesario se le haga intervención quirúrgica que sea necesaria. Los gastos que demande el traslado, los exámenes y la intervención de la niña deberán ser cubiertos íntegramente por la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social”.

El derecho fundamental cuya protección se pretende es el derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política.

Como fundamento de la acción se expusieron los hechos que a continuación se resumen:

1o.— Los padres de la menor Liz Vannesa Bautista Gutiérrez son profesores en la Normal Nacional para Varones, de la ciudad de Pamplona.

2o.— La menor padece de una enfermedad congénita diagnosticada desde los tres meses de edad consistente en Cardiopatía sin cianosis con shunt de izquierda a derecha a nivel ventricular.

3o.— Desde su nacimiento y hasta los 6 años de edad aproximadamente, fue atendida por la Caja Nacional de Previsión pues de acuerdo con el reglamento de esa entidad, los educadores gozan de atención médica para sus hijos sin límite de edad, cuando éstos padecen de enfermedades que se califican como congénitas.

4o.— La atención de los servicios médico-asistenciales para los educadores, con motivo de la descentralización de la educación pasó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria La Previsora Ltda., entidad que contrató la prestación de tales servicios, inicialmente con la Caja Departamental de Previsión y luego con la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social, que es actualmente la persona jurídica obligada en virtud de dicho contrato.

5o.— Dentro de las condiciones pactadas se encuentra la obligación de atender a los hijos de los educadores, por enfermedades congénitas sin límite de edad.

6o.— En el presente año de 1992 le fue practicada a la niña el 2 de marzo, una cardiomegalia con base en la cual el Doctor Carlos Rojas, médico adscrito a la Fundación demandada, ordenó que fuera remitida a Bogotá para realizarle un ecocardiograma necesario para una posible cirugía cardíaca.

7o.— El coordinador administrativo de la Fundación demandada ordenó previamente examinar a la niña en la ciudad de Cúcuta, donde se confirmó por parte de los médicos la necesidad de practicar dicho examen en la ciudad de Bogotá. En el dorso de la orden del Doctor Rojas aparece la firma del médico Coordinador de la Fundación en Cúcuta y el visto bueno del Cardiólogo Agustín Castro Zapata, confirmando la orden.

8o.— La Fundación ha eludido el cumplimiento de sus obligaciones para con la menor y el examen que ella requiere es absolutamente urgente, estando en peligro su vida por la actitud dilatoria de la Fundación.

### LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal después de analizar los documentos allegados al expediente, de lamentar que la persona jurídica contra la cual se formuló la solicitud no hubiera aprovechado la oportunidad que se le dio para ser oída, encontró que había bases suficientes para acceder a lo pedido, para proteger el derecho fundamental a la vida de la menor, y ordenó a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social la remisión en el término de 48 horas de la menor Liz Vannesa Bautista Gutiérrez a la Clínica Shaio de la ciudad de Santafé de Bogotá, para que se le practique el examen especializado que se le ha ordenado y se le haga la consiguiente intervención quirúrgica si hubiere lugar a ello, quedando los gastos a cargo de la Fundación, incluyendo los del traslado.

### FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El señor apoderado de la Fundación manifiesta que es falso que la entidad hubiera eludido su obligación de prestar asistencia médica a la menor y también que la Fundación o la entidad de previsión que la atendía antes, la hubiera enviado alguna vez a la Clínica Shaio.

Afirma que una vez examinada la paciente por primera vez el 22 de octubre de 1991 y luego de los trámites pertinentes, el 3 de abril de 1992 la Fundación quedó comprometida a enviarla a Bogotá para la realización de un estudio hemodinámico —cáteterismo cardíaco— puesto que en Cúcuta no existe la tecnología necesaria para tal fin. Que desde su última valoración médica hasta la fecha en que se interpuso la acción de tutela transcurrieron tan sólo 30 días hábiles para realizar los trámites.

Pregunta por qué si transcurridos 8 años —edad de la menor— nunca se alegó la urgencia de dicho examen, ¿cómo es posible que transcurridos 30 días ahora sí se tome como urgencia?

Dice que se infiere de las cláusulas del contrato, que si bien es cierto el numeral 13 del anexo 3 considera la “atención sin límites de edad para los hijos de los educadores”, también lo es que las partes en la cláusula 17 del contrato señalan que en la eventualidad de que surjan diferencias entre la propuesta presentada por el contratista en el anexo 3 y el texto del contrato priman los términos de este último.

Que es el Departamento Médico y no los accionantes ni el Tribunal los que determinan el Centro Hospitalario adecuado, en consideración a la edad y elementos de juicio clínicos de los especialistas adscritos a la Fundación.

Que la niña no ha sido tratada en la Clínica Shaio y tiene o tenía apartada cita de hospitalización en el Hospital Militar Central el día 11 de junio a la 1 p.m. del presente año, para la prueba de Cateterismo a realizarse el día 12 en la Sección de Hemodinámica segundo piso sección norte, pero que el apoderado de los padres manifestó que no importaba que no se hiciera por ahora la prueba, con tal que se hiciera en la Clínica Shaio.

Por lo anterior solicita revocar el fallo impugnado, concretando esas razones así:

“a) Porque no es cierto que la Fundación Médico Preventiva se haya negado a la niña LIZ VANNESA BAUTISTA GUTIERREZ como lo afirma el apoderado de la petición.

b) Por la relación detallada de la asistencia Médica a la paciente LIZ VANNESA BAUTISTA GUTIERREZ se demuestra que no hubo mala fe o fraudulencia en su asistencia.

c) Que el argumento invocado para establecer la suficiente fuerza probatoria, como es el literal del Numeral 13 se desvirtúa a través de la Cláusula No. 17 que resuelve las discrepancias que surjan en el desarrollo del contrato, lo cual el Honorable Tribunal no debe pasar por alto.

El término “concordancia” utilizado en la cláusula primera implica asentimiento de las partes”.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes

#### CONSIDERACIONES:

El derecho cuya protección se solicita a través de la acción de tutela es el de la vida de la menor Liz Vannesa Bautista Gutiérrez que corre peligro

al postergarse la práctica de un examen médico especializado que requiere en razón de una afección congénita del corazón, y el cual indicará si se hace necesaria una intervención quirúrgica.

En verdad, dada la naturaleza de la enfermedad y los riesgos evidentes que comporta, debe admitirse que una demora en el tratamiento adecuado pone en peligro la vida de la paciente.

En cuanto a la persona frente a la cual se interpone la tutela, la Sala encuentra que encuadra perfectamente en lo dispuesto por el artículo 42 numeral 2 del Decreto 2591 de 1991, puesto que es una persona jurídica privada encargada de la prestación del servicio público de salud a los servidores del magisterio en virtud del contrato celebrado con la entidad pública a la cual corresponde.

En sentir de la Sala, los argumentos esgrimidos por la impugnadora no tienen validez jurídica suficiente para desvirtuar la decisión del Tribunal.

En efecto, no cuestiona la Fundación la obligación de atender médicamente a la niña Liz Vannesa Bautista, puesto que manifiesta que es falso que eluda tal obligación y la viene cumpliendo. Se queja sí de la prisa que demuestran sus padres, cuando durante los ocho años de vida de la menor no la habían tenido.

Manifiesta que para practicar los exámenes que requiere, obtuvo cita en el Hospital Militar y se extraña de la obstinación de los padres en insistir en que se practiquen en la Clínica Shaio en donde jamás la han atendido.

Encuentra la Sala que esta última afirmación no es cierta, puesto que obran en el expediente a folios 17 a 19, documentos que demuestran que en julio 6 de 1990 la Clínica Shaio practicó exámenes especializados a la menor.

Tratándose de un centro médico adecuado para los fines perseguidos y que además se encuentra mencionado en la oferta que la Fundación Médico Preventiva presentó, según documento que obra al folio 27, no hay motivo para extrañarse de la insistencia de los padres en que se practiquen allí los exámenes a su hija, con el ánimo de buscar una mejor protección para su salud. Y menos lo hay para mirar con recelo la prisa en obtener la atención médica adecuada.

Finalmente, el argumento relacionado con las discrepancias que surjan en el desarrollo del contrato, carece de validez. Si fue la Fundación misma la que ofreció según lo afirma su apoderado, atención sin límite de edad a los hijos de los educadores que padezcan de enfermedades congénitas; si el Fondo Prestacional para el magisterio y la Caja Nacional de Previsión prestan esa misma atención, el contrato se entiende firmado sobre esas bases y no

viene al caso invocar la Cláusula 17 pues se supone que hubo acuerdo entre las partes contratantes. Por lo demás, no es mucho lo que la impugnadora manifiesta a este respecto.

En este orden de ideas es preciso concluir, que los argumentos de la impugnante no son suficientes para infirmar la providencia del Tribunal, providencia que la Sala encuentra ajustada a derecho.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### FALLA:

Confírmase el fallo de 8 de junio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, para decidir la acción de tutela interpuesta por Cristhian Rómulo Bautista y Carmen Cecilia Gutiérrez, en defensa de los derechos de su menor hija Liz Vannesa Bautista Gutiérrez.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

Envíese copia de este fallo al Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Salvó Voto; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de L. de Magyaroff, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Salvo Voto; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Salvó Voto; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Salvó Voto; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Salvó el Voto; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Salvó Voto; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria*

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL—Naturaleza/SERVICIO PUBLICO DE SALUD/NORMA CONSTITUCIONAL—Desarrollo legal/ACCION DE TUTELA—Improcedencia (Salvamento de Voto)**

El derecho cuya protección se busca es un derecho de carácter prestacional, originado en una relación laboral, concretamente la prestación de unos servicios médicos y hospitalarios, no tratándose entonces de un derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata de los que pueden ser protegidos a través de la acción de tutela, ya que tendría su origen en una norma legal o en un contrato. Su violación o desconocimiento hay que considerarlo en cuanto se desconocieron por la entidad obligada las previsiones de la norma que lo consagra y el contrato que lo desarrolla y da cumplimiento. Lo anterior, con fundamento en lo prescrito en la misma Constitución cuando en su art. 48 dispone que la seguridad social es un servicio público que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, “en los términos que establezca la ley”.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Radicación AC—191. Actor: Cristhian Rómulo Baustista y Carmen Cecilia Gutiérrez.

Con el debido respeto me aparto de la tesis mayoritaria contenida en el fallo que antecede por las siguientes razones:

En el escrito mediante el cual se interpone la acción de tutela, se afirma que “el derecho fundamental que se violará si no actúa de inmediato, será el derecho de la vida de la menor” y así lo aceptó el Tribunal al resolver favorablemente la tutela y lo confirmó el Consejo de Estado.

Sin embargo, en el mismo escrito se afirma que los accionantes son docentes en la Normal Nacional para Varones de Pamplona y como tales tienen “un derecho *laboral* adquirido” (Se subraya) porque los educadores gozan de atención médica para sus hijos, sin límite de edad, cuando padecen de enfermedades congénitas, como es el caso de su hija LIZ VANNESA.

Dichos servicios los prestaba la Caja Nacional de Previsión y con motivo de la descentralización de la educación, los asumió el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria La Previsora Ltda., entidad que contrató con la Fundación Médica Preventiva para el Bienestar Social, la prestación de los servicios médico-asistenciales.

La anterior permite concluir que el derecho cuya protección se busca es un derecho de carácter prestacional, originado en una relación laboral, concretamente la prestación de unos servicios médicos y hospitalarios, no tratándose entonces de un derecho constitucional fundamental de aplicación inmediata de los que pueden ser protegidos a través de la acción de tutela, ya que tendría su origen en una norma legal o en un contrato.

De acuerdo con lo anterior, su violación o desconocimiento hay que considerarlo en cuanto se desconocieren por la entidad obligada las previsiones de la norma que lo consagra y el contrato que lo desarrolla y da cumplimiento.

Lo anterior, con fundamento en lo prescrito en la misma Constitución cuando en su artículo 48 dispone que la seguridad social es un servicio público que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, “en los términos que establezca la ley”.

En este sentido se ha pronunciado la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en providencia del 27 de mayo de 1992 Expediente AC-133 Ponente Doctor Yesid Rojas Serrano y en el Expediente AC-188, en la Sala realizada el 14 de julio de 1992.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la acción de tutela a que hace referencia el fallo que antecede, no ha debido prosperar.

*Consuelo Sarria Olcos*

Fecha Ut Supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los Consejeros Dres. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO Y JAIME ABELLA ZARATE, quien además, agrega lo siguiente: "Con el debido respeto me aparto en este caso del criterio adoptado por la mayoría de la Sala porque considero que la petición se refería a la protección del derecho a la atención médica derivada de una relación laboral y no del derecho a la vida. El incumplimiento de los derechos provenientes de una situación legal o contractual de índole laboral tiene los medios judiciales apropiados para ser respetados y rescatados, no siendo procedente para ello la acción de tutela".

## **DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL/ACCION DE TUTELA—Improcedencia (Salvamento de Voto)**

Siendo el derecho prestacional, aún dándole espacio dentro del concepto de “seguridad social”, tampoco podría ser objeto de la acción de tutela, pues su violación habría que considerarla en la medida en que se infringieran las leyes que le den desarrollo y cumplimiento al art. 48 de la Carta Política. En el caso de autos el derecho a tutelar es prestacional, por cuanto dimana del carácter de docentes, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tienen los padres de la paciente, solicitantes de la tutela.

### *SALVAMENTO DE VOTO*

Referencia: Expediente No. AC-191. Actor: Cristhian Rómulo Bautista y Carmen Cecilia Gutiérrez.

Respetuosamente expreso mi disentimiento con el criterio acogido por mayoría de la Sala en el proceso de la referencia, al desatar la impugnación interpuesta contra la sentencia de tutela que profirió el H. Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por las siguientes razones:

La primera, porque en el fallo se desconceptúa el argumento de la entidad impugnadora, cuando afirma que a la paciente Liz Vannesa Bautista Gutiérrez “En ningún momento con anterioridad ha sido tratada en la Clínica Shaio como se desprende la Historia Clínica la cual anexo al presente escrito...” (fl. 70). Al respecto la Sala expresa: “... esta última afirmación no es cierta, puesto que obran en el expediente a folios 17 a 19, documentos que demuestran que en julio 6 de 1990 la Clínica Shaio practicó exámenes especializados a la menor...” (fol. 87).

Esta afirmación es solo parcialmente cierta, pues los exámenes practicados por la citada clínica a la niña Bautista Gutiérrez tuvieron ocurrencia cuando aún no existía contrato de la “Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social” con la Fiduciaria La Previsora Ltda. para la prestación de servicios médico asistenciales al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. Dichos exámenes fueron practicados por cuenta de CAJANAL en julio 6 de 1990, en tanto el contrato con la Fundación Médico Preventiva se celebró con tres años de duración contados “... a partir del 1.º de octubre de 1991...” (fol. 47), de donde resulta que la citada Fundación no tenía por qué conocerlos, ni estar obligada en razón de ellos.

Pero la mayor discrepancia radica en lo que en el curso del debate señalé como probable contradicción en que incurría la Sala, puesto que poco antes de aprobado el fallo a que se alude, sustentado en el carácter de tutelable del Derecho a la Vida por su condición de constitucional fundamental (Art. 11 de la Carta Política), en la misma sesión había negado proyecto en el Exp. AC-188, (Actor: Pablo Emilio García Suárez; Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo), en el que se concedía la tutela en el sentido de ordenar a la Caja de Previsión Distrital seguir prestando los servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, etc., a que tiene derecho el actor como ex-empleado de la Edis, con proceso de reconocimiento de pensión de invalidez en trámite. Para ello se tuvieron en cuenta los criterios fijados por la Sala en el fallo de impugnación proferido con ponencia del H. Consejero Yesid Rojas Serrano en el Exp. No. AC-133, respecto a que los artículos de la Carta citados por el solicitante no están expresamente consignados como de aplicación inmediata, desconociendo que la ley no exige esa puntualización sino la expresión de la acción o la omisión que motiva la solicitud (Art. 14 del Decreto 2591 de 1991).

Y también, porque el derecho del señor García Suárez es prestacional, al que aún dándole espacio dentro del concepto de “Seguridad Social, tampoco podría ser objeto de la acción de tutela, pues su violación habría que considerarla en la medida en que se infringieran las leyes que le den desarrollo y cumplimiento al ya referenciado mandato supralegal...”, el Art. 48 de la Carta Política.

En el caso de autos el derecho a tutelar es también prestacional, por cuanto dimana del carácter de docentes, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tienen los padres de la paciente, solicitantes de la tutela.

Santafé de Bogotá, D.C., julio 23 de 1992.

*Amado Gutiérrez Velásquez.*

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Consejero Dr. JAIME ABELLA ZARATE.

**ACCION DE TUTELA/CARGA DE LA PRUEBA/DERECHO A LA VIDA**  
(Salvamento de Voto)

Cuando se ejercita la acción de tutela con el objeto de proteger el derecho a la vida, para que prospere la acción es indispensable demostrar que la vida está en peligro. No existe en el expediente elemento de juicio suficiente que permita concluir que la vida de la menor está en peligro, por lo que la acción de tutela no debió prosperar. Estimo que la brevedad del procedimiento establecido para tramitar la acción de tutela no releva al interesado y a la administración del deber de demostrar la vulneración del derecho constitucional fundamental cuya protección inmediata se pretende o la amenaza que sobre él pesa por la acción o la omisión de autoridad pública, en este caso no se probó la vulneración o la amenaza del derecho a la vida, por lo que la acción no debió prosperar.

*Salvamento de Voto del Consejero Dr. Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente AC-191.

Con el mayor respeto por el criterio mayoritario, procedo a expresar las razones que me indujeron a votar negativamente el fallo de tutela proferido en el expediente AC-191 para decidir la impugnación propuesta contra el fallo de instancia pronunciado por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, que decidió la acción de tutela propuesta por los ciudadanos Cristhian Rómulo Bautista y Carmen Cecilia Bautista en su calidad de padres de la menor Liz Vannesa Bautista Gutiérrez.

Considero que cuando se ejercita la acción de tutela con el objeto de proteger el derecho a la vida, para que prospere la acción es indispensable

demostrar que la vida está en peligro. Estuve de acuerdo con el fallo proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el expediente AC-057, fechado el 16 de marzo del presente año, porque quien invocó la acción evidentemente estaba en peligro de muerte por padecer el "Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida SIDA", enfermedad que, como es de público conocimiento, admite tratamiento que hasta cierto punto impide la muerte. Con otras palabras: el tratamiento médico era indispensable para proteger la vida. En el caso de la niña Liz Vannesa no existe en el expediente elemento de juicio suficiente que permita concluir que su derecho a la vida está en peligro, por lo que la acción de tutela no debió prosperar. Estimo que la brevedad del procedimiento establecido para tramitar la acción de tutela no releva al interesado y a la administración del deber de demostrar la vulneración del derecho constitucional fundamental cuya protección inmediata se pretende o la amenaza que sobre él pesa por la acción o la omisión de autoridad pública. En este caso no se probó la vulneración o la amenaza del derecho a la vida, por lo que la acción no debió prosperar.

Santafé de Bogotá, D.C., julio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Jorge Penen Deltieure.*

**SERVICIO PUBLICO DE SALUD/ACCION DE TUTELA— Improcedencia  
(Salvamento de Voto)**

La acción de tutela fue consagrada en la Constitución Nacional para proteger los derechos fundamentales, pero no para satisfacer caprichos personales. En el caso en comento no se vivencia que el centro de imputación jurídica demandado haya negado la prestación del servicio, pues lo ordenó en el Hospital Militar Central, centro médico respetable por la seriedad e idoneidad con que atiende a sus pacientes. Así las cosas, no se aprecia la causa por la cual los interesados, a través de la acción de tutela, puedan ir tan lejos como para dirigir y orientar la prestación misma de los servicios.

*Consejo de Estado.— Salvamento de Voto del Doctor Julio César Uribe Acosta.—* Santafé de Bogotá, D.C., agosto tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-191. Actor: Cristhian Rómulo Bautista y Carmen Cecilia Gutiérrez.

La acción de tutela fue consagrada en la Constitución Nacional para proteger los derechos fundamentales, pero no para satisfacer caprichos personales.

En el caso en comento no se vivencia que el centro de imputación jurídica demandado haya negado la prestación del servicio, pues lo ordenó en el HOSPITAL MILITAR CENTRAL, centro médico respetable por la seriedad e idoneidad con que atiende a sus pacientes. Así las cosas, no se aprecia la causa, motivo o razón por la cual los interesados, a través de la acción

de tutela, puedan ir tan lejos como para dirigir y orientar la prestación misma de los servicios.

Dentro del marco anterior, le asiste la razón al procurador judicial de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social, cuando en el escrito presentado ante el Tribunal y orientado a impugnar el fallo de primera instancia, expresa:

“En ningún momento con anterioridad la niña ha sido tratada en la clínica Shaio como se desprende de la Historia Clínica (sic) la cual anexo al presente escrito. Igualmente, manifiesto que la niña tiene apartada cita de hospitalización en el Hospital Militar Central para el día once (11) de junio a la 1 p.m. del presente año para prueba de cateterismo a realizarse el día 12 en la sección de Hemodinámica 2o. piso sección Norte”. (Cdn. No. 1, fol. 70).

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta*

## **ACCION DE TUTELA—Titularidad/LEGITIMACION PROCESAL**

Los poderdantes al otorgarle el poder al abogado que presentó la demanda, lo hicieron invocando las calidades de presidente y gerente de las entidades inicialmente mencionadas, habiéndose presentado el libelo señalando esas mismas calidades por el postulante, lo que nos indica que los demandantes son las personas jurídicas y no las naturales que obran en su nombre, situación que hacía necesario acreditar procesalmente con la demanda, dichas representaciones, pues son un requisito necesario para el ejercicio válido de la acción denominada “legitimatio ad processum” del demandante y su adecuada representación cuando actúa por intermedio de otra persona, pues este requisito tiene que ver con la capacidad jurídica y procesal del demandante.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., agosto doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

*Consejero ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. AC-222. Actor: Junta de Acción Comunal Barrio Montecarlo.

Ha llegado a esta Corporación el presente expediente, en virtud de la impugnación interpuesta contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Meta en julio 8 de 1992 por el apoderado de los señores LUIS FERNANDO VARGAS VARGAS, ARISTOBULO BAQUERO ROJAS y LEOPOLDO CASTILLO GORDILLO, quienes invocando su calidad de presidente de las juntas de acción comunal de la vereda de Montecarlo, el primero, de presidente del barrio Montecarlo, el segundo, y de gerente del

Acueducto del barrio Montecarlo del municipio de Villavicencio, el tercero, le otorgaron poder para que ejercitara la Acción de Tutela contra la amenaza que constituye para el ambiente sano e integridad del ambiente, la decisión de la administración municipal de realizar una obra de relleno sanitario, en lote adquirido con dicha fin, en la vereda Montecarlo.

### ANTECEDENTES

El a-quo en la providencia atacada los resumió en la siguiente forma:

La administración municipal de Villavicencio, con el fin de darle solución a los problemas de la basura en la ciudad, adquirió un lote de terreno ubicado en la vereda de Montecarlo de un área aproximada a las catorce hectáreas para realizar un "relleno sanitario".

La comunidad del barrio Montecarlo y circunvecinos, estiman que resultan seriamente afectados, pues el lote adquirido por la administración municipal de Villavicencio se encuentra cercano al caudal del caño denominado Pendejos, principal fuente de consumo de agua diario para los habitantes residentes en ese sector. Agregan también que con la realización de la obra se atenta gravemente contra el medio ambiente, ya que los caños Pendejo y Cristales son los únicos linderos existentes entre el citado lote y los asentamientos de diversas familias del sector.

Aduce el libelista que la administración del municipio de Villavicencio con su actitud está violando los artículos 78 a 82 y 49 de la Constitución Nacional, lo mismo que los artículos 203 a 205 del C. Penal.

### FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La negación de la Acción de Tutela interpuesta, la fundamentó el a-quo, en el argumento consistente en que quienes confirieron poder a abogado titulado para que actuara en representación de las personas jurídicas que afirmaron representaban en su calidad de "presidentes y gerente", no acreditaron en debida forma tener dichas calidades de la junta de acción comunal de la vereda Montecarlo, el primero, del barrio Montecarlo, el segundo y Gerente del Acueducto del mismo barrio el tercero.

### FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Prétende el apoderado de las entidades demandantes al interponer la impugnación contra dicho fallo, obrar como simple ciudadano y como representante de la comunidad integrada por las entidades que sus poderdantes dicen representar, y también, obrar los citados presidentes y Gerente como ciudadanos y representantes de los citados entes.

Fundamenta su impugnación en que al resolver el Tribunal en la forma que lo hizo, está violando el artículo 228 de la Constitución Nacional, al darle mayor importancia a los formulismos del procedimiento que a los derechos sustanciales, pues al autorizar el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 que la Acción de Tutela pueda ser ejercitada sin ningún formalismo, ya sea por medio de telegrama o aún verbalmente, el a-quo procedió a exigir requisitos que no piden las normas legales al respecto, perjudicando gravemente a la comunidad al no resolver sobre lo planteado.

Para subsanar las deficiencias anotadas por el Tribunal acompañó fotocopias autenticadas de las resoluciones y los autos por medio de los cuales se reconoció personería jurídica a los entes que los poderdantes dicen representar y se inscribieron los dignatarios de los mismos y del acta No. 003 de enero 24 de 1991 en la que consta la reunión del comité de Acueducto y Alcantarillado de esa misma fecha, en la que consta el nombramiento de dignatarios del mismo (fls. 72 a 76).

### CONSIDERACIONES

El fallo impugnado está llamado a ser confirmado, en razón a que los señores poderdantes al otorgarle el poder al abogado que presentó la demanda, lo hicieron invocando las calidades de presidente y gerente de las entidades inicialmente mencionadas, habiéndose presentado el libelo señalando esas mismas calidades por el postulante, lo que nos indica que los demandantes son las personas jurídicas y no las naturales que obran en su nombre, situación que hacía necesario acreditar procesalmente con la demanda, dichas representaciones, pues son constitutivas de un requisito necesario para el ejercicio válido de la acción denominada "*legitimatío ad processum*" del demandante y su adecuada representación, cuando actúa por intermedio de otra persona, pues este requisito tiene que ver con la capacidad jurídica y procesal del demandante.

La demostración de esa capacidad jurídica para intervenir en el proceso y de la procesal para representar a los actores, se debió acreditar como lo exige el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, desde la presentación de la demanda y no al formularse la impugnación contra el fallo de primera instancia, pues por ser este un "presupuesto procesal previo al proceso" tiene que ver con el ejercicio válido del derecho de acción.

Al no haberlo hecho así los actores, estuvo ajustado a derecho el fallo impugnado, pues la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal que alega el impugnante, no puede llegar al extremo de desconocer totalmente los principios esenciales del proceso, pues ello nos llevaría al caos jurídico al no saber las partes que intervienen en un proceso a qué reglas, procedimientos y principios deben someterse. No es viable que el apoderado de los actores en el escrito de impugnación quiera cambiar la calidad en que obran pro-

cesalmente, tanto él como sus poderdantes, pues ello iría contra el principio de la lealtad procesal, al sorprender a la contraparte con esa nueva situación.

Sin más razonamientos, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO:** Confírmase el fallo de julio 8 de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Meta en estas diligencias adelantadas por LUIS FERNANDO VARGAS VARGAS y otros, contra el municipio de Villavicencio.

**SEGUNDO:** Oportunamente envíese este expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE** y envíese copia de esta providencia al Tribunal del Meta.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día once (11) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Vicepresidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Aclaró Voto; Miren de la Lombana de M., Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Aclaró Voto; Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Arcila, Ausente; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

## **DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad/PERSONA NATURAL (Aclaración de Voto)**

El art. 94 de la Carta permite 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 que los inherentes a la persona humana. 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, sólo pueden ser titulares de derechos derivados, atribuidos por ese mismo orden jurídico y, por supuesto, modificables y extinguidos 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.

## **DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA**

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 art. 85, negarles filosófica y jurídicamente dicha condición, al excluirlos de la enumeración de los derechos fundamentales de aplicación inmediata, como si filosóficamente fuera posible admitir la existencia de derechos fundamentales de aplicación diferida. Esta situación ha llevado al Consejo de Estado a sostener la tesis de que sólo pueden tenerse como fundamentales para la aplicación de la acción de tutela, los derechos que aparecen expresamente calificados como tales en el texto constitucional.

*Aclaración de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.—*

Consejero ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. AC-222. Actor: Junta de Acción Comunal Barrio Montecarlo.

Aunque comparto la decisión de no darle prosperidad a la petición de tutela debo hacer algunas consideraciones que igualmente conducirían al mismo resultado y que estimo de mayor universo que las expuestas en el fallo.

Se trata de que como se narra en los antecedentes, la acción es promovida por las Juntas de Acción Comunal del Barrio Montecarlo y de la vereda del mismo nombre, conjuntamente con el Gerente del Acueducto del Barrio Montecarlo, entidades que no son personas físicas, sino, presumiblemente, personas morales que en tal virtud no podrían ser titulares 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.

Los denominados derechos fundamentales por nuestra Constitución, sólo 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 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 fundamentales. 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 Serra explica que:

"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 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 protec-

ción 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. 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 filosóficamente fuera posible admitir la existencia de derechos fundamentales de aplicación diferida. Esta situación ha llevado al Consejo de Estado a sostener la tesis de que sólo pueden tenerse como fundamentales para la aplicación de la acción de tutela, los derechos que aparecen expresamente calificados como tales en el texto constitucional.

No obstante, el artículo 94 de la Carta, 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".

Ahora bien, aceptado el hecho de que los derechos fundamentales son aquéllos que se predicán de la persona humana en cuanto tal, es preciso analizar si podría admitirse la existencia de tales derechos radicados en sujetos diferentes, como podrían ser las personas colectivas o morales.

Estimo, 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, sólo pueden ser titulares de derechos derivados, atribuidos por

ese mismo orden jurídico y, por supuesto, modificables y extinguidos por las respectivas instancias jurídicas 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.

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).

Las razones expuestas son suficientes para considerar que no pueden las personas morales ser titulares de acciones de tutela.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

**ACCION DE TUTELA—Informalidad/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/LEGITIMACION PROCESAL (Aclaración de Voto)**

Siendo que la acción de tutela está desprovista de formalidades procesales, es mi opinión que debió dársele prevalencia al derecho sustancial frente al derecho procesal, mayormente, por cuanto las juntas de acción comunal no defienden derechos particulares, sino que ellas están instituidas por la ley como organismos de defensa de la comunidad. Si el juzgador consideró que era necesario acreditar la existencia y representación legal de dichas juntas y la del gerente del acueducto, lo menos que debió hacerse era solicitar a las entidades competentes las certificaciones correspondientes, o a los interesados que acreditaran la calidad en la que obraban para así suplir la falla puramente formal y técnica de quienes solicitaron tutela.

*Aclaración de Voto del Doctor Carmelo Martínez Conn.*— Santafé de Bogotá, D.C. trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-222. Actor: Junta de Acción Comunal Barrio Montecarlo.

Consigno a continuación las razones que me llevan a disentir de la providencia anterior, las que preciso en los siguientes términos:

Si se tratara de un juicio o proceso civil o de otro orden, ya sea ante la Justicia Ordinaria o la Contenciosa Administrativa, la sentencia de la Sala es técnicamente irreprochable. Sin embargo, tratándose de una acción de tutela en la que está en juego en forma inmediata la salud, y, en forma mediata, la vida de los habitantes de los barrios de Villavicencio afectados con el estable-

cimiento de un basurero en sus cercanías, y la posible contaminación de dos caños que cruzan por las urbanizaciones afectadas, y siendo que la acción de tutela está desprovista de formalidades procesales, es mi opinión que debió dársele prevalencia al derecho sustancial frente al derecho procesal, mayormente, por cuanto las juntas de acción comunal no defienden derechos particulares, sino que ellas están instituidas por la ley como organismos de defensa de la comunidad. Si el juzgador consideró que eran necesario acreditar la existencia y representación legal de dichas juntas de acción comunal y la del Gerente del Acueducto de Villavicencio, Capital del Departamento del Meta, lo menos que debió hacerse era solicitar a las entidades competentes las certificaciones correspondientes, o a los interesados que acreditaran la calidad en la que obraban para así suplir la falla puramente formal y técnica de quienes solicitaron la tutela.

Con todo respeto,

*Carmelo Martínez Conn*

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD/JUICIO DE POLICIA/AMPARO DE POSESION**

El litigio sobre derechos particulares tiene sus propios canales ante los jueces ordinarios y en el caso de derechos posesorios si bien pueden hacerse valer ante la autoridad policiva, con el objeto de mantener o restablecer en forma provisional el statu quo, es el órgano jurisdiccional a quien corresponde decidir definitivamente el conflicto, declarando quién tiene el derecho. De manera que si quien resulta vencido en el procedimiento policivo, insiste en su derecho, debe ejercer la acción judicial correspondiente, pues sólo así podrá obtener decisión que deje sin efectos la resolución policiva. Pretender, que mediante la acción constitucional se prive de efectos la decisión policiva y se le restablezca la posesión perdida, so pretexto de proteger el derecho al debido proceso, es pretender obtener una decisión judicial soslayando la acción ordinaria, y ello rebasa las prescripciones del artículo 86 de la Constitución Política.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., agosto trece (13) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-202. Actor: Jorge Armando Molano.— Impugnación.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por el ciudadano JORGE ARMANDO MOLANO a través de apoderado, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en julio 1o. de 1992, por medio

de la cual se deniega la petición de tutela ejercitada contra la Resolución número 0011 de noviembre 30 de 1991, dictada por el Inspector Tercero de Policía de Tunja y la Resolución número 042 de mayo 28 de 1992, expedida por la Gobernadora Ad-hoc del Departamento de Boyacá, confirmando la primera.

El accionante denuncia la violación de su derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Constitución Nacional. En su libelo introductorio relata entre otros hechos, los siguientes:

La Beneficencia y Lotería de Boyacá presentó querrela de Amparo por Perturbación a la Posesión el día 21 de julio de 1991, sobre un lote de terreno denominado "Hoyo de la Papa". La perturbación consistió en la construcción de un andén en cemento, contiguo al costado occidental de la Funeraria "San Francisco", que según la parte actora tuvo ocurrencia el día 22 de mayo de 1991.

El señor Novoa Molano se opuso en la contestación de la querrela, aduciendo que el andén no se estaba construyendo para la fecha indicada por los actores, sino que éste ya estaba construido junto con el Edificio, obra que se inauguró el día 8 de agosto de 1989 y que la acción ya estaba prescrita.

A pesar de estar prescrita la acción, dice, se siguió la actuación administrativa, decretándose una inspección ocular, diligencia que se suspendió y no se reanudó dentro de los términos señalados por el artículo 502 del Código de Policía de Boyacá. Que a más de la anterior violación al debido proceso, no se concedió la palabra para los alegatos de conclusión tal como lo ordena el artículo 505 del mismo Código, ni se dio trámite a la objeción que por error grave se hizo del dictamen pericial.

Que interpuesto el recurso de apelación contra el fallo policivo, el Gobernador de Boyacá se declaró impedido por ser el Presidente de la Junta Directiva de la Beneficencia y la Lotería de Boyacá y que para el evento fue nombrado Gobernador Ad-hoc por el Ministro de Gobierno, el cual mediante Resolución número 042 del 28 de mayo de 1992 confirmó la Resolución del Inspector Tercero de Policía de Tunja.

El accionante concreta así sus peticiones:

"1.— Que se tutele en forma inmediata al derecho fundamental que asiste al señor JORGE ARMANDO MOLANO a ser juzgado con la observancia plena del *debido proceso* previsto en el Código de Policía de Boyacá (Arts. 488 a 510), desconocido en la actuación Administrativa de Amparo por perturbación a la posición, promovido por la Lotería y Beneficencia de Boyacá.

2.— Como consecuencia de la petición anterior se deje sin efecto las Resoluciones Nos.: 0011 del 30 de noviembre de 1991 del *Inspector Tercero de Policía de Tunja* y la Res. No. 042 de 28 de mayo de 1992, expedida por la GOBERNACION DE BOYACA.

3.— Que se ordene volver las cosas materia de la querrela, al estado anterior que existía al momento de iniciarse la Acción Administrativa”. (Fl. 57).

### EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal sustenta su decisión desfavorable a la petición de tutela en los siguientes términos:

“Verificado que ha sido, por alcance de las peticiones el real y verdadero tamiz de la acción, cabe preguntarse si lo pretendido por el ciudadano requiriente del amparo constitucional es conseguir, por vía de acción de tutela, el triunfo no obtenido en la acción posesoria?

...

En consecuencia, es claro que el planteamiento que recoge la demanda de tutela no se anima por móvil diferente que el de reactualizar ante el órgano jurisdiccional planteamientos que resultaron desatendidos durante la actuación policivo-administrativa con el agregado de que para dicha postura se emplea el medio extraordinario de un recurso constitucional, que a pesar de su accequibilidad para los ciudadanos, requiere de los profesionales del derecho que a nombre de terceros postulan y desde luego, de las autoridades judiciales, el más delicado tratamiento si se tiene en cuenta que el empleo desusado o abusivo de la figura puede determinar cultural y psicológicamente, su descrédito y jurídicamente, la reducción de su eficacia como medio de control para la arbitrariedad con la secuela de frustración que esto implica.

... Sobre la premisa sentada por el legislador constitucional en el art. 228 de la Constitución que proscribe en las actuaciones judiciales el culto a los formalismos, no cabe dificultad para concluir que el derecho a la defensa en manera alguna puede reducirse a los extremos indicados por el libelista al formular su petición de tutela, razón suficiente para estimar la ausencia de conflicto sobre prerrogativas constitucionales en los hechos traducidos en la demanda.

3.— Para finalizar debe indicarse que la naturaleza del recurso constitucional previsto por el Art. 86 de la Constitución Nacional, es extraña a las finalidades de tercera instancia, judicial o administrativa, y por el contrario, su vigencia se muestra atada a un conflicto de intereses pro-

pios de prerrogativas fundamentales conectadas causalmente a la eventualidad de un perjuicio que reparable o no, se instituya en consecuencia autónoma de la omisión o acción proclive, contraria al ordenamiento constitucional en el terreno de las garantías fundamentales a los ciudadanos.

...

Todo lo anterior muestra la enorme distancia entre la naturaleza de la acción de tutela invocada, y el petitum traído para ser conseguido en su nombre.

La petición se despachará desatendiendo las súplicas propuestas". (Fls. 59 a 64).

El impugnante ataca la decisión del a-quo por las siguientes razones:

"1) El fallo del Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá —Sala Plena— es extremadamente subjetivo, porque trata de 'entender' se 'pregunta si lo pretendido con la Acción es el triunfo no obtenido en la Acción Posesoria'. En suma trata con tales preguntas de buscar algo imaginario, hipotético, supuesto que para el accionante nunca fue motivo determinante para proceder a instaurar la acción, jamás fueron su propósito...

...

3) Refiere el Honorable Tribunal '... traducibles más a causales de nulidad saneables en un Código Procesal que a garantías esenciales (sic) de los derechos de la defensa'. No desconozco que lo que he venido sosteniendo constituya evidentemente nulidades, así por ejemplo lo argumenté en la apelación de la Resolución de Policía; pero tales nulidades sustanciales no pudieron ser atacadas por ausencia de pronunciamiento por parte del Inspector Tercero de Policía de Tunja que negara las peticiones que se estaban haciendo, verbigracia, nunca se produjo un auto negando la procedencia, o el trámite de la objeción por error grave del dictámen (sic) pericial para de esta forma poder recurrir en apelación que subsanara la deficiencia del debido proceso; tampoco existió pronunciamiento para cercenar la etapa de alegatos de conclusión. La existencia de estas nulidades que reconoce el Honorable Tribunal a nuestro juicio desfiguran el esquema del proceso Administrativo de amparo de perturbación de la posesión...

...

4) Tanto el funcionario Ad-quen (sic) como el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá reconocen 'Deficiencias' 'Irregularidades'

en el proceso pólucivo pero estiman que no constituyen desconocimiento del debido proceso por el contrario, sostenemos que él mismo se violó, se ignoró y ese hecho no puede simplemente anotarse sin que traiga consecuencias encaminadas a corregir la falta de plenitud de las formas propias de cada juicio...

...

Tan claras transcripciones jurisprudenciales sobre el debido proceso de defensa, siguen reafirmándonos que dentro del caso sub-exámene (sic) se violó no simples formalismos o se presentaron simples irregularidades irrelevantes, sino la plenitud exigida a las formas propias del juicio de policía —acción de amparo administrativo por perturbación a la posesión— (Arts. 488 a 510 del Código de Policía de Boyacá) sino que se vulneró por ende el art. 29 de la Constitución Nacional que fue el derecho Constitucional violado que se señaló en la acción de tutela impuesta (sic).

...

Se podría aceptar, solo (sic) en gracias de discusión que el desconocimiento del art. 502 del Código de Policía de Boyacá, es un simple formalismo, muy a pesar de lo establecido en el art. 228 de la Constitución Nacional que dice: 'Los términos procesales se observarán con diligencia...'. Pero el desconocimiento de los arts. 505 del Código de Policía de Boyacá, y el 238-5 del C.P.C. que tenían decisiva importancia para derimir (sic) la querrela póluciva, en tanto que el término para alegar de conclusión es vital para ejercer los derechos de impugnación y contradicción esenciales (sic) al derecho de defensa que no se puede desconocer impunemente siendo sustanciales al desempeño de toda defensa nada menos ni nada más que sirve para dar a conocer al funcionario todas las irregularidades que por ejemplo existan en el proceso...

En cuanto hace al desconocimiento del art. 238-5 del C.P.C. no se accedió a las pruebas solicitadas que tenían como fin demostrar el error grave del dictámen (sic) ni se dió (sic) traslado del mismo a la contraparte y menos fue negado por el funcionario simplemente ignoró el trámite adecuado...

De lo que se trataba con la Acción de Tutela interpuesta era simple y sencillamente acusar que en la actuación póluciva se desconoció de manera nítida, clara e inequívoca el debido proceso administrativo y el derecho de defensa derecho fundamental amparado en el art. 29 de la C.N. y lo que la acción busca (sic) de manera inobjetable, porque se basaba en hechos y pruebas, y no en cuestiones subjetivas, como mal lo interpretó el H. Tribunal era que se declarara tal desconocimiento y se tutelara el derecho al debido proceso..." (Fls. 73 a 79).

Para resolver, **SE CONSIDERA:**

Invoca el accionante como vulnerado el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y pretende que “se deje sin efecto” las resoluciones que fallaron en su contra una querrela policiva de amparo de posesión y se ordene volver las cosas al estado anterior que existía al momento de iniciarse la acción administrativa.

Repetidamente esta Sala ha sostenido que la acción de tutela no fue instituida por el constituyente como un instrumento para suplantar el ordenamiento jurídico ordinario que provee a los particulares de los medios de defensa judicial para la protección de sus derechos.

El litigio sobre derechos particulares tiene sus propios canales ante los jueces ordinarios y en el caso de derechos posesorios, si bien pueden hacerse valer ante la autoridad policiva, con el objeto de mantener o restablecer en forma provisional el statu quo, es el órgano jurisdiccional a quien corresponde decidir definitivamente el conflicto, declarando quién tiene el derecho.

De manera que si quien resulta vencido en el procedimiento policivo, insiste en su derecho, debe ejercer la acción judicial correspondiente, pues sólo así podrá obtener decisión que deje sin efectos la resolución policiva.

Pretender, como lo hace el accionante, que mediante la acción constitucional se prive de efectos la decisión policiva y se le restablezca la posesión perdida, so pretexto de proteger el derecho al debido proceso, es pretender obtener una decisión judicial soslayando la acción ordinaria, y ello rebasa las prescripciones del artículo 86 de la Constitución Política que claramente señala que la protección consistirá en “una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

La Sala en oportunidad anterior ante un caso similar expresó:

“A. El Tribunal tiene razón cuando estima que el actor dispone de diversas acciones jurisdiccionales por medio de las cuales puede buscar el amparo de la posesión que, dice, haber ejercido sobre el bien inmueble que señala en su solicitud, para cuyo ejercicio no es menester el agotamiento previo de ninguna querrela policiva; en otros términos, la acción policiva para el restablecimiento del statu quo es un mecanismo adicional, elemental y facultativo que se brinda al administrado para que intente mediante un procedimiento breve y sumarísimo volver las cosas a como se encontraban antes de la perturbación. Pero, por lo facultativo que es el ejercicio de este instrumento, no es necesario agotarlo y ni siquiera intentarlo; se puede, pues, válidamente, ocurrir de manera directa al órgano jurisdiccional para el ejercicio de cualquiera de las

acciones jurisdiccionales como son la posesoria, la reivindicatoria y la publiciana previstas en los artículos 972, 946 y 951 del C.C., respectivamente.

Agréguese a lo dicho que dentro de la ley penal existe la figura denominada **PERTURBACIONES A LA POSESION** y se comprenderá que el accionante dispone de un amplio marco de protección jurisdiccional para sus derechos, circunstancia que impide la procedencia de la acción de tutela cuya naturaleza subsidiaria fluye con claridad del texto constitucional que la consagra, de las normas que la reglamentan y de la jurisprudencia que se ha venido elaborando sobre la materia". (Acción de Tutela AC-201, C.P. Dr. Juan de Dios Montes Hernández, agosto 5 de 1992).

Encuentra la Sala por tanto, que la decisión del Tribunal de denegar la petición de tutela formulada en los términos ya mencionados, es acertada y por ello, habrá de confirmar el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**CONFIRMASE** la providencia de primero (1o.) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual denegó la petición de tutela elevada por el ciudadano **JORGE ARMANDO MOLANO**.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese este fallo al apoderado del actor y envíese copia al Tribunal Administrativo de Boyacá.

#### **COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de once (11) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martí-*

*nez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

## **DERECHO DE PETICION/PETICION DE INFORMACION/CERTIFICACION**

**En el caso de solicitud de expedición de certificaciones sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que en éstas mismas se tenga conocimiento, que formulen los particulares, no tiene operancia los términos que señalan los arts. 6 y 40 del CCA para dar respuesta a las peticiones de interés general o adoptar la decisión respecto a la petición de interés particular, ni mucho menos lo dispuesto en los artículos 11 a 13 del mismo estatuto sobre peticiones incompletas, pues, es la Ley 57 de 1985, sobre publicidad de los actos y documentos oficiales, la aplicable en estos casos. De otro lado, las consecuencias de no atender la solicitud de expedición de copias o de certificaciones sobre documentos oficiales, son diferentes a las que se derivan de no atender y dar respuesta a la petición de interés general, o de no decidir la de interés particular.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. AC-232. Actor: Alcira Rey Cancino.— Impugnación de la providencia de 22 de julio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

El señor WILLIAM GRANADOS FERREIRA, Jefe de la División de Personal de la Secretaría de Educación del Departamento de Santander, dentro de la oportunidad señalada para ello en la ley, interpone recurso de

apelación —que la Sala entiende como de IMPUGNACION— contra la sentencia de veintidos (22) de julio del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto por ella se dispuso que el recurrente y el Jefe del Núcleo de Piedecuesta, señor Víctor Manuel Godoy Joya, “deberán en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de este Tribunal, dar cumplimiento a la petición formulada por ALCIRA REY CANCINO, referente a la expedición de la ‘CERTIFICACION DE TIEMPO DE SERVICIO’”; que “En el evento de no acatarse lo aquí ordenado, se dará cumplimiento a lo previsto en el artículo 27 *ibídem*”; se ordena compulsar “las copias necesarias para que se investigue la causal de mala conducta en que pudieron haber incurrido los señores WILLIAM GRANADOS FERREIRA y VICTOR MANUEL GODOY JOYA, como funcionarios de la Secretaría de Educación”; etc., para que, como consecuencia de la impugnación, se revoque en su totalidad la precitada providencia.

### I.— FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Considera el a-quo, en síntesis:

Que es claro el derecho que le asiste a los ciudadanos para elevar respetuosas peticiones a los funcionarios públicos y obtener pronta, oportuna y precisa respuesta de éstos, es decir, sin evasivas, razón por la cual en algunos países como Colombia cuya legislación se inspira en los principios democráticos de la Revolución Francesa, no sólo lo han consagrado, sino que lo han tenido como fundamental (art. 23 C.P.).

Que, como ya se estableció, las peticiones de la abogada que suplica la tutela se encaminan a la obtención de una certificación de tiempo de servicio remitida al Jefe de Personal de la Secretaría de Educación y al Jefe del Núcleo de Piedecuesta.

Que es incuestionable el silencio operado por los funcionarios señalados ante las repetidas peticiones a ellos enviadas para que procedieran ya sea accediendo o negando lo pedido, sin que para el efecto pueda tenerse como respuesta las evasivas de que da cuenta la prueba documental, donde se observa cómo se rebota la petición de una autoridad a otra, manifestándosele, casi que jocosamente, que “por no ser una certificación de trabajo sino una constancia de tiempo de servicio” deberá remitirse a otra oficina pública.

De la actitud asumida por los funcionarios cuestionados, surge de manera clara la violación del derecho de petición y la consecuente respuesta de un organismo de la Administración, toda vez que a la luz del artículo 6 del C.C.A., éste debió decidirse en forma expresa, directa y no tangencialmente, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su recibo y de no ser ello posible, indicársele al solicitante la fecha en que se le daría solución a su trámite. De otra parte, si se consideraron que no eran competentes, debieron

enviar el escrito en un término de 10 días hábiles al funcionario respectivo, como así lo manda el art. 33 *ibídem*.

## II.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El impugnante, por su parte, solicita la revocatoria de la providencia del a-quo en su totalidad, con fundamento en las siguientes razones:

La peticionaria solicita ante su Despacho la certificación de servicios prestados en fecha 5 de junio de 1992 y mediante oficio de fecha 10 de junio del mismo año, en donde afirma situaciones que aunque no son del caso que nos ocupa, sí difaman y hace pensar que soy un funcionario dictador y mezquino.

Este Despacho mediante oficio de 15 de junio dirigido a la peticionaria desmiente las situaciones irregulares planteadas por la docente, y en el punto 4 de dicho oficio la requiere para que: "Anexe constancia de trabajo expedida por el Director de la Escuela donde labora o por el Director del Núcleo, por lo tanto se solicita anexe dicha constancia para tramitar su certificado". (fl. 17 del expediente).

Si observamos el Capítulo III del Título I del Código Contencioso Administrativo respecto del Derecho de Petición en interés particular, en su artículo 12 estipula que si los documentos que proporciona el interesado no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una vez, con toda precisión, para que aporte lo que haga falta y se interrumpirá el término para que la autoridad decida.

Ese término es de quince días; y entre la primera petición que hace la docente (junio 5 de 1992) y el requerimiento que se le hace por este Despacho para que anexe la carta o constancia de que efectivamente está laborando, sólo han transcurrido 6 días hábiles, estando entonces dentro de los términos legales e interrumpiéndose el término para resolver.

Posteriormente, la peticionaria nuevamente, mediante oficio de junio 23, solicita se le expida dicha certificación de servicios prestados para ascenso en el Escalafón pero **NO ANEXA LA CARTA O CONSTANCIA DEL SUPERIOR INMEDIATO EN DONDE MANIFIESTA QUE ESTA LABORANDO EN LA ACTUALIDAD**, luego **NO APORTA** el documento o información para satisfacer el requerimiento realizado por este Despacho, ya que se dedicó a especular sobre una serie de conjeturas de situaciones diferentes y no se pronuncia sobre lo solicitado, luego el término continúa interrumpido por inferencia lógica; el artículo 13 del Código Contencioso Administrativo plantea un desistimiento tácito del peticionario si en el término de dos meses, contados a partir del requerimiento, no da respuesta, dando la potestad de archivo de la petición. En el oficio de julio 1o. de 1992, se le recuerda anexar la constancia del superior inmediato.

Entonces, la Administración no ha violado el Derecho de Petición, ya que aún en la fecha de interposición del presente recurso de apelación, no ha querido o no ha podido satisfacer el requerimiento que se le hizo.

Esta Oficina, sin embargo, ante el silencio guardado por la peticionaria, decide elaborar dicho certificado de servicios prestados para ascenso, con algunas observaciones, y es enviado mediante correo certificado a la docente y a la Junta Seccional de Escalafón antes de que fuere notificado el fallo impugnado (Pruebas que anexo).

Finalmente, el recurrente expresa las razones por las cuales a la actora no le es posible presentar la constancia o certificación de trabajo o prestación real y efectiva del servicio, que en sentir del mismo, no son otras que no haberse presentado a la Concentración Escolar Alianza para el Progreso del Municipio de Piedecuesta a donde se le trasladó en virtud de la asignación de carga académica, orden que evadió esperando una supuesta comisión que solicitó y que le fuera negada, razón por la cual se adoptó decisión de suspenderla, sin derecho a remuneración, por abandono del cargo, sin perjuicio del correspondiente proceso disciplinario y de las sanciones a que haya lugar.

### III.— LA DECISION

Para resolver, **SE CONSIDERA:**

1o.— Es cierto que, conforme al artículo 12 del C.C.A., cuando las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión para tal efecto, y que este requerimiento interrumpe los términos establecidos para que la autoridad administrativa decida.

2.— Lo es, igualmente, que se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud, si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que tratan los artículos 11 y 12 del C.C.A., no se da respuesta en el término de dos (2) meses, lo que conlleva al archivo del expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud (art. 13 ib.).

Desde este punto de vista, podría considerarse que le asiste la razón al impugnante cuando afirma y prueba lo atinente a que en el presente caso existió un requerimiento para que la peticionaria, accionante en tutela, presentara constancia o certificación de trabajo o prestación real y efectiva del servicio en el establecimiento docente oficial correspondiente, lo que determinaba que el término establecido para decidir se suspendiera.

3.— Sin embargo, la Sala debe precisar que en el caso de solicitud de expedición de certificaciones sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que en éstas mismas se tenga conocimiento, que formulen los particulares, no tienen operancia los términos que señalan los artículos 6o. y 40 del C.C.A. para DAR RESPUESTA a las *peticiones de interés general* o adoptar la DECISION respecto a la *petición de interés particular*, ni mucho menos lo dispuesto en los artículos 11 a 13 del mismo estatuto sobre peticiones incompletas, pues, es la ley 57 de 1985, sobre publicidad de los actos y documentos oficiales, la aplicable en estos casos (art. 25), señalándose *un término máximo de diez (10) días*, para atender la petición de expedición de copias de documentos oficiales o de certificación sobre ellos, siempre y cuando, agregaría la Sala, que haya claridad y precisión sobre lo solicitado, y existan los documentos oficiales que permitan la expedición de la certificación o constancia, o se tenga conocimiento de los hechos que se solicita certificar o hacer constar. De no existir esa claridad y precisión en lo solicitado, o de no existir conocimiento de los hechos que se pretende que se certifiquen o hagan constar, claro es que así se le informará al peticionario para lo conducente, o sea, para que haga claridad y precisión y se pueda expedir la constancia o certificación, dentro del plazo de ley una vez que se haya procedido a aquéllo por el peticionario, o adopte la conducta o conductas pertinentes en el caso de no poderse certificar sobre los hechos respectivos. Pero ni ello es un requerimiento conforme al artículo 12 del C.C.A., ni tiene las consecuencias indicadas en el artículo 13 ibídem. De otro lado, las consecuencias de no atender la solicitud de expedición de copias o de certificaciones sobre documentos oficiales, son diferentes a las que se derivan de no atender y dar respuesta a la petición de interés general, o de no decidir la de interés particular: Si en el lapso de los 10 días hábiles no se expide la copia o la certificación, “se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada”, y, en consecuencia, “el correspondiente documento será entregado dentro de los tres (3) días inmediatamente siguientes”, y, además, “el funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo” (art. 25 Ley 57 de 1985).

4.— Ahora bien, en el caso presente la impugnación no está llamada a prosperar, no sólo por lo antes dicho, que hace que no sean de recibo los argumentos expuestos por el recurrente, sino por cuanto, por lo demás, siendo claro, como lo es, que “los funcionarios no podrán exigir a los particulares constancias, certificaciones o documentos *que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la respectiva entidad*” (inciso segundo del art. 9o. del C.C.A.), los funcionarios públicos contra los cuales se enderezó la acción de tutela, para cumplir con su deber de atender la petición o solicitud, les bastaba con examinar la documentación pertinente y relativa a la docente, y de acuerdo con ello, como se hizo posteriormente ya con motivo de la sentencia de tutela proferida por el a-quo, expedir la certificación de servicios docentes hasta determinada fecha y hacer, como efectivamente

se hizo en la oportunidad ya señalada, las observaciones sobre la situación administrativa de la docente-peticionaria de la certificación, que le impedirían extender la certificación hasta la fecha solicitada, y sobre lo cual no le corresponde pronunciarse al juez de la tutela.

Por lo dicho, habrá de confirmarse la decisión impugnada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, con fecha 22 de julio de 1992, a que se ha hecho mención en esta providencia.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Tribunal Administrativo de Santander, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Miguel González Rodríguez, Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas B., Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de M., Guillermo Chahín Lizcano, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Aclaró Voto; Daniel Suárez Hernández, Aclaró Voto; Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria*

## **DERECHO DE PETICION/CERTIFICACION (Aclaración de Voto)**

**La Ley 57 de 1985 regula lo relacionado con la publicidad de los actos y documentos oficiales, aspectos extraños al tema objeto de la acción de tutela por la Sala como es, el relativo a la expedición de una certificación de tiempo de servicios.**

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Aclaración de Voto. — Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente AC-232. Actor: Alcira Rey Cancino.

Aunque comparto la decisión mayoritaria de confirmar la providencia del 22 de julio de 1992 del Tribunal Administrativo de Santander, debo aclarar mi voto, por cuanto no comparto algunas de las consideraciones que la sustentan.

En efecto, en el punto 3 de las consideraciones se afirma:

“3. Sin embargo, la Sala debe precisar que en el caso de solicitud de expedición de certificaciones sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que en éstas mismas se tenga conocimiento, que formulen los particulares, no tienen operancia los términos que señalan los artículos 6o. y 40 del C.C.A. para DAR RESPUESTA a las *peticiones de interés general* o adoptar la DECISION respecto a la *petición de interés particular*, ni mucho menos lo dispuesto en los artículos 11 a 13 del mismo estatuto sobre peticiones incompletas, pues, es la ley 57 de 1985, sobre publicidad de los actos y documentos oficiales, la aplicable en éstos casos (art. 25), señalándose *un término má-*

*ximo de diez (10) días, para atender la petición de expedición de copias de documentos oficiales o de certificación sobre ellos, ...”.*

A mi juicio la anterior precisión no es válida: la ley 57 de 1985 regula lo relacionado con la *publicidad de los actos y documentos oficiales*, aspectos extraños al tema objeto de la acción de tutela resuelta por la Sala como es, el relativo a la expedición de una certificación de tiempo de servicios.

En efecto, el artículo 25 de la ley 57 de 1985, citado en la sentencia, cuya parte considerativa no comparto fija un término de diez (10) días para resolver peticiones a que se refiere el artículo 12, el cual dice textualmente:

“Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional”.

De la lectura del texto transcrito, se concluye que la norma no se refiere al caso de una certificación de servicios prestados, ya que no se trata ni de consultar un documento que reposa en una oficina pública, ni de obtener una copia del mismo.

Es cierto que el artículo 24 de la citada ley 57 de 1985 establece que:

“Las normas consignadas en los artículos anteriores serán aplicables a las solicitudes que formulen los particulares para que se les expidan certificaciones sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que éstas mismas tengan conocimientos”.

Pero esas “normas anteriores” se refieren a la publicidad de documentos oficiales, a su carácter de reservados, a la posibilidad de consultarlos, etc. y el término de diez (10) días, que aplicó la providencia que no comparto, no forma parte de “las normas consignadas en los artículos anteriores”, sino que está consagrado en el artículo 25, inmediatamente siguiente.

Por lo anterior, considero que al caso en estudio le son aplicables las normas respectivas del Código Contencioso Administrativo.

*Consuelo Sarria Olcos*

Fecha ut supra.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhiere el Consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

**TUTELA CONTRA SENTENCIAS—Improcedencia/AUTORIDAD PUBLICA/ACCION DE TUTELA—Naturaleza/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

Cuando la Constitución Nacional en el artículo 86 inciso primero dice, que la acción de tutela procede cuando los derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública a pesar de lo genérico de la expresión utilizada, es obvio que se refiere a las autoridades con atribuciones políticas o administrativas del poder público, que pueden desconocer los derechos ciudadanos, pero no a las del órgano judicial del poder público, porque las decisiones de éstas al declarar reconocer, o negar un derecho, se toman en procesos públicos contradictorios, con intervención del ciudadano, y, tales decisiones están sometidas a revisión por el superior jerárquico del juez o tribunal a través de los recursos. Aceptar que contra una sentencia ejecutoriada dictada en juicio contradictorio y público proceda una acción de carácter residual y transitorio, como es la de tutela, es inaceptable porque en este caso, mediante este medio se estaría sustituyendo un órgano del Estado como es la jurisdicción.

*Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. AC-200. Actor Simbad Ceballos Chacón.— Impugnación de la providencia de 19 de junio de 1992, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.— FALLO.

- 1o.—Oportunamente el ciudadano **SIMBAD CEBALLOS CHACON**, con cédula de ciudadanía No. 2.920.005 expedida en Bogotá, impugnó la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 19 de junio del año en curso de 1992, por la cual se decidió la acción de Tutela instaurada por el señor Ceballos Chacón, contra las sentencias de 13 de septiembre de 1985, dictada por la Sección Segunda de esta Corporación con ponencia del Doctor **JOAQUIN VANIN TELLO** y la de 30 de abril de 1980, expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la Doctora **LIBIA ZULUAGA DE VASQUEZ**.
- 2o.—En la sentencia del Tribunal se denegaron las peticiones de la demanda por no haber demostrado el demandante que a su retiro voluntario del DAS padecía la enfermedad que le produjo la invalidez por la que reclamaba la respectiva pensión de la Caja Nacional de Previsión Social; y, por la segunda, confirmó la anterior, acogiendo el concepto fiscal, en el sentido de que el empleado no demostró que estaba inválido a su retiro del servicio, o que la causa de la invalidez, se produjo antes del retiro.
- 3o.—Contra la sentencia del 13 de septiembre de 1985, interpuso el demandante recurso de revisión por medio de apoderado, el cual no se tramitó y fue rechazado de plano, por no haber constituido el actor la caución, en auto de 12 de mayo de 1988.
- 4o.—La Sección Tercera de esta Corporación inaplicó el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, por ser incompatible con los artículos 86 y 136 de la Carta Política, y, en consecuencia, rechazó por improcedente la solicitud de Tutela formulada por **SIMBAD CEBALLOS CHACON**.

#### **CONSIDERACIONES:**

En el caso sub-lite, el actor agotó todos los medios de reconocimiento judicial de sus derechos que no tuvieron acogida judicial, sencillamente por deficiencias probatorias del proceso; y, en el extraordinario de revisión, por su culpa, como ha quedado debidamente explicado. Por otra parte, cuando culminó el proceso mediante la sentencia acusada no se había instituido la acción de Tutela y ésta no cabe conforme a reiteradas decisiones de esta Corporación, contra sentencias ejecutoriadas. La Sala reitera su criterio de ser contrario a la Constitución Política de Artículo 40 del Decreto 2591/91, ya que cuando ésta en el artículo 86 en el inciso primero, dice, que la acción de Tutela procede cuando los derechos constitucionales fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” a pesar de lo genérico de la expresión utilizada, es obvio que se refiere a las autoridades con atribuciones políticas o administrativas del poder público, que pueden desconocer los derechos ciudadanos, pero no

a las del órgano judicial del poder público, porque las decisiones de éstas al declarar reconocer, o negar un derecho, se toman en procesos públicos y contradictorios, con intervención del ciudadano, y, tales decisiones están sometidas a revisión por el superior jerárquico del juez o tribunal a través de los recursos. Aceptar que contra una sentencia ejecutoriada dictada en juicio contradictorio y público proceda una acción de carácter residual y transitorio, como es la de Tutela, es inaceptable porque en este caso, mediante este medio se estaría sustituyendo un órgano del Estado como es la jurisdicción; razón de más para declarar la improcedencia de la que se ha instaurado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

- 1o.—CONFIRMASE la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación fechada el diecinueve (19) de junio del año en curso de 1992.
- 2o.—ENVIESE el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de fecha once (11) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza M., Miren de la Lombana de M., Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis E. Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Con aclaración de Voto; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos,*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

NOTA DE RELATORIA: El Consejero Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, remite su aclaración de voto a las contenidas en aclaraciones anteriores con ocasión de otros pronunciamientos similares. Exp. AC-015, AC-016, AC-020, AC-010 y AC-013.

**DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO/ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

Una cosa es que en ejercicio del derecho de petición, el administrado reclame una respuesta oportuna de la administración, y cosa diferente el que la respuesta haya de ser, por virtud de aquel derecho, favorable a la petición. La pronta resolución que el derecho de petición garantiza no implica decisión favorable. El silencio que sucede a la ausencia de respuesta oportuna, entendido como decisión negativa presunta, habilita y le legitima para ocurrir ante los organismos de la jurisdicción contencioso-administrativa. No pretende el accionante la simple respuesta de la administración sino una decisión favorable a su pretensión, para lo cual ha creado previamente las condiciones propicias, según él mismo lo entiende.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente AC—209. Actor: Alvaro Castilla Quintana.

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el apoderado del actor contra la providencia del 13 de junio de año en curso, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción promovida por el señor Alvaro Castilla Quintana contra la Empresa de Energía de Bogotá.

## 1.— ANTECEDENTES:

En escrito presentado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca solicitó el actor la protección del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política.

Narra allí el libelista que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33 del Acuerdo No. 14 de 1989 del Concejo de Bogotá, presentó una reclamación ante la Empresa de Energía Eléctrica el 28 de agosto de 1991 en razón de una serie de sanciones, recargos e indexaciones por consumo de energía en el inmueble de la calle 170 No. 51-21 y que, no habiendo recibido respuesta alguna en el término de quince días como correspondía según el artículo 40 del citado Acuerdo, se acogió al silencio positivo previsto en tal norma en armonía con lo dispuesto en el Artículo 41 del Código Contencioso Administrativo y para tal efecto protocolizó la copia de la solicitud en Escritura Pública No. 945 del 4 de marzo del presente año.

Dice también que el 11 de marzo siguiente solicitó la liquidación del saldo, previo el descuento de las sumas, sanciones, reclamos e indexaciones, pero no recibió respuesta.

Al formular la acción de tutela, solicitó al Tribunal “ordenar a la Empresa de Energía de Bogotá:

- 1.— Que se respete, respecto de la reclamación, el ejercicio del derecho al silencio positivo de la administración, invocado por mi cliente y protocolizado mediante Escritura Pública No. 945 del 4 de marzo de 1992.
- 2.— Que se liquide y se le informe sobre el saldo a cargo de mi mandante, que resulte de descontar las sumas por concepto de sanciones, indexaciones, multas y recargos, las cuales fueron objeto de la reclamación y que por virtud del silencio positivo de la administración sobre la misma, mi cliente quedó exonerado de cancelarlas”. (fl. 3).

## 2. LA IMPUGNACION

Sostiene el libelista que existe una absoluta falta de relación entre el contenido de la providencia impugnada y la solicitud de tutela ya que ésta se refiere exclusivamente a la reclamación que, como tal, “es una figura jurídica que consagra el Acuerdo 14 – Art. 33, y sobre la cual debe operar el silencio positivo formalizado, y en manera alguna a los recursos que mi poderdante en su oportunidad presentara contra la Resolución No. 5923 de septiembre 9 de 1991, en forma equívoca interpretada por la Sala como la ‘actuación que culminó’ con dicha resolución”. (fl. 78).

Agrega que, en rigor técnico, es lo que se denomina por los procesalistas “fallo extrapetita”, por lo que solicita no confirmar la providencia “y en su defecto, disponer conforme a las pretensiones de la acción de tutela solicitada”. (fl. 78).

### 3. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Decidió el Tribunal en forma adversa al accionante, considerando que, según el texto de la solicitud de tutela, el derecho que se considera infringido es el de petición a que se refiere el artículo 23 de la Constitución y que lo que se pretende “no es concordante con el pregonado derecho de petición que alega le ha sido desconocido por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá”

El ejercicio del derecho de petición —explica el Tribunal— implica la garantía para el usuario de “presentar peticiones respetuosas en interés particular y a que se obtenga pronta resolución”.

Y agrega el a-quo:

“El primero de los aspectos mencionados no ha sido desconocido por la Empresa de Energía Eléctrica puesto que precisamente el mismo peticionario aporta prueba del recibo de los recursos que interpuso contra un acto administrativo y de una petición en interés particular, la radica con el No. 030085.

...

1.— Para antes de la introducción de la solicitud de tutela que se analiza, la Empresa de Energía Eléctrica había decidido el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 5923, tal como consta en el folio 62 de la carpeta anexa enviada por la entidad distrital y se está decidiendo el recurso de apelación igualmente interpuesto.

2.— De la procedencia o no del silencio positivo como producto de la no decisión de los recursos interpuestos en la vía gubernativa en el término que considera el peticionario es el que rige la materia, no puede ser tampoco objeto de decisión por parte de esta Corporación en la acción de tutela que se decide en tanto que si el peticionario considera que la Administración debe decidir de conformidad con el silencio positivo que alega y no de otra forma el monto de la deuda con dicha Empresa, la decisión contentiva del monto definitivo de la deuda, indicando los factores que se tienen en cuenta al efecto, es acto administrativo susceptible de ser impugnado mediante las acciones consagradas en el C.C.A.”.

En cuanto a la petición de ordenar que se respete el silencio administrativo, precisa la providencia que “no le cabe al Tribunal en decisión de acción de tutela cuestionar si realmente el Acuerdo No. 14 de 1989 estaba vigente a la fecha de protocolización de la Escritura Pública No. 945 de marzo 4 de 1992 o si, por el contrario, otra norma entró a reemplazarla”.

Y concluye:

“Y es que el derecho de petición consagrado en la Constitución Política sólo otorga a los administrados el derecho a que las autoridades les resuelvan sus peticiones de manera pronta, término éste que según las normas procesales o las que rigen el ejercicio del derecho de petición para cada empresa están encargados de determinar a qué tiempo se refiere y las consecuencias de la no respuesta oportuna. No otorga la obligación a que las autoridades resuelvan en determinado sentido, en el pretendido en la solicitud, puesto que en todo caso las mismas cuentan con toda la amplitud de criterio para resolver lo peticionado con base en la normatividad aplicable y lo aportado en cada caso”. (fls. 67-75).

#### PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Narra el accionante en su petición original que, apoyándose en el Artículo 33 del Acuerdo No. 14 de 1989, formuló reclamación a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá “a causa de una serie de sanciones, recargos e indexaciones de que había sido objeto por parte de ésta” y que, no habiendo recibido respuesta de la “decisión que debía producirse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la reclamación, por mandato del artículo 40 del Acuerdo No. 14 de 1989 del Concejo de Bogotá “... optó por acogerse a la figura del silencio positivo de la administración, autorizada por el mismo artículo 40 en armonía por lo dispuesto por el art. 41 del Código Contencioso Administrativo” y que “protocolizó la copia de la solicitud de reclamación junto con la declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, mediante la Escritura Pública No. 945 del 4 de marzo del año que corre, todo de conformidad con el procedimiento que para el efecto establece el artículo 42 del C.C.A.”. (fls. 2-3).

Tales hechos son fundamento de la petición de tutela, que se concreta así:

“1.— Que se respete, respecto de la reclamación, el ejercicio del derecho al silencio positivo de la administración, invocado por mi cliente y protocolizado mediante Escritura Pública No. 945 del 4 de marzo de 1992.

2.— Que se liquide y se le informe sobre el saldo a cargo de mi mandante, que resulte de descontar las sumas por concepto de sanciones, indexaciones, multas y recargos, las cuales fueron objeto de la reclama-

ción y que por virtud del silencio positivo de la administración sobre la misma, mi cliente quedó exonerado del deber de cancelarlas". (fl. 3).

Como bien lo hace notar el Tribunal, una cosa es que, en ejercicio del derecho de petición, el administrado reclame una respuesta oportuna de la administración y cosa diferente el que la respuesta haya de ser, por virtud de aquel derecho, favorable a la petición.

El artículo 23 de la Carta, invocado por el accionante, es del siguiente tenor:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

Como fácilmente se advierte, la "pronta resolución" que el derecho de petición garantiza no implica decisión favorable. De otra parte, el silencio que sucede a la ausencia de respuesta *oportuna*, entendido como decisión negativa presunta, habilita y legitima para concurrir ante los organismos de la jurisdicción contencioso-administrativa. El silencio positivo, dice el artículo 41 del C.C.A., solamente ocurre en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales.

No pretende el accionante la simple respuesta de la administración sino una decisión favorable a su pretensión, para lo cual ha creado previamente las condiciones propicias, según él mismo lo entiende. Tal decisión consiste en que se le liquide el valor de los servicios públicos con deducción de los recargos que menciona.

Dijo la Sala en oportunidad anterior, refiriéndose al derecho de petición, en providencia de junio 10 de 1992 (Expd. AC-152, Consejero Ponente: Dr. LIBARDO RODRIGUEZ):

"2o. Pero aún en el caso de que pudiera entenderse, como lo hizo el Tribunal, que la acción de tutela ejercida estuviera dirigida a tutelar el derecho de petición en interés particular, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, tampoco sería viable esta acción por la sencilla razón de que en relación con el derecho de petición la ley, a través del Código Contencioso Administrativo, ha previsto un mecanismo para garantizar el ejercicio de ese derecho por medio del fenómeno del silencio administrativo, que implica que transcurridos tres meses de presentada la petición sin que se haya producido decisión al respecto, se entiende que, por regla general, la autoridad ha decidido negativamente, de tal manera que el interesado puede acudir de manera directa a la jurisdicción a fin de hacer valer su derecho (art. 40 del C.C.A.), sin per-

juicio de la responsabilidad disciplinaria en que puede incurrir el funcionario por su negligencia al no resolver expresa y oportunamente la petición”.

Igualmente se puntualizó en providencia de junio 30 del año en curso, con ponencia del Consejero Doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO:

“En suma, el derecho de petición, por sí solo y genéricamente considerado, no puede violarse para efectos de tutela cuando la ley ha previsto los mecanismos legales para hacer efectivos los derechos del administrado.

Se entiende por tales mecanismos los propios del procedimiento administrativo y los jurisdiccionales subsiguientes...

La norma comprensiva del derecho de petición, como la que crea la garantía o el derecho al debido proceso, son de aquellas que la doctrina llama *normas en blanco*, porque el constituyente las impone pero deja su desarrollo a la ley para su cabal aplicación.

Por eso mismo, frente a esos derechos, en principio, no podrá hablarse de la violación directa de los artículos 23 y 29, ya que su infracción sólo se pondrá de presente cuando se constate el desconocimiento de las normas que los desarrollan”.

De otra parte, hay que tener en cuenta que el Acuerdo No. 14 de 1989 “por medio del cual se expide el Estatuto de Reclamación y Participación de los Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios”, perdió vigencia al ser expedido el decreto 1842 de julio 22 de 1991, por el cual el Presidente de la República, “en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las que le confieren las leyes 126 de 1938, y 155 de 1959 y los artículos 334 y 189, ordinal 11, de la Constitución Política”, expidió el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Ahora bien, en el capítulo sobre “Procedimiento para la Reclamación” no trae el decreto norma alguna sobre silencio administrativo positivo y en su artículo 55 se limita a disponer:

*“Del término para responder la reclamación. La Empresa responderá las reclamaciones dentro del término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de reclamación y/o queja”.*

Dados estos presupuestos, resulta forzoso concluir que la providencia impugnada debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

Confírmase la providencia de trece (13) de junio de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al decidir la acción de tutela promovida por el señor Alvaro Castilla Quintana.

Remítase para su revisión a la Corte Constitucional y en copia para el Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

Aprobado en la Sala de la sesión celebrada el día 19 de agosto de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Ausente; Reynaldo Arciniegas Baedeker, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jorge Penen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria*

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, sobre el tema de la tutela en el derecho de petición, los pronunciamientos de junio 30/92. Ponente Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO y el EXP. AC-152, Ponente Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

**TUTELA CONTRA PARTICULARES/SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION/LIBERTAD DE ENSEÑANZA/EDUCACION SUPERIOR/RESERVA DE MATRICULA**

La Universidad Autónoma de Bucaramanga es una persona jurídica de derecho privado: un particular que presta el servicio público de la educación a nivel universitario, que conlleva garantizar la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. La Sala observa que el haber dejado el estudiante de cursar el semestre respectivo durante un lapso de más de seis semestres académicos, cuando el reglamento concede un término de tres, constituye una justa causa para negar la renovación de la matrícula, lo que hace que la Universidad, en aplicación del reglamento estudiantil y del Decreto 80 de 1980, al cual debe someterse por expreso mandato constitucional y legal, no haya vulnerado el derecho consagrado en el artículo 27 de la Carta.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC—212. Actor: Daniel Caicedo Guerrero.

Se decide la impugnación interpuesta oportunamente por DANIEL CAICEDO GUERRERO, en su propio nombre, contra el fallo de 6 de julio de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó por improcedente la tutela por él solicitada.

## I.— LA SOLICITUD DE TUTELA

En escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Santander, el actor considera que con la negativa de la Universidad Autónoma de Bucaramanga en renovar su matrícula para el segundo semestre de 1991 en la facultad de Derecho, le ha sido vulnerado el derecho a la educación que en sentencia de 8 de mayo de 1992 de la Corte Constitucional fue entendido como fundamental.

La violación de tal derecho la hace descansar sobre los siguientes fundamentos fácticos:

1.— La Universidad se niega a renovar la matrícula con base en el artículo 14 del reglamento estudiantil que rigió del 15 de julio de 1987 al 4 de agosto de 1989 y que preveía que el estudiante antiguo tenía derecho a la renovación de la matrícula hasta por tres semestres académicos, que no se podrá hacer uso de este derecho por más de tres veces y que más allá de este límite se considera se han perdido todos los derechos académicos.

2.— Dicho artículo estaba vigente para cuando se solicitó por primera vez la cancelación en el segundo semestre de 1988.

3.— El 4 de agosto de 1989 fue modificado el citado artículo 14 en el sentido de ampliar el número de semestres que se podían reservar (de nueve a diez), se eliminó la frase “más allá de este límite se considera que ha perdido todos los derechos académicos”, y no exigió que para hacer uso del derecho a reservar haya necesidad de cursar un semestre académico en su totalidad. Con base en este artículo la Decanatura autorizó la matrícula en el segundo semestre de 1990.

4.— En el presente caso se aplicó el artículo 13 literal c.) del reglamento estudiantil, a pesar de que el Consejo Académico por Acuerdo No. 011 de agosto de 1989 modificó el artículo suprimiendo el citado literal.

5.— La competente para negar la renovación de matrícula era la Decanatura y no el Consejo Académico.

## II.— EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Santander para rechazar la tutela, razonó así:

1.— La Universidad cumple una función pública por delegación de la Nación, luego, el acto por el cual se niega la matrícula académica a un alumno constituye un acto administrativo delegado, que escapa a la concepción de meramente académico, pues atañe en forma directa a un derecho con-

sagrado expresamente en la Constitución Nacional y en la Ley, elevado a la categoría de servicio público, y, si dicho acto es susceptible de ser impugnado por la vía contenciosa, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no se está en presencia de un perjuicio irremediable.

2.— Según el artículo 1o. del Decreto 306 de 1992, el perjuicio irremediable es el que sólo puede ser reparado en su integridad mediante el pago de una indemnización, y, en el presente caso, el perjuicio que en un momento dado podría estar causando la Universidad al actor no se repararía con el pago de una indemnización sino que sería restablecido con la orden a la Universidad de que lo matriculara en el respectivo semestre académico, lo que hace improcedente la acción.

### III.— FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Adujo el impugnante los siguientes motivos de inconformidad frente al fallo que no accedió a la tutela:

1.— Mediante la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando se presente violación o amenaza de violación por medio de actos, hechos, omisiones u operaciones de cualquier autoridad pública o particular, como en el presente caso.

2.— En este caso se dan las circunstancias previstas en el artículo 6o. numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991 porque desde enero de 1991 se está solicitando a la Universidad la renovación de matrícula académica y, la demora en esta decisión retarda la terminación de estudios y el consiguiente ejercicio profesional, además que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho implica largos y sofisticados trámites procesales que precisamente fue lo que el legislador quiso evitar para dar solución a situaciones como la presente.

3.— El argumento del Tribunal de que el perjuicio en un momento dado no se repararía con el pago de una indemnización, es ajeno a la realidad dado que el peticionario no es estudiante de primer semestre sino de once semestres aprobados de Derecho, con buen promedio académico, que debería estar ejerciendo en este momento la profesión y al que se le está causando un daño moral.

### IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El actor en su solicitud se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 42 numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991 que preceptúa que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de los particulares en los siguientes casos:

“1.— Cuando aquél contra quién se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”.

La Universidad Autónoma de Bucaramanga es una persona jurídica de derecho privado: un particular, que presta el servicio público de la educación a nivel universitario, que conlleva garantizar la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra.

Conforme a los hechos que originaron la solicitud y el contenido de la norma antes transcrita, es viable el análisis de la tutela en relación con el artículo 27 de la Constitución Política que consagra como derecho fundamental la libertad de enseñanza.

Esta Corporación ha reiterado que la enseñanza como servicio público que es, cumple una función social y por lo tanto está sometida a la Constitución, a la Ley y a la vigilancia del Estado, el que no sólo debe velar por su calidad sino propender por la formación de los educandos, todo lo cual bajo el presupuesto de que el estudiante en sus relaciones con el establecimiento docente público o particular, adquiere obligaciones y derechos protegidos legal y constitucionalmente, en donde se encuentra lógicamente incluida la acción de tutela cuando se trate de amparar tal derecho fundamental, y, que igualmente procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como quiera que de no expedirse por parte del Juez la orden a la Universidad para que el estudiante se matricule, el daño que se pretende precaver sería irremediable, pues es la continuidad en el tiempo de la formación del educando el objeto primordial de la tutela, si se tiene en cuenta además que el otro medio judicial del que se dispondría, apreciado en concreto, no es eficaz para precaver el perjuicio que se pueda irrogar, pues para el evento en que se obtenga el fallo favorable, éste ya no sería oportuno.

Sentadas las anteriores premisas, es preciso entrar a determinar si con la negativa de la Universidad Autónoma de Bucaramanga de renovar la matrícula al estudiante DANIEL CAICEDO GUERRERO se vulneró o no el derecho fundamental a la enseñanza.

De acuerdo con el artículo 171 del Decreto 80 de 1980 “Por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-Secundaria”, “Todas las instituciones de educación superior deberán expedir un reglamento en el que atiendan las normas del presente Decreto y se desarrollen como mínimo los siguientes aspectos: requisitos de inscripción, admisión y matrículas...”.

En cumplimiento de esta norma, la Universidad Autónoma de Bucaramanga expidió el reglamento estudiantil que según el artículo 81 (fl. 33)

“Rige para todos los alumnos de la sección de educación universitaria de la Corporación, sin discriminación por su fecha de ingreso, a partir del 1o. de agosto de 1982”.

Los artículos 168 y 169 del Decreto 80 de 1980 así como el artículo 12 del Reglamento Estudiantil (fl. 22) consagran la obligación de todo estudiante de renovar la matrícula, una vez se termine el semestre cursado.

Tal obligación tiene como excepción la situación contemplada en el artículo 14 del Reglamento Estudiantil (fl. 23) que estatuye:

“Al estudiante se le otorga previa y oportuna solicitud a la Decanatura de la Facultad, el derecho de reservación de matrícula hasta por tres semestres académicos.

Se podrá renovar tal derecho mediante solicitud motivada a la Decanatura de la Facultad, no siendo necesario que el peticionario se halle matriculado.

De esta forma podrá reservarse un máximo de diez semestres no consecutivos”.

El evento sub lite, el actor quien había cursado el 11o. semestre durante el período académico correspondiente al primer semestre de 1987 (fls. 39 a 41), no renovó la matrícula para cursar el 12o. semestre en el segundo semestre de dicho año.

Atendiendo al contenido del artículo 14 del Reglamento Estudiantil, **PREVIA Y OPORTUNA SOLICITUD A LA DECANATURA DE LA FACULTAD**, tenía derecho de reservar la matrícula **HASTA POR TRES SEMESTRES ACADEMICOS**.

Sin embargo, en parte alguna del expediente aparece demostrado que el estudiante haya solicitado previa y oportunamente a la Decanatura de la Facultad de Derecho, la reservación de la matrícula para el 2o., semestre de 1987; 1o. y 2o. semestre de 1988; 1o. y 2o. semestre de 1989 y primer semestre de 1990. Sólo obra a folio 34 la solicitud de reserva de cupo para el 2o. semestre de 1990, y, según consta a folio 37, fue cancelado, es decir, el estudiante no cursó en esta oportunidad el semestre correspondiente a la reserva de la matrícula.

De esta manera estuvo ausente de la Facultad de Derecho durante más de seis semestres, contraviniendo así el Reglamento que permite al estudiante reservar la matrícula, esto es, dejar de cursar el semestre respectivo hasta por tres semestres académicos.

Teniendo en cuenta que el artículo 170 literal b) del Decreto 80 de 1980 consagra la causal de pérdida de la calidad de estudiante "cuando no se haya hecho uso del derecho de renovación de la matrícula dentro de los plazos señalados por la institución", y conforme al artículo 13 del Reglamento Estudiantil (fl. 22) el derecho a la renovación de la matrícula se pierde entre otras razones por "falta de diligencia del admitido en la renovación oportuna", la Sala observa que el haber dejado el estudiante de cursar el semestre respectivo durante un lapso de más de seis semestres académicos, cuando el reglamento concede un término de tres, constituye una justa causa para negar la renovación de la matrícula, lo que hace que la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en aplicación del Reglamento Estudiantil y del Decreto 80 de 1980, al cual debe someterse por expreso mandato Constitucional y Legal, no haya vulnerado el derecho consagrado en el artículo 27. Por estas razones y no por las expresadas en el fallo impugnado, habrá de confirmarse la providencia de 6 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

Confírmase el fallo impugnado.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Vicepresidente; Reynaldo Arciniegas Baedeker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria*

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/DERECHO DE PETICION—Inexistencia/OBLIGACION TRIBUTARIA**

No es serio que una persona ejerza el derecho de petición para que se le ejecute y embargue por una deuda tributaria. La administración ejecutora es la única que puede decidir cuál es la oportunidad para el efecto y esto no puede ser materia de petición alguna. Si mañana se le ejecuta por el todo podrá ejercer los derechos, con sujeción a la ley procesal y no con un simple apoyo en normas constitucionales.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C. agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. AC-234. Actor: José Hernán Vera Ramírez.

Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta contra la sentencia de tutela dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el día 10 de julio de 1992, mediante la cual se denegó la protección tutelar.

En la demanda se narraron los siguientes hechos:

“1o.— En virtud de la liquidación del tributo correspondiente al impuesto predial y otros que se liquidan con éste el Municipio de Cali, por intermedio de la Tesorería Municipal me inició proceso de ejecución por jurisdicción coactiva hace unos doce (12) meses, esto es un (1) año.

"2o.— Al irme a notificar del auto ejecutivo, me dí cuenta de que el título ejecutivo no cubría sino escasos dos (2) años por concepto del tributo en mención, y mi obligación tributaria era de unos 17 años atrás o quizás más: En términos concretos la suma que le adeudo al Municipio por tal concepto arranca del año de 1972 hasta la presente.

"3o.— Hice estas observaciones a la oficina fiscal a fin de que se procediera a **ADICIONAR EL TITULO DE RECONOCIMIENTO**, y a la vez lo hice no sólo en forma verbal sino por escrito, y es la fecha en que no se me ha resuelto absolutamente nada sobre el particular.

"4o.— Con fundamento en lo antes expuesto pretendo ponerme al día en materia de mis tributos para con el Municipio y a la vez *proponer LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION LIBERATORIA* de parte de los citados tributos, pues tales obligaciones están prescritas.

"5o.— Como quiera que la Tesorería Municipal nada ha dicho al respecto y a su vez, nada se ha pronunciado sobre mis peticiones debiendo hacerlo por ley, es por lo que me he visto obligado a ocurrir a ese Tribunal a fin de que, se le ordene a la Tesorería se proceda a **RELIQUIDAR MIS TRIBUTOS DESDE LA FECHA EN QUE LOS ADEUDO HASTA LA PRESENTE**, a fin de saber qué es lo que adeudo y así poder esgrimir el medio exceptivo enunciado.

"6o.— Como debe saberlo ese H. TRIBUNAL, sin que medie la orden de pago y el título que así lo respalde mis derechos son no sólo inciertos, sino que también afectan mi patrimonio.

"7o.— Además y como estimo que el tiempo que ha corrido desde que formulé mis respetuosas peticiones en el sentido anotado es más que prudencial, para que la Administración resolviera mis peticiones estoy en la certeza de que la incertidumbre en que me encuentro se prolongará indefinidamente si esa Corporación no ordena a la Tesorería de Cali, a que se resuelvan mis peticiones como lo manifesté".

En el mencionado escrito no se citó como violado o amenazado ningún derecho fundamental.

El Tribunal, como se dijo, denegó la acción propuesta. Para el efecto interpretó que la Administración Municipal de Cali "no ha atendido el derecho de petición ejercido".

Dice el a-quo para respaldar la decisión:

"Argumento que la Sala no lo encuentra respaldado según se puede observar de los documentos que conforman el expediente. Se afirma lo

anterior, porque dicha petición a la cual hace referencia el memorialista, no aparece en el informativo no obstante haberlo solicitado el Despacho de la Magistrada Ponente mediante auto de julio 18 de 1992, ni fue allegada por el peticionario.

“Se observa que si alguna petición ha hecho dentro del proceso ejecutivo, ésta hace parte de las etapas propias del juicio y por lo tanto no son meras peticiones a las cuales la Administración deba responder por fuera de dicho proceso por jurisdicción coactiva.

“No se ha probado entonces cuál es el derecho fundamental que el Dr. Vera encuentra vulnerado o amenazado. Si es el derecho de petición claramente se observa que la Administración no ha guardado silencio ante petición alguna presentada por el ciudadano. Lo que se encuentra es un proceso ejecutivo adelantado en su contra, proceso que en este caso no es objeto de revisión a través de la acción de tutela.

Inconforme el accionante impugnó la decisión del Tribunal. En su escrito, arguye:

“a) En primer término, debo recordarle a la H. Sala que mi acción de tutela está encaminada a lo siguiente:

“Que se reeliquide mi contribución o impuesto predial desde el año de 1972 o sea desde que los adeudo, y no como lo pretende la Tesorería de Santiago de Cali, en su título de reconocimiento que lo hace desde el año de 1989 y en cuantía de \$296.957.00.

“Y que, debido a la ignorancia de las dependencias de la Tesorería Municipal se le ordenara que decidieran lo pertinente.

“b) Como ese H. Tribunal estima que, dispongo de medios pertinentes ante la Jurisdicción Coactiva, sin tener en cuenta que llevo años tratando de solucionar mis problemas de impuestos municipales, es lo cierto que la ineficacia de la Administración y su incapacidad me han tenido todo este tiempo sin que se resuelvan mis asuntos. Uno es pensar cómo lo hace la Sala y otro experimentar en carne propia este traje.

“Si bien es cierto que, dispongo de otros medios legales dentro del proceso ejecutivo a fin de obtener el reconocimiento de mis derechos también lo es que la forma como lo ha venido haciendo la Administración Municipal de Cali, sigue lesionándome y perjudicándome en mis derechos, sin que exista remedio para ello.

“c) Conforme a la ley la acción de tutela contempla esta clase de protección como medida transitoria, cuando exista defensa judicial, así lo

imperera el legislador en el decreto 2591 de 1991 en su Art. 6o. que reza así:

“La acción de tutela no procederá:

1.— Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice *como medio transitorio para evitar un perjuicio... ”.*

“Conforme a lo aquí estipulado pensé y lo sigo estimando que el único medio para que la Administración Municipal me resolviera el impasse en que estoy lo era a través de este medio de amparo constitucional, pero resulta que, todo hasta ahora ha sido en vano”..

Para resolver, se considera:

La sentencia impugnada deberá confirmarse y el asunto aquí propuesto muestra una vez más los excesos a que pueden llegar las acciones de tutela.

El interesado, en una exótica solicitud, muestra su disgusto porque siendo deudor moroso del fisco municipal de Cali por 17 años continuos, sólo se le está ejecutando por dos.

Y esta posición de aparente altruismo, porque en apariencia da a entender que quiere pagar toda la deuda, sólo tiene por finalidad que se le ejecute por el todo para poder alegar la excepción de prescripción de la obligación tributaria y así quedar a paz y salvo. Es decir, quiere ejercer tutela para que se le permita no cumplir una obligación tributaria.

El a-quo fue bastante amplio cuando vio que el derecho violado era el de petición. Aquí, en el fondo, no existe ninguna vulneración ni ninguna amenaza para un derecho fundamental.

No es serio que una persona ejerza el derecho de petición para que se le ejecute y embargue por una deuda tributaria. La Administración ejecutora es la única que puede decidir cuál es la oportunidad para el efecto y esto no puede ser materia de petición alguna. Si mañana se le ejecuta por el todo podrá ejercer los derechos, con sujeción a la ley procesal y no con un simple apoyo en normas constitucionales.

De todo lo anterior se infiere que el fallo de instancia deberá mantenerse, ya que se comparten los planteamientos del a-quo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Confírmase la sentencia de julio 10 de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.**

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 20 de agosto de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

## ACCION DE TUTELA—Informalidad

La "solicitud de tutela" no se puede confundir con una "demanda" en el sentido procesal del término; son fenómenos distintos, cada uno de los cuales reviste sus propias características, como que responden a propósitos diversos. La solicitud de tutela está rodeada de informalidad, según principio enunciado y descrito por el art. 14 del Decreto 2591/91; la única exigencia impuesta más por la lógica que por la preceptiva legal, es la claridad de la petición en lo que atañe a la acción u omisión que se cuestiona, el derecho que se estima vulnerado (el cual se puede deducir del contexto de la solicitud), y la descripción de las circunstancias relevantes para la decisión. De allí que la única razón para ordenar la corrección de la solicitud, y su posterior rechazo, consista en la imposibilidad para determinar "el hecho o la razón" que la motiva.

## TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia/JUICIO DE POLICIA/AMPARO DE POSESION/JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA

Los peticionarios disponían de una acción judicial contencioso-administrativa para hacer valer su derecho, y que no utilizaron la acción de tutela "como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Los actores partieron de un error: considerar que las providencias censuradas carecían de "control posterior", lo que equivale a decir que no tenían control jurisdiccional de legalidad. La apreciación anterior tiene por soporte el inciso 3o. del art. 82 del C.C.A., según el cual "la jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley"; la razón de ser de esta conclusión se ha encontrado en el carácter jurisdiccional que revisten tales providencias. No obstante,

como una excepción a la excepción, la Ley 30 de 1988 en el art. 4 inciso del párrafo del artículo 21 estableció la procedencia de las acciones contencioso administrativas contra las providencias relacionadas con el amparo y la perturbación de la posesión de inmuebles rurales, disposición que, dado su carácter especial, no pudo ser derogada por el D.E. 2304/89, cuyo artículo 12 modificó el 82 del C.C.A.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. —* Santafé de Bogotá, D.C. dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-221. Actor: Isaías Martínez y Otros.

Procede la Sala a resolver las impugnaciones propuestas por el Departamento del Magdalena (fls. 104 y ss.) y por la sociedad Solano Dávila & Cía. (fls. 82 y ss) en contra del fallo proferido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena, el 26 de junio de 1992, por cuya virtud adoptó estas decisiones:

“1.— Concédese la tutela impetrada por los señores ISAIAS MARTINEZ, PEDRO J. MARTINEZ y JOSE DEL CARMEN GARCIA LUNA en contra del Alcalde Municipal de Aracataca y el Gobernador del Departamento del Magdalena, en solicitud formulada ante esta Corporación, recibida el día 29 de mayo del año en curso.

“2.— En consecuencia, y como protección para los solicitantes, se ordena al señor Alcalde Municipal de Aracataca, abstenerse de ejecutar el lanzamiento de los mismos del predio ‘La Bocatoma’, dispuesto por él en sentencia del 28 de enero de 1992, hasta tanto la justicia ordinaria no adopte, por providencia ejetuaroriada, la decisión que a ella compete.

“3.— Notifíquese este fallo a las partes y al interviniente, en la forma prevista en los artículos 16 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

“4.— De no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

“5.— Reconócese a los doctores JOAQUIN CEBALLOS ANGARITA y ORLANDO ENRIQUE EBRATT, con Tarjetas Profesionales Nos. 24.323 y 50.917, respectivamente, como apoderados del Gobernador del Departamento del Magdalena y del interviniente EDUARDO SOLANO DAVILA, a quien se admite en tal carácter”. (fl. 77).

## EL FALLO IMPUGNADO

La parte motiva de la sentencia recurrida arroja claridad suficiente respecto de los extremos de la controversia razón por la cual la Sala Estima conveniente transcribirla íntegramente:

“Procede la Sala a decidir en atinencia a la solicitud de tutela formulada por los señores ISAIAS MARTINEZ, PEDRO J. MARTINEZ y JOSE DEL CARMEN GARCIA LUNA, definida como se encuentra a su juicio, la cuestión litigiosa, sin que haya necesidad de practicar pruebas (art. 22 decreto 2591 de 1991).

### “LA SOLICITUD DE TUTELA

“Los peticionarios, asistidos de apoderado, solicitan que se les ampare el derecho al debido proceso, desconocido por las providencias dictadas por el Gobernador del Departamento del Magdalena y el Alcalde de Aracataca en cuanto se decretó su lanzamiento del predio ‘La Bocatoma’, ocupado por ellos.

“Al efecto, piden la suspensión, en forma inmediata como medida provisional, de la providencia de enero 28 de 1992 mediante la cual el Alcalde de Aracataca, en obediencia a disposición del Gobernador, decretó el lanzamiento o desalojo de los peticionarios del predio rural que ocupan.

“Solicitan también que al proferir el fallo de fondo, se ordene compulsar copias para que se investigue la conducta de los funcionarios que dictaron las providencias objeto de la acción.

“Esta solicitud, en criterio de la Sala reúne los requisitos del artículo 14 del decreto 2591 de 1991 en cuanto expresa las actuaciones administrativas que la motivan, el derecho que se considera violado, los nombres de los funcionarios que, con autoridad pública, como Gobernador del Departamento del Magdalena y Alcalde Municipal de Aracataca, produjeron los actos que agravan el derecho cuya tutela se pretende, la dirección de los solicitantes y algunas otras circunstancias relevantes a los propósitos de la acción intentada.

“La formalidad de manifestar bajo juramento que no se ha presentado otra acción de tutela respecto de los mismos hechos, carece de la virtualidad para frenar o entorpecer el trámite y la decisión de la solicitud, no sólo por ser un acto externo a la solicitud o a su contenido, sino en razón de que la acción de tutela debe interpretarse dentro del contexto teleológico que la orienta, en armonía con otros preceptos constitucionales, entre ellos los que consagran la garantía o el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (arts. 228 y 229 C.P.).

## DERECHO CUYO AMPARO SE DEPRECA

“La solicitud de tutela se funda en que con las providencias que en ella se mencionan, se ‘recortó el derecho de defensa’ de los peticionarios y se violó el ‘debido proceso’ derechos éstos de carácter fundamental, previstos en el artículo 29 de la Constitución.

“Según esta disposición, incorporada en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política, bajo el epígrafe ‘De los derechos fundamentales’ (artículos 11 a 41), tales derechos se encuentran consagrados así:

“‘El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas’.

“‘Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante Juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’.

“Sin embargo, como se anotó en el auto admisorio, la acción de tutela impetrada propende, en el fondo, por el respeto a la posesión que los peticionarios ejercen sobre un predio rural, que si bien no es un derecho fundamental, puede, por igual ser protegido dado su rango constitucional como hecho externo del derecho de dominio, con cuanta mayor razón si se conculca por autoridad administrativa sin competencia para ello.

### “ACTUACION Y RELACION JURIDICO PROCESAL

“Admitida la solicitud, como medida provisoria, se ordenó la suspensión de la aplicación de la providencia dictada por el Alcalde Municipal de Aracataca de fecha 28 de enero de 1992 y el auto de mayo 11 de 1992, que la confirma, proferida por el Gobernador del Departamento del Magdalena, que decreta el lanzamiento de los accionantes, en virtud de querrela civil policiva instaurada por EDUARDO SOLANO DAVILA, hasta tanto se adopte el fallo que corresponde frente a la pretensión.

“Se dispuso, así mismo, notificar la admisión de la solicitud a los señores Alcalde Municipal de Aracataca y Gobernador del Departamento del Magdalena, lo que en efecto se cumplió. Este último, por conducto de apoderado, respondió la solicitud, para impugnar la acción promovida, con fundamento en:

“— Ineptitud de la ‘demanda de tutela’ por falta de un requisito sustancial, a saber, no haber manifestado bajo juramento que no se había presentado otra respecto de los mismos hechos y derecho.

“— Que el derecho que se quiere amparar con la acción de tutela instaurada no tiene naturaleza constitucional fundamental; y que no existe perjuicio irremediable, puesto que los peticionarios, dentro del control jurisdiccional que opera para las providencias administrativas sobre amparo respecto de predios rústicos bien podían demandar la restitución del inmueble o el resarcimiento de perjuicios, de llegar a producirse.

“— Que la querrela policiva incoada fue tramitada, conforme al pronunciamiento del Gobernador, por el procedimiento establecido en el Código de Policía Departamental, siendo de competencia de las autoridades de policía, como se ha ejercido ininterrumpidamente, y que es a los funcionarios administrativos a quienes compete mantener el statu quo anterior a la querrela.

“A la actuación concurrió de otra parte el querellante dentro del proceso policivo, señor EDUARDO SOLANO DAVILA, —a quien se tendrá como interviniente, coadyuvante de la autoridad (art. 13, inciso 2, decreto 2591 de 1991)—. En voces de su apoderado la acción de tutela es improcedente, porque se presta para dilatar la diligencia de entrega o desalojo dictada por el Alcalde Municipal de Aracataca; porque los peticionarios están invadiendo una propiedad privada y ya antes habían sido sacados de allí por el Juez Promiscuo Municipal de Aracataca. Además, la acción se entabló tan pronto se tuvo conocimiento de la posesión clandestina, la competencia fue saneada y si bien ‘... es cierto que son los jueces agrarios que conocen de esta clase de conflictos, pero como éstos no existen en nuestra legislación, corresponde a el (sic) Alcalde conocer de dicho conflicto’.

“Pide se aplique la excepción perentoria, como es la de nulidad relativa de la acción de tutela y se aplique el artículo 26 del decreto 2591 de 1991.

### “ANTECEDENTES

“Al proceso se allegó el expediente administrativo con el cual se tramitó la querrela policiva instaurada por el señor EDUARDO SOLANO DAVILA, del cual se obtiene la siguiente información:

“1.— El día ocho (8) de julio de 1991 se recibió en la Alcaldía Municipal de Aracataca la ‘demanda de lanzamiento por ocupación de hecho, instaurada por el señor Eduardo Solano Dávila’ (folio 1 vto.). La demanda aparece dirigida contra los señores NEFFER MARTINEZ, WIIL MARTINEZ, ESTEBAN MARTINEZ, JACOBO REDONDO, ISAIAS BARRAZA, ENRIQUE REDONDO, JOSE LUNA, ANTONIO ROMO, ALEJANDRO SEGUNDO GUERRA, PEDRO MARTINEZ y NUMAS GRANADOS. Surge aquí una primera observación, cual es la de que en esta relación de demandados no figura ninguno de los peticionarios de la acción de tutela.

“La demanda relata que la ocupación que origina la querrela ocurrió el día 6 de julio; pero a renglón seguido da cuenta y se adjunta copia de una

denuncia penal, en la que se acusa de invasores a las mismas personas contra quienes se dirige la querrela y de un escrito, fechado el 23 de noviembre de 1990, donde se dice que 'desde hace aproximadamente un mes' viene sufriendo el asedio de invasores. Cabe, entonces, observar, que la invasión de la finca del querellante ocurrió mucho más de seis (6) meses antes de la fecha en que se presentó la demanda de lanzamiento por ocupación de hecho.

"2.— Admitida la demanda, cuando se pretendió realizar una inspección judicial en la finca 'Bocatoma' la diligencia no se pudo realizar 'porque hubo sabotaje, al parecer por parte de la guerrilla o invasores...'

"Ante esa situación, el Alcalde Municipal de Aracataca optó por remitir la actuación al Juez Promiscuo Municipal; éste, empero, la devolvió, por cuanto de acuerdo a lo relatado en la querrela '... VIAS DE HECHO y OCUPACION DE HECHO, la competencia para la tramitación de dicho proceso corresponde por una parte a los Alcaldes Municipales y por otra a los jueces civiles del Circuito...'. (folio 28).

"3.— De vuelta el proceso al Alcalde, al despacho de éste concurren los señores PEDRO MARTINEZ, JOSE GARCIA LUNA, ISAIAS MARTINEZ y GUSTAVO CACERES, a fin de que se les notificara de la denuncia instaurada por el señor EDUARDO SOLANO DAVILA (folio 32).

"4.—Pudo así el Alcalde Municipal realizar una inspección judicial al predio 'Bocatoma' y según el acta de la diligencia, constatar que allí no menos de treinta (30) personas con hijos menores, poseían cada una entre una (1) y ocho (8) hectáreas, con cultivos de pan coger (folio 35). La antigüedad de los cultivos, según el dictamen de los peritos que intervinieron en la diligencia, oscilaba entre cuatro (4) y ocho (8) meses, lo que ratifica que la ocupación no era reciente.

"Con el propósito de demostrarlo así, el señor ISAIAS MARTINEZ allegó constancias escritas del Gerente Regional del INCORA y de otros funcionarios del mismo Instituto, que dan cuenta de que él estuvo adelantando diligencias relacionadas con el predio 'Bocatoma' entre los meses de enero a julio de 1991 (folios 45 a 49) y que el INCORA dispuso una inspección a dicho predio.

"5.— Antes esa evidencia, el Alcalde Municipal de Aracataca, y en vista de que la ocupación era superior a treinta (30) días se inhibió para seguir conociendo del proceso, por carecer de competencia, y dispuso darle traslado a la justicia ordinaria (folios 83-84).

"Esta sana decisión fue luego revocada por el Gobernador del Departamento del Magdalena mediante providencia del 26 de diciembre de 1991, distinguiendo entre 'lanzamiento por ocupación de hecho' y 'perturbación

de la posesión' y afirmar que se estaba en presencia de esta última, regulada por el Código Departamental de Policía y para la cual el término de caducidad es de seis (6) meses siguientes de haberse tenido conocimiento de la perturbación. Se dispuso, en consecuencia, por el señor Gobernador, que la Alcaldía de Aracataca continuase con el trámite de la querrela, dictando sentencia de fondo.

"Esta decisión la dictó el Gobernador del Departamento del Magdalena desoyendo el concepto del Procurador Agrario, quien pidió la nulidad de lo actuado, puesto que no se trataba de una solicitud para que cesaran las vías de hecho sino que se estaba ante un proceso para 'lanzamiento por ocupación de hecho', cuyo conocimiento corresponde a los jueces civiles mientras se organiza la jurisdicción agraria (folios 116-117).

"6.— La orden superior fue acatada por el Alcalde de Aracataca, y se produjo así, dictada por éste, la orden de desalojo contenida en providencia del 28 de enero de 1992.

"Esta decisión fue técnicamente confirmada por el Gobernador, al denegar la nulidad por incompetencia planteada por la apoderada de los ocupantes. De esta providencia, llama la atención la tangencial referencia que se hace al punto de la competencia y el rechazo por la oportunidad de la presentación de la solicitud de nulidad. Sobre lo primero dice: 'Esta afirmación (la de que el proceso debió tramitarse por jueces conforme al decreto 2303 de 1989) reviste importancia y es motivo que amerita un serio estudio, extraquerella, que conduzca a definir, hacia el futuro, el factor competencia en los casos originados en conflictos agrarios de tierra' (sic); y respecto a la oportunidad de la nulidad propuesta: '... en ningún momento de la controversia la parte querrellada propuso o invocó nulidad por falta de jurisdicción y de competencia'.

#### **"CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

"1.— Para la Corporación resulta atinado el concepto del Procurador Agrario, a que se hizo referencia, en cuanto que el proceso incoado por el señor EDUARDO SOLANO DAVILA es, como él mismo lo indicó en el poder que otorgó a su mandatario y como se consigna en el escrito de demanda, de 'lanzamiento por ocupación de hecho'. Este se distingue de las actuaciones administrativas encaminadas a impedir las perturbaciones a la posesión, o como lo dice el Código Departamental de Policía del Magdalena, a impedir las vías de hecho y mantener las cosas en el estado en que se encontraban al momento de instaurarse la demanda por resultar el litigio de competencia del poder judicial. El primero, el lanzamiento por ocupación de hecho, es del resorte de la justicia; el segundo de la Policía.

"Las vías de hecho, para impedir las cuales está la Policía, entendida como poder-regulador de las libertades en beneficio de la sociedad y en ca-

beza de autoridades administrativas, consisten en ‘... actos de cambio o destrucción de cercas, mojones o linderos u otros análogos que impliquen destrucción de riqueza...’ según la noción que de ellas da el artículo 86 del decreto 59 de 1938. La ocupación de hecho, en cambio, implica ‘... la incursión en una finca no para causar daños o destruir riqueza sino para integrarse a la tierra y traducir esta unión en explotación económica con ánimo de señor y dueño, para hacerla productiva’ (Luis Augusto Cangrejo Cobos, “Cartilla del Personero”).

“2.— El lanzamiento por ocupación de hecho ha tenido una doble consagración legal y ha estado sometido a trámites diversos, según la ubicación, urbana o rural, del inmueble ocupado. Si se trata de predios urbanos, las normas y procedimientos a seguir vienen dados por la ley 57 de 1905 y el decreto 992 de 1930; y si de predios rurales, por la ley 200 de 1936 y el decreto 59 de 1938, que la reglamenta.

“La competencia para conocer de los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales, dada a los jueces de tierra y, desaparecidos éstos, a los respectivos jueces civiles del circuito (art. 31 ley 4 de 1943), dejaba a salvo las atribuciones de la policía cuando se le solicitaba a ésta mantener las cosas en el estado en que se encontraban o para evitar las vías de hecho (art. 32 ley 200 de 1936) a condición de que la querrela se formulara dentro de los treinta (30) días siguientes al primer acto de violencia o depredación (decreto 1.999 de 1940).

“De suerte, pues, que en el evento que nos ocupa, el Alcalde Municipal de Aracataca pudo haber brindado la protección pedida si la queja se le hubiese presentado dentro de los treinta (30) días siguientes a la perturbación inicial; más como no fue así, sino que, como quedó consignado atrás, la queja se formuló cuando habían pasado más de seis (6) meses de la perturbación inicial, fue acertada su providencia mediante la cual se declaró inhibido para conocer del proceso de lanzamiento y ordenó pasarlo a la justicia ordinaria por carecer él de competencia.

“La competencia de los jueces para conocer de los procesos de lanzamiento por ocupación de hecho de predios rurales, quedó radicada, sin discusión alguna, en la jurisdicción agraria, conforme al artículo 2 del numeral 6 del decreto ley 2303 de 1989, sólo que mientras se organizan los juzgados agrarios su conocimiento corresponde a los jueces civiles del circuito. Fue ese el sentido de la devolución del proceso que hizo el Juez Promiscuo Municipal de Aracataca, sin que ello pueda significar, como se pretende, que la competencia policiva ‘fue saneada’.

“Actuó, pues, la autoridad administrativa (Alcalde Aracataca-Gobernador del Magdalena) sin competencia para ello, cuando conoció de un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho de un fundo agrario, estando

en plena vigencia el decreto 2303 de octubre de 1989, cuya existencia desconoció de plano la Gobernación del Magdalena al dejar para un futuro, extraquerella, el estudio del problema de la competencia de litigios agrarios, siendo que le había sido planteada una nulidad por razones de la índole anotada.

“Adelantar un proceso civil, eminentemente judicial, y decretar un lanzamiento, sin competencia para ello, por la autoridad administrativa, comporta violación del debido proceso, el cual, según la Constitución debe aplicarse toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, no como mero apego a unas formas sino como garantía democrática, expresión viva de la igualdad jurídica de las personas.

“3.— La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992 tiene como presupuestos la vulneración de un derecho fundamental y la inexistencia de otro medio de defensa para evitar el daño.

“Respecto del primer presupuesto se tiene que la solicitud que se resuelve ha sido utilizada para corregir la vulneración de una garantía fundamental de la persona, consistente en que sólo se le puede vencer en juicio previo un debido proceso. Y aunque se ahondara en el objeto teleológico de esta acción, la presente, se concluiría en que también es posible extender a derechos que no son fundamentales, examinado el caso concreto, conforme al artículo 2o. del decreto 2591 de 1991 cuando expresa: ‘Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos...’.

“En cuanto al segundo presupuesto, los solicitantes tendrían a su alcance, en cuanto no haya caducado, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo preceptúa el artículo 21, Parágrafo inciso 4, de la ley 30 de 1988; desde luego que, según el criterio de la Gobernación del Departamento, la providencia fue dictada en un proceso policivo de amparo de posesión, y al tenor de la norma en cita ‘Son susceptibles de las acciones contencioso administrativas las providencias proferidas por las autoridades de policía en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales’.

“Sin embargo, en razón del principio de ejecutividad de los actos administrativos, dada su fuerza ejecutoria, la iniciación de una acción contenciosa-administrativa no sería por sí mismo suficiente para paralizar el cumplimiento de la decisión administrativa. O sea que apreciando la situación en concreto (art. 6 numeral 1 decreto 2591) los peticionarios carecen en realidad de otro medio de defensa.

“En todo caso, estarían ellos ante un eventual, casi cierto, perjuicio irreparable que es posible precaver. Para la Corporación no ofrece duda alguna el que la situación de los peticionarios no encaja dentro de los moldes o circunstancias previstas en el artículo 1o. inciso segundo del decreto 306 de 1992, porque aparte de la posibilidad de ejercer la acción contencioso administrativa aludida, no tienen posibilidad de acudir ante autoridad judicial en solicitud de cualquiera de las disposiciones alternativas que allí se indican. Pretender, como lo insinúa el apoderado del señor Gobernador que los interesados después de ser desalojados intenten la entrega o restitución del inmueble, es aspirar a un imposible jurídico, abstraído de la realidad.

“De lo expuesto surge con nitidez el derecho que asiste a los accionantes para obtener la tutela impetrada que, como lo señala la Carta tiene por finalidad la protección de los derechos constitucionales fundamentales y aún de los que no lo son, según el caso concreto, siéndole ajenas circunstancias subjetivas como las expuestas, en defensa del derecho que dice asistirle, el interviniente coadyuvante de la autoridad. Porque si, como lo afirma su apoderado, los peticionarios están invadiendo una propiedad privada, la ley le da a él también medios para reivindicar su dominio o amparar su posesión, sin que para ello sea menester acudir a actuaciones que desconocen la normatividad jurídica o agenciarse el apoyo de autoridad carente de competencia para los efectos pretendidos.

“4.— Finalmente, respecto de los planteamientos hechos —en modo exceptivo— por los señores apoderados de la Gobernación del Departamento del Magdalena y del interviniente, ha de decirse:

“a. Al examinar la solicitud de tutela y su contenido, ya la Sala expresó su criterio de que la ausencia de la formalidad de no haberse manifestado bajo juramento no haberse presentado otra solicitud de tutela con base en los mismos hechos y derecho, no constituye ineptitud de la misma. Siendo el propósito del legislador evitar desgaste en la tramitación simultánea de varias solicitudes de tutela sobre el mismo objeto, no es injurídico admitir que ese vacío queda suplido con la disposición, expresada por escrito en la solicitud, de estar presto a dar el juramento exigido, puesto que deja la convicción de que no se están ejerciendo más peticiones de tutela.

“b. En cuanto a la petición ‘... que se aplique la excepción perentoria como es la nulidad relativa de la acción de tutela que invoca Isaías Martínez, Pedro Martínez, José García Luna...’ la Sala se siente relevada de pronunciarse sobre ella al no captar o poder interpretar siquiera lo que se pretende y no poder identificar la causa o motivo que pudiera originar la nulidad relativa que se plantea, amén de que la proposición carece de los requisitos que señala el artículo 143, inciso 2, del Código de Procedimiento Civil.

“Lo mismo cabe decir de que ‘... se aplique el decreto 2591 de 1991 Art. 26’, porque la Sala no tiene información alguna de que se haya dictado

resolución, administrativa o judicial, que revoque el lanzamiento decretado por el Alcalde de Aracataca o que se haya desistido de la tutela por quienes la invocan, eventos éstos a los que se refiere la norma invocada". (fls. 66 a 76 del expediente).

### LAS RAZONES DE LOS IMPUGNANTES

a) El apoderado judicial de la Sociedad Solano Dávila & Cfa., dijo en su escrito:

"1.— El Alcalde de Aracataca dictó providencia tal como lo ordena el Superior porque se logró constatar que las personas antes mencionadas son unos invasores profesionales. Se encuentran expropiando de la posesión del predio denominado Bocatoma a mi mandante, desde el mes de julio de 1991.

"2.— Hubo una invasión con las personas contra quienes se inició la querrela, pero cuando se fue a hacer la inspección judicial nos dimos cuenta que se habían salido los primeros antes mencionados, y se habían metido otras personas que son ISAIAS MARTINEZ, JOSE GARCIA LUNA, PEDRO MARTINEZ y otros, por eso se ordenó hacer Inspección Judicial para determinar la verdadera identidad de los que se encuentran haciendo presencia en el lugar indicado.

"3.— En cuanto a las siembras que tienen ellos, son puras plantas cuarentenas, o sea que crecen en 40 días y el resto son trasplantados, las cuarentenas son: MELON, PATILLA, AHUYAMA, etc. El resto como COCO, MANI, y AJONJOLI, PALMA, son trasplantados porque son plantas de 3 ó 4 años de crecimiento, todo esto como se vio en la Inspección Judicial.

"4.— Los invasores alegan que se les recortó del Decreto de Defenza (sic), cosa que no es cierta, porque se les dio el tiempo que fija la Ley y sus respectivos procedimientos fundamentales para que contestaran demanda y apelaran ante el Superior. Anexo copia de la contestación de la demanda y todas las actuaciones hechas por su apoderada, porque la sentencia les fue desfavorable, acuden a su despacho aduciendo argumentos o patrañas como las que están invocando, cuando tuvieron todas las oportunidades del caso, la Alcaldía de Aracataca y la Gobernación del Magdalena dictaron sentencia, porque se está violando el Derecho de Dominio y posesión del señor EDUARDO SOLANO DAVILA. Están haciendo posesión clandestina de los terrenos objeto del litigio porque tumbaron las ceras (sic) y sacaron el ganado de los potreros y se metieron después de haber sacado a los primeros invasores.

"5.— Así como están engañando a su despacho con todas las mentiras que están aduciendo, señor Magistrado se le solicita verificar si la apoderada

no ha ventilado en otro despacho la acción de tutela tal como dice el decreto No. 2591 del 9. (sic) para que se investigue la conducta de su apoderada que da mucho que decir con dichas actuaciones.

“6.— Con respecto a la posesión que ejerce mi mandante es de más de 40 años y con dominio de amo señor y dueño hace años.

“Los peticionarios antes mencionados tumbaron las cercas y los potreros e hicieron dominio y posesión clandestina, sacaron al ganado de los potreros, a tal punto que cuando el ganado se les mete a los potreros los invasores lo sacan.

“7.— El derecho fundamental de tutela que los señores antes mencionados invocan, éste no ha sido violado porque esta es una actividad delictuosa que causa a mi mandante graves daños irreparables.

“8.— Cabe notar (sic) que en dicho predio se han presentado dos invasiones, la primera la organizó NEFFER MARTINEZ y otros, y la segunda la está organizando ISAIAS MARTINEZ, JOSE GARCIA LUNA, PEDRO MARTINEZ. La primera se salió cuando el Juez Promiscuo ordenó su requerimiento. En la segunda se entabló la querrela civil contra los mismos porque se desconocía la identidad de los que se encontraban haciendo presencia en el lugar, pero a la hora de la Inspección se estableció la identidad de los invasores. Los únicos que no salieron del predio fueron: ISAIAS MARTINEZ, alias ISAIAS BARRAZA, JOSE GARCIA LUNA, alias JOSE LUNA, y PEDRO MARTINEZ, quienes nunca atendieron el requerimiento del juzgado promiscuo Municipal de Aracataca y organizaron otra invasión ya que la primera no les dió resultado el día 5 de julio de 1991.

“Eso nos explica porqué no aparecen en la primera invasión porque se cambiaron e invirtieron los nombres para poder hacer presencia en el predio y confundir a la Justicia, como lo están haciendo en el Tribunal Contencioso. Esta es la explicación por la cual no aparecen las personas que se están tutelando.

“9.— Los invasores están respaldados de un grupo armado de la guerrilla, que ha perjudicado al señor EDUARDO SOLANO D. El Alcalde MUNICIPAL envía el expediente al Juez Promiscuo Municipal para definir la competencia, se consultó con el Juez Unico Civil del Circuito de Ciénaga y el Juez Unico Civil del Circuito de Fundación y le conceptuaron al Juez Promiscuo que le correspondía al señor Alcalde Municipal o a El Superior más inmediato de (sic) conocer de dicho conflicto, porque en la jurisdicción de Aracataca no hay Juez Civil del Circuito.

“10.— Los peritos rindieron un informe donde nos explicaban con claridad el tiempo de los cultivos, ya que se encontraban revueltos los culti-

vos. En los que ellos dicen que tienen 8 meses, aparecen cultivos que son de 40 días como son Patilla, Melón, Ahuyama, etc., por eso se pidió ampliación del dictamen pericial que la apoderada de las demandas (sic) no menciona a dicho Tribunal que es donde se aclara la inspección judicial, anexo copia de la ampliación.

“11.— El señor ISAIAS MARTINEZ B. fue al Incora mucho después de que el señor EDUARDO SOLANO ofreció en venta al Incora un pedazo de la tierra.

“12.— Al enviarlo a justicia ordinaria, esta decidió que tenía que ser asuntos municipales o la oficina de orden público de la Gobernación del Dpto. quien tenía que definir este conflicto, por ese motivo la gobernación se pronunció, porque si no hubieran sido los competentes ellos hubieran remitido el negocio a donde hubiera correspondido.

“13.— El Gobernador no acogió la solicitud del procurador porque se estaba prestando para dilatar el proceso porque en nuestra legislación no hay jueces de tierras y en la jurisdicción de Aracataca no hay jueces civiles del circuito.

“14.— En cuanto a las consideraciones del Tribunal no es procedente porque la Alcaldía dictó un STATUS QUO que no fue obedecido por los invasores, porque el admitir la demanda se les pidió que mantuvieran las cosas en el estado en que se encontraban.

“Las autoridades administrativas protegen los actos que en beneficio de la sociedad están atentando en actos destructivos como lo han hecho los invasores, como es la destrucción de cercas, potreros o mojones, han distorsionado los linderos del inmueble.

“15.— Los peticionarios carecen en realidad de otro medio de defensa (sic) porque ya los (sic) habían agotado todos sus recursos habidos y por haber, como se dice anteriormente hicieron uso de todos sus derechos que le otorga la ley.

“16.— En todo caso la acción de tutela está lesionando gravemente y ocasionando un perjuicio irreparable a mi mandante”. (fls. 82 a 85 del expediente).

b) El Departamento del Magdalena, también por medio de apoderado, estimó:

“1.— Ineptitud de la Demanda.— No obstante el merecido respeto que le profeso al criterio acogido por la Sala del H. Tribunal, enunciado en el literal a) del proveído impugnado, discrepo de su apreciación, pues estimo

que el escrito introductorio de la acción de Tutela está viciado de ineptitud, por no reunir el mismo requisito exigido por el inciso segundo del artículo 37 de prenotado Decreto 2591, precepto que de manera terminante establece: 'El que interponga la Acción de Tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otro respecto de los mismos hechos y derechos. *Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio...*' (He subrayado).

"Con enhiesto respeto me aparto del concepto consignado en el fallo que impongo.

"En efecto: A contrario sensu del criterio acogido por el H. Tribunal en dicho proveído, pienso que la exigencia en comentario no es una formalidad requerida por el artículo preinserto con el propósito preponderante 'del legislador de evitar desgaste en la tramitación simultánea de varias solicitudes de Tutela sobre el mismo objeto', sino que además de enervar la ocurrencia de esa situación, el legislador extraordinario al proferir el estatuto reglamentario de la Acción de Tutela entronizado en la Carta Política (Art. 86), quizo (sic) librar a esa acción de un ejercicio abusivo y consagró como garantía efectiva para la erradicación de tal abuso, la figura del juramento incardinado en el texto o cuerpo de la demanda de tutela.

"Este entendimiento emana de la letra y del espíritu del artículo 37 inciso segundo, que, además, en su parte final introduce otro requisito —este para el despacho que recibe el libelo introductorio de la acción— cuando prescribe que 'al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio'.

"Desea el autor de la normatividad reglamentaria del artículo 68 (sic) de la Constitución Nacional, que el accionante de la tutela no sature los despachos judiciales, pero por encima de ese sano anhelo brilla una intención de mayor entidad cual es la de comprometer al que impetrar la tutela, "bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos". Y en orden a que ese juramento sea el resultado de un acto humano, deliberado y consciente, que no redunde en efectos sorprendidos y perjudiciales contra el que lo prestó el anotado legislador en el cuerpo mismo del invocado inciso, exige que se le advierta al que presenta la demanda 'sobre las consecuencias penales del falso testimonio'.

"Fluye así claramente el ánimo del legislador de rodear de máximas garantías a la sociedad colombiana contra el ejercicio abusivo e irresponsable de la acción de tutela. Y con ese propósito estableció los requisitos consagrados en el inciso segundo del mentado artículo 37, con miras a que sea castigado penalmente el accionante incurso en el delito de 'falso testimonio', tipificado y sancionado por el artículo 172 del Código punitivo del país.

“Es que, la simple declaración hecha por el demandante de la tutela de estar presto a dar ese juramento, no constituye juramento, de donde se infiere que si no hay juramento, obviamente tampoco existe advertencia acerca de las consecuencias penales que puedan surgir del ‘falso testimonio’, de lo cual se colige que no se cumplen las exigencias del artículo 37, inciso segundo; y sí dentro del proceso de la tutela admitida y otorgada con pretermisión de esos requisitos se llegase a demostrar que previamente se había promovido en otro juzgado igual acción con resultado negativo, no habría manera de aplicarle al accionante la sanción señalada en el artículo 172 del Código Penal, resultado este que destruiría el aspecto teleológico o finalista de los requisitos pedidos por el precepto 37 ut supra, con los consecuentes perjudicios inherentes a la inaplicabilidad del acto u omisión objeto de la tutela.

“¿Pero será la hipótesis enunciada ‘un imposible jurídico abstraído de la realidad? No lo creo, pues por ser un supuesto convertible en realidad, el legislador se anticipó a establecer a través de los requisitos del artículo 37, inciso segundo antecitado, cortapisas a eventuales fraudes a la ley.

“Es que, en la esfera teleológica, el legislador, al elaborar esta disposición, apuntó más a prevenir tales actuaciones fraudulentas que a proteger el desgaste de los despachos judiciales por multiplicidad de solicitudes de tutela. Sano criterio axiológico, ya que, en la escala de los valores, ocupa más elevada jerarquía aquel propósito que este último.

#### “INCOMPETENCIA DE LA ALCALDIA DE ARACATACA Y DE LA GOBERNACION

“Tampoco comparto la decisión del H. Tribunal en el fallo impugnado, en el que afirma que ‘actuó, pues la autoridad administrativa (Alcalde Aracataca-Gobernador del Magdalena) sin competencia para ello, cuando conoció de un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho de un fundo agrario, estando en plena vigencia el Decreto 2303 de octubre de 1989, cuya existencia desconoció de plano la Gobernación del Magdalena al dejar para un futuro, extraquerella, el estudio del problema de la competencia de litigios agrarios siendo que le había sido planteada la nulidad por razones de la índole anotada’, de lo cual deduce el mismo Tribunal ‘violación del debido proceso’.

“Fundamento mi discrepancia en que, la Gobernación tramitó la querrela por la vía de la perturbación a la posesión, y siguió el ordenamiento contenido en el Decreto Ordenanza No. 124 de 11 de abril de 1984 (Código de Policía del Departamento) referente al amparo policivo a la posesión.

“La tramitación policivo – administrativa la cumplió la Gobernación en el convencimiento de que tenía y tiene competencia para avocar el cono-

cimiento de las querellas que tengan por finalidad dicho amparo a la posesión contra los actos de perturbación que a ella puedan afectar, persuasión que emana, entre otras razones, del concepto emitido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, cuyo tenor es: 'Cabe preguntarse ya: ¿Cuál será el procedimiento especial para el caso de que se presenten vías de hecho? Qué aplicarán las autoridades de policía cuando, en verdad no está previsto ese procedimiento en el Código Nacional de Policía y, en cambio, sí lo está en Códigos Departamentales de Policía, como por vía de ejemplo en el de Antioquia (Ordenanza 12 de 1927...)?

“En este aspecto es menester aseverar que corresponde al Legislador, bien ordinario, como al gobierno en uso de sus facultades extraordinarias, dictar las normas con fuerza de Ley, acerca del orden policivo nacional. Esas normas son de jerarquía prevalente sobre las ordenanzas de las asambleas departamentales. Así las cosas, en materia policiva será aplicable el Decreto-Ley 1355 de 1970. Empero, como en la reforma constitucional de 1945, el art. 187 de la Carta dejó a las asambleas la reglamentación de lo policivo local, en todo aquello que no haya sido materia de reglamentación por la Ley, es decir que ya las asambleas son subsidiarias de la Ley en ese aspecto, y así quedó también dicho en la reforma constitucional de 1968 (y está consignado en el art. 300, numeral 8 de la Constitución de 1991, agrega el que transcribe), y como en el citado decreto no se regula el procedimiento cuando se trate de las aludidas vías de hecho, resulta afirmable que en ello tendrán aplicación las normas que estén previstas en los Códigos de Policía de los respectivos departamentos. Ello, se repite, si no hay leyes sobre la materia, porque si las hubiere, serán de prevalencia'. (Citada por Urrutia Mejía, Hernando, La ocupación de Hecho, Bogotá, 1990, págs. 93 y 94).

“La misma corporación, en esa oportunidad manifestó: 'Por razón de vías de hecho aparece claro que es competencia de las autoridades de policía intervenir, trátase de predios urbanos como rústicos. Ello tiene respaldo en el artículo 32 de la Ley 200 de 1936, en el Decreto 1999 de 1940 y en el Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía)' (ob. cit. p. 93).

“Los apartes copiados dejan nítido el convencimiento para la Gobernación de que ella —y también la Alcaldía de Aracataca— tenían competencia para tramitar la querrella por perturbación a la posesión tal como lo hicieron en el asunto sometido a tutela.

“En cuanto a lo tocante con la existencia del Decreto 2303 de 1989 y la jurisdicción agraria, la Gobernación entendió y está convencida aún de ese criterio, que aquella conoce de los conflictos agrarios diferentes de la perturbación a la posesión, cuyo amparo, por la vía policiva, está todavía asignada a las autoridades de policía (alcaldes y gobernadores) dentro de la función y acto de policía.

“En punto a este amparo policivo sostuvo el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto preinserto: ‘Tenemos así que la policía uniformada intervendrá verbigracia cuando sea alterada la tranquilidad pública y decretará un statu quo provisional sin entrar a analizar la buena o mala fe (asuntos de derecho) en la alteración de éste, mientras el funcionario administrativo (inspector o alcalde) toma cartas en el asunto a fin de decidir si al querellante le asiste la razón y entonces sí decretar el statu quo definitivo...’.

“Como se puede apreciar, la policía a través de sus funciones administrativas (inspectores, alcaldes, gobernadores) también tienen que resolver asuntos de derecho y analizar documentos, para verificar la buena o mala fe del poseedor (art. 979 C.N. de P.), y *amparar así provisionalmente el derecho a la posesión, mientras* la autoridad judicial decide en forma definitiva con fuerza de cosa Juzgada a quien le asiste el derecho...’. (Subraya fuera del texto).

“No se observa, por lo expuesto, la incompetencia predicada, ni la violación del debido proceso.

“3.— Inexistencia de derecho fundamental y de perjuicio irremediable.

“El derecho que se quiere amparar no tiene naturaleza constitucional fundamental. Así lo reconoce el H. Tribunal. Sin embargo, esta Corporación estima que es procedente la tutela de conformidad con el artículo 2o. del Decreto 2591 de 1991.

“De acuerdo con el artículo 1o., inciso segundo, Literal d, del decreto 306 de 1992, reglamentario del decreto 2591 ut supra, ‘no se considera que el perjuicio tenga el carácter de irremediable, cuando el interesado puede solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga el restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de disposiciones como las siguientes:

“a) .....

“b) .....

“d) Orden de entrega de un bien’.

“Teniendo, como tiene, las decisiones administrativas sobre bienes rústicos, control jurisdiccional, cabe deducir que a través de ese control jurídico los accionantes en el asunto en examen pueden intentar obtener a su favor la orden contemplada en el literal d), copiado; y aún lograr el resarcimiento de perjuicios en el supuesto de que estos llegasen a producirse.

“Pero hay más. También podrían ellos, después de lanzados, intentar, por la vía judicial, a través del interdicto posesorio *recuperandae possessionis*, contemplado en los artículos 982 y 983 del C.C.C., conseguir, si les asiste el derecho, recuperar la posición en proceso judicial de competencia esa sí de la jurisdicción agraria.

“No es entonces, como lo dice el fallo impugnado, ‘un imposible jurídico, abstraído de la realidad’, imaginar que se dan ciertamente los presupuestos exigidos por el artículo 1o., inciso segundo, literal d) del decreto 306 de 1992, para estimar que el perjuicio no es irremediable”. (fls. 104 a 107 del expediente).

### LA SALA CONSIDERA:

De los escritos de impugnación se deduce que las razones que asisten la inconformidad de los recurrentes son éstas:

a. La demanda es inepta por cuanto no cumplió con la exigencia prevista en el segundo inciso del artículo 37 del decreto No. 2591 de 1991.

b. El derecho que se pretende proteger con la tutela no tiene la naturaleza de derecho fundamental.

c. No existe perjuicio irremediable.

d. No existe violación del debido proceso: las autoridades administrativas comprometidas en la actuación eran competentes para conocer del asunto; para decidirlo, siguieron los trámites consagrados por el Decreto Ordenanza No. 124 de 1984 por medio del cual se expidió el Código de Policía del Departamento del Magdalena; se oyó a los peticionarios quienes comparecieron al proceso y ejercieron sus derechos; no existe, pues, quebranto alguno de su derecho de defensa.

A. En relación con la alegada ineptitud de la “demanda”, la Sala acoge las razones que condujeron al Tribunal a desestimarla.

A tales argumentos añade los siguientes:

La “solicitud de tutela” no se puede confundir con una “demanda”, en el sentido procesal del término; son fenómenos distintos, cada uno de los cuales reviste sus propias características, como que responden a propósitos también diversos.

La demanda, como acto de introducción procesal, es un instrumento necesario para la proposición de las pretensiones y de sus causas así como para desencadenar la acción de la jurisdicción del Estado sobre el caso some-

tido a su conocimiento; la trascendencia de este acto inicial determina que se deba sujetar a formalidades más o menos severas, sin perjuicio de la obligación, radicada en la cabeza del juez, de interpretarla cuando deba hacer primar el derecho sustancial sobre preceptos simplemente adjetivos, con el propósito —por ejemplo— de evitar una decisión inhibitoria.

La solicitud de tutela, en cambio, está rodeada de informalidad según el principio enunciado y descrito por el artículo 14 del Decreto citado, la única exigencia impuesta más por la lógica que por la preceptiva legal, es la claridad de la petición en lo que atañe a la acción u omisión que se cuestiona; el derecho que se estima vulnerado (el cual se puede deducir del contexto de la solicitud); y a la descripción de las circunstancias relevantes para la decisión.

De allí que la única razón para ordenar la corrección de la solicitud, y su posterior rechazo, consiste en la imposibilidad para determinar “el hecho o la razón” que la motiva (artículo 17).

Lo dicho es bastante para demostrar la impropiedad de proponer la “inepta demanda” como mecanismo idóneo para enervar el ejercicio de la acción de tutela.

Agréguese, sin embargo, que, a tono con el párrafo del artículo 29 “el contenido del fallo no podrá ser inhibitorio”, y se verá surgir con claridad que la voluntad de la ley fue alejar el procedimiento de tutela de los rigorismos procesales propios de otros tipos de acción que puedan ventilarse ante la función jurisdiccional del Estado.

De este modo, como la exigencia que el Departamento del Magdalena reclama incumplida no tiene incidencia alguna en el fallo que se ha de proferir, la Sala no encuentra ningún obstáculo para decidir la controversia.

B. Respecto de la naturaleza del derecho que los solicitantes pretenden proteger, la Sala estima que las reflexiones del a-quo contienen elementos que pueden suscitar confusión (como le ocurrió al Departamento impugnante).

Por ello es necesario precisar, que los peticionarios, al proponer su acción, dijeron que se les había menoscabado el derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), previsto dentro del capítulo atinente a los “Derechos fundamentales”, el cual finalmente protegió la sentencia del Tribunal.

Esta constatación elemental releva a la Sala de hacer más consideraciones para deducir que el derecho cuya presunta violación se alega, es de aquellos susceptibles de ser protegidos a través de la acción de tutela.

C. Sin embargo, la Sala observa que, en el presente caso, los peticionarios disponían de una acción judicial contencioso-administrativa para hacer valer su derecho, y que no utilizaron la acción de tutela “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, circunstancias que determinan su improcedencia y la revocatoria del fallo impugnado.

En efecto, los actores partieron de un error: considerar que las providencias censuradas carecían de “control posterior” (fl. 5), lo que equivale a decir que no tenían control jurisdiccional de legalidad. Idéntica conclusión parece haber asistido al *a-quo*, pues en el numeral 2 de la parte resolutive, el fallo impugnado ordenó al Alcalde Municipal de Aracataca “abstenerse de ejecutar el lanzamiento..., dispuesto por él *en sentencia* del 28 de enero de 1992...”. (subraya la Sala).

La apreciación anterior tiene por soporte el inciso 3o. del artículo 82 del C.C.A., según el cual “La jurisdicción de lo contencioso-administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley”; la razón de ser de esta exclusión se ha encontrado en el carácter jurisdiccional que revisten tales providencias.

No obstante, como una excepción a la excepción, la ley 30 de 1988 en el 4o. inciso del parágrafo del artículo 21 estableció:

“Son susceptibles de las acciones contencioso administrativas las providencias proferidas por las autoridades de policía en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales”.

Esta disposición —dado su carácter especial— no pudo ser derogada por el Decreto Extraordinario No. 2304 de 1989 cuyo artículo 12 modificó el 82 del C.C.A.

En estas condiciones, los actores tenían a su disposición las acciones consagradas en los artículos 84 y 85 del C.C.A. e, incluso, el mecanismo de la suspensión provisional para proteger su derecho al debido proceso, alegando la falta de competencia de los funcionarios administrativos que subrayan al ejercitar la acción de tutela.

Lo dicho conduce inevitablemente a concluir en la improcedencia de la tutela invocada, la cual, según lo ha dicho la Sala interpretando la voluntad de la norma constitucional expresada en el artículo 86, es eminentemente subsidiaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** Revócase la sentencia impugnada.

**SEGUNDO:** Declárase improcedente la acción de tutela propuesta por ISAIAS y PEDRO J. MARTINEZ y JOSE DEL CARMEN GARCIA LUNA.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUARTO:** Envíese copia de este fallo al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

**ACCION DE TUTELA—Imprudencia/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/  
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL/DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Contra la resolución cuestionada tiene el actor un medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio de la cual puede alegar la carencia de notificación que invoca en su impugnación y plantear la transgresión de los derechos de defensa y al debido proceso que aduce en su solicitud de tutela. El derecho a la seguridad social no tiene categoría de fundamental, pues aparece en el Capítulo 2 —De los derechos sociales, económicos y culturales—, y por tal razón no es susceptible de protección a través de la acción de tutela.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC—228. Actor: Pablo Emilio Rojas Basto.

No habiendo sido aprobada la ponencia presentada por el señor Consejero doctor Jaime Abella Zárate, procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta oportunamente por el actor contra el fallo de 28 de julio del presente año, proferido por la Subsección B de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**I.— LA SOLICITUD DE TUTELA**

I.1.— Pablo Emilio Rojas Basto, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de tutela, con el objeto de que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social: a): Le reconozca que tiene

derecho a la prima vacacional correspondiente al período comprendido entre el 31 de marzo de 1990 y el 30 de marzo de 1991 y que, en consecuencia, no está obligado a restituir la suma que le fue cancelada por tal concepto; y b): Le proceda a entregar el respectivo formulario para poder reclamar la cesantía definitiva ante el Fondo Nacional de Ahorro, el cual le ha sido negado.

I.2.— En apoyo de su solicitud adujo principalmente los siguientes hechos:

1o.): El 5 de julio de 1991 solicitó a la Jefe de Personal de la citada Caja se le reconocieran las vacaciones en dinero, conforme al artículo 8o. del Decreto Ley 3135 de 1968. Fue así como en la primera quincena de septiembre de 1991 se le pagó por dicho concepto la suma de \$91.361,22, por el período comprendido entre el 31 de marzo de 1990 y el 30 de marzo de 1991.

2o.): La Jefe de la Sección de Registro y Control de la entidad de Previsión desde el 12 de septiembre de 1991 le ha exigido el reintegro a la Tesorería de la Caja de la suma de dinero antes enunciada, suma que se le pagó como PRIMA VACACIONAL, que era un derecho adquirido, debidamente consolidado y pagado. Dicho reintegro se solicitó sin que mediara un acto administrativo sino una simple nota.

3o.): Al solicitar el formulario de CESANTIA DEFINITIVA, en forma ilegal y abusando del cargo e incurriendo en el delito de prevaricato por omisión, la Jefe de la División de Personal de la Caja le manifiesta por escrito que no le entrega el formulario hasta tanto no reintegre la suma que se le canceló por prima vacacional.

I.3.— Ante el requerimiento del Tribunal de primera instancia, señaló el actor como derechos constitucionales fundamentales violados: el debido proceso, el de defensa y a la seguridad social, consagrados en los artículos 29 y 48 de la Constitución.

Para sustentar la violación manifiesta, en esencia, lo siguiente (folios 12 y 13):

Al solicitarle la Caja Nacional de Previsión Social el reintegro de la suma que se le pagó por concepto de prima vacacional y al no entregarle el formulario para tramitar su cesantía definitiva se empleó un procedimiento no adecuado para revocar o anular un acto administrativo como el que reconoció y ordenó el pago de las vacaciones; contra la nota que le solicita el reintegro y la de negativa de entrega del formulario no puede interponer recurso alguno para demostrar el derecho que tiene a la prima vacacional, impidiéndole así el ejercicio del derecho de defensa y observándose una ausencia total del de-

bido proceso que se debe aplicar a toda clase de actuaciones administrativas; y, por último, la negativa de entregar el formulario para tramitar la cesantía constituye no sólo un acto arbitrario sino que vulnera su derecho constitucional de la seguridad social, que está impidiendo el cobro de sus cesantías.

## II.— EL FALLO IMPUGNADO

Para denegar la tutela, el Tribunal a-quo sostuvo principalmente lo siguiente:

En el *sub-lite*, el accionante pretende que se ordene a la Caja Nacional de Previsión Social que le reconozca que tiene derecho a la prima vacacional por el período comprendido del 31 de marzo de 1990 al 30 de marzo de 1991; que como consecuencia de lo anterior no está obligado a restituir la suma que recibió por dicho concepto; y que se ordene a la citada Caja reintegrarle el formulario para poder reclamar su cesantía definitiva.

La solución de tales pretensiones puede ser buscada por el accionante: primero, a través de reclamación ante la Caja Nacional de Previsión Social; y si no queda conforme con la decisión —expresa o presunta negativa— de dicha entidad, goza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

De lo anterior se desprende sin dificultad alguna que como el peticionario goza de acción, de remedio judicial para buscar la solución de sus pretensiones, no resulta procedente la tutela o protección que solicita.

## III.— FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Como motivos de inconformidad con el fallo, invoca los siguientes:

1o.): Sólo al ver el expediente se ha enterado de la Resolución número 4109 de 16 de septiembre de 1991, ya que en ningún momento le fue notificada para así ejercer los recursos gubernativos, su derechos de defensa y recurrir eventualmente a la vía contenciosa. La omisión de la notificación de la citada Resolución prueba más que se le ha vulnerado el derecho de defensa y al debido proceso.

2o.): Si bien la Resolución 01294 BIS de 29 de abril de 1981 claramente señala la prohibición de expedir certificados a los que no estén a paz y salvo con la Caja, ella no consagra la facultad de negar el formulario de liquidación de cesantía definitiva, que es totalmente diferente, lesionándose así su derecho a la seguridad social.

## IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fallo en materia de impugnación debe ser confirmado por las siguientes razones:

I.— En lo referente a la pretensión del actor de que se le reconozca el derecho a la prima vacacional por el período comprendido entre el 31 de marzo de 1990 y el 30 de marzo de 1991 y que no está obligado a restituir suma alguna por dicho concepto, la Sala considera que la violación del derecho de defensa y al debido proceso invocada no es atendible en la solicitud de tutela *sub-examine*.

En efecto, si bien es cierto que la prima vacacional le fue pagada al actor en la primera quincena de septiembre de 1991 (folio 5), también lo es que la Secretaría General de la Caja Nacional de Previsión Social, a través de la Resolución número 4109 de 16 de septiembre de 1991, le negó el derecho a la misma por haber sido destituido en el cargo que ocupaba en la entidad y con apoyo en el artículo 107 del Decreto 1468 de 1979 (folio 32).

Contra la expresada Resolución tiene el actor un medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., por medio de la cual puede alegar la carencia de notificación que invoca en su impugnación y plantear la transgresión de los derechos de defensa y al debido proceso que aduce en su solicitud de tutela.

La existencia del medio de defensa judicial anotado hace imposible el ejercicio de la tutela en lo tocante a la pretensión examinada, dado el carácter residual de dicha acción, según se desprende de la preceptiva del inciso 3o. del artículo 86 de la Constitución Nacional.

II.— En lo concerniente a la violación del derecho a la seguridad social, en virtud de la negativa de la Caja Nacional de Previsión Social de entregarle al actor el formulario para que reclame su cesantía definitiva ante el Fondo Nacional de Ahorro, la Sala considera que el citado derecho, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, no tiene la categoría de fundamental, pues aparece en el Capítulo 2 —DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES—, y por tal razón no es susceptible de protección a través de la acción de tutela.

Sobre la violación del derecho de defensa y al debido proceso cabe observar que el oficio R y C número 954 de 10 de junio de 1992, de la Jefe de División de Personal de la Caja Nacional de Previsión Social, que negó la entrega del referido formulario hasta tanto el actor restituyera la suma que le fue pagada por el concepto de la prima vacacional (folio 6), es un acto administrativo, contra el cual cabe un medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instrumento procesal éste que hace imposible la acción de tutela contra el referido acto, dado su carácter residual.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Confírmase el fallo impugnado.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y REMITASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día primero (1o.) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Aclara Voto; Clara Forero de Castro, Vice-Presidente; Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Salvó Voto; Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Miguel González Rodríguez, Aclaró Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Aclaró Voto; Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Aclara Voto; Yesid Rojas Serrano, Aclara Voto; Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Aclara Voto; Julio César Uribe Acosta, Aclara Voto; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria*

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DEBIDO PROCESO/DERECHO DE DEFENSA/ACTO ADMINISTRATIVO/NOTIFICACION (Salvamento de Voto)**

Los sistemas utilizados de procedimiento masivo generan, en ocasiones, como la que ha dado lugar a esta acción, el desconocimiento y atropello de los derechos de un individuo; cualquiera que sea el grado de cumplimiento de las normas internas no se concibe como ajustado a los principios del derecho de defensa y derivado de éste el de publicidad de los actos administrativos, el sistema mediante el cual se autoexonera la entidad de notificar al particular en especial cuando en el acto se le niegan peticiones a las cuales se considera con derecho. La "comunicación" mediante un volante de pago extractado de la nómina en la cual la cifra 1, tiene una equivalencia que refleja la decisión adoptada por la entidad en un acto administrativo previo como es una resolución que reconoce unas prestaciones sociales y niega otras, no puede tener efectos jurídicos para el empleado afectado, pues el lenguaje de los computadores no está al alcance del común de las gentes.

### *SALVAMENTO DE VOTO*

Referencia: Expediente No. AC-228. Actor: Pablo Emilio Rojas Basto.

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

El cargo contra la actuación de la Caja se concreta a la falta de notificación de la Resolución No. 4109 de 1991 en la cual se le precisó que no tiene derecho a la prima vacacional y por tanto, se le ha negado la oportunidad de defenderse contra esta determinación oficial, que a su turno ha repercutido en que se le niegue el Paz y Salvo para reclamar su cesantía.

Entendida en esa forma la queja, se comprende que tiene por fundamento los derechos consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, dentro de los cuales se destaca el del *debido proceso* que también se aplica en las actuaciones administrativas, en las cuales significa que el funcionario competente debe actuar con arreglo a la ley vigente y con observancia de la plenitud de las formas del respectivo procedimiento.

La característica de la acción de tutela de estar destinada a proteger exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, impide entrar a analizar de manera minuciosa y completa el cúmulo de disposiciones que regulan la actividad de los funcionarios especializados de un organismo oficial como la Caja Nacional de Previsión, labor que sería apropiada en un juicio de control de legalidad al cual no se puede ingresar a través de tutela.

Pero ello no impide concluir que los sistemas utilizados de procedimiento masivo generan en ocasiones, como la que ha dado lugar a esta acción, el desconocimiento y atropello de los derechos de un individuo: cualquiera que sea el grado de cumplimiento de las normas internas no se concibe como ajustado a los principios del derecho de *defensa* consagrado en la Constitución y derivado de éste el de *publicidad* de los actos administrativos (Decreto 01/84, art. 3o.), el sistema mediante el cual se autoexonera la entidad de notificar al particular en especial cuando en el acto se le niegan peticiones a las cuales se considera con derecho.

El reemplazo de la diligencia de notificación por el de una orden de “comuníquese y cúmplase” se ve agravado porque el método de “comunicación” es a todas luces incomprensible para el ciudadano común para quien la utilización de una cifra como código interno que “significa que no tiene derecho”, resulta absolutamente incomprensible y de ahí que le asista razón cuando ha insistido en que se le impidió defenderse del acto administrativo que le negó el derecho a la Prima Vacacional.

En efecto, la “comunicación” mediante un volante de pago extractado de la nómina en la cual la cifra uno 1, tiene una equivalencia que refleja la decisión adoptada por la entidad en un acto administrativo previo como es una resolución motivada que reconoce unas prestaciones sociales y niega otras, no puede tener efectos jurídicos para el empleado afectado, específicamente en el campo de la defensa de lo que él considera su derecho, por la sencilla razón de que el lenguaje de los ordenadores o computadores electrónicos no está al alcance del común de las gentes.

*Jaime Abella Zárate*

Santafé de Bogotá D.C., septiembre 7 de 1992.

**DERECHOS FUNDAMENTALES/ACCION DE TUTELA (Aclaración de Voto)**

**Discrepo de la tesis según la cual sólomente son objeto de la acción de tutela los derechos fundamentales consagrados en el Título II, Capítulo I de la Constitución, quedando, en consecuencia, por fuera de la posibilidad de lograr su protección por el medio consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, otros derechos que para el suscrito son también fundamentales.**

*Aclaración de Voto del Consejero Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-228. Actor; Pablo Emilio Rojas Basto.

Los motivos que me llevaron a aclarar mi voto al proyecto de sentencia, acogido por la mayoría de la Sala, no son otros que mi disconformidad con la posición jurisprudencial de la mayoría de la Corporación, que una vez más se acoge en esta providencia, según la cual sólomente son objeto de la acción de tutela los derechos fundamentales consagrados en el Título II, Capítulo I de la Constitución, quedando, en consecuencia, por fuera de la posibilidad de lograr su protección por el medio consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, otros derechos que para el suscrito son también fundamentales, como los de naturaleza social, económica y cultural, que la Constitución y la ley que la desarrolla considera que son igualmente dignos de protección.

Atentamente,

*Miguel González Rodríguez*, Consejero de Estado.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhiere el Consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL** (Aclaración de Voto)

**El suscrito disiente muy respetuosamente de algunos aspectos consignados en los párrafos motivadores del mismo, principalmente en cuanto estima que los únicos derechos fundamentales que pueden ser objeto de la acción de tutela, son los enumerados en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política, dado que hay otros de semejante rango dispersos en otros articulados de la Carta.**

*Aclaración de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en la providencia calendada a tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y dos, (1992) acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión del primero de los mencionados mes y año. —Expediente No. AC-228— Asuntos Constitucionales (Acción de Tutela). — Actor: Dr. Pablo Emilio Rojas Basto.*

Aunque el suscrito está de acuerdo con la parte resolutive del proveído mencionado, muy respetuosamente disiente de algunos aspectos consignados en los párrafos motivadores del mismo, principalmente en cuanto estima que los únicos derechos fundamentales que pueden ser objeto de la acción de tutela, son los enumerados en el capítulo I del Título II de la Constitución Política, dado que hay otros de semejante rango dispersos en otros articulados de la Carta. Igualmente cree el suscrito que no sólo son sujetos de los aludidos derechos o garantías las personas jurídicas o colectividades, naturalmente que con las variantes particulares de los respectivos entes; sería absurdo, piensa el suscrito, desconocer que las personas jurídicas en general no tuvieran derecho a la propiedad, a la seguridad, al nombre, al debido proceso, a elevar peticiones respetuosas a las autoridades, etc.

Muy cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna*

Fecha: ut supra.

**NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhiere el Consejero doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.**

**DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA/ACCION DE TUTELA (Aclaración de Voto)**

**No comparto el criterio según el cual sólo son tutelables los derechos enlistados en el Capítulo I, Título II de la Constitución Política, por cuanto considero que tutelables son todos los derechos que, a juicio del juez y dentro de las circunstancias y modalidades del caso resulten inherentes a la dignidad de la persona humana.**

*ACLARACION DE VOTO*

Referencia: Expediente AC-288. Actor: Pablo Emilio Rojas Basto.

Participo de la parte resolutive del fallo que resolvió la impugnación, por cuanto el actor dispone de medios de defensa judicial para hacer valer el derecho prestacional que reclama y, también, el fundamental al debido proceso.

Pero, como en reiteradas ocasiones lo he manifestado, no comparto el criterio según el cual sólo son tutelables los derechos enlistados en el Capítulo I, Título II de la Constitución Política, por cuanto considero que tutelables son todos los derechos que, a juicio del juez y dentro de las circunstancias y modalidades del caso, resulten inherentes a la dignidad de la persona humana. No cabe pensar que la Constitución determina en abstracto los derechos fundamentales del ser humano, porque entonces esa presición estaría al arbitrio del Constituyente de turno.

*Amado Gutiérrez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre 11 de 1992

**NOTA DE RELATORIA:** La aclaración de voto del Consejero Dr. **LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, es la misma suscrita con ocasión del estudio del expediente No. AC-073, sentencia de marzo 11/92, Ponente Dr. Miguel González Rodríguez, publicado en este mismo tomo de Anales, pág. 199.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA (Aclaración de Voto)**

**Pueden ser tutelables algunos derechos que no se encuentren señalados dentro del Capítulo I del Título II de la Carta Política, pero que por considerarlos como fundamentales (art. 44), o por su naturaleza y particularidad merecen la protección especial de la tutela.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto del Dr. Yesid Rojas Serrano.— Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC—228. Actor: Pablo Emilio Rojas Bssto.

A pesar de estar de acuerdo con la parte resolutive de la providencia citada, respetando como el que más la voluntad de la mayoría de la Sala, con toda consideración disiento de la motivación concretamente en la parte de la que se desprende que únicamente los derechos constitucionales fundamentales contemplados en el Título II, Capítulo I de la Carta Política, pueden ser los protegidos mediante la acción de tutela.

Consideramos que pueden ser tutelables algunos derechos que no se encuentren señalados dentro de ese título y ese capítulo, pero que por considerarlos la Constitución como fundamentales (art. 44), o por su naturaleza y particularidad merecen la protección especial de la tutela.

Las apreciaciones anteriores guardan relación con lo establecido en el artículo 94 de la Constitución Nacional, según el cual “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”.

De sostenerse la tesis contraria, no nos explicaríamos cómo el derecho a la salud, que toca con la vida misma de la persona y con la existencia y bienestar de la comunidad, del cual nadie podría negar su carácter fundamental, no fuera tutelable sólo porque no aparece casualmente, tal vez, encasillado dentro de un título o un capítulo determinado; mientras otros, también importantes, pero no de la misma trascendencia y magnitud, tales como el derecho al reconocimiento de la personería jurídica, el de la intimidad, etc. sí son tutelables por su posición circunstancial en los mencionados Título II y Capítulo I de nuestra Carta Magna.

Atentamente,

*Yesid Rojas Serrano*, Consejero de Estado

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhiere el Consejero Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ. De otra parte, la aclaración de voto del Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA, es la misma suscrita con ocasión del estudio del exp. AC-188, actor: Pablo Emilio García Suárez, publicada en este Tomo de Anales pág. 385.

**TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**

Se invoca la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa para evitar un perjuicio irremediable. Aún cuando no se precisa con claridad en qué consiste el carácter irremediable que pueda tener el perjuicio que pretende evitar, se deduce que es el que puede derivarse de la actuación de la Administración de Impuestos Nacionales que culminó con el embargo de su cuenta corriente. El interesado disponía, dentro del proceso de jurisdicción coactiva, de los recursos de apelación contra el auto de mandamiento de pago e igualmente podría interponer el respectivo incidente de excepciones.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-231. Actor Jorge Villadiego Mendoza. Asuntos Constitucionales.

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por el señor JORGE VILLADIEGO MENDOZA, contra la sentencia de 19 de junio de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

**ANTECEDENTES:**

1) En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la C.N., el señor JORGE VILLADIEGO MENDOZA, actuando en nombre

propio, acudió ante el Tribunal Administrativo del Atlántico en busca de protección del derecho al buen nombre y al debido proceso, consagrados en los artículos 15 y 29 de la Carta Política.

2) Le sirvieron de fundamento para instaurar la acción, los siguientes hechos:

... 1.— En el mes de diciembre de 1991 fui (sic) a cobrar un cheque de mi cuenta corriente en el Banco Santander Oficina Monómeros y el Banco me manifestó que mi cuenta corriente se encontraba embargada por la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla por la suma de \$507.423. moneda corriente, desde el día 29 de noviembre de 1991.

2.— En el 13 de enero de 1992 firmé una carta dirigida a la Admón. de Impuestos Nacionales de Barranquilla, Jefe División de Cobranzas autorizándolos a aplicar el valor del Depósito Judicial No. T 59011721 de fecha enero 8 de 1992 por valor de \$507.423 a la deuda del año gravable de 1984 por impuestos de Renta y Complementarios para poder liberar mi cuenta corriente del injusto perjuicio en que fui sorprendido.

Presenté mi declaración de Renta y Patrimonio por el año gravable de 1984 en Barranquilla, el día 13 de marzo de 1985 la cual fue radicada por la Admon. de Imptos. Nles. de Barranquilla, bajo el número (sic) 00631; así mismo adjunto certificado del Fondo de Ahorro y Vivienda de Monómeros (sic) Colombo Venezolanos S.A.; Certificado de Retención en la fuente que me hizo Monómeros (sic) Colombo Venezolano S.A.; Certificado General de lo que me pago (sic) por concepto de sueldos y demás (sic), en el año gravable de 1984 Monómeros (sic) Colombo Venezolano S.A., de Barranquilla.

Se practicó la LIQUIDACION OFICIAL No. 232 de fecha 10 de junio de 1987 o sean dos años y varios meses después (sic) de presentada la Declaración de Renta por el año gravable de 1984, violando el artículo 699 del Código Tributario.

De todos estos actos tuve conocimiento después (sic) de sucedidos o sea a destiempo y con ocasión del grave daño que se me ha causado con tan arbitraria orden...

2) Con base en los hechos transcritos, hizo las siguientes peticiones:

1) Investigación por los actos y omisión que condujeron a la injusta orden de embargo de mi cuenta corriente Bancaria y obligarme a permitir cobrar lo no debido;

2) Se procede a ordenar las sanciones pertinentes de los responsables de abuso de poder; 3) A restituirme la suma cobrada de \$424.102. más (sic) los intereses de devaluación de la arbitraria acción; 4) Se ordene indemnización por los perjuicios que se me han causado que calculo en suma no inferior a \$3.000.000.— (tres millones) de pesos moneda corriente, en uso de mi buen nombre, honorabilidad y reputación de trabajador de reconocido prestigio moral en Monómeros Colombo Venezolano S.A. de Barranquilla, donde hace muchos años de trabajo y con cuenta corriente bancaria intachable desde muchos años...

### LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El Tribunal Administrativo del Atlántico, negó la acción de tutela en consideración a que mediante ella se impugnaba la actuación de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, contra la cual, además de los recursos en la vía gubernativa, existía la respectiva acción contencioso administrativa, a través de la cual podía obtener el restablecimiento del derecho que consideraba quebrantado.

Cita y transcribe parte de la sentencia de febrero 17 de 1992, proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la cual se refirió a la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) A partir de la nueva Carta de 1991, y conforme a su artículo 86, toda persona tiene acción de tutela, para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, o cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

2) Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiéndose como tal, aquél que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

3) En el *sub-lite*, se invoca la acción de tutela, como mecanismo transitorio de defensa, para evitar un perjuicio irremediable.

4) Aún cuando no se precisa con claridad en qué consiste el carácter irremediable que pueda tener el perjuicio que pretende evitar, se deduce que es el que puede derivarse de la actuación de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, que culminó con el embargo de su cuenta corriente.

5) No se expusieron en el orden que hubiera sido deseado, los antecedentes administrativos que condujeron al embargo de la cuenta corriente del

actor, por parte de la Administración de Impuestos Nacionales, pero una interpretación al libelo demandatorio permite a la Sala concluir que ello obedeció a la fuerza ejecutoria de los actos administrativos de determinación de impuestos sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1984, (fl. 7).

En efecto, según lo narra el peticionario, la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, le practicó la liquidación oficial No. 232 de 10 de junio de 1987, por el año gravable de 1984. Se queja el afectado que a pesar de haber suministrado oportunamente su dirección, a la Administración, nunca le notificaron requerimiento de ninguna índole y el acto administrativo que contiene la liquidación oficial, fue expedido sin haberlo vinculado a la actuación administrativa, pues nunca recibió ningún tipo de información sobre el particular. Sólo tuvo ocasión de conocimiento de lo sucedido con la orden de embargo de su cuenta corriente.

6) La acción de tutela sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio de defensa para evitar un perjuicio irremediable.

7) El interesado disponía, dentro del proceso de jurisdicción coactiva (fl. 7), de los recursos de apelación contra el auto de mandamiento de pago e igualmente podía interponer el respectivo incidente de excepciones, cuya competencia para su conocimiento, la señalan los arts. 129, numeral 3o. y 133 del C.C.A., según el caso, e igualmente el respectivo trámite, está previsto en el art. 153 de la misma obra, que expresamente remite a las disposiciones que sobre la materia consagra el C.P.C.

Las razones antes expuestas, son suficientes para confirmar la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

1) CONFIRMASE la sentencia de junio 19 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro de la acción de tutela promovida a nombre propio por el señor JORGE VILLADIEGO MENDOZA, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

2) Envíese copia de esta decisión al Tribunal Administrativo del Atlántico.

3) Notifíquese en legal forma al actor.

4) Comuníquese a la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla.

5) Dentro del término legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**COPIESE Y NOTIFIQUESE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena, en sesión celebrada el día veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abe-  
lla Zárate, Ausente; Reynaldo Arciniegas B. Ausente; Ernesto Rafael Ariza  
M., Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur J., Miren de la Lombana  
de M., Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Salvó Voto;  
Amado Gutiérrez V., Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn,  
Juan de Dios Montes H., Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure,  
Libardo Rodríguez R., Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel  
Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**TUTELA TRANSITORIA/PERJUICIO IRREMEDIABLE/DERECHO A LA HONRA/DERECHO AL BUEN NOMBRE (Salvamento de *Voto*)**

El fundamento de la tutela es haberle hecho producir sus efectos al acto administrativo de liquidación del tributo —que al parecer no controvierte—, mediante el ejercicio, con base en él, del juicio de jurisdicción coactiva en donde se decretó el embargo de la cuenta corriente bancaria, sin haberse notificado en legal forma de la decisión de modificar la liquidación privada presentada por el contribuyente, lo que condujo a que se atentara contra su honra y buen nombre. Debió haberse realizado un mejor análisis de la situación fáctica que condujera al mismo resultado, o, por el contrario, a revocar la sentencia impugnada y a conceder la tutela, si es que realmente el actor no fue notificado en legal forma del acto de liquidación del impuesto, como debía serlo.

***SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ***

Referencia: Expediente No. AC-231. Actor: Jorge Villadiego Mendoza.

Esta Corporación, para denegar la acción de tutela instaurada por el señor Villadiego Mendoza, se fundamenta en la circunstancia de que el accionante disponía, dentro del proceso de jurisdicción coactiva, de los “recursos (sic) de apelación contra el auto de mandamiento de pago e igualmente podía interponer el respectivo incidente de excepciones”, es decir, que la acción no es procedente por disponer de otros medios de defensa judicial.

Confirma así la decisión del inferior, adoptada con base en el mismo motivo de disponer el actor de “otro medio de defensa”, aun cuando refe-

rido ya no a los que disponía en el juicio de jurisdicción coactiva promovido por la Administración y que determinó el embargo de la cuenta corriente que tenía el accionante en un Banco comercial de la ciudad de Barranquilla, sino a los que disponía —los recursos gubernativos— frente al acto de liquidación de un tributo.

El argumento de una y otra Corporación —Tribunal Administrativo y Consejo de Estado—, a simple vista, podría considerarse incontrovertible o inobjetable. Empero, lo cierto es, que el actor no busca con la acción de tutela que se revoque el mandamiento de pago contra él librado, ni que, mediante la aceptación de un medio de defensa legal como una o varias excepciones de fondo o de mérito, se declare extinguida la obligación tributaria, ni mucho menos pretende controvertir el acto administrativo que constituye o contiene la obligación que se buscó hacer efectiva posteriormente a través del juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva.

El accionante, en razón de que habiendo tenido conocimiento del embargo de su cuenta corriente bancaria, procedió a autorizar a la Administración de Impuestos de Barranquilla para que aplicara la suma embargada al crédito tributario y se liberara su cuenta bancaria, pero considera que no se le notificó legalmente la Liquidación Oficial que determinó el impuesto de renta y patrimonio por el año de 1984, no obstante lo cual se le hizo producir los consiguientes efectos, lo que para él es ilegal e injusto, solicita investigación por esos actos y omisiones que condujeron a la orden de embargo, la sanción de los responsables de abuso de poder, la restitución de la suma de dinero y la indemnización de perjuicios, por el atentado contra su nombre, honorabilidad y reputación que sufrió como resultado del embargo.

En otras palabras: el fundamento de la tutela es haberle hecho producir sus efectos al acto administrativo de liquidación del tributo —que al parecer no controvierte—, mediante el ejercicio, con base en él, del juicio de jurisdicción coactiva en donde se decretó el embargo de la cuenta corriente bancaria, sin haberse notificado en legal forma de la decisión de modificar la liquidación privada presentada por el contribuyente, lo que condujo a que se atentara contra su honra y buen nombre.

En esas condiciones, los argumentos expuestos, tanto por el *a-quo* como por esta Corporación, para negar la acción de tutela, son inaceptables desde todo punto de vista jurídico, y considero que debió haberse realizado un mejor análisis de la situación fáctica y jurídica que condujera al mismo resultado, o, por el contrario, a revocar la sentencia impugnada y a conceder la tutela, si es que realmente el actor no fue notificado en legal forma del acto de liquidación del impuesto, como debía serlo.

Esas, en síntesis, son las razones que me llevaron a no compartir la ponencia aprobada por la mayoría de la Sala.

*Miguel González Rodríguez*

## **ACCION DE TUTELA/LEGITIMACION PROCESAL/PODER ESPECIAL**

Aunque cuatro de los interesados confirieron al solicitante poder para gestionar ante las dependencias gubernamentales, ese mandato no es dable extenderlo al ejercicio de acciones judiciales. Por lo demás, aunque la tutela puede reclamarse por “toda persona, por sí misma o por quien actúe a su nombre”, quien actúa judicialmente en representación de otra persona debe hacerlo con la calidad de abogado en ejercicio, calidad que no se acreditó. No sana ese vicio, determinante de la improcedencia, el hecho de haber otorgado mandato los actores a un profesional del derecho para la impugnación.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO AL TRABAJO/NORMA CONSTITUCIONAL—Desarrollo legal**

Es válido lo argumentado en cuanto a no ser tutelable el derecho de que trata el art. 53 de la Carta Política. Al respecto se tiene que dicho texto no consagra derecho fundamental alguno, pues además de estar por fuera del capítulo de los derechos fundamentales y referirse a derechos sociales, económicos y culturales, la norma atribuye al Congreso la obligación de expedir el Estatuto del trabajo y señala los principios mínimos fundamentales en los que aquél deberá inspirarse. Mientras no se haya expedido la ley estatutaria del trabajo, la aplicación de los principios fundamentales previstos en la norma constitucional aludida debe pretenderse con el ejercicio de las acciones de naturaleza laboral que consagra la legislación vigente.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. AC-245. Actora: María Inés Martínez de Castillo y otros.

Por impugnación, que aduce como recurso de apelación la apoderada de los actores, conoce la Sala de la sentencia de fecha julio 17 del año en curso, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Valle —Sección Segunda— mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela que en representación de *Lyda Solarte Ramírez, Cecilia Lenis, Marino Lloreda y Luis Alberto Salazar* y sin mandato de María Inés Martínez de Castillo, promovió el señor Guillermo Castillo Martínez.

### ANTECEDENTES:

#### I.— De la solicitud de tutela.

A favor de los precitados actores la “Caja de Crédito de los Trabajadores Municipales de Cali” expidió resoluciones de reconocimiento de pensiones jubilatorias, por servicios prestados a esa entidad y al municipio de Cali (folios 59 a 70).

Pero como esa Caja, creada por Acuerdo del Concejo de Cali (Acuerdo No. 66 del 16 de julio de 1955) cesó en el pago de las mesadas de jubilación a partir de abril del año en curso, los pensionados en mención solicitaron del alcalde de Cali la orden para que la Administración Municipal se haga cargo de cancelar la prestación. Denegado el pedimento, por cuanto en la actualidad y desde hace varios años la entidad obligada es de derecho privado, el señor Guillermo Castillo Martínez solicita se tutele el derecho de esos cinco pensionados a seguir recibiendo sus mesadas pensionales, para lo cual se apoya en el Art. 53 de la Carta Política Fundamental.

Se dirige la acción a obtener del juez de tutela la orden dirigida a la Administración Municipal de Cali para que “... acoja en la Nómina de Jubilados y Pensionados...” a las personas en cuya representación dice actuar el solicitante, toda vez que ellas carecen “... de otro medio de defensa judicial...” (folios 81 y 82).

#### II.— El fallo de tutela

Declara la improcedencia de la acción por razones que atañen a la representación judicial de las personas a cuyo favor se solicita la tutela, y por la no tutelabilidad del derecho aducido. En cuanto a lo primero, por no haber otorgado poder los jubilados, para ante autoridades judiciales, a quien actúa a su nombre en este procedimiento; lo segundo, en razón a que el Art.

53 de la Constitución no consagra derecho tutelable como fundamental, ni tampoco de los de aplicación inmediata contemplados en el Art. 85 de la misma obra.

Agrega otro argumento, apoyado en las causales de improcedencia de la tutela previstas en el inciso 3o. del Art. 86 de la Carta y en el 6o., numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991. Al respecto sostiene el *a-quo* que los interesados disponen de otros recursos o medios de defensa judiciales, puesto que "... pueden ocurrir ante la Jurisdicción del Trabajo para que el juez competente decida en definitiva qué organismo es el que debe pagar las pensiones...". (folio 82).

### III. — Fundamentos de la impugnación

La procuradora judicial de los interesados, a quien otorgaron poder luego de proferida la sentencia de tutela, interpuso apelación que la Sala admite asimilándola a impugnación del fallo. Reitera que la "Caja de Crédito de los Trabajadores Municipales de Cali" es ente que se ajusta a las reglas del Derecho Público en razón a su origen y a las atribuciones que la Constitución Política otorga a los Concejos para estructurar la Administración Municipal. Habla de la favorabilidad de las normas para extender ese criterio a las decisiones judiciales; de los derechos adquiridos de sus patrocinados; del hecho de venirse descontando una cuota de las mesadas pensionales a favor del Municipio de Cali, para cubrir los servicios médicos asistenciales de los pensionados; y, especialmente, porque en razón del carácter de entidad de derecho público de la ameritada Caja se debe decidir "salomónicamente" a favor de los actores, en el sentido de ordenar que la Administración Municipal de Santiago de Cali los acoja en la nómina de jubilados.

### CONSIDERACIONES:

Sin duda que el *a-quo* acertó en las distintas argumentaciones tendientes a declarar la improcedencia de la acción incoada. En efecto:

I. En lo atañadero a la inadecuada representación de las personas a cuyo favor se solicita la tutela, pues aunque cuatro de ellas confirieron al solicitante poder para gestionar ante las dependencias gubernamentales, ese mandato no es dable extenderlo al ejercicio de acciones judiciales. Por lo demás, aunque la tutela puede reclamarse por "toda persona... por sí misma o por quien actúe a su nombre...", quien actúa judicialmente en representación de otra persona debe hacerlo con la calidad de abogado en ejercicio, calidad que no acreditó el solicitante.

No sana ese vicio, determinante de la improcedencia, el hecho de haber otorgado mandato los actores a un profesional del derecho para la impugnación. Estando a consideración de la Sala lo resuelto por el *a-quo* es de ló-

gica que la decisión a tomar se apoye en los presupuestos procesales de la acción que tuvo a consideración el juez de primera instancia. Diferente es lo atañedor a la prueba de los hechos, cuando las normas procedimentales consagran término para la práctica de ellas en la segunda instancia.

II. También es válido lo argumentado en cuanto a no ser tutelable el derecho de que trata el Art. 53 de la Carta Política Fundamental. Al respecto se tiene que dicho texto no consagra derecho fundamental alguno, pues además de estar por fuera del Capítulo Primero del Título Segundo de la Constitución y referirse a derechos sociales, económicos y culturales (Cap. 2o. Título II), la norma atribuye al Congreso la obligación de expedir el Estatuto del trabajo y señala los principios mínimos fundamentales en los que aquél deberá inspirarse. Mientras no se haya expedido la ley estatutaria del trabajo, la aplicación de los principios fundamentales previstos en la norma constitucional aludida debe pretenderse con el ejercicio de las acciones de naturaleza laboral que consagra la legislación vigente.

III. Finalmente, aunque en el libelo demandatorio se afirma que los interesados en la tutela carecen de otros medios de defensa judicial, innegable es que existen las vías previstas en la legislación laboral para obtener el pago de las mesadas aludidas.

También, para que se defina a qué entidad correspondería atender al pago de la prestación en caso de liquidación de la mencionada Caja de Crédito de los Trabajadores Municipales de Cali.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### FALLA:

Confírmase la sentencia calendada a diecisiete (17) de julio del año en curso (1992), por la cual el H. Tribunal Administrativo del Valle declaró improcedente la tutela solicitada a favor de María Inés Martínez de Castillo y otros.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese telegráficamente a los interesados y remítase copia al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión del día primero (1o.) de septiembre de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

**DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO/ACTO PRESUNTO/ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

Frente al derecho de petición en sentido particular, la ley ha establecido un mecanismo protector del derecho que en el sub lite ya operó, y es el de presumir que pasados tres meses desde la fecha de presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, la decisión es negativa, figura ésta que se conoce como “silencio administrativo” con efectos negativos. Esta circunstancia impide la procedencia de la acción tutelar que es residual, o sea que sólo procede en ausencia de otro mecanismo de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., septiembre once (11) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No. AC-252. Actor: Aydee Rojas de Rivera y/o. Impugnación.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por el Doctor HUMBERTO MARQUEZ VILLAREAL actuando como agente oficioso de los ciudadanos AYDEE ROJAS DE RIVERA, ADRIANA RAQUEL VARELA Vda. DE LOPEZ, FIDEL PERILLA ROJAS, JUAN BAUTISTA BOLAÑO PACHECO y BELEN SEGUNDA ACOSTA DE GALAN, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección B, de agosto 12 de 1992, por medio de la cual se deniega la solicitud de tutela ejercitada contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION

SOCIAL, encaminada a que se le ordene al Director General de la misma que resuelva inmediatamente sea negando o reconociendo, las prestaciones sociales reclamadas desde hace varios años y la indemnización correspondiente por la demora en su resolución.

El accionante denuncia la violación de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 1o., 2o., 5o., 13 inciso 2o., 42, 46 inciso 2o., 48, 53 inciso 3o. y en especial el 23, derecho de petición.

### ANTECEDENTES:

En su libelo introductorio relata como hechos los siguientes:

“Ante la Caja Nacional de Previsión Social Subdirección de Prestaciones Económicas, como apoderado presenté en las fechas que más adelante señalo, varias solicitudes de “PENSIONES MAGISTERIO”; PENSIONES NACIONALES y “RELIQUIDACION DE PENSIONES, SUSTI-CIONES PENSIONALES, (sic) *peticiones* “RADICADAS DE 1989”, 1991 y 1992, sin que hasta la fecha se haya resuelto nada, sea favorable o negativo, perjudicando enormemente (sic) a los beneficiarios económicamente, pues todos ellos están sin empleo y las viudas sin conque (sic) poder sostener el hogar (sic) y los hijos, pues lo único que les dejó el esposo fue el derecho a disfrutar de la sustitución (sic) pensional, pero la subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja, no se pronuncia al respecto, sea reconociendo las prestaciones o Negándolas y cuando se va a preguntar dicen siempre lo mismo: “Su expediente está en turno para estudio”; su petición pasó a Revisión; su solicitud está en Control Previo”, etc. etc. o dan cualquier dato, para salir del paso y atender al que sigue en la fila y decirle una mentira, y así sucesivamente”. (Fl. 12).

El accionante concreta así sus peticiones:

“... actuando como agente oficioso de los beneficiarios, ... me permito recurrir a la protección legal correspondiente a la “ACCION DE TUTELA” contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, representada en la actualidad por su Director General Dr. JUAN MANUEL LLERAS RESTREPO o quien haga sus veces en el momento de la notificación, conforme a los Decretos 2591 de noviembre 19 de 1991 y el No. 306 de febrero 19 de 1992, a fin (sic) de ordenarle al citado Director General de la Caja Nacional de Previsión Social, que resuelva en forma inmediata, sea negando o reconociendo las prestaciones sociales radicadas desde hace varios años y a la indemnización correspondiente por la demora en resolver dichas peticiones.

Actúo como Agente Oficioso de acuerdo al (sic) Artículo 10, inciso 2 del Decreto 2591 de noviembre 19 de 1991, en razón de ser su apoderado dentro de todos y cada uno de los procesos (sic) administrativos que cursan en la Caja Nacional de Previsión Social y por encontrarse todos fuera de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. y por no estar en condiciones de proveer a su propia defensa.

El Artículo 10. del Decreto No. 306 de 19 de febrero de 1992 dispone que "Se entiende por irreparable el perjuicio que solo (sic) puede ser reparado en su integridad mediante indemnización". En el presente caso, acudimos a la Acción de Tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, Artículo 86 de la Constitución Nacional pues estos señores ex-empleados del sector oficial, no cuentan con otra prestación por estar fuera del servicio oficial, sólo tienen para vivir la pensión de Jubilación por haber laborado por más de 20 años y tener la edad requerida y las viudas, lo único que les dejó el marido, fue el derecho a disfrutar de la sustitución pensional. (F. 11).

.....

Es de conocimiento de todos los ex-servidores del Estado Colombiano que solicitudes presentadas con posterioridad a las de mis poderdantes, ya fueron resueltas y sus beneficiarios ya están en nómina de pensionados, violando los turnos establecidos por la Ley y por los reglamentos de la misma Entidad de Previsión, encargada del reconocimiento y pago de las pensiones de los ex-servidores públicos". (F1. 12).

### EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal sustenta su decisión desfavorable a la petición de tutela en los siguientes términos:

"De la documentación acompañada a la solicitud, así como de la respuesta dada por la administración, aparece que efectivamente los accionantes habían elevado ante la mencionada entidad de previsión las reclamaciones allí relacionadas y que aquélla no las ha resuelto hasta la fecha. Lo cual hace que asista razón al peticionario en cuanto a la situación de hecho planteada.

Ahora, en cuanto a las consecuencias jurídicas de ella, frente a la acción de tutela planteada, la Sala no puede menos que acatar y atender los planteamientos expuestos por el H. Consejo de Estado, Sala Plena, en fallo del 18 de junio de 1992, proceso No. AC-154, Ponente Dr. JAI-ME ABELLA Z., cuando al estudiar y decidir la impugnación contra la providencia que resolvió un caso similar resuelto favorablemente al accionante por esta Subsección lo revocó, diciendo:

.....

Criterio que ya había expuesto el H. Consejo de Estado en providencia de 10 de junio del mismo año cuando al resolver la impugnación de otro caso similar al acá planteado decidió revocar el fallo favorable a la tutela proferido por la Subsección C de la Sección Segunda de esta misma Corporación.

Lo cual indica a la Sala, siguiendo las orientaciones de los pronunciamientos mencionados, que la acción de tutela acá planteada, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tampoco puede tener éxito, pues como lo decidió el H. Consejo de Estado en el fallo transcrito y en el citado, tal modalidad igualmente es improcedente en un caso como el que se estudia, pues, es evidente la posibilidad de remediar el perjuicio a través de la citada acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior sin tener en cuenta que algunas de las situaciones planteadas en el libelo de la tutela son anteriores a la expedición de la Carta de 1991, en los términos del fallo transcrito, haría que frente a ellos tampoco sea procedente la acción propuesta. (Fls. 39 a 47).

### LA IMPUGNACION

El impugnante ataca la decisión del *a-quo* por las siguientes razones:

“... el Artículo 40 del mismo Código (sic) en su primer inciso dice: ‘Transcurrido un plazo de 3 meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa’.

Debe relevarse que la norma se refiere de manera concreta a la decisión (sic) para la cual da tres meses de plazo.

De tal manera que la no respuesta o la falta absoluta de decisión de la administración da lugar, de una parte, al silencio administrativo que a su vez da nacimiento al acto ficto negativo, para que el administrado pueda acudir a la vía jurisdiccional y por otra parte, a la posibilidad de incoar una acción de tutela.

De lo anterior debe concluirse que la respuesta obligatoria que debe dar la administración y el silencio administrativo, son figuras distintas que bien pueden darse simultáneamente, que no se excluyen porque responden a situaciones diferentes y buscan finalidades diversas.

Del analisis (sic) precedente deviene nitidamente (sic) que la parte tutelable del derecho de petición es la que se refiere a la obligación que tiene la administración de contestar o resolver las peticiones que le sean presentadas dentro de los 15 días siguientes a su formulación, porque para garantizar ese derecho fundamental del ciudadano no existe vía distinta de la que ofrece la Tutela. Luego en nuestro caso, la presente acción es procedente a la luz de lo dispuesto por el artículo 5o. del Decreto 2591 de 1991, según el cual 'La Acción de Tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de ésta (sic) Ley'.

.....

Como dice la H. Corte Constitucional en sentencia de fecha 24 de junio de 1992, expediente T-824 actor Hernando de Jesús Blanco, 'El derecho a obtener una pronta resolución hace parte del núcleo esencial (sic) del derecho fundamental de petición; sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad ese derecho. Por otra parte, en ejercicio de su atribución de regular los derechos fundamentales (C.P. art. 152), el legislador no podrá afectar el núcleo (sic) esencial del derecho consagrado en el artículo (sic) 23 de la Carta, en este caso, la exigencia de una pronta resolución". (Fls. 54 a 57).

### CONSIDERACIONES:

Repetidamente esta Corporación ha señalado que frente al derecho de petición en sentido particular, la ley, (artículo 40 del C.C.A.) ha establecido un mecanismo protector del derecho que en el caso *sub lite* ya operó, y es el de presumir que pasados tres meses desde la fecha de presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, la decisión es negativa, figura ésta que se conoce como "silencio administrativo" con efectos negativos. Ello con el fin de que el particular pueda poner en movimiento las acciones judiciales a que haya lugar para hacer valer su derecho.

Esta circunstancia como bien lo consideró el *a-quo*, impide en el *sub lite* la procedencia de la acción tutelar que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 86 de la Constitución Política, es residual, o sea que sólo procede en ausencia de otro mecanismo de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento exceptivo que no se da en el *sub iudice*, pues como también lo dijo el Tribunal, mediante la acción judicial ordinaria puede obtenerse el restablecimiento del derecho y por ello no puede afirmarse que se trate de un perjuicio irremediable en los términos del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991.

Cita el impugnante el fallo proferido por la Corte Constitucional en el expediente T-824, Magistrado Ponente, Eduardo Cifuentes Muñoz, en el cual se dijo: "El derecho a obtener una pronta resolución hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental de petición; sin la posibilidad de exigir una respuesta rápida y oportuna carecería de efectividad este derecho. Por otra parte, en ejercicio de su atribución de regular los derechos fundamentales (CP art. 152), el legislador no podrá afectar el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta, en éste caso, la exigencia de una pronta resolución"; afirmaciones que estima acertadas esta Corporación, pues ciertamente el artículo 23 de la Carta consagra como fundamental el derecho de petición y el legislador al regularlo no puede afectar el núcleo esencial del derecho.

Pero no puede olvidarse que el artículo 86 de la Constitución Política restringió la acción de tutela a los casos en que el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial y el afectado con el silencio de la administración sí dispone de medios judiciales para que su petición sea resuelta por un juez como el mismo accionante lo reconoce al interponer la tutela como mecanismo transitorio, sólo que por no ser irremediable el perjuicio que por el silencio se ocasiona, tampoco procede como medida provisional, según los términos del mismo artículo 86.

De manera que no es que entienda la Sala que la previsión legal sobre el fenómeno del silencio administrativo con efectos negativos afecte el ejercicio del derecho de pedir y obtener pronta resolución; por el contrario, estima que lo rodea de una protección legal que garantiza al administrado la resolución definitiva de sus peticiones.

En providencia de junio 10 de 1992, expediente AC-152, Actor: María Vicenta del Carmen Caicedo Giraldo y otros, con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez R., se expresó:

"2o.— Pero aún en el caso de que pudiera entenderse, como lo hizo el Tribunal, que la acción de tutela ejercida estuviera dirigida a tutelar el derecho de petición en interés particular, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, tampoco sería viable esta acción por la sencilla razón de que en relación con el derecho de petición la ley, a través del Código Contencioso Administrativo, ha previsto un mecanismo para garantizar el ejercicio de ese derecho por medio del fenómeno del silencio administrativo, que implica que transcurridos tres meses de presentada la petición sin que se haya producido decisión al respecto, se entiende que, por regla general, la autoridad ha decidido negativamente, de tal manera que el interesado puede acudir de manera directa a la jurisdicción a fin de hacer valer su derecho (art. 40 del C.C.A.), sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que puede incurrir el funcionario por su negligencia al no resolver expresa y oportunamente la petición.

En consecuencia, desde este punto de vista, la acción de tutela intentada por los actores no puede prosperar por cuanto, de una parte, no es posible ordenar a la administración que tome una decisión que ya existe en virtud de la ley y, de otra, porque al existir esa decisión, los interesados tienen otros recursos o medio de defensa judiciales, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que, como ya se advirtió, la acción se haya ejercido ni pudiera ejercerse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Sin embargo, como del expediente surge que no han sido contestadas ni en uno ni en otro sentido, peticiones radicadas hace más de un año en la entidad de previsión, concretamente las números 13736 de diciembre 5 de 1989 de Gonzalo Rivera Alvarado; la 7893 de junio 24 de 1991 de Fidel Perilla Barreto y la 11414 de septiembre 5 de 1991 de Belén Segunda Acosta de Galán, por esta circunstancia y ante el retardo evidente en resolver, la Sala ordenará que se ponga en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación, copia de las piezas procesales pertinentes, en orden a que se averigüe la responsabilidad que pudiere haber a los funcionarios encargados de la tramitación de tales solicitudes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

1.— CONFIRMASE la providencia de agosto doce (12) de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección “B”, mediante la cual negó la solicitud de tutela propuesta por el Doctor HUMBERTO MARQUEZ VILLAREAL, quien actúa como agente oficioso de AYDEE ROJAS DE RIVERA, ADRIANA RAQUEL VARELA Vda. DE LOPEZ, FIDEL PERILLA ROJAS, JUAN BAUTISTA BOLAÑO PACHECO y BELEN SEGUNDA ACOSTA DE GALAN.

2.— Por Secretaría General, remítase copia de esta providencia y de las piezas procesales pertinentes a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que determine la responsabilidad en que pudieron incurrir los funcionarios de la Caja Nacional de Previsión Social, con relación a las peticiones formuladas mediante apoderado por los señores AYDEE ROJAS DE RIVERA, FIDEL PERILLA BARRETO y BELEN SEGUNDA ACOSTA DE GALAN, y para que vele por la diligente evacuación de éstas.

3.— Remítase copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y a la Caja Nacional de Previsión Social de Santafé de Bogotá D.C.

4.— Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Salvó el Voto; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Dolly Pedraza de Arenas, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Salvó Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Guillermo Chahín Lizcano, Salvó Voto; Jorge Penen Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, lo dicho en providencia de junio 10/92, exp. AC-152, Ponente Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ. De otro lado, los salvamentos de voto contienen igual disertación que la expresada con ocasión del estudio hecho en la citada providencia de junio 10/92, publicada en este mismo tomo de Anales, pág. 275 y relacionada con el derecho de petición en la acción de tutela.

## **DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/TOMA DE POSESION DE BIENES**

En manera alguna se ha despojado a los socios de su propiedad sobre las cosas y los bienes de la sociedad intervenida. El hecho de que en las normas legales que sirvieron de base a la administración para tomar posesión de la sociedad, no exista disposición alguna que fije un límite para agotar esa intervención, no significa que los bienes hayan sido expropiados como parece entenderlo la impugnante. Simplemente, esos bienes están siendo administrados por el Estado para proteger intereses de las personas que pudieran resultar afectados con los malos manejos que precisamente dieron lugar a la toma de posesión de la sociedad por la Superintendencia Bancaria. La Sala tiene aceptado que el derecho 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 tutelar.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Jorge Penen Deltieure.*

Referencia: Expediente No. AC-250. Actor: Beatriz Guerrero Santos.

Procede la Sala a decidir la impugnación formulada por la ciudadana Beatriz Guerrero Santos contra el fallo proferido el 6 de agosto de 1992 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera.

## I.- ANTECEDENTES

La ciudadana Beatriz Guerrero Santos propuso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acción de tutela a fin de que se ordene la entrega inmediata de la Compañía de Inversiones Inmuebles Asociados a los socios y representante legal, y se dé aplicación al artículo 25 del decreto 2591 de 1991 sobre indemnización del daño emergente causado y las costas del proceso, para asegurar el goce efectivo del derecho.

Considera quebrantados los derechos constitucionales al debido proceso, la libertad de asociación, de petición y el de propiedad privada, por cuanto la Sociedad Inversiones Inmuebles Asociados Ltda., de la cual es accionista, constituida mediante escritura pública No. 3435 de 24 de septiembre de 1976 de la Notaría catorce de Santafé de Bogotá, fue intervenida el 25 de octubre de 1978 y luego quedó en poder de la Superintendencia de Sociedades, entidad que "... lleva más de catorce (14) años en forma consecutiva y sin ninguna interrupción acabando con el poco patrimonio que le queda a nuestra Sociedad INVERSIONES ASOCIADOS LTDA., como aparece en anotación del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, que se anexa a la presente petición como medio de prueba, por la permanente OMISION y al pago exorbitante de administración y al mal manejo que se le ha dado a los bienes muebles, inmuebles de la compañía, intervenida por parte de la Superintendencia de Sociedades, división de vivienda a cargo (sic) de la Dra. JULIANA, que no quiere soltar la firma desde hace (14) años largos (sic) y que inclusive se hizo trasladar a la entidad anterior en razón a que pertenecía al Instituto de Crédito Territorial, con el objeto de seguir absorbiendo (sic) capital a su favor y en efecto reahusar (sic) y retardar la entrega de la sociedad, colocándose en los lineamientos que prevé el Artículo 150 del Código Penal, sobre Prevaricato por Omisión, catorce (14) años largos liquidando una compañía y según ellos apenas está empesando (sic) Honorable (sic) Magistrado". (fl. 2).

Señala que la Superintendencia de Sociedades finiquitó sus labores en 1990, y no obstante que las acreencias ya fueron solucionadas, que no existen reclamaciones pendientes y que la firma intervenida se encuentra en óptimas condiciones, según inspecciones realizadas por funcionarios de la misma entidad administrativa y de la Procuraduría General de la Nación, sigue captando dinero y desapareciéndolo. Que no se conoce informe alguno sobre rendición de cuentas y que son numerosas las peticiones presentadas ante el Superintendente de Sociedades, que no se han atendido, para que levante la intervención y entregue la Compañía a sus socios y representante legal.

Con carácter SUBSIDIARIO solicita "la aplicación de la PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA", en razón a que han transcurrido (14) años desde la intervención y el Estado ha perdido la potestad para seguir interviniendo la Sociedad, pues la acción se extingue por el transcurso de diez (10) años de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil.

En auto del 27 de julio de 1992, la Sección Primera del Tribunal ordenó librar oficio al señor Superintendente de Sociedades para que en el término de tres (3) días remitiera los antecedentes relacionados con la toma de posesión de la Sociedad Inversiones Inmuebles Asociados Ltda. e informara acerca del estado actual de la actuación administrativa.

## II.— LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, en sentencia calendada el 6 de agosto de 1992 luego de precisar el objeto de la acción de tutela y el alcance de los derechos que se solicita tutelar, analizó la procedencia de la misma frente a los mecanismos de defensa judicial y el *petitum*, y concluyó denegando el amparo formulado por la señora Beatriz Guerrero Santos, puntualizando entre otras cosas, lo siguiente:

“Dice la peticionaria, propietaria de las dos décimas partes de la empresa intervenida por acto administrativo emanado de la Superintendencia Bancaria, que la actual interventora, Superintendencia de Sociedades, ha incurrido en permanente omisión que no explica, pero al parecer consiste en no querer ‘soltar’ o devolver la empresa intervenida a sus propietarias, a pesar de haberse cumplido el objeto de la intervención y en efecto pide que se ordene su entrega inmediata a sus socios y por ende a su representante legal; aparte de esa negativa afirma la existencia de malos manejos que sitúan a la Agente Especial en conducta delictuosa.

Sobre los pretendidos malos manejos, debe precisarse, que existe medio de defensa judicial, toda vez que los llamados Agentes Especiales responden por su gestión como corresponde a la naturaleza jurídica de su cargo, el que conforme con el artículo 4o. del Decreto 2217 de 1982, modificado por el artículo 2o. del decreto 1215 de 1984, es la misma de los Auxiliares de la Justicia.

Con mayor razón, habría acción de reparación directa contra los Agentes de la Administración que con ocasión de los actos dictados dentro del proceso de intervención causan perjuicio a los particulares que resulten afectados en sus bienes.

Cuestión aparte es la relacionada con la cesación de la actividad administrativa en su totalidad, pues al efecto ninguna acción o medio de defensa judicial existe.

La toma de posesión de una Compañía privada nace con un acto administrativo dictado en ejercicio de facultades legales que son desarrollo del principio constitucional de intervención directa —según el mandato constitucional consignado en numeral 14 del artículo 120 de ese

texto actualmente derogado—, y como tal goza de presunción de legalidad mientras no sea anulado ni suspendido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ocurre que la Superintendencia Bancaria dictó las Resoluciones números 3288 el día 25 de octubre y 3833 de 27 de noviembre de 1978, por medio de las cuales dispuso y ejecutó, la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de la Sociedad Inversiones Inmuebles Asociados Ltda., de la cual es socia la accionante, así como la liquidación de la Sociedad, con el fin de proteger el interés público en peligro ante manejos no apropiados por parte de los administradores de la misma, de modo que una vez pagados los altos pasivos encontrados a raíz de unas quejas recibidas, se procediera a liquidar la firma.

Para agotar la vía gubernativa, el representante legal de la compañía interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la resolución No. 2029 de 20 de abril de 1979, que confirmó los actos primeramente dictados y dando paso al ejercicio de la acción contenciosa que según consta en este expediente nunca tuvo lugar.

De manera que los actos administrativos que respaldan la actividad administrativa en el *sub-lite* no han dejado de gozar de la cualidad inherente a su validez.

Ahora bien, ni la Ley 66 de 1968, ni las demás normas que modificaron o regularon el fenómeno de la intervención estatal, establecieron plazo alguno que permita señalar un límite a la competencia temporal de la administración para su ejercicio. Y es evidente, que en la medida que la toma de posesión tiene por objeto finiquitar las acreencias y liquidar la entidad (sic) privada, este último objeto solo puede cumplirse cuando se logre a cabalidad el primero.

Como para el cumplimiento de la finalidad propuesta son muchos los factores de índole jurídica y financiera que se atraviesan, como por ejemplo la necesidad de concertar con los verdaderos titulares de los predios prometidos en venta de manera irregular o fraudulenta, proceso que puede durar, como en efecto duró muchos años, se entiende por qué no es materia de regulación el plazo en cuestión.

Paradójicamente, por el largo tiempo transcurrido, no atribuible en principio a la actividad administrativa, la masa de la liquidación acreció y de conformidad con los datos consignados en el último balance analizado por la Superintendencia de Sociedades, la operación de la empresa intervenida arrojó saldo positivo, con utilidad acumulada de \$12.487.247.10 (fl. 35 a 39 del cuaderno 2).

El resultado, favorable sin duda alguna a los intereses de las socias que como consecuencia tendrán derecho al reparto de dicha utilidad, no significa que de manera imperativa deba cambiarse la decisión de la administración de proceder a liquidar la empresa, dispuesta en el acto originario, puesto que al efecto de modificar esa orden el Superintendente de Sociedades, ahora a cargo del proceso de intervención, goza de facultades discrecionales.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley 45 de 1923, aplicable a estos eventos como lo previó el artículo 19 de la ley 66 de 1968, el Superintendente puede conservar la posesión del establecimiento o empresa, hasta que los negocios sean completamente liquidados o decidir que en las condiciones que él apruebe, devuelve la referida posesión.

Estos actos discrecionales implican claro está que la decisión se adecúe a los fines de la norma que la autoriza y sea proporcional a los hechos que le sirven de causa. De ahí que ni existe obligación legal de dar paso atrás en la orden de liquidar la empresa intervenida, ni con ese hecho se obstruye el ejercicio lícito del derecho de asociarse que alega la accionante.

La terminación de la sociedad está ordenada por un acto cuya legalidad es indiscutible y en nada impide que la interesada se asocie a otras empresas lícitas.

De lo anteriormente expuesto se deduce que no hay lugar a tutelar ni el derecho de asociación, ni el de propiedad alegados por la demandante, pues atendidos los fines de la intervención estatal inherentes al control de las actividades que los entes, privados desarrollan, por su influencia en la economía cuya dirección está a cargo del Estado, ninguna lesión o amenaza pueden inferir a los particulares que sean detentadoras del derecho de propiedad sobre acciones en empresas lícitas que se vuelven contra el interés público o social, siempre prevalente.

Con menos razón se puede aducir violación del derecho al debido proceso, si como ya se advirtió no hay regulación para el ejercicio de la función interventora en el ámbito de su temporalidad, aunque si en su ejecución aspecto éste del que no se precisó por la solicitante cómo ha sido incumplido. No obstante tal defecto, se observa en los antecedentes allegados, que por el contrario, las etapas previstas en la Ley 45 de 1923, en la Ley 76 de 1968 y en los decretos reglamentarios, han sido agotadas en debida forma”.

En cuanto a la petición subsidiaria propuesta por la accionante estimó el Tribunal que el examen de la prescripción extintiva no es propio de la acción de tutela.

### III.— LA IMPUGNACION

La impugnante radica su inconformidad en que el Tribunal, no obstante aceptar que se han vulnerado los derechos constitucionales y decir que toda persona tendrá acción de tutela, se apoya, para denegarla, en la ley 66 de 1968 que regula las actividades de urbanización, construcción y crédito, su inspección y vigilancia, cuando lo necesario es tener en cuenta la Constitución que como ley de leyes que es, debe prevalecer sobre toda norma de inferior jerarquía, “y debe interpretarse como la base de todas las ramas del derecho, el derecho constitucional como derecho común, esta idea está claramente reflejada a lo largo de la Constitución y, particularmente en el Artículo sobre Acción de Tutela”.

En concreto pide que se decrete la protección a favor de la Compañía de Inversiones Inmuebles Asociados Ltda., y que se requiera al Superintendente de Sociedades el envío de los antecedentes administrativos, con el objeto de cotejar las pruebas con el fallo impugnado, por cuanto la acción de tutela está consagrada para proteger los derechos fundamentales y no hacerlos ilusorios.

Al expediente fueron allegadas las fotocopias autenticadas de los documentos referentes a la intervención de la mencionada Compañía remitidas por la Superintendencia de Sociedades.

#### CONSIDERACIONES:

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional tiene por finalidad brindar a las personas “... 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” y “... sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En este caso con la acción de tutela pretendió la impugnante la protección de los derechos de petición, debido proceso, libre asociación y propiedad privada, consagrados en los artículos 23, 29, 38 y 58 de la Constitución Política. El derecho de petición ha sido vulnerado porque “... son múltiples las peticiones que se han elevado al señor Superintendente de Sociedades para que sea levantada la intervención y se haga entrega a sus socios y por ende a su representante legal...” de la sociedad Inversiones Inmuebles Asociados Ltda., peticiones que no han sido resueltas. El derecho al debido proceso ha sido vulnerado porque la Superintendencia de Sociedades tomó posesión de la precitada Sociedad en 1978 y aún no la ha devuelto a sus propietarios. Por la misma razón ha sido vulnerado el derecho de libre asociación puesto que los socios han sido privados del derecho a ejercer sus actividades

en Sociedad. El derecho de propiedad ha sido también vulnerado puesto que los socios no pueden disponer de los bienes de la Sociedad.

En la sentencia impugnada nada se dijo respecto a la supuesta violación del derecho de petición. Al efecto la Sala encuentra que al hacer uso de la acción de tutela la impugnante se refirió a "... múltiples peticiones", sin precisar ante cuáles autoridades y en qué fechas se elevaron tales peticiones, pero del examen de la documentación que obra en el expediente, aparece lo siguiente: El 22 de junio de 1992 el señor Nicolás Guerrero Chacón "... obrando como representante legal de la Compañía Inversiones Inmuebles Asociados Ltda." pidió al Procurador General de la Nación, la designación de "... un agente especial para que inspeccione en la Superintendencia de Sociedades el proceso No. 125 y constate los ilícitos cometidos por Prevaricato por Omisión Art. 150 del C. P., ... Enriquecimiento Ilícito Art. 148 C. P. ... Abuso de Confianza Art. 358 del C. P. ...". No existe constancia del trámite dado a esta petición. Obrán también en el expediente fotocopias de cuatro escritos dirigidos por el mismo señor Nicolás Guerrero Chacón al Superintendente de Sociedades pidiendo la entrega de la Sociedad a sus socios "... y por ende al representante legal de la Compañía, por haber finiquitado las reclamaciones pendientes y no existir acreencias en la fecha, como se desprende de los conceptos emitidos y que hacen parte en el plenario sobre las inspecciones realizadas por funcionarios de esa Superintendencia, donde dan conceptos favorables de entrega". De tales fotocopias tan sólo una de ellas permite afirmar que fue presentada el 23 de junio, en las otras por defecto de fotocopiado no es posible verificar la fecha en que fueron presentadas. Tampoco hay en el expediente constancia alguna del trámite que se les haya dado.

Respecto del derecho de petición, consagrado en la Constitución Nacional como derecho fundamental, esta Sala al decidir impugnaciones propuestas contra fallos de tutela, ha dicho que ésta acción no procede porque de acuerdo con el artículo 40 del C.C.A. al cabo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de la presentación de una petición sin que ésta haya sido resuelta se entenderá que la decisión de la Administración es negativa, decisión ésta que configura acto administrativo susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de los medios de control establecidos en el libro II título XI del Código Contencioso Administrativo. Con otras palabras, al producirse el silencio administrativo negativo surge para el administrado el derecho al uso de acciones judiciales, es decir de otro medio de defensa judicial distinto a la acción de tutela, lo cual la hace improcedente al tenor del tercer inciso del artículo 86 de la Constitución Nacional. Sobre este tópico la Sala en Sentencia de junio 30 de 1992, Actor: Octavio Medina Ospina, Expediente AC-166 expresó:

"... se llegaría al extremo de que todo, sin excepción, podría manejarse por el derecho de petición genéricamente considerado; dejando de lado

el derecho de acción (art. 229 de la Carta) desarrollado en la ley y los procedimientos administrativos regulados en la misma para la efectividad de los derechos de petición en interés particular y general.

En suma, el derecho de petición, por sí solo y genéricamente considerado, no puede violarse para efectos de tutela cuando la ley ha previsto los mecanismos legales para hacer efectivos los derechos del administrado.

Se entiende por tales mecanismos los propios del procedimiento administrativo y los jurisdiccionales subsiguientes. Recuérdese que cuando no existe un procedimiento administrativo especial deberá aplicarse el que regula el Código Administrativo, en el título I 'Actuación Administrativa', parte primera".

Y más adelante se lee en el mismo proveído:

"Ya hubo decisión denegatoria. Que sea *ficta* no cambia el enfoque porque este es el querer de la ley. Se entendieron negadas las solicitudes y esto le abrió la oportunidad a los afectados para acudir directamente a la vía jurisdiccional, máxime cuando como en el caso concreto, el único recurso viable era el de reposición, no obligatorio para agotar la vía gubernativa".

Por lo que hace a la supuesta violación del derecho al debido proceso la Sala, de la misma manera que la observó el Tribunal en la sentencia impugnada, encuentra que la Superintendencia Bancaria en uso de sus facultades legales y especialmente de las conferidas por la ley 66 de 1968, profirió la Resolución No. 3288 de octubre 25 de 1978, en cuya parte resolutive dispuso, entre otras medidas, "Tomar inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes y disponer la liquidación de la Sociedad 'INVERSIONES INMUEBLES ASOCIADOS LTDA.'". También que por Resolución No. 3833 de noviembre 27 de 1978 dispuso "... el embargo y secuestro de los bienes..." de dicha Sociedad. Y la vía gubernativa se agotó al proferir la Superintendencia la Resolución No. 2029 de abril 20 de 1979 para decidir el recurso de reposición que contra las Resoluciones anteriormente mencionadas interpuso la apoderada de la Sociedad intervenida. Así las cosas, es claro que en aquélla oportunidad la Sociedad intervenida dispuso como medio de defensa para impugnar los actos administrativos producidos por la Superintendencia Bancaria de acciones judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Además, del examen de la documentación aportada al expediente de tutela se desprende que tanto la Superintendencia Bancaria, como más tarde la de Sociedades, a la cual la ley trasladó la competencia para ejercer la inspección y vigilancia "... sobre las personas naturales y jurídicas que

desarrollen las actividades a que se refiere la Ley 66 de 1968 reformada por el Decreto 2610 de 1979...”, han ejercido esa atribución de vigilancia con arreglo a las mencionadas disposiciones legales a partir de la vigencia de los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso la intervención de la Sociedad de la cual forma parte la ciudadana que propuso la acción de tutela. La prueba indica que la Administración ha venido atendiendo oportunamente las reclamaciones de terceros y gestionando el saneamiento de la titulación de los predios objeto de las operaciones de la Sociedad, algunos de los cuales según se afirma en la documentación fueron vendidos por la Sociedad hasta cinco veces a distintas personas. De la prueba surge también que la Agente Especial designada por las Entidades Interventoras ha venido rindiendo cuentas de su gestión y que funcionarios de aquéllas han pasado visitas periódicas para comprobar el estado de la contabilidad. De acuerdo con informe fechado el 22 de marzo de 1991, suscrito por los funcionarios Pedro Julio Infante R. y Manuel Esquivel G., de la Superintendencia de Sociedades, con base en el balance general a 31 de diciembre de 1990 y según los registros anotados en los libros Diario, Mayor y Balances “... rubricados por la Contraloría General de la República”, la firma “... Arroja un Superávit acumulado de \$5.298.397.60” (fls. 35 a 39 cuadernos No. 2). Igualmente está demostrado que en su oportunidad la Superintendencia Bancaria dió cumplimiento a la norma de procedimiento contenida en el artículo 11 de la Ley 66 de 1968, al poner en conocimiento del JUEZ PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ (REPARTO) aquellos hechos presuntamente constitutivos de infracción penal imputables a la Sociedad intervenida.

Teniendo como base el informe sobre el estado actual de la gestión y administración de la mencionada Sociedad suscrito por la Agente Especial, el Jefe de la División de Entidades Especiales de la Superintendencia de Sociedades informó durante el trámite de la acción de tutela al Tribunal “... que en la actualidad esta Entidad estudia la posibilidad de levantar la medida”. (fl. 1 cuaderno No. 2).

En lo atinente a la supuesta violación del derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política, y que es derecho fundamental de la persona humana, la Sala advierte que la actividad desarrollada por las autoridades administrativas, en este caso la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades, con el fin “... de proteger el interés público en peligro ante manejos no apropiados por parte de los administradores...” de la Sociedad intervenida, según expresión consignada por el *a-quo* en el fallo que se revisa, no puede entenderse como violatoria del derecho de asociación, en primer lugar porque los socios, entre ellos la accionante, continúan formando parte de la Sociedad. En segundo lugar, porque la intervención de la Sociedad no les impide ejercitar ese derecho fuera de la empresa intervenida para otras actividades de naturaleza civil, comercial, etc.

Sobre la presunta vulneración del derecho de propiedad, el *a-quo* con apoyo en sentencia pronunciada por la Corte Constitucional —Sala de Revisión— el 28 de mayo del año en curso sobre ponencia del Magistrado Doctor Fabio Morón Díaz, acepta que en casos como éste podría ser susceptible de amparo inmediato a través de la acción de tutela. Sin embargo, en este caso concreto el derecho no ha sido violado, dice el Tribunal, porque “... de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley 45 de 1923, aplicable a estos eventos como lo previó el artículo 19 de la Ley 66 de 1968, el Superintendente puede conservar la posesión del establecimiento o empresa, hasta que los negocios sean completamente liquidados o decidir que en las condiciones que él apruebe, devuelve la referida posesión. Estos actos discrecionales implican claro está que la decisión se adecúe a los fines de la norma que la autoriza y sea proporcional a los hechos que le sirven de causa. De ahí que ni existe obligación legal de dar paso atrás en la orden de liquidar la empresa intervenida,...” porque con esa actuación de la administración no se vulnera el derecho de propiedad. La Sala encuentra acertado el criterio así expuesto por el *a-quo* porque, en verdad, en manera alguna ha despojado a los socios de su propiedad sobre las cosas y los bienes de la Sociedad intervenida. Simplemente esas autoridades ejercitan las atribuciones de “inspección, vigilancia y control” que tanto la Constitución Política de 1886 como la actualmente vigente atribuyen al Presidente de la República sobre las personas que realizan actividades relacionadas “... con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público”, como se desprende del artículo 189, numeral 24, de la Carta. Y al hecho de que en las normas legales que sirvieron de base a la administración para tomar posesión de la Sociedad Inversiones Inmuebles Asociados Limitada no exista disposición alguna que fija un límite para agotar esa intervención no significa que los bienes hayan sido expropiados como atrás se dijo, esos bienes están siendo administrados por el Estado para proteger intereses de las personas que pudieran resultar afectados con los malos manejos que precisamente dieron lugar a la toma de posesión de la Sociedad por la Superintendencia Bancaria.

Sobre el derecho de propiedad en relación con la acción de tutela esta Sala tiene aceptado que el derecho 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. Así se dijo en fallo de impugnación proferido en el expediente AC-089, actor Rodolfo Escobar Cuervo, Consejero Ponente Doctor Juan de Dios Montes Hernández.

Respecto de los malos manejos en los que según la accionante ha incurrido la Agente Especial designada por la Superintendencia de Sociedades mediante la Resolución 11016 de 28 de noviembre de 1990, como bien lo señala el fallo impugnado “... existe medio de defensa judicial, toda vez que los llamados Agentes Especiales responden por su gestión como corresponde a la naturaleza jurídica de su cargo, el que conforme con el artículo 40.

del Decreto 2217 de 1982, modificado por el artículo 2o. del decreto 1215 de 1984, es la misma de los auxiliares de la justicia”, siendo factible además la acción de reparación directa “... contra los Agentes de la Administración que con ocasión de los actos dictados dentro del proceso de intervención causen perjuicio a los particulares que resulten afectados en sus bienes”. También, anota la Sala, procede la acción penal respecto de malos manejos de los Agentes Especiales por presuntas violaciones a la ley penal.

Finalmente, como en forma subsidiaria la accionante solicita la aplicación de la PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA, la Sala de acuerdo con lo expresado por el *a-quo* encuentra que la acción de tutela tiene por finalidad amparar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, cuando “... el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, como reza el artículo 86 de la Constitución Nacional. En el caso *sub-examine* la acción de tutela no se utilizó como mecanismo transitorio, simplemente la accionante solicita en forma subsidiaria la aplicación de la prescripción extintiva, lo cual solamente es posible “... a través de acciones ordinarias...” como lo señala el *a-quo*, porque tales acciones constituyen precisamente un medio de defensa judicial puesto que la prescripción extintiva debe ser declarada por juez competente mediante el trámite del correspondiente proceso de naturaleza civil.

Con base en la motivación anterior, y especialmente porque contra los actos administrativos que dieron origen a la intervención de la Sociedad Inversiones Inmuebles Asociados Limitada era posible ejercitar un medio de defensa judicial mediante el uso de los medios de control consagrados en el C.C.A. es que la Sala confirmará el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

1o.— Confírmase el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca —Sección Primera— el 6 de agosto de 1992.

2o.— Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3o.— Envíese copia de este proveído al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión del quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Aclaró Voto; Julio César Acosta, Aclaró Voto; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

## **DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/DERECHOS FUNDAMENTALES (Aclaración de Voto)**

Me separo de la decisión mayoritaria de la Sala pues ella toma apoyo en la tesis de que el derecho de propiedad no es un derecho fundamental. El derecho a la propiedad es fundamental, no con la filosofía liberal del usar, gozar y abusar, pero sí con la que pregona que él conlleva una hipoteca social.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto del doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. AC-250. Actor: Beatriz Guerrero Santos.

Con toda consideración me separo de la decisión mayoritaria de la Sala pues ella toma apoyo en la tesis de que el DERECHO DE PROPIEDAD NO ES UN DERECHO FUNDAMENTAL.

En este particular reitero mi posición filosófica y jurídica, expuesta en la aclaración de voto que hice dentro del expediente No. AC-073, Actor: HILDA MARTINEZ, en el cual y en lo pertinente se lee:

“... Estimo que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios, de alcance universal, que han de informar el ordenamiento jurídico, y que se orientan a defender la dignidad de la persona humana. Por lo mismo, ellos no son dádiva ni del constituyente, ni del legislador, ni éste puede, a su capricho, aumentarlos o disminuirlos, por ley o por decreto. Siendo la persona humana el ser más valioso de todo el universo, esos derechos le permiten moverse en el mundo, manejando las distintas circunstancias, con el fin exclusivo de permitirle su realización plena como tal”.

Dentro del universo anterior no hay espacio para la duda que impida concluir que el derecho a la Propiedad es Fundamental, no con la filosofía liberal del USAR, GOZAR Y ABUSAR, pero sí con la que pregona que él conlleva UNA HIPOTECA SOCIAL.

En la materia hago más las conclusiones que el Profesor Luis Recasens Siches presenta en su obra Tratado General de Filosofía del Derecho, en la cual se lee:

“1.— Todo individuo humano necesita alguna propiedad privada, porque de lo contrario su libertad personal carecería de la base material que ha menester para apoyarse, y carecería también de la esfera material dentro de la cual tiene que proyectarse”.

“2.— Entre los varios títulos justificados que puede haber para fundar la propiedad privada, el trabajo del hombre, que reforma la naturaleza y que realiza creaciones, es el primario, el más hondamente enraizado en criterios estimativos, es decir, axiológicos de justicia: pues bien cabe discutir sobre hasta qué punto se deba reputar como “lo suyo de un individuo” algunos bienes que figuren en su patrimonio, cuya propiedad originaria, es decir, la del primer propietario, no se fundó en el trabajo, en cambio, es básico principio de estimativa que el producto del trabajo de un individuo debe ser considerado como algo “suyo”, que en justicia debe reconocérsele como tal”.

“3.— Si bien el “derecho a la propiedad privada” pertenece a los derechos fundamentales del hombre, en cambio, el monto de la propiedad, el alcance de ésta, las categorías que ella debe sufrir por razón de la coexistencia, de la necesaria cooperación social y de la justicia social, es materia variable y cambiante en los diversos pueblos y sobre todo en las varias situaciones históricas, y debe quedar al juicio prudente del legislador de cada Estado en cada momento. Claro que ese juicio prudente no debe ser puramente fortuito, antes bien debe de fundarse en criterios de estimativa aplicados a la realidad social concreta”.

“4.— Hay que añadir, además, otro criterio, éste formal, a saber: que nadie debe ser privado arbitrariamente de su legítima propiedad, y que en caso en que con apoyo en una ley se le quite por justificada razón de utilidad pública, esto podrá hacerse sólo mediante el pago, previo y al contado, de una justa indemnización, de acuerdo con los trámites establecidos por las normas vigentes”.

“5.— Sin propugnar de buenas a primeras y con irreflexiva simplicidad medidas que pudiesen lesionar indebidamente justos derechos adquiridos, o convertirse en obstáculos para la prosperidad material general, que a todos interesa, pues ésta condiciona la particular de cada indivi-

duo e influye sobre ella, se debiera poner la máxima preocupación y los máximos esfuerzos en pro de un orden jurídico que no se limitase a defender la situación dominial de cada uno, y a corregir las injusticias y los desajustes sociales con alivios, paliativos o compensaciones, sino que tendiese a colocar a cada persona en la situación dominial que le corresponda por sus méritos individuales y por sus servicios a la colectividad nacional y a la internacional. Aunque yo abogo por la subsistencia de la propiedad privada y por evitar que las medidas correctivas pro justicia social sean demasiado radicales, drásticas —que puedan poner en peligro el orden, la seguridad o los intereses de la economía nacional que a todos importan, sin embargo, es necesario preocuparse en establecer los criterios justos en la distribución de los bienes materiales y ventajas económicas en relación y con fundamento en el mérito real de cada uno, por la calidad de su trabajo y de sus aportaciones a la cultura y al bienestar general”.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta*

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y dos (1992).

**NOTA DE RELATORIA:** La aclaración de voto del Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, se reduce a lo siguiente:

Como no estuve de acuerdo con las motivaciones y las decisiones tomadas por la mayoría de la Sala en el expediente AC-089, actor: Rodolfo Escobar Cuervo, Consejero Ponente: doctor JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, al desconocerle al Derecho de propiedad el alcance o categoría de DERECHO FUNDAMENTAL, en dicha oportunidad salvé mi voto a tal proveído y en dicho expediente reposan mis argumentaciones a este respecto.

Por considerar que la Sala reiteradamente ha venido manteniendo su punto de vista el suscrito aclara ahora su voto en el sentido de que respeta dichas mayorías aunque sin cambiar su orientación jurídico-político al respecto.

**TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia/CARRERA JUDICIAL**

No se configura el perjuicio irremediable porque la afectada ha podido solicitar en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se le reintegre al servicio oficial, se le mantenga dentro de la carrera judicial y se le reconozcan los daños y perjuicios que considera causados. Las mismas pretensiones por sí solas demuestran que los posibles perjuicios que afirma estar sufriendo son remediables por otras vías que están en proceso de determinación por parte del Tribunal. La acción contencioso administrativa incoada es el medio idóneo tanto para esclarecer su derecho así como para obtener la reparación a que aspira. El concepto personal sobre la no confiabilidad de las acciones contencioso administrativas, no es razón suficiente para que le sea otorgado un medio procesal no autorizado por la ley.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate*

Referencia: Expediente No. AC-295. Actor: Stella Ortiz Herrera.— Asuntos Constitucionales.

Mediante apoderado judicial STELLA ORTIZ HERRERA impugna la sentencia del 31 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, el cual negó la tutela solicitada.

### ANTECEDENTES:

Stella Ortiz Herrera desempeñaba el cargo de Secretaria Grado 10 en el Juzgado 22 de Instrucción Criminal Ambulante; para inscribirse en la Carrera Judicial entre otros documentos, presentó una Certificación expedida por el Liceo Nacional Femenino de Bachillerato Antonia Santos de Bogotá D.C., de "haber cursado y aprobado tres años de bachillerato, durante 1963 a 1985". Según averiguaciones de la Carrera Judicial —Director Seccional— este documento resultó apócrifo y formuló la correspondiente denuncia por posible violación de la ley penal.

La Procuraduría Departamental de Ibagué, adelantó la investigación y al encontrar mérito suficiente formuló pliego de cargos, "por haber obtenido su ingreso a la Carrera Judicial, mediante la presentación de un certificado de estudio apócrifo con fundamento en el cual hizo manifestaciones contrarias a la verdad en la solicitud de inscripción y en el formato de hoja de vida, conducta que tuvo como consecuencia la expedición de diversos actos administrativos tras haber inducido en error a los funcionarios que la expidieron". Rendidos los descargos por la inculpada, manifestó que el referido documento ninguna función desempeñó dentro de sus pretensiones, lo allegó para "abundar" en la documentación requerida, pero éste no era indispensable para obtener la inscripción en la Carrera Judicial, porque el tiempo que llevaba al servicio de la Rama Jurisdiccional la habilitaba, toda vez que el Decreto 052 de 1987, mediante el cual se modificaron los requisitos exigidos por la norma anterior era más benévolo para los empleados y para su caso concreto sólo exigía once (11) años, en cambio de doce (12), los cuales cumplí en exceso con documentos diferentes al certificado aludido", la Procuraduría no aceptó los descargos y el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Lérica, Tolima, mediante providencia del 7 de enero de 1992, resolvió imponer la sanción de destitución del cargo de Secretaria Grado 10 del Juzgado veintidos de Instrucción Criminal Ambulante que venía desempeñando.

La sancionada interpuso recurso de apelación contra la citada providencia y el Tribunal Superior —Sala Disciplinaria— de Ibagué el 30 de marzo de 1992, confirmó la sentencia. No conforme con lo anterior interpuso Revisión, la cual fue negada por no ser susceptible de revisión, posteriormente interpuso REVOCACION de la providencia del 30 de marzo de 1992.

Posteriormente mediante apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando: 1o.) la nulidad de las providencias del 7 de enero de 1992, proferida por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal y la del 30 de marzo de 1992, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué y 2o.) como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se restablezca en su derecho a Stella Ortiz Herrera, "ordenando reintegrarla al servicio en el mismo cargo en igual o superior categoría, reconocerle y pagarle todos los

sueldos, primas, bonificaciones y prestaciones sociales, que dejare de devengar durante todo el tiempo; reconocimientos y pagos que deberán hacerse con todos sus aumentos, incrementos, intereses compensatorios y ajustes de valor...". Además, entabla dentro de ésta la ACCION DE TUTELA "como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", de todos los derechos fundamentales de la demandante que deberá cobijar los siguientes aspectos:

"... 1.— La expedición de una orden perentoria al señor Fiscal General de la Nación... para que revoque las Resoluciones Nos. 025 y 029 del 13 y 22 de julio pasado, respectivamente, proferidas por el doctor ALVARO VIVAS BOTERO, Director Seccional de Fiscalía (E) en esta ciudad, en cuanto se refiere a la actora".

"... 2.— La orden deberá comprender el mantenimiento en el servicio a la actora, con todos sus privilegios y prerrogativas, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 transitorio de la Constitución Nacional y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Decreto Ley 2699/91).

"... 3.— Se establece que los actos administrativos que se pide revocar, están siendo cuestionados por su aberración jurídica de los cauces ordinarios y se está pendiente sólomente del recurso de apelación, por cuanto el de reposición no prosperó por la arrogancia y prepotencia de su autor. *Y que son consecuencia de la investigación penal que no ha concluido aún en el Juzgado 6o. Penal del Circuito de esta ciudad.*

"....."

### LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Tolima niega la tutela por las siguientes consideraciones:

"Vuelve a repetirse que la Constitución de 1991 instituyó la acción de tutela para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, mediante un procedimiento preferente y sumario siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Definiendo el Legislador éste último como aquél que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización,

"En el caso presente es ostensiblemente improcedente la tutela impetrada porque las Resoluciones Nos. 025 y 029 del 13 y 22 de julio pa-

sado son diferentes a los actos administrativos impugnados a que se refiere la acción de restablecimiento del derecho ...”.

“De otra parte, la situación de la accionante conlleva a evitar un perjuicio irremediable para que se pueda aceptar como un mecanismo transitorio, porque como lo expresa el peticionario eventualmente la reparación del perjuicio conlleva a mantener en el servicio a la demandante con todos sus privilegios y prerrogativas y no exclusivamente éste requiere ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

“Finalmente, menos puede tener éxito la tutela pedida cuando la misma interesada expresa que los actos administrativos que se pide revocar... están siendo cuestionados por los cauces ordinarios, sin que de otra parte haya aportado las resoluciones anteriores a esta petición.

El apoderado de la actora, impugna la sentencia manifestando que disiente del fallo porque:

—Aunque los actos que se pide revocar están cuestionándose por los cauces ordinarios, también es cierto que se debe entender por tales los “puramente administrativos” que son distintos de los “otros recursos o medios de defensa judiciales” de que habla la norma (art. 6o.—1 del decreto-Ley 2591 de 1991); y que aún existiendo éstos, se está utilizando como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

—Que “no son remedios las acciones no confiables contencioso-administrativas”.

—Que se desatendieron las pruebas solicitadas en el punto 5.1.2.2., 5.1.2.3. y 5.1.2.4. que servían para ilustrar el criterio de los magistrados “y procedían a términos del artículo 19o., ibídem. Las pruebas que menciona, corresponden a algunas de las invocadas en la demanda de nulidad y se refieren a los antecedentes administrativos de la sanción de destitución existentes en el Juzgado 6o. Penal del Circuito, en la Oficina Seccional de la Carrera Judicial y en la Dirección Seccional de la Fiscalía, todas de la ciudad de Ibagué.

#### CONSIDERACIONES:

Se está en presencia de un caso en que la acción de tutela se ejerce como mecanismo transitorio y en forma simultánea con la correspondiente acción, que en este evento es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Específicamente la acción ejercida es de carácter laboral mediante la cual pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos que le impusieron la sanción de destitución y como consecuencia, que se ordene el reintegro al

servicio público a la actora, con reconocimiento de varias prestaciones económicas además de la reparación del daño moral sufrido.

Teóricamente la acción de tutela está ejercida dentro de las permisiones legales, puesto que según el artículo 86 de la Constitución “esta acción procederá cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como “mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” y según en artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991, esta acción “también puede ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Pero no encuentra la Sala, como tampoco encontró el Tribunal del Tolima, satisfechos varios de los presupuestos para que sea procedente la acción invocada.

En primer lugar, llama la atención el hecho de que si se consideraron los actos acusados como manifiestamente infractores de varias disposiciones legales y causantes de perjuicios a la actora, no se hubiera utilizado la figura de la “suspensión provisional” autorizada y regulada por los artículos 152 y ss. del C.C.A.

Es posible considerar que si gozaba de otro medio judicial como éste de la suspensión provisional, resultaba improcedente la de tutela.

Pero además debe observarse que la tutela la autoriza la Constitución como mecanismo transitorio sólo “para evitar un perjuicio irremediable” y por éste entiende el artículo 6o. numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991, “el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante indemnización”.

Y es evidente que en casos como el que atiende la Sala en esta ocasión, no se configura el perjuicio irremediable porque la afectada ha podido solicitar, como en efecto lo está solicitando en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que se le reintegre al servicio oficial, se le mantenga dentro de la Carrera Judicial y se le reconozcan los daños y perjuicios que considera causados. Las mismas pretensiones expuestas en la demanda ante el Tribunal por sí solas demuestran que los posibles perjuicios que afirma estar sufriendo son remediables por otras vías que están en proceso de determinación por parte del órgano jurisdiccional.

La acción contenciosa administrativa incoada es el medio idóneo tanto para esclarecer su derecho así como para obtener la reparación a que aspira.

Las pruebas a que se refiere el memorial de impugnación, son invocadas para aquel proceso que dentro de la oportunidad correspondiente deberán

ser decretadas y practicadas, pero que para la acción de tutela no eran ni son indispensables por la razón ya expuesta de la improcedencia de ésta.

Finalmente debe aclararse al señor apoderado que su concepto personal sobre la no confiabilidad de las acciones contencioso administrativas, no es razón suficiente para que le sea otorgado un medio procesal no autorizado por la ley.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

Confírmase el fallo de tutela dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima el 31 de agosto de 1992 en el caso de la señora Stella Ortiz Herrera (Radicación No. 9039).

En firme, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y ENVIESE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.**

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Ausente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chaín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

## **DERECHO A LA VIDA/DERECHO A LA SALUD/DERECHO DE ASISTENCIA MEDICA/TUTELA TRANSITORIA**

De conformidad con los artículos 47 y 49 de la Constitución, corresponde al Estado la atención de la salud en general y en especial la rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos. En este caso no se trata de cualquier disminuido físico, sino de una persona que llegó a tal estado por la acción de un agente de policía. En este orden de ideas, el llamado en primer término en ofrecer la asistencia médica necesaria para no agravar el resultado dañoso ocasionado por uno de sus agentes, es el organismo al cual éste pertenecía, mientras el juez competente se pronuncia en definitiva si hay lugar o no a declarar la responsabilidad estatal en el proceso que ya cursa en el Tribunal competente. Es acertada la decisión de ordenar a la Policía Nacional asumir su prestación.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-301. Actor: Nelson A. Peña Rodríguez.— Impugnación.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por el Mayor General MIGUEL ANTONIO GOMEZ PADILLA, en su calidad de Director General de la Policía Nacional, contra la sentencia de septiembre 15 de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, concede la tutela solicitada por el accionante y ordena al citado Director

General de la Policía disponer “la totalidad de los exámenes médicos necesarios con el fin de determinar si el señor Nelson Armando Peña Rodríguez requiere ser intervenido quirúrgicamente y, en caso afirmativo, autorizar de manera inmediata la indicada operación.

#### ANTECEDENTES:

El ciudadano NELSON ARMANDO PEÑA RODRIGUEZ a través de apoderado, de manera “urgente” ocurre ante la Jurisdicción para solicitar la protección del derecho a la vida, por encontrarse en “Inminente peligro de muerte”, peticionando así:

“1.1.— Que mediante un procedimiento preferente y sumario se ordene al SEÑOR DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL tutela la VIDA del ciudadano NELSON ARMANDO PEÑA RODRIGUEZ, disponiendo de manera inmediata y urgente que el HOSPITAL de la Policía Nacional o el Hospital Militar Central lo intervenga quirúrgicamente en relación a la ‘Escala Trocantérica severa dado su tiempo de evolución y los grandes riesgos de infección y desnutrición que se encuentra presentando’.

1.2.— Que en general, por cualquiera de dichas instituciones se le brinde a dicho ciudadano toda la atención médica y de suministro de drogas e implementos quirúrgicos que requiera su grave estado físico hasta su total recuperación de las afecciones que padece, o sea hasta que quede curado de la escara trocantérica”. (Fl. 2).

Como causa *petendi* de la acción de tutela, señala los siguientes hechos:

“2.1.— El día 28 de abril de 1991, los hermanos PEDRO ALEXANDER PEÑA RODRIGUEZ y NELSON ARMANDO PEÑA RODRIGUEZ fueron agredidos a bala con arma de dotación oficial por el agente de la Policía Nacional (DIGIN), VICTOR ALFONSO GUTIERREZ MARIÑO, quien estaba en avanzado estado de embriaguez; PEDRO ALEXANDER falleció instantáneamente por un tiro en el corazón y NELSON ARMANDO al recibir el disparo en la columna vertebral sufrió un shock medular que le produjo paraplejía flácida o sea parálisis total de la cintura para abajo dejándolo en silla de ruedas de por vida.

2.2.— Debido a la inmovilidad de (sic) le han presentado unas grades (sic) escaras en los glúteos que están totalmente contaminados y ya fértidas y purulentas, con gravísimo peligro de una sépsis (infección) generalizada que acabaría con su vida...

2.3.— El lesionado y su familia carecen en absoluto de recursos económico para que le operen las escaras y la intervención vale aproximadamente ochocientos mil pesos. Si no lo operan fallece.

2.4.— La falta presunta del servicio fue generada por un agente oficial, como se deduce de las pruebas adjuntas.

2.5.— En esa Sección cursa en pruebas el proceso de reparación directa No. 92D-7715, que por su misma naturaleza es lento y el lesionado no alcanza a esperar su culminación sin ser intervenido quirúrgicamente.

2.6.— La sección de Reconocimientos Médicos del Instituto de Medicina Legal evaluó al lesionado y emitió el dictamen No. 22483 del 23 de junio del corriente año, que se anexa; en este documento público se refleja la triste y patética realidad de ese ser Humano que tendrá que permanecer en silla de ruedas por el resto de su vida debido al criminal proceder de un Policía en servicio activo.

2.7.— La Clínica Gamma expidió la certificación que se adjunta en la cual se expresa por el Dr. Mariño la urgencia de la intervención quirúrgica y la clase de escara.

2.8.— Esta acción de tutela no es improcedente al tenor de los artículos 6 del Decreto 2591/91 y 1 del decreto 306 de 19 de febrero de 1992.

2.9.— El derecho fundamental cuya tutela se impetra es el de la vida, subsumida por los artículos 2-2 y 11 de la Constitución Política.

2.10.— Bajo la gravedad del juramento manifiesto que no se ha presentado otra acción de tutela respecto a los mismos hechos y derechos. (Art. 37, Decreto 2591/91).

2.11.— Las gravísimas lesiones sufridas actualmente por el poderdante y que ponen en peligro de muerte su existencia, están ligadas casualmente con la falla presunta del servicio de la Policía Nacional, representada por su Director General y por el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional". (Fl. 3).

### EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal sustenta su decisión favorable a las peticiones de la acción, en los siguientes términos:

"La prueba documental anexa da claridad respecto del estado crítico de salud en que se encuentra NELSON ARMANDO PEÑA RODRIGUEZ y por ende la viabilidad de concederle el derecho pretendido.

Ya desde finales del mes de junio pasado el Instituto de Medicina Legal conceptuaba: 'Paciente en silla de ruedas con paresia marcada de miem-

bros superiores, parapléjico con escara en glúteo izquierdo, incontinencia fecal y urinaria’.

El certificado médico del 10 de septiembre de 1992 determina que el paciente “presenta escara trocánterica severa, que requiere urgentemente tratamiento quirúrgico, dado su tiempo de evolución y los grandes riesgos de infección y desnutrición que se encuentra presentando’.

Atendiendo la salud se protege la vida, por eso es que en gran número de casos estos dos derechos van unidos y la omisión de uno afecta gravemente el ejercicio del otro.

El derecho a la vida tiene su fundamento constitucional en el artículo 11, el de la salud en el artículo 13, la seguridad social como servicio público y la garantía del Estado a prestarlo en el artículo 48 y 49, respectivamente.

El desarrollo de esos principios tienen su fuente en la protección básica a los medios indispensables para la subsistencia humana, compromiso mínimo que un asociado espera que cumpla el Estado. Pero si además este Estado tiene como obligación inherente a sus funciones de prestación del servicio público, la de preservar, proteger y recuperar la salud, el cumplimiento de esos objetivos se hace imperioso.

Ahora bien, dice la prueba documental que las lesiones que presenta Nelson Peña Rodríguez, según la prueba que hasta ese momento reposa en dicho expediente fueron causadas por el Agente de la Policía VICTOR ALFONSO GUTIERREZ MARINO, quien dejó de pertenecer a la Institución porque fue retirado definitivamente de dicho cuerpo de protección.

Entonces existiendo por ahora, la imputación contra una persona que hizo parte de la Policía Nacional y encontrándose en proceso la responsabilidad en que pudo incurrir dicha entidad, la Sala considera que es viable la petición que hace el demandante respecto a la determinación del centro hospitalario, en el Hospital de la Policía Nacional”. (Fl. 43 a 47).

### LA IMPUGNACION

El impugnante manifiesta en su escrito, que ante la notificación de la providencia favorable a las peticiones del accionante, el 16 de septiembre se efectuó una visita médica en el domicilio del actor, en la que se levantó un acta cuya fotocopia anexa, y agrega:

“No obstante que el concepto médico científico concluye que ‘... En este momento, el estado general del paciente no compromete la vida’,

(documento que presento como prueba), en consideración a que la parte resolutoria de la tutela ordena escuetamente ‘... llevar a cabo la totalidad de los exámenes médicos necesarios con el fin de determinar si el señor NELSON ARMANDO PEÑA RODRIGUEZ requiere ser intervenido quirúrgicamente.’, y en un sentido técnico tal intervención NO se requiere, no obstante que NO hay amenaza ‘grave e inminente a la vida’ (conforme se alegó por el peticionario), se resolvió efectuar la hospitalización del señor PEÑA, conforme consta en la Orden de Hospitalización expedida por Sanidad No. 1576 de fecha septiembre 17 de 1992, dirigida al HOSPITAL MILITAR. (documento que anexo)”. (Fls. 49 y 50).

En seguida ataca la decisión del *a-quo* por las siguientes razones:

“2.1. No existía peligro inminente que ameritara la protección del derecho fundamental a la vida del peticionario, conforme se demuestra con el dictámen (sic) de los médicos especialistas que evaluaron al señor PEÑA RODRIGUEZ. Obviamente su estado de salud presenta el grave deterioro propio de la lesión sufrida, situación que la Institución que presido lamenta profundamente, causada por quien desgraciadamente formaba parte de ella y que fué (sic) separado de la misma en forma definitiva, precisamente por estos hechos. La actitud de la Policía, conforme se puede constatar en el proceso que conoce ese Tribunal, ha sido la de procurar una reparación de los daños que en forma irresponsable y extraña a su servicio provocó su ex-agente.

La misma posición Institucional es la que motiva que se haya ordenado la hospitalización y el tratamiento, sin entrar en cuestionamientos jurídicos, perfectamente fundamentados en el hecho de que médicamente se ha establecido que no existe peligro grave e inminente para la vida del peticionario.

2.2.— Por cuanto el Hospital Central de la Policía Nacional es una Unidad interna de la Policía, encargada de prestar el servicio de salud de su personal, en cumplimiento de las disposiciones legales que imponen este deber y cuyo presupuesto está integrado por cotizaciones de sus funcionarios (art. 82 Decreto 1214/90), así como por dineros del Presupuesto Nacional, circunstancias que imposibilitan la atención de terceros por parte de sus servicios de Sanidad.

No sólo la destinación específica de las partidas presupuestales y de los ingresos por concepto de Sanidad, a que he hecho referencia, no permiten la prestación de los servicios ordenados por la tutela que impugno, sino que además, el déficit de la entidad, que el Estado ha tratado de aliviar, con grandes y significativos esfuerzos, impiden la existencia de partidas que permitan atender gastos extraordinarios como el presente.

2.3.— La atención de personas de escasos recursos, está a cargo del Estado, a través de los Hospitales y Centros Médicos que integran el servicio Nacional de Salud, a cuyos servicios no se acudió en el presente caso. Tiene razón el Honorable Tribunal al destacar que el Estado... ‘tiene como obligación inherente a sus funciones de prestación del servicio público, la de preservar, proteger y recuperar la salud...’ (sentencia hoja No. 4); pero debiéndose entender que dentro del Estado, tal obligación le compete a los Organismos encargados de la prestación de los servicios de salud, a los ciudadanos en general.

2.4.— La asistencia médica del señor PEÑA RODRIGUEZ hubiera sido posible de haberse hecho efectiva la conciliación que efectuó la Policía Nacional, con el señor apoderado del afectado, adelantada ante la Fiscalía Once del Tribunal y que lamentablemente no fué (sic) aprobada por el mismo Tribunal que hoy Tutela al señor PEÑA RODRIGUEZ”. (Fls. 49 a 52).

#### CONSIDERACIONES:

Alega el impugnante que no existía el peligro inminente que ameritara la protección del derecho fundamental a la vida del peticionario, conforme se demuestra con el dictamen de los médicos especialistas que evaluaron al señor Peña Rodríguez y que, practicados los exámenes ordenados por el Tribunal para determinar si se requería intervenirlos quirúrgicamente, “en un sentido técnico tal intervención NO se requiere”.

Sin embargo, del acta de visita médica aportada por el mismo impugnante, se deduce todo lo contrario. En efecto, en el acta en mención, los médicos Rogelio Pérez Castrillón y Jorge Jaime Jiménez, luego de consignar que el paciente “presenta escaras de aproximadamente 8 por 10 centímetros a nivel de trocánter mayor izquierdo afectada. Otra escara a nivel de tuberosidad isquiática de 2 por 3 centímetros que drena material purulento” expresan que “En este momento consideramos que el estado general del paciente es compatible con la vida” lo que no significa que su vida no corra peligro alguno como lo interpreta el recurrente, sino que a pesar de su estado aún puede vivir. Y ello es así, pues a continuación los galenos recomendaron: “trasladar el paciente a un centro hospitalario para manejo integral de sus lesiones neurológicas y sus secuelas. Control de la desnutrición. Manejo de la infección y de las escaras *por cirugía plástica*. Tratamiento ortopédico de las contracturas de caderas, rodillas y pies para poder rehabilitarlo en silla de ruedas en posición sentado. Manejo quirúrgico de las lesiones en las manos para la rehabilitación en silla de ruedas y pueda utilizarlas en sus labores manuales. (Fl. 53 y 54).

El dictamen entonces, no sólo no desvirtúa el del médico particular que diagnosticó la urgente necesidad del tratamiento quirúrgico, tenido en

cuenta por el Tribunal para ordenar la tutela, sino que lo corrobora y despeja toda duda respecto a que es indispensable el tratamiento quirúrgico para preservar la vida del peticionario.

Argumenta, por otra parte el impugnante, que el Hospital Central de la Policía Nacional está encargado de atender únicamente la salud del personal de la policía; que la atención de personas de escasos recursos está a cargo del Estado a través de hospitales y centros médicos que integran el Servicio Nacional de Salud; y que la asistencia médica del señor Peña Rodríguez hubiera sido posible de haberse hecho efectiva la conciliación que lamentablemente no fue aprobada por el Tribunal.

Sobre este particular la Sala debe precisar que efectivamente de conformidad con los artículos 47 y 49 de la Constitución Política, corresponde al Estado la atención de la salud en general y en especial la rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, y que por ello sería viable que fuera el Estado, Servicio Nacional de Salud, el destinatario de la orden de tutela. Pero en este caso en particular, no se trata de cualquier disminuido físico, sino de una persona que llegó a tal estado por la acción de un agente de policía, cuya conducta "irresponsable" como el propio recurrente la califica, dio lugar a su separación del servicio y a que fuera procesado penalmente, según copias de la resolución acusatoria y de su confirmación por el Tribunal Superior de Bogotá, que fueron aportadas al expediente.

Por otra parte, las piezas procesales del juicio penal que fueron allegadas, dan cuenta de que la conducta del agente pudo no ser ajena al servicio público que presta la DIJIN a la cual estaba adscrito, toda vez que la lesión se produjo por disparo con arma de dotación oficial y, según las versiones que mayor credibilidad merecieron al Tribunal Superior, el incidente en el que resultó lesionado Nelson Armando Peña se originó en una requisita practicada por el agente de la policía, cuya hoja de vida "revela sanción por agresividad y trato soez al público". (Fl. 11).

En este orden de ideas, el llamado en primer término en ofrecer la asistencia médica necesaria para no agravar el resultado dañoso ocasionado por uno de sus agentes, es el organismo al cual éste pertenecía, mientras el juez competente se pronuncia en definitiva si hay lugar o no a declarar la responsabilidad estatal, en el proceso que ya cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por ello la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal de ordenar a la Policía Nacional asumir su prestación y, en consecuencia, habrá de confirmarla.

Pero como la orden del Tribunal fue la de "llevar a cabo la totalidad de los exámenes médicos necesarios con el fin de determinar si el señor Nelson Armando Peña Rodríguez requiere ser intervenido quirúrgicamente y, en caso afirmativo, autorizar de manera inmediata la indicada operación

“y de los exámenes practicados se determinó la necesidad no sólo del tratamiento quirúrgico, sino de otros tratamientos, se ordenará a la Policía Nacional que asuma todos ellos, de conformidad con las recomendaciones impartidas por los médicos del Hospital Central de la Policía Nacional que obran a folios 55 y 55 vto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

1o.— CONFIRMASE la sentencia impugnada en cuanto concedió la tutela solicitada por el señor NELSON ARMANDO PEÑA RODRIGUEZ.

2o.— ORDENASE al Director General de la Policía Nacional disponer lo necesario para que a cargo de la Institución se practiquen al señor PEÑA RODRIGUEZ los siguientes tratamientos, que fueron sugeridos por los médicos del Hospital Central de la Policía Nacional:

a) Control inmediato de la infección (antibióticos, curación de escaras, limpieza quirúrgica, etc.).

b) Manejo de la desnutrición para mejorar el estado general.

c) Manejo de las escaras trocantérica izquierda e isquiática derecha por parte de cirugía plástica (injertos, colgajos, etc.) hasta el cierre completo.

d) Manejo interdisciplinario por parte de la rehabilitación, terapias físicas, ocupacional, psicológica, urología, cirugía ortopédica (si es necesario, deflexión de las contracturas en flexión de caderas, rodillas y pies, transferencias tendinosas en manos) y fundamentalmente la participación de la familia en el cuidado del paciente para que se cumpla el objetivo de rehabilitación en posición sentado en silla de ruedas.

e) Los demás que a juicio de los médicos sean necesarios para preservar la vida del paciente.

Notifíquese telegráficamente o por oficio al señor Director General de la Policía Nacional.

Notifíquese al apoderado del actor en la dirección indicada.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Envíese copia de este fallo, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Ausente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**DERECHO AL TRABAJO/NORMA CONSTITUCIONAL—Desarrollo Legal  
/DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA/IGUALDAD ANTE LA LEY/  
PERSONAL DOCENTE TEMPORAL**

La Sala ha afirmado que si bien es cierto el derecho al trabajo es uno de los derechos fundamentales, también es que no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata, es decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la Ley. La Sala precisa que no la anima una aplicación simplista del artículo 85 de la Constitución, ni menosprecio por uno de los más importantes derechos consagrados en la Carta del 91, incluido el preámbulo y a cuya regulación le dedica por lo menos siete artículos, pues forma parte fundamental del concepto del estado social de derecho en el que aspira Colombia a organizarse. El principio de que “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”, no puede convertirse en una autorización a irrumpir en la nómina oficial directamente sin cumplir las condiciones que en desarrollo de la Constitución haya establecido la ley en materia de función pública y gasto público. La situación del actor no es comparable con los docentes vinculados legalmente de tiempo atrás, sino con quienes se encuentran en similar situación problemática, cobijados en forma general por el Acuerdo 08 de 1992 del Concejo de Bogotá. La Sala no encuentra violación del principio de igualdad ante la ley, ni voluntad administrativa de desconocer derechos fundamentales del actor, cuando por el contrario, busca soluciones legales a una situación extraordinaria.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., octubre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. AC-273. Actor: Julio César Garrido Santana. Asuntos Constitucionales.

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto mediante apoderado judicial, contra la sentencia del 28 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual negó la tutela solicitada por el señor Julio César Garrido Santana.

Por no haber obtenido el número de votos requerido para ser aprobados por proyectos sucesivamente presentados a la Sala, correspondió a este Despacho elaborar una nueva ponencia, dentro del expediente de la referencia.

#### ANTECEDENTES:

1) En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C.N., el señor JULIO CESAR GARRIDO SANTANA, mediante apoderado judicial, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para solicitar:

a) Que se declare tutelado transitoriamente el derecho del actor a recibir el mismo trato y protección que la administración distrital debe a los docentes oficiales que laboran en propiedad.

b) Que se declare tutelado transitoriamente al actor, el derecho al trabajo, en condiciones dignas y justas, en el sentido de conceder al peticionario, las condiciones consagradas en el Decreto Ley 2277 de 1979 y la Ley 29 de 1989.

c) Que se conmine en desarrollo del artículo 87 de la C.N., a la administración distrital a dar cumplimiento a lo previsto para los docentes, en la Ley 29 y el Decreto Ley 2277 de 1979.

d) Que se condene a la administración a cancelar los salarios adeudados al accionante, en un término perentorio, a reconocerle intereses por mora y perjuicios.

Los hechos que sirven de fundamento al actor para instaurar la acción de tutela, son los siguientes:

“PRIMERO.— Con oficio de 4 fecha febrero 4 de 1992, el cual adjunto, mi mandante fué (sic) informado de haber sido vinculado como “DOCENTE TEMPORAL”. Nómina S.E.D. (Secretaría de Educación Distrital). Este oficio aparece firmado y sellado por Germán Elorza Ruiz —Jefe División de Personal— de la Secretaría de Educación del Distrito y fué (sic) notificado personalmente a mi mandante en esa Oficina.

“SEGUNDO.— Con oficio de marzo 9 de 1992 y con la firma de Laureano García Perea —Director Operativo— se certifica ante el doctor Jaime Cortés Gómez —Director Administrativo de la Secretaría de

Educación—, que mi mandante se presentó a trabajar en el sitio que le fué (sic) asignado por la Administración.

“TERCERO.— Los Actos Administrativos anteriores fueron asumidos por mi mandante, tal como lo preceptúa el artículo 83 de la Constitución Nacional, es decir ceñidos a los postulados de la buena fe.

“CUARTO.— Mi mandante viene laborando en el sitio en que fué (sic) asignado por la Administración Distrital, cumple su horario de trabajo y funciones bajo la dirección de su inmediato superior.

“QUINTO.— Hasta el momento la Administración Capitalina no ha comunicado a mi mandante el acto legal y reglamentario de vinculación y por lo mismo no lo ha posesionado, aún cuando han transcurrido siete meses desde cuando le fué (sic) notificado el nombramiento.

“SEXTO.— Desde el día de su notificación y hasta hoy, la Administración Distrital como consecuencia del punto anterior, no ha cancelado a mi mandante sus salarios adeudando siete (7) meses de salario.

“SEPTIMO.— La omisión de la Administración para notificar la resolución de vinculación de mi mandante, genera no sólo inestabilidad, sino además ausencia de reconocimiento de lo preceptuado por el Decreto Ley 2277 de 1979 —Carrera Docente y la Ley 29 de 1989—”.

Invoca los siguientes cánones de orden constitucional, vulnerados por la Administración.

a) Artículo 13, por cuanto la Administración Distrital viene dando un trato discriminado al actor, en relación con el tratamiento que debe recibir de acuerdo con la ley y que se reconoce a los demás educadores oficiales, así:

— No le cancela el salario, aunque lo vinculó y le ordenó trabajar.

— No le define su vinculación laboral a través del respectivo acto legal y reglamentario.

— No lo afilia a Caja alguna de Previsión Social, aun cuando le ofrece el servicio médico asistencial.

— No lo afilia a ninguna Caja de Subsidio Familiar.

b) Artículo 25. Se ha desconocido el derecho al trabajo. Cita para el efecto un fallo reciente, dictado por la Corte Constitucional.

c) Artículos 53 y 83 de la C.N.

## LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la providencia materia del recurso de impugnación, negó la acción de tutela, para lo cual, tuvo en cuenta que:

a) Se ejercitaba como mecanismo transitorio, es decir el peticionario era consciente de que disponía de otro medio de defensa judicial.

b) La acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa, procede a evitar un perjuicio irremediable y el peticionario no demuestra que la omisión de la administración le causa perjuicios que tengan tal carácter.

## FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

Para sustentar el recurso, el impugnante expone nuevamente los elementos de hecho y de derecho, que le sirven de fundamento a la acción de tutela y además manifiesta que:

a) La Administración Distrital, para el momento de la providencia impugnada, no había rendido el informe solicitado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En consecuencia ha debido dársele aplicación al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que dispone que en tal caso, "se tienen como ciertos los hechos".

b) Insiste en que utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

c) Que no es posible demandar un acto que la Administración capitalina omite, "pues no existe". Tampoco puede pedir el restablecimiento de derechos que para el caso particular no han sido reconocidos, por ello afirma que la única acción judicial o medio de defensa con que cuenta, es la acción de cumplimiento prevista en el art. 87 de la C.N.

d) Que no invoca ninguna de las causales de improcedencia de la acción de tutela consagradas en el artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991.

e) Que no invoca ninguna de las acciones señaladas en el Decreto 306 de 1992.

Expresa además que la acción de tutela la fundamenta "en la doctrina de la Corte Constitucional sobre el derecho al trabajo", expuesta en la sentencia dictada en el expediente T-1376, cuya copia informal obra en el expediente y transcribe algunos apartes de la misma.

### Pruebas adicionales.

En consideración a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante oficio 013 de agosto 20 de 1992, solicitó la información sobre el particular, al Secretario de Educación de Santafé de Bogotá D.C., y éste no lo había atendido, en esta Corporación se dispuso requerir al mencionado funcionario, para que en un término perentorio, diera respuesta a la mencionada solicitud.

En cumplimiento de lo anterior, el Secretario de Educación, remitió el Despacho No. 200 de septiembre 21 de 1992, en el cual informa:

“Que para dar cumplimiento a lo ordenado en el Oficio de la referencia, allego a su Despacho Certificación expedida por la Jefe de División de Personal donde se responde al pedimento que nos ocupa.

“De igual manera me permito aclarar que esta Administración desde su ingreso lo. de julio del presente año ha adelantado las acciones pertinentes, encaminadas a lograr una solución al problema ocasionado como consecuencia del llamamiento a laborar de aproximadamente 3.000 Docentes y Administrativos sin vinculación legal y reglamentaria y sin el Presupuesto previo exigido por las Normas.

“Como consecuencia de nuestra gestión administrativa el Honorable Concejo de Santafé de Bogotá, aprobó el Acuerdo No. 08 de 1992 por el cual se autoriza al Alcalde Mayor, para reconocer y pagar servicios prestados a la Secretaría de Educación y se dictan otras disposiciones. El artículo 2o. del citado Acuerdo prevé la creación dentro del Presupuesto Ordinario de Rentas o Ingresos y de Inversiones y Gastos de la Administración Central del rubro que permite efectuar el reconocimiento y pago a las personas llamadas a laborar mediante Ordenes Administrativas en 1992.

“El Parágrafo 1o. del precitado Artículo otorga un mes para la realización de las modificaciones presupuestales necesarias para el cumplimiento del Acuerdo.

“Las Secretarías de Educación y de Hacienda están en este momento realizando los trámites y actos necesarios para poder dar cumplimiento a lo ordenado por el Honorable Concejo y finalmente pagar lo adeudado.

“De igual forma el Acuerdo en su artículo 3o. ordena implementar y desarrollar un estudio sobre todos los temporales que concluyan en el establecimiento de una Planta Docente y Administrativa racional del Sector Educativo del Distrito Capital, de tal manera que permita ga-

rantizar a partir de la próxima vigencia la estabilidad laboral. Estudio que igualmente se está adelantando en esta Secretaría.

“Atentamente,  
(fdo.) FERNANDO BARAJAS SANDOVAL  
Secretario de Educación.

La certificación a que hace mención el señor Secretario de Educación, dice:

LA SUSCRITA JEFE DE LA DIVISION DE PERSONAL DE LA SECRETARIA DE EDUCACION.

HACE CONSTAR:

Que revisado el archivo correspondiente a la hoja de vida del señor GARRIDO SANTANA JULIO CESAR, con c.c. No. 13.884.644 expedida en Barrancabermeja, y dando respuesta al oficio 013 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca:

1.— El citado señor está vinculado en el cargo de Docente Temporal según oficio de febrero 4 de 1992.

2.— Está vinculado bajo la modalidad de docente temporal para el año lectivo de 1992.

3.— El oficio del 4 de febrero de 1992 es orden administrativa y se refiere a la vinculación como docente temporal.

4.— El señor Garrido prestó sus servicios del 10 de febrero de 1982 en el Colegio Arteaga Muñoz, y a partir del 9 de marzo de 1992 está ubicado en el Colegio Rufino José Cuervo —Anexo— Jornada Tarde.

5.— En el momento se están realizando los trámites necesarios para la cancelación de los salarios devengados hasta la fecha, por dicho docente.

6.— De conformidad con el Acuerdo 09 de 1987, de la emergencia educativa, se han requerido los servicios de todo el personal docente. Así mismo el ordenador del gasto en ese momento, lo consideró procedente.

Cordialmente,

(fdo.) GLORIA INES RUBIANO PIÑEROS  
Jefe División de Personal.

### CONSIDERACIONES:

Por varias circunstancias el caso planteado amerita especiales reflexiones sobre los temas más destacados que la Sala consigna en los siguientes apartes:

#### 1o.— La prueba no practicada en primera instancia.

La realización de la prueba oportunamente solicitada y no producida inicialmente, hace innecesario dar por ciertos los hechos expuestos por el demandante al tenor de lo dispuesto por el artículo 20 del decreto 2591 de 1991. Los documentos remitidos por la Secretaría de Educación confirman varias de las circunstancias expuestas por el solicitante y a la vez aclaran que el caso de éste forma parte del “problema ocasionado como consecuencia del llamamiento a laborar de aproximadamente 3.000 Docentes y Administrativos sin vinculación legal y reglamentaria y sin el Presupuesto previo exigido por las normas”.

Igualmente aclara que el problema fue avocado por el Concejo de Santafé de Bogotá el cual expidió el Acuerdo 08 de 1992 que contempla una serie de medidas y autorización al Alcalde Mayor tendientes a “efectuar el reconocimiento y pago a las personas llamadas a laborar mediante Ordenes Administrativas en 1992” así como a adelantar los estudios necesarios e implementar el programa “de tal manera que permita garantizar a partir de la próxima vigencia la estabilidad laboral”.

En el caso concreto del actor Garrido Santana por la certificación de la Jefe de División de Personal transcrito anteriormente, se aclara y confirma que fue vinculado bajo la modalidad de docente temporal para el año lectivo de 1992 desde cuyos comienzos está prestando sus servicios y que “en el momento se están realizando los trámites necesarios para la cancelación de los salarios devengados hasta la fecha” (aunque el documento carece de ella, puede decirse la de remisión que fue el 21 de septiembre de 1992).

Es decir, se han confirmado varios de los supuestos alegados por el peticionario que lo llevaron a afirmar que “la Administración Distrital está dando un trato diferente y discriminatorio al Docente GARRIDO” (memorial de impugnación fl. 61), pero simultáneamente se ha aclarado que no es único su caso, sino igual o similar a los 3.000 Docentes y Administrativos llamados irregularmente a laborar.

Puesto que la reclamación del peticionario ha tenido por fundamento la violación de los derechos de igualdad y al trabajo, la Sala ve necesario hacer algunas consideraciones sobre estos temas para adoptar la decisión correspondiente.

#### 2.— Los derechos fundamentales de igualdad y al trabajo, artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

a.— En varias oportunidades la Sala ha afirmado que si bien es cierto el derecho al trabajo es como de los derechos fundamentales también es que no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata, es decir, que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley.

Al reiterar en esta ocasión esta tesis la Sala precisa que no la anima una aplicación simplista del artículo 85 de la Constitución, ni menosprecio por uno de los más importantes derechos consagrados en la Carta del 91, incluido en el Preámbulo y a cuya regulación le dedica por lo menos siete artículos, pues forma parte fundamental del concepto del estado social de derecho en el que aspira Colombia a organizarse.

El caso particular que ha dado lugar a estas consideraciones constituye un claro ejemplo de ello: la protección que al trabajo debe dar el Estado, tratándose de servidores públicos deberá tener en cuenta la regulación y principios constitucionales de la función pública (arts. 122-131) y además la del gasto público, una de cuyas normas enseña que no se puede hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, (art. 345) y que también rige en el ámbito de las entidades territoriales (art. 353).

El principio de que “toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”, no puede convertirse en una autorización a irrumpir en la nómina oficial directamente sin cumplir las condiciones que en desarrollo de la Constitución haya establecido la ley en las mencionadas materias de la función pública y del gasto público.

b) En cuanto a la alegada violación del derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, y éste sí de aplicación inmediata, es necesario precisar que no se ha señalado cómo incursa en aquella alguna norma del Distrito en la cual se hubiese consagrado discriminación al actor por algunas de las razones que indica el canon constitucional (sexo, raza, lengua, opinión política o filosófica, etc.).

La comparación de la situación individual se ha hecho en forma genérica con los “docentes del Distrito” para destacar que mientras éstos devengan salario, el actor no.

Pero la información de la entidad estatal, consignada en los documentos traídos en esta instancia, revelan que la situación del actor es común no con los docentes legalmente vinculados, sino con un grupo que lo fue de manera irregular llamado a laborar “sin vinculación legal y reglamentaria y sin el presupuesto previo exigido por las normas”, según palabras del Secretario de Educación, en forma tal que se generó “un problema” del cual ha tenido que ocuparse el Concejo Distrital.

En consecuencia, su situación no es comparable con los docentes vinculados legalmente de tiempo atrás sino con quienes se encuentran en similar situación problemática, cobijados en forma general por el Acuerdo 08 de 1992 que está en proceso de desarrollo y cumplimiento por parte de la Administración para tratar de solucionar dicho "problema".

En estas condiciones, la Sala no encuentra la alegada violación del principio de igualdad ante la ley, ni voluntad administrativa de desconocer derechos fundamentales del actor, cuando por el contrario, busca soluciones legales a una situación extraordinaria.

### 3) La acción del artículo 87 de la Constitución.

En concepto del impugnante, ante la ausencia de actos para pedir su anulación o restablecimiento del derecho que no han sido reconocidos en su caso particular, la única acción o medio con que cuenta es la consagrada en el artículo 87 de la Constitución.

La Sala debe reiterar la imposibilidad en que se encuentra para atender tal petición ante la falta de regulación por parte del legislador.

Para la Sala es claro que la Constitución consagró en los artículos 86, 87 y 88 una trilogía de mecanismos procedimentales tendientes a facilitar a los particulares la defensa de sus derechos: la acción de tutela del artículo 86 recibió regulación mediante el Decreto 2591 de 1991; las acciones populares del artículo 88 ya venían algunas reguladas en el Código Civil y en Código Nacional de Policía, pero la llamada de cumplimiento del artículo 87 hasta la fecha carece de reglamentación.

La sólo designación de la "autoridad judicial" que en forma genérica menciona el artículo 87, como la encargada de ordenar el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, no legitimaría ninguna solución u orden de esta Sala.

### 4) La tutela como mecanismo transitorio.

Tampoco es aceptable la utilización que ha pretendido el actor de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables como considera que son los de la negación de afiliación a la Caja de Previsión y al subsidio familiar, la "retención o desconocimiento de salario, base de la subsistencia del trabajador y su familia".

En varias providencias la Sala ha reiterado que el concepto de perjuicio irremediable es de naturaleza eminentemente jurídica y tiene su definición en la propia ley como aquél "que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización" (art. 60. numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991).

Todos los derechos de carácter económico, incluido el salario, a los cuales aspira el accionante, son reparables porque pueden ser reconocidos en la medida en que se establezca el derecho a ellos.

“La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias que se encuentre el solicitante” instruye el No. 1o. del artículo 6o. del Decreto 2591/91 refiriéndose a los medios judiciales para obtener la protección del derecho constitucional fundamental amenazado, pero no para establecer o definir el derecho de orden legal o reglamentario que le pueda corresponder frente a una situación de controversia con la administración pública para lo cual el Código Contencioso Administrativo le señala amplios campos de acción.

En síntesis, por las razones expuestas y el análisis de la situación planteada, no encuentra la Sala motivos para revocar la sentencia denegatoria de la tutela impetrada por el docente Garrido Santana.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida el 28 de agosto de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda Subsección B) en la acción de tutela No. 29411 promovida por el señor JULIO CESAR GARRIDO SANTANA.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ENVIASE COPIA AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Ausente; Miguel González Rodríguez, Salvó Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas*

*Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Con Salvedad de Voto; Diego Younes Moreno, Salvamento de Voto;*

*Nubia González Cerón, Secretaria*

**DERECHO AL TRABAJO/PERSONAL DOCENTE TEMPORAL/POSESION DEL CARGO (Salvamento de Voto)**

**El docente temporal, hasta la fecha de la demanda no se le había dado posesión del cargo, ni se le habían cubierto los salarios correspondientes a siete meses de servicios. Como ha dicho la Corte Constitucional, “con la negativa de posesionarlos se les ha frustrado la posibilidad de gozar de los beneficios y garantías que dan el ingreso a la carrera docente”.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del doctor Julio César Uribe Acosta.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre nueve (9) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-273. Actor: Julio César Garrido Santana.

Como salvamento de voto, consigno a continuación las razones de alcance jurídico, que me llevaron a presentar ponencia favorable, la cual no fue acogida por la Sala.

En el proyecto inicial, destacué:

El fallo impugnado será revocado, pues el *ad-quem* no hace suya la perspectiva jurídica que manejó el Tribunal. Aunque es verdad jurídica que los fallos de tutela, proferidos por la Corte Constitucional, sólo producen efectos entre las partes implicadas en el caso y no generan precedente de obligatorio cumplimiento, la Sala encuentra de recibo el universo que tiene la sentencia proferida por el alto Tribunal, dentro del expediente No. T-1376, Actor: GINA SILENIA CABANZO y OTROS, Magistrado Ponente, Dr. CIRO ANGARITA BARON, que revocó la proferida por el Consejo de Estado el día dos (2) de marzo de 1992, Expediente No. AC-031, al definir una situación semejante a la que ahora se plantea. En efecto: En el caso

*sub-examine* se demostró que al señor JULIO CESAR GARRIDO SANTANA se le comunicó, el día cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), que había sido "... vinculado para desempeñar el cargo de DOCENTE TEMPORAL, desde la fecha de presentación por el año lectivo", decisión de la cual se notificó el día diez (10) de febrero de 1992. Se acreditó, igualmente, que al demandante se le ubicó en el Colegio Rufino José Cuervo, para atender la asignatura de matemáticas.

No obstante la realidad anterior, hasta la fecha de la demanda no se le había dado posesión del cargo, ni se le habían cubierto los salarios correspondientes a siete meses de servicios. Aunque respecto de estos dos últimos hechos no obra prueba dentro del informativo, pues la Secretaría de Educación de Santa Fé de Bogotá nunca dio respuesta al oficio No. 013 de 20 de agosto de 1992 (Cdno. No. 1, fol. 43), en que se indagaba sobre tales particularidades, la Sala considera que las actuaciones y afirmaciones del actor están ceñidas a los postulados de la buena fe, por lo cual da aplicación al artículo 83 de la Constitución Nacional que manda presumirla.

Del fallo de la Corte Constitucional, a que antes se hizo referencia, la Corporación desea destacar el siguiente aparte que explica, en buena parte, el temperamento de la presente decisión. En él se lee:

**"CONCLUSION:**

"En materia de trabajo no basta simplemente con permitir al trabajador el desempeño de una actividad determinada si de otra parte es realizada en condiciones de injusticia o que afecten la dignidad humana. Por lo tanto no le es lícito en ningún caso al patrón, ya sea un particular o la misma administración, el desconocimiento de los principios mínimos fundamentales, establecidos por el Art. 53 de la Constitución Nacional, por ser estos complemento indispensable del artículo 25 de la Carta.

"En el caso del presente fallo está demostrado que a los docentes nombrados a través de la Resolución 1765 de 1991 no se les ha reconocido el derecho a un pago oportuno de sus salarios y prestaciones sociales, como tampoco el derecho al pago de horas extras las cuales están prohibidas por la administración distrital cuando se trate de personal temporal.

"Con la negativa de posesionarlos se les ha frustrado la posibilidad de gozar de los beneficios y garantías que dan el ingreso a la carrera docente, tales como estabilidad en el cargo, el derecho al ascenso, así como a la capacitación y profesionalización consagrados en el mismo artículo 53".

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta*

## **TUTELA TRANSITORIA/PERJUICIO IRREMEDIABLE/DERECHO AL TRABAJO/DERECHO A REMUNERACION (Salvamento de Voto)**

Es un derecho de los empleados distritales recibir puntualmente la remuneración determinada para el empleo. Está demostrado que el actor, en su condición de docente temporal, ha prestado sus servicios al Distrito Capital de Santafé de Bogotá y no se le ha cancelado puntualmente la remuneración. Como se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio y aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, para hacer efectivo su legítimo derecho, la Constitución prevé la viabilidad de la acción, para evitar un perjuicio irremediable. Es obvio que el empleado, al no percibir remuneración, sufre perjuicios de carácter irremediable, pues el salario, además de ser la retribución del cargo, constituye la fuente de subsistencia del empleado y de su familia.

*Salvamento de Voto. — Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-273. Actor: Julio César Garrido Santana.

Con el debido respeto por la determinación mayoritaria de la Sala, me permito apartarme de la decisión adoptada en la sentencia de la referencia, por las siguientes razones:

Esta misma Sala, dijo en sentencia de enero 24 de 1992:

Teniendo en cuenta que el derecho impetrado es de índole laboral, la Sala debe observar en primer término, que si bien es cierto el trabajo es uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, también lo es, que por disposición del artículo 85 de la Carta, él

no se encuentra dentro de los de *aplicación inmediata*; vale decir que su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley.

Por lo tanto cabe preguntarse, ¿qué dicen las normas reglamentarias que hacen efectivo ese derecho fundamental?

Los artículos 9o. y 10o. del C.S.T. aplicables aún a los servidores públicos, puesto que no se trata de normas que regulen las relaciones individuales, sino de principios del derecho laboral, que disponen:

Art. 9o.— El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. *Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones.*

Art. 10o.— Todos los trabajadores son iguales ante la Ley, tienen las mismas protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor, *su forma o retribución*, salvo las excepciones establecidas por la ley.

El artículo 8o. del Acuerdo No. 12 del 19 de noviembre de 1988, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, dispone:

“Son derechos de los Empleados Distritales:

1.— Recibir puntualmente la remuneración que se halle determinada para el empleo que desempeña.

...”.

Conforme los principios reguladores del derecho laboral y la disposición reglamentaria antes transcrita, es un derecho de los empleados distritales *recibir puntualmente* la remuneración determinada para el empleo.

En el *sub-lite*, está demostrado que el señor JULIO CESAR GARRIDO SANTANA, en su condición de DOCENTE TEMPORAL, ha prestado sus servicios desde el 10 de febrero de 1992 y que hasta la fecha el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, no le ha cancelado *puntualmente* la remuneración, pues según lo afirmado por el actor y la misma entidad pública lo reconoce, han transcurrido más de siete (7) meses y *no le han pagado lo adeudado*.

Como se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio y aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, para hacer

efectivo su legítimo derecho, la Constitución prevé la viabilidad de la acción, para evitar un perjuicio irremediable.

Es obvio que el empleado, al no percibir remuneración, sufre perjuicios de carácter irremediable, pues el salario, además de ser la retribución del cargo, constituye la fuente de subsistencia del empleado y de su familia.

Atentamente,

*Diego Younes Moreno*

Santafé de Bogotá, D.C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y dos (1992).

## **DERECHO AL TRABAJO/EMPLEADO PUBLICO/POSESION DEL CARGO/FUNCIONARIO DE HECHO (Salvamento de Voto)**

**La falta de posesión, determinada no por causa atribuible al empleado público sino por conducta puramente culposa o dolosa de la autoridad distrital, o sea la imposibilidad de pagarle sus sueldos y complementos salariales, debía ser objeto de remedio a través de la acción de tutela, mediante la orden perentoria de dar la posesión exigida, pues es indubitable que no se le estaba dando al derecho fundamental al trabajo, la especial protección del Estado.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-273. Actor: Julio César Garrido Santana.

Compartí el proyecto de sentencia sometido a la consideración de la Sala por el H. Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta, y me separé, por consiguiente, del criterio acogido por la mayoría de los integrantes de aquella, que se recoge en la ponencia adoptada, por cuanto consideré, y sigo considerando, que debía prosperar la pretensión del accionante relativa a que se debía ordenar a las autoridades distritales de Santa Fé de Bogotá dar posesión al docente Garrido Santana, no sólo por ser esa una obligación de la autoridad que se encuentra frente a un acto administrativo que vincula a la función pública a determinada persona natural, para el ejercicio de un empleo, sino por cuanto el incumplimiento de esa obligación por parte de la autoridad distrital, había originado, sin razón alguna si se tiene en cuenta que los funcionarios de *facto* o de hecho, que son aquéllos que carecen de investidura o aquéllos que la tienen pero de manera irregular como es el caso de un empleo público que no ha tomado posesión del cargo o a quien no se le

ha permitido hacerlo, tienen, como ha tenido oportunidad de afirmarlo esta Corporación en diversas oportunidades, los derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente concede al funcionario de *iuris*, la consecuencia de la falta de pago de sus salarios y complementos salariales no obstante estar ejerciendo realmente el empleo.

Ello, es decir, la consecuencia atribuida por la Administración, la falta de posesión, determinada no por causa atribuible al empleado público sino por conducta francamente culposa o dolosa de la autoridad distrital, o sea la imposibilidad de pagarle sus sueldos y complementos salariales, debía ser objeto de remedio a través de la acción de tutela, mediante la orden perentoria de dar la posesión exigida o solicitada al juez de la tutela, pues es indubitante que no se le estaba dando al derecho fundamental al trabajo, la especial protección del Estado.

Otra cosa es la improcedencia de la condena de pago de los salarios solicitada, pues, para el suscrito es claro que para ello están las acciones judiciales ordinarias.

Con el debido comedimiento,

*Miguel González Rodríguez*

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/OBLIGACION DE HACER**

Al haber cancelado el accionante completamente la obligación hipotecaria, surge para el INURBE, una obligación de hacer, consistente en el levantamiento de la garantía hipotecaria. Ante la conducta renuente de la entidad pública accionada, el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, pues cuenta con la acción prevista en el art. 501 del C.P.C.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-308. Actor: Crescenciano Vargas Villamizar y Otra. Asuntos Constitucionales.

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por el Director del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana "INURBE", contra la providencia de septiembre 4 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

**ANTECEDENTES:**

1) En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la C.N., los señores CRESCENCIANO VARGAS VILLAMIZAR y NOHORA HILDA DUARTE DE VARGAS, acudieron ante el Tribunal Administrativo de Santander, para instaurar la acción de tutela contra el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana "INURBE", con el fin de solicitar la protección en forma inmediata al derecho de petición.

2) Los hechos que les sirven de fundamento, para instaurar la acción, los exponen en los siguientes términos:

1o.) Mediante escritura pública No. 1.676 del 27 de mayo de 1980, adquirimos del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, el inmueble distinguido como Apartamento 401, que hace parte del edificio 9-3, del CONJUNTO MULTIFAMILIAR BUCARICA-QUINTO SECTOR en jurisdicción del Municipio de Floridablanca, inmueble que fué (sic) gravado con hipoteca en favor del mismo INSTITUTO y con PATRIMONIO DE FAMILIA en favor de nuestros hijos. Dicha escritura pública se corrió en la Notaría Primera de Bucaramanga y fué (sic) debidamente registrada.

2o.) La forma de pago pactada, fué (sic) la que figura en el citado título escriturario, es decir, con el pago de una cuota inicial y pago diferido en cuotas mensuales de amortización por quince años.

3o.) Aún sin llegar al límite de los quince años para el pago total de la obligación, con el producto de algunos ahorros, procedimos a cancelar el 17 de abril de 1992, el saldo total de la obligación, que consistía en la suma de (\$358.892.00) pues para mejorar el patrimonio de nuestra familia, optamos por vender dicho apartamento y comprar un inmueble mejor, más grande y más cómodo, y fué (sic) así como mediante contrato de promesa de compraventa celebrado el día 26 de mayo de 1992, prometimos comprarle al señor Henry Pabón Díaz, una casa de habitación ubicada en la Calle 91 No. 21-89 de Bucaramanga, Barrio Diamante II, dando o entregándole como parte de pago del precio, el apartamento de Bucarica adquirido al Instituto de Crédito Territorial.

4o.) Como para poder formalizar el contrato de promesa de compraventa a que nos referimos en la cláusula inmediatamente anterior, es decir, para poder otorgarle escritura pública de venta o de dación en pago al señor Henry Pabón Díaz, respecto del apartamento dado como pago de parte del precio, para que éste a su vez nos otorgue la escritura pública del inmueble o casa que nos prometió, la situación jurídica del apartamento debía estar plenamente saneada, es decir, cancelada la hipoteca que lo gravaba y que figura en favor del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, hoy INURBE, y como la cancelación del saldo se hizo o la hicimos en forma total el día 27 de abril de 1992, acudimos al INURBE para que el señor Gerente procediera a cancelar la mentada hipoteca, pero allí no se nos atendió argumentando que no había personal de empleados disponibles para que efectuaran dicho trámite y que teníamos que esperar hasta que el gobierno nombrara más funcionarios en dicho INSTITUTO para poder ahí sí hacer los respectivos trámites de las cancelaciones.

5o.) A partir del día en que cancelamos el total de la obligación hipotecaria, insistentemente acudimos al Instituto (INURBE) a tratar de hablar con el señor Gerente, o con alguna otra persona para que se nos solucionara el problema de la cancelación ante la Notaría del gravamen (sic) hipotecario en comento, pero siempre se nos negó la petición con el mismo argumento de no disponibilidad de personal para realizar dicha labor.

6o.) Como desde el mes de abril hasta aproximadamente finales del mes de julio del presente año no obtuvimos ninguna respuesta ni solución a nuestra insistente petición, pues en las últimas veces en que concurrimos al INSTITUTO a hacer las respectivas reclamaciones y a insistir una vez más, no se nos permitió siquiera el acceso a las Instalaciones por parte de un Celador, quien al indagarnos a qué diligencia íbamos, contestó que tenía instrucciones de manifestar a las personas que se iban para trámites de cancelación de gravámenes hipotecarios, que no insistieran y que tenían que esperar por lo menos un año que hubiera personal disponible para estos trámites, y que ésto era una orden de la gerencia y que por ello, ni siquiera nos dejaban instalar o mejor, ingresar a las instalaciones del INURBE.

7o.) Ante ésta situación acudimos a la oficina del abogado Orlando Hernández Osorio, en la Cra. 16 No. 36-12, Oficina 202 de esta ciudad de Bucaramanga, a quien le comentamos el caso, y luego de arreglar las condiciones de su trabajo, lo facultamos para que en nuestro nombre y representación hiciera todo lo posible e intentara obtener la pronta cancelación del gravamen hipotecario, respecto del INURBE, cosa que tampoco fué (sic) posible, pues el Dr. Orlando Hernández Osorio se puso a la tarea de ir insistentemente al INURBE a solicitar y pedir la cancelación del gravamen (sic) hipotecario, obteniendo las mismas respuestas de que ello sólo era posible por ahí en el término de un año, cuando se proveyera al INSTITUTO de personal que realizara la tramitación interna de la cancelación.

8o.) Como nosotros ya cancelamos el saldo de la obligación hipotecaria, más los gastos de trámite de la cancelación, y como nuestras insistentes peticiones de que se nos cancele tal gravamen (sic) no nos han sido resueltas por el INURBE, consideramos que se nos ha violado nuestro derecho constitucional fundamental consagrado en el Art. 23 de la C.N., de petición y de obtener una pronta resolución, lo que nos ha venido trayendo graves (sic) perjuicios, toda vez que no hemos podido cumplir la promesa de compraventa al señor Henry Pabón Díaz, otorgándole la respectiva escritura pública de la transferencia del dominio del apartamento, y dicho señor ya nos amenazó con demandarnos para que se resolviera dicho contrato de promesa de compraventa.

### LA SENTENCIA IMPUGNADA:

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante la providencia materia del recurso de impugnación accedió a las peticiones. Estimó que el derecho de petición consagrado en el art. 23 de la C.N., había sido quebrantado por la entidad pública accionada.

Para adoptar la decisión, tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

- Se invocaba como violado el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta, uno de los enumerados en el Título II, Capítulo I “De los derechos fundamentales”. Por este aspecto la acción era procedente.
- Frente al derecho de petición surge para la autoridad el deber de responder. Más que esto, la obligación de resolver al administrado, el problema que origina su petición.
- En el caso concreto, se advirtió el Tribunal que la petición que originaba la acción, había sido elevada en forma verbal, según la afirmación que bajo juramento, había expuesto la parte actora. Por tanto, no quedó prueba escrita contentiva de la solicitud, pero tal circunstancia en manera alguna eximía a la autoridad del deber de resolver, pues la Constitución no exigía que las peticiones debían ser presentadas por escrito y el C.C.A., en el artículo 5o., expresamente consagraba el derecho a elevar peticiones verbales.

### FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana “INURBE”, por intermedio de su Director Regional, oportunamente interpuso recurso de impugnación contra la providencia del Tribunal, con el objeto de que sea revocada y se exonere de responsabilidad a dicha entidad, y para el efecto expone las siguientes razones:

a) Los señores CRESCENCIANO VARGAS VILLAMIZAR y NOHORA HILDA DUARTE DE VARGAS, son adjudicatarios de INURBE, antes I.C.T., de un apartamento ubicado en la Urbanización Bucarica.

b) El plazo de la deuda asumida, fue de quince años.

c) De acuerdo con el balance existente en la entidad, los actores, para la fecha de presentación del recurso de impugnación, aparecen con un atraso de 16 cuotas, por valor de \$187.172.00 y para la fecha en que señalan haber hecho el pago, (abril 27 de 1992), aparecen con un atraso de 11 cuotas por valor de \$122.777.00, significando esto que para la fecha de presenta-

ción del recurso de impugnación la entidad no tenía informe sobre el pago efectuado por los actores.

d) Justifica el atraso que refleja el balance de la entidad, poniendo de presente, que INURBE sufrió un proceso de reestructuración y actualmente adelanta la modernización del sistema informático, "instalándose un nuevo sistema para procesar la información, especialmente en captura de pagos de adjudicatarios, a través del CITYBANK.

e) El proceso de modernización del sistema informático, aún está en prueba, la información no está actualizada y tienen saldo a febrero de 1992. Los pagos posteriores no han sido reportados. Por esa razón, la obligación hipotecaria aparece vigente.

f) Dentro de las normas de la entidad, para la cancelación de una hipoteca, se requiere anexar los recibos correspondientes de pago para su verificación y revisión por parte de auditoría. Los actores en ningún momento le dejaron a la entidad los recibos para el trámite correspondiente. Por esa razón la entidad no podía hacer el levantamiento solicitado.

g) Con fundamento en las razones expuestas, afirma que en ningún momento ha existido negligencia o mala fe por parte de los funcionarios de la entidad, sólo que no tenían los mecanismos para operar. Los recibos de pago fueron conocidos con ocasión de la presentación de la acción de tutela y para la elaboración de la escritura que ya fue enviada a la Notaría, los petionarios cancelaron los gastos. Los recibos fueron suministrados por los accionantes.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) Conforme al artículo 86 de la C.N., toda persona tiene acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, y de las personas privadas en la forma que determine la ley.

2) Esta acción, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

3) En el *sub-lite*, se utiliza la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, que el actor considera quebrantado por la omisión en que

incurre la entidad pública al no atender la solicitud de cancelación del gravamen hipotecario.

4) Es decir, se trata de una relación contractual entre el peticionario e INURBE, derivada de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria acto este de los denominados "contratos de derecho privado de la administración".

5) Al haber cancelado el accionante completamente la obligación hipotecaria, surge para el INURBE, una obligación de hacer, consistente en el levantamiento de la garantía hipotecaria.

6) En el caso concreto y ante la conducta renuente de la entidad pública accionada, el afectado dispone de otro medio de defensa judicial, pues cuenta con la acción prevista en el artículo 501 del C.P.C. En efecto la mencionada disposición textualmente reza:

*Obligación de suscribir documentos.* Cuando el hecho debido consista en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además de los perjuicios moratorios que se demanden comprenderá la prevención al demandado de que en caso de no suscribir la escritura o el documento en el término de tres días, contados a partir de la notificación del mandamiento, el juez procederá a hacerlo en su nombre como dispone el artículo 503.

Cuando la escritura pública que deba suscribirse implique la transferencia de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo será necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa, y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutado. El ejecutante podrá solicitar en la demanda que simultáneamente con el mandamiento ejecutivo se decrete el secuestro del bien y, si fuere el caso, su entrega una vez registrada la escritura.

No será necesario el certificado de propiedad cuando se trata de actos referentes a terrenos baldíos ocupados con mejoras, semovientes u otros medios de explotación económica, o de la posesión material que el demandado ejerza sobre inmuebles de propiedad privada sin título registrado a su favor; pero en estos casos se acompañará certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de la inexistencia del registro del título a favor del demandado.

Para que el juez pueda ordenar la suscripción de escritura o documento que verse sobre bienes muebles no sujetos a registro, se requiere que estos hayan sido secuestrados como medida previa.

7) Disponiendo el actor de otro medio de defensa judicial, surge con claridad la improcedencia de la acción de tutela, y en tal virtud, la providencia impugnada habrá de revocarse.

8) En un asunto en el que se presentaba una situación similar la Corporación expuso:

El fallo impugnado será confirmado, pues del texto de la demanda se vivencia que el actor pretende resolver, por la vía de la tutela, pretensiones que tienen un alcance jurídico de naturaleza civil, que pueden encausarse (sic) por las vías consagradas en el Código de Procedimiento Civil. *Así, y por vía de ejemplo, el artículo 501 del citado estatuto indica el procedimiento a seguir cuando se pretende hacer cumplir la obligación de suscribir documentos, y el artículo 1.546 del Código Civil consagra las acciones que surgen para el contratante que cumplió o estuvo dispuesto a cumplir, frente a la parte que incumplió con sus deberes jurídicos.* En la materia que se estudia la Sala reitera la pauta jurisprudencial que se recoge en providencia de 21 de enero de 1991... Expediente No. AC-009. Actor: JESUS MORENO RODRIGUEZ, Consejero Ponente, Dra. Dolly Pedraza de Arenas, en la cual, y en lo pertinente se lee:

*“Para el caso que ocupa la Sala debe destacarse la condición que impone el precepto de carencia de otro medio de defensa, que es lo que hace que sea una acción subsidiaria y residual, es decir, que sólo procede a falta de otro medio de defensa y siempre que el derecho fundamental, no esté protegido por acción judicial diferente...”*. (Subrayas de la Sala).

(Sentencia de septiembre 6 de 1992. Ponente: Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Exp. AC-260).

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

1) REVOCASE la providencia de septiembre 4 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

2) En su lugar, se DENIEGA la acción de tutela instaurada por los señores CRESCENCIANO VARGAS VILLAMIZAR Y NOHORA HILDA DUARTE DE VARGAS.

3) Remítase copia de esta decisión al Tribunal Administrativo de Santander.

4) Mediante telegrama notifíquese esta decisión a los actores, cuya dirección obra a folios 8.

5) Dentro del término legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

#### COPIESE Y NOTIFIQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en sesión realizada el día seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abe-  
lla Zárate, Reynaldo Arciniegas B., Ernesto Rafael Ariza M., Joaquín Barreto  
Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de M., Guillermo  
Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez V., Luis  
Eduardo Jaramillo M., Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes H.,  
Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez R.,  
Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández,  
Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

NOTA DE RELATORIA: Se reitera, además, lo dicho en sentencia de septiembre 8 de 1992, exp. AC-260, sobre el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

**ACCION DE TUTELA—Titularidad/DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad /PERSONA NATURAL**

La Sala ha sentado la doctrina que afirma la improcedencia de la acción de tutela cuando el amparo se pretende en relación con elementos que aunque tienen existencia jurídica, carecen de existencia natural; y ello, básicamente, por la razón de que tales personas, aunque sujetos de derechos, no pueden ser, por razón de su existencia relativa, titulares de derechos fundamentales.

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Naturaleza/ACCION DE TUTELA—Objeto**

Los derechos constitucionales fundamentales no son derechos absolutos. El Estado y el instrumento por excelencia para el logro de sus fines, el Orden Jurídico, son el producto de la relatividad en la medida en que ni el ejercicio del poder por parte de sus autoridades ni el goce y disfrute de los derechos por los asociados pueden realizarse en forma absolutista: lo primero, porque el gobernante se convertiría en el único titular de derechos en frente a unos individuos que carecerían de los mismos y lo segundo, porque si todos los asociados pretenden usar sus derechos ilimitadamente, se generaría un conflicto de tal magnitud que haría saltar en pedazos la organización social. Así, la investigación para determinar hasta dónde y en qué medida son merecedores de la protección del Estado debe abarcar no sólo la búsqueda e identificación de las normas que los consagran, sino de manera igualmente importante, el análisis de las limitaciones o restricciones que se hayan establecido para su dicho ejercicio, no sea que la protección otorgada en relación con alguno de los derechos en favor de una persona pueda resultar en detrimento de los derechos sociales o colectivos o derechos individuales.

**DERECHO A FUNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO/BIEN DE USO PUBLICO/SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES/NORMA CONSTITUCIONAL—**  
Desarrollo legal

El Estado tiene la potestad de regular las telecomunicaciones por razón de ser el medio en que ellas se realizan, el espacio electromagnético, de su propiedad. El espectro electromagnético es un bien público, que hace parte del territorio del Estado y como tal no es susceptible de apropiación privada, y al igual que otros bienes de uso público puede ser utilizado por los particulares, incluso para el desarrollo de actividades productivas, pero en tal caso, siempre habrá de contarse para acceder a dicha utilización, con la aquiescencia del Estado. Y no se diga que si la ley no ha establecido las condiciones de acceso al espectro electromagnético para los particulares, éstos quedan automáticamente habilitados para ocuparlo a su arbitrio, porque ello sería tanto como negar los atributos constitucionales de los bienes de uso público que integran el concepto de territorio, de ser inenajenables, imprescriptibles e inembargables. De hechos injurídicos no pueden desprenderse derechos legítimos y reclamar sobre ellos la protección del Estado.

**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—Inexistencia/ORDEN DE TUTELA**

Erró el Tribunal al conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues dicho perjuicio no existía y menos aún, con la característica de irremediable, en la forma como lo conciben las normas que regulan la acción de tutela. El Tribunal, sin competencia para ello, ordenó de manera general y sin realizar el previo estudio para inaplicarlas por inconstitucionales, suspender todas las normas que regulan las telecomunicaciones. Si lo que se pretendió ordenar fue que se inaplicaran algunas normas legales por ser contrarias a la Carta, se ha debido, no sólo indicarlas, con toda precisión, sino definir en qué medida y con respecto a qué normas superiores mostraban incompatibilidad.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992)

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. AC-330. Actores: Telecinco Ltda., Angel María Carrillo Salgado, Gustavo Raúl Cogollo Bernal, Jorge Alfonso Mercado Cepeda y Luis Carlos Rojas Mantilla.

Acción de Tutela contra el Ministerio de Comunicaciones. FALLO.

Decide la Sala las impugnaciones formuladas por el Ministerio de Comunicaciones y por la Procuradora 15 en lo Judicial Administrativo contra la sentencia del 9 de septiembre de 1992, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió favorablemente la acción de tutela incoada por la Sociedad Telecinco Ltda. y sus socios.

#### ANTECEDENTES:

La Sociedad Telecinco Ltda., por una parte y sus socios, en forma individual, por otra, obrando mediante apoderado judicial incoaron acción de tutela ante el Tribunal Administrativo del Atlántico con el objeto de que se les ampararan sus derechos constitucionales fundamentales que supuestamente se les vulneraron por el Ministerio de Comunicaciones al impedirles realizar transmisiones de señales de televisión.

Formularon y sustentaron sus peticiones de la siguiente manera:

“Que el H. Tribunal ordene las medidas conducentes tendientes a proteger a TELECINCO LTDA. y a sus personas naturales los siguientes Derechos Constitucionales Fundamentales: a) Libre asociación (artículo 38 Constitución Nacional); b) Libertad de expresar y difundir pensamientos y opiniones (artículo 20 Constitución Nacional); c) Fundar medios masivos de comunicación (artículo 20 *ibídem*); d) Informar (artículo 20 *ibídem*); e) Debido proceso (artículo 29 Constitución Nacional) y f) Trabajo (artículo 25 Constitución Nacional).

“1.2.— Que se sirva ordenar al doctor WILLIAM JARAMILLO GOMEZ, Ministro de Comunicaciones o a quien haga sus veces, SUSPENDER INMEDIATAMENTE LA APLICACION de la Resolución No. 1191 del 24 de julio de 1992, y especialmente su artículo SEGUNDO “por medio de la cual se inicia una actuación administrativa para determinar una presunta violación del Estatuto de Telecomunicaciones”, y concretamente, se ordenó que “La Sociedad TELECINCO deberá abstenerse en forma inmediata de efectuar transmisiones de señales de televisión y de prestar de cualquier manera el servicio público de televisión”.

“1.3.— Que con fundamento en lo normado en el numeral 6 del artículo 29 del Decreto No. 2591, se ordene al señor Ministro de Comunica-

ciones la inaplicación de las normas de las Leyes 42 de 1985, 72 de 1989 y 14 de 1991 y el Decreto Ley 1900 de 1990 invocados en la Resolución 1191 del 24 de julio de 1992, por ser incompatibles con los derechos fundamentales de Libre Asociación, Libertad de expresar y difundir pensamientos y opiniones, fundar medios masivos de comunicación, informar, debido proceso y trabajo, vulnerados a "TELE 5" y a mis poderdantes en el caso *sub judice*.

"1.4.— Que se ordene al Padre BERNARDO HOYOS MONTOYA, Alcalde Mayor de Barranquilla, se abstenga de cumplir la ORDEN que le impartió el doctor WILLIAM JARAMILLO GOMEZ, Ministro de Comunicaciones, mediante oficio calendado 24 de julio del presente año, consistente en que "La Resolución adjunta, en su tercer artículo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto Ley 1900 de 1990, solicita la colaboración de las autoridades de policía de Barranquilla, para hacer cumplir el mandato precautelar, en virtud del cual la Sociedad TELECINCO debe abstenerse de utilizar el espectro radioléctrico para emitir señales de televisión".

"1.5.— Que se condene en abstracto a la NACION COLOMBIANA (Ministerio de Comunicaciones) a PAGAR A TELECINCO LTDA. y a sus personas naturales, LUIS CARLOS ROJAS MANTILLA, ANGEL MARIA CARRILLO SALGADO, GUSTAVO RAUL COGOLLO BERNAL y JORGE ALFONSO MERCADO CEPEDA, el valor de los perjuicios morales y materiales que les ha ocasionado con la decisión mencionada, y las costas del proceso". (fls. 1 y 2).

Expresaron los actores que la orden impartida por el Ministerio de Comunicaciones para que Telecinco se abstuviera de realizar transmisiones de señales de televisión y de prestar de cualquier manera el servicio público de televisión era violatorio de los siguientes derechos constitucionales fundamentales:

a) El derecho de libre asociación, consagrado en el artículo 38 de la Constitución, ya que la arbitraria orden impartida por el Ministerio de Comunicaciones constituye una manera de obstruir o impedir que la sociedad cumpla su objeto social lo cual hace que el derecho de libre asociación resulte nugatorio en la práctica.

b) El derecho de expresar y difundir libremente pensamientos y opiniones, fundar medios masivos de comunicación e informar, a que se refiere el artículo 20 de la Constitución Política, por cuanto Telecinco es un medio masivo de comunicación y como persona le asisten los derechos garantizados por la Carta Política y por cuanto es indiscutible que Telecinco Ltda., es un instrumento legal a través del cual sus personas naturales materializan sus derechos fundamentales de fundar medios masivos de comunicación, expresar y difundir pensamientos y opiniones e informar.

c) El derecho al trabajo reconocido en el artículo 25 de la Constitución, porque el señor Ministro de Comunicaciones, como autoridad de la República, está obligado a prestar especial protección al trabajo que le asiste a Telecinco Ltda. y a sus personas naturales.

d) El derecho al debido proceso garantizado en el artículo 29 de la Constitución, puesto que el Ministerio de Comunicaciones está aplicando a Telecinco Ltda. normas que fueron derogadas y además lo está haciendo sin competencia.

### LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, luego de haber generado un empate que fue resuelto mediante el sorteo de un Conjuez, decidió la acción de tutela con la sentencia del 9 de septiembre de 1992, cuya parte resolutive dispuso:

“1o.) Ordenarle a la entidad querellada MINISTERIO DE COMUNICACIONES, por intermedio del señor Ministro del Ramo, suspender inmediatamente la aplicación de la Resolución No. 1191 de 24 de julio de 1992 proferida por su despacho, en lo que concierne a su artículo 2o., por medio del cual se ordena a la Sociedad TELECINCO LTDA. “TELE 5” que deberá abstenerse en forma inmediata de efectuar transmisiones de señales de televisión y de prestar de cualquier manera el servicio público de televisión.

“2o.) Ordenar al MINISTERIO DE COMUNICACIONES se abstenga de aplicar las normas contenidas en las Leyes 042 de 1985, 72 de 1989 y 14 de 1991 y las implícitas en el Decreto Ley 1900 de 1990 por ser incompatibles con los derechos fundamentales contenidos en los arts. 20, 25 y 38 de la Constitución Nacional.

“3o.) Condénase en abstracto a la Nación Colombiana, MINISTERIO DE COMUNICACIONES a pagar a los señores: LUIS CARLOS ROJAS MANTILLA, ANGEL MARIA CARRILLO SALGADO, GUSTAVO RAUL COGOLLO BERNAL y JORGE ALFONSO MERCADO CEPEDA y a la Sociedad TELECINCO LTDA., los perjuicios morales y materiales que les ocasionó la decisión tomada por el ente ministerial mencionado.

“La liquidación de los perjuicios se hará mediante trámite incidental que tramitará ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Expídase y remítase, para la efectividad de esta condena, copia de la actuación a la Secretaría del Tribunal para lo de su cargo.

“4o.) Las órdenes anteriores permanecerán vigentes sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción que instauren los afectados. Tal acción deberá intentarse en un término máximo de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia. Si no la instaure, cesarán los efectos de ésta.

“5o.) Comuníquese al señor Alcalde Mayor de Barranquilla y a las autoridades de Policía de esta ciudad la decisión del Tribunal para los efectos que tengan en relación con lo ordenado en el artículo 3o. de la Resolución impugnada.

“6o.) Lo ordenado y resuelto en esta providencia tiene un plazo perentorio que no podrá exceder de 48 horas para su cumplimiento.

“7o.) Notificar esta providencia por telegrama y por el medio más expedito posible al accionante y al señor Ministro de Comunicaciones, a más tardar el día siguiente de su expedición.

“8o.) Tiénese como apoderado de los actores en los términos del poder conferido al Dr. JULIO ANTONIO GIL MUÑOZ, para los efectos en él dispuestos.

“9o.) Remitir esta providencia a la H. Corte Constitucional al día siguiente de su ejecutoria”. (fls. 153 y 154).

El Tribunal apoya la sentencia en argumentos que lo llevan a declarar que existió violación de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 38, 20, 25 y 29 de la Constitución Política. Parte de la base de que en el caso *sub-judice* se presenta un perjuicio inmediato e irremediable, pues la imposibilidad de trabajar priva de los medios de subsistencia no sólo a los actores, sino a su grupo familiar y que este daño no podría ser reparado de modo alguno, salvo mediante la indemnización de perjuicios. Expresa que la orden de suspender las transmisiones impartidas por el Ministro de Comunicaciones viola derechos fundamentales de los actores, pues de consumarse haría inocuo el derecho de libre asociación y con ello vulnera gravemente e impide la posibilidad de las personas naturales integrantes de la persona jurídica a acceder a un trabajo en condiciones dignas y justas; amén de que con ello también impide la libertad de expresar y difundir el pensamiento y opiniones, de informar y de fundar medios masivos de comunicación. Concluye la sentencia del *a-quo* diciendo que no cabe duda de que con todo ello se está causando también un perjuicio irremediable, sólo subsanable mediante la declaratoria de viabilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitarlo. Agrega que la inmediatez en la aplicación del artículo 20 de la Constitución Nacional consagrada en el artículo 85 *ibídem* hace todavía más imperativa la procedencia de la tutela impetrada como mecanismo

transitorio con el fin de evitar un daño irremediable. Finalmente se argumenta en la providencia impugnada que el acto contra el cual se dirige la acción de tutela es de aquéllos que la jurisprudencia califica como preparatorios o de trámite y que como contra ellos no proceden sino excepcionalmente, las acciones judiciales, se haría más gravosa la situación de los actores. Como se carece pues, de otro medio de defensa judicial es procedente la acción de tutela.

El señor Conjuéz que decidió el empate agregó a la sentencia un escrito donde, bajo el título de VOTO A FAVOR, consigna la razón de su voto de la siguiente manera:

“Considero que el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia, al establecer la libertad para toda persona de fundar medios masivos de comunicación, acabó con el monopolio estatal de la televisión en Colombia. La Televisión ha quedado privatizada en virtud de la citada disposición constitucional.

“El Ministerio de Comunicaciones en la Resolución 119 (sic) de 1992 expresa que Telecinco Ltda. “TELE-5” violó el artículo/75 de la Constitución. Pero esta sociedad no ha violado el citado artículo 75 en cuanto que su voluntad ha sido la de someterse al control del Estado. Otra cosa es que actualmente no existe el organismo que la misma Constitución señaló en su artículo 76 para el control del espectro electromagnético por parte del Estado. Y el artículo 8o. de la Ley 72 de 1989 que exigía la autorización previa del Ministerio de Comunicaciones para el establecimiento de Telecomunicaciones, es incompatible con los artículos 20 y 76 de la Constitución del 91, que consagró la libertad de fundar medios masivos de comunicación y que creó un organismo para la intervención estatal en los servicios de televisión. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplican las disposiciones constitucionales, (art. 4o.). En cuanto al Decreto Ley 1.900 de 1990, que es el Estatuto de las Telecomunicaciones, también quedó reformado y derogado en todo lo que sea contrario a la nueva Constitución. El artículo 75 de la Carta establece que el espectro electromagnético está sujeto a control del Estado y el artículo 76 de la misma establece que la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los medios de televisión, estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica y sujeto a un régimen legal propio. Este organismo tendrá a su cargo la dirección de la política que en materia de televisión determine la Ley (sin menoscabo de la libertad de fundar medios masivos de comunicación consagrada en la Constitución). Pero este organismo no ha sido creado por la ley, por lo cual no existe en el momento un organismo competente al que corresponda la gestión y control del espectro magnético. No es el Ministerio de Comunicacio-

nes, ni tampoco el Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión. De acuerdo con lo anterior, estimo procedente la Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional para la protección inmediata del derecho constitucional de fundar un medio masivo de comunicación que tiene Telecinco Ltda., el cual resulta vulnerado por la Resolución No. 1191 del 24 de julio de 1992 del Ministerio de Comunicaciones". (fl. 162).

Los Magistrados cuyas tesis quedaron en minoría, las consignaron en el salvamento de voto cuyos principales argumentos pueden sintetizarse así:

En primer lugar, que la sociedad Telecinco Ltda. carece de legitimación para invocar la tutela de sus derechos fundamentales porque como ya lo había dicho el mismo Tribunal en providencia de 14 de agosto de 1992, expediente 7005, actor Expreso Caribe Pacífico Ltda., las personas jurídicas no son titulares de este tipo de acciones por cuanto históricamente los derechos fundamentales se consignaron en las Constituciones como un atributo propio de la persona humana.

En segundo lugar, y ya en cuanto a la tutela impetrada por los socios en su condición de personas naturales, hacen ver los Magistrados que salvan su voto, que frente al artículo 1o. de la Resolución del Ministerio de Comunicaciones no es procedente la acción de tutela porque allí sólo se dispone "iniciar de oficio actuación administrativa con el fin de determinar la posible infracción del ordenamiento de las telecomunicaciones" y que de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 306 de 1992, "se entenderá que no se encuentra amenazado un derecho constitucional fundamental por el sólo hecho de que se abra o adelante una investigación o averiguación administrativa por la autoridad competente con sujeción al procedimiento correspondiente regulado por la ley.

Que de otra parte, los artículos 3o. y 4o. de la Resolución mentada, que ordenan a Telecinco Ltda. abstenerse de efectuar transmisiones de señales de televisión y solicitan a las autoridades de policía velar por el cumplimiento de tal disposición, no tienen el carácter de actos preparatorios o de trámite, que les otorgó la sentencia, para excluirlos de la posibilidad de ser cuestionados por vía jurisdiccional. Dicen que tales decisiones crean situaciones jurídicas a Telecinco y a sus socios que pueden ser objeto de discusión por la vía judicial mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Que en consecuencia, la existencia de un medio de defensa judicial hace que la acción de tutela impetrada resulte improcedente.

En tercer lugar se afirma en el salvamento de voto que tampoco proceda la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. inciso 2o. literal e) del Decreto 306 de 1992.

Finalmente se dice en el salvamento de voto que se sintetiza, que el derecho contenido en el artículo 20 de la Constitución no es un derecho absoluto y que la propia Constitución Política le introdujo importantes limitaciones en cuanto a su ejercicio.

## LAS IMPUGNACIONES

### a) Del Ministerio de Comunicaciones.

El Ministerio de Comunicaciones otorgó para impugnar la sentencia del Tribunal a que se refieren los antecedentes descritos y en desarrollo de ese poder se interpuso el correspondiente recurso con la siguiente argumentación:

1o.) Improcedencia de la acción de tutela por razón de la naturaleza jurídica del acto. Estima la impugnante que por medio de la Resolución 1191 de 1992 el Ministerio de Comunicaciones ordenó la iniciación de una actuación administrativa y que el Tribunal al examinar la procedencia de la acción de tutela desconoció el mandato contenido en el artículo 2o. del Decreto 306 de 1992, cuyo texto transcribe. Agrega que la Resolución fue expedida por el Ministro de Comunicaciones dentro del ámbito de sus competencias legales conferidas por las leyes vigentes y en aplicación del procedimiento administrativo regulado en los artículos 28 y 35 del Decreto 01 de 1984 y que como el Tribunal no desvirtuó la competencia del Ministerio y la legalidad del procedimiento en la expedición del acto acusado, de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 306 de 1992, debía haberse rechazado por improcedente la acción de tutela.

Cuestiona la impugnante apartes de la sentencia en que se afirma que como el resultado de la gestión gubernativa es impredecible se estaría agravando la situación de los actores causándoles perjuicios irremediables mientras se define la investigación de la administración y trae en su apoyo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia acerca del carácter de reglada que tiene la Administración Pública en Colombia.

Manifiesta la impugnante que con respecto a la naturaleza del acto administrativo cuestionado mediante la acción de tutela, sólo cabían dos posibilidades y en ambas la conclusión debía ser la de que dicha acción era improcedente: si se considera que la resolución 1191 de 1992 es un acto de trámite o preparatorio que ordena una actuación o investigación administrativa, la tutela es improcedente según lo previsto en el artículo 3o. del Decreto 306 de 1992. Pero si se estima que no es un acto de trámite sino que contiene manifestaciones de voluntad de la Administración que son verdaderos actos definitivos, también debía denegarse su procedencia por cuanto existen en el ordenamiento legal vigente otras acciones judiciales que han debido intentarse previamente.

2o.) Falta de competencia del Tribunal para reordenar la suspensión de un acto administrativo e improcedencia de la acción por, caber contra el acto otros recursos legales de defensa. Se dice en la impugnación que la suspensión de una norma contenida en un acto administrativo es función que la Constitución reserva a la jurisdicción contencioso administrativa y que si bien el Tribunal del Atlántico pertenece a dicha jurisdicción, el fallo aquí proferido no lo fue dentro de un proceso contencioso administrativo. Trae en apoyo de esta tesis lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-443 del 6 de julio de 1992, expediente T-1379, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo de la cual se transcriben los siguientes apartes:

“Como ya lo señaló a la Corte, la atribución de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos está específicamente conferida por la Constitución a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 238) y mal pueden interpretarse en contra de su perentorio mandato las disposiciones de los artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991, aplicables sólo a aquellos actos contra los cuales no sea procedente dicho mecanismo, de conformidad con las reglas generales.

“No desconoce la Corte que la última de las disposiciones citadas, al permitir el ejercicio conjunto de la acción de tutela con las pertinentes ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, faculta al juez para ordenar que tratándose de un perjuicio irremediable, se inaplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita mientras dure el proceso, pero es obvio que esta norma legal parte del supuesto de que en tales casos no procede la suspensión provisional, pues resultaría innecesario, inconveniente e inconstitucional que, siendo ella aplicable para alcanzar el específico fin de detener los efectos del acto cuestionado, se añadiera un mecanismo con idéntica finalidad por fuera del proceso Contencioso Administrativo y a cargo de cualquier juez de la República, con el peligro adicional de decisiones contradictorias, máxime si se tiene en cuenta que también la suspensión provisional se resuelve mediante trámite expedido, tal y como lo dispone el Código Contencioso Administrativo”. (fls. 209 y 210).

Afirma también, la impugnante, que la acción de tutela sólo procede cuando no exista contra el acto discutido otro medio legal de defensa y que los actores reconocen la existencia de las acciones previstas en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo pero sin embargo solicitaron la tutela como mecanismo transitorio. Anota que se ha debido acudir al mecanismo legal previsto y de ser el caso interponer la solicitud de suspensión provisional antes que acudir a la tutela que es un mecanismo eminentemente subsidiario.

3o.) Improcedencia de la acción de tutela por tratarse de un bien protegido por otras acciones. Estima la impugnante que de conformidad con los artículos 101 y 102, en concordancia con el 75 de la Constitución Política, el espectro electromagnético es un bien dominial, es decir que hace parte del patrimonio público y en consecuencia, en el caso del espectro radioeléctrico, por tratarse de un interés colectivo relacionado con el patrimonio público, no procede la acción de tutela en virtud de lo dispuesto en el artículo 6o. numeral 3o. del Decreto 2591 de 1991.

4o.) Improcedencia de la tutela por inexistencia del perjuicio irremediable. Con fundamento en lo establecido por el artículo 1o. del Decreto 306 de 1992 en el que se define qué debe entenderse por perjuicio irremediable y trayendo también en apoyo lo dicho por la Corte Constitucional en la misma sentencia anteriormente aludida, asegura la impugnante que no existe perjuicio irremediable, puesto que “el Tribunal, al fallar, demuestra con claridad meridiana y pese a sus mismos considerandos, la inexistencia del perjuicio irremediable por no ser reparable en su integridad mediante indemnización”. Transcribe los siguientes apartes de la sentencia de la Corte Constitucional:

“El Juzgado Primero Superior de Cali, al conceder la tutela, consideró que aún en la hipótesis de que procediera otro medio de defensa judicial, se estaba ante un eventual perjuicio irremediable ocasionado por el despido de los empleados” en un país que presenta las tasas de vacaciones más alto del mundo...” ensayando así, para la determinación sobre irremediabilidad del daño, un criterio ajeno al fijado por la norma legal pertinente.

“Ello hace necesario que la Corte recuerde una vez más la definición que de perjuicio irremediable ha dado el legislador: “Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización” (Artículo 6o. numeral 1, del Decreto 2591 de 1991), precepto de ineludible acatamiento para el juez, según lo dispone sin dar lugar a sutilezas el artículo 230 de la Constitución: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”.

Significa lo anterior que, de existir la posibilidad de reparar un eventual perjuicio con medios diferentes al de la indemnización, él mismo estaría desafecto del concepto de irremediable. En el asunto que ahora nos ocupa, es evidente que, si no se hubiera presentado la desvinculación laboral de los trabajadores del Banco de Colombia como efecto de los actos Administrativos atacados, los afectados tenían a su alcance instrumentos jurídicos aptos para la defensa de sus derechos y no sólo podían obtener por las vías judiciales adecuadas, indemnización de parte del empleador, sino además, en el evento de que sus acciones prospera-

ran, la garantía de ser reintegrados a los cargos que venían ocupando, todo lo cual, a la luz de la previsión legal en comentario excluía de plano la procedencia de la acción de tutela”. (fls. 213 y 214).

Dice la impugnante que, “en efecto, la parte resolutive de la providencia contiene órdenes de hacer y de abstenerse de hacer —distintas de indemnizar perjuicio— que deberfan haber sido adoptadas por autoridad judicial competente (suspender la orden de suspensión decretada mediante Resolución 1191 de 1992 y abstenerse aplicar las leyes 42 de 1985, 14 de 1991 y 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990). En forma complementaria a estas órdenes que se enmarcan dentro del literal f) del artículo 1o. arriba transcrito, el Tribunal ordena una condena en abstracto constitutiva de la indemnización”. (fl. 214).

Se agrega que no se está ante un perjuicio irremediable porque los accionantes tenían a su disposición la posibilidad de solicitar a la autoridad judicial competente que dispusiera el restablecimiento o protección del derecho por otros mecanismos legales y porque el supuesto perjuicio causado no se resarcía íntegramente a través de la indemnización. Lo cierto es que el mismo Tribunal otorgó la indemnización como medida complementaria con lo que “utilizando la terminología de la Corte Constitucional, el perjuicio quedó desafecto del concepto de irremediable” (fl. 215). Concluye este argumento diciendo que el perjuicio reconocido por el Tribunal como irremediable, no lo es ni a la luz de las normas contenidas en el artículo 1o. del Decreto 306 de 1992 ni tampoco ante lo expuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

5o.) Falta de competencia del Tribunal para decretar la cesación de los efectos de las leyes. La impugnante crítica en este acápite de su memorial el numeral 2o. de la parte resolutive en cuanto dispuso:

“Ordenar al Ministerio de Comunicaciones se abstenga de aplicar las normas contenidas en las leyes 042 de 1985, 72 de 1989 y 14 de 1991 y las implícitas en el Decreto Ley 1900 de 1990 por ser incompatibles con los derechos fundamentales contenidos en los arts. 20, 25 y 38 de la Constitución Nacional”. (fl. 215).

En relación con esta decisión del Tribunal la impugnante manifiesta, que no se demuestra ni se discuten las razones de incompatibilidad entre las normas que se ordena suspender y la Constitución; que el Tribunal no es competente para ordenar de manera general la inaplicación de las leyes y que la acción de tutela no es el medio para ordenar la suspensión de normas de carácter general.

El Tribunal, dice, no demuestra la incompatibilidad de las normas cuya inaplicación ordena con preceptos superiores en relación con la materia, tales como el artículo 20, 25 y 38 de la Constitución Política.

La ley 14 de 1991, en relación con el artículo 20 de la Constitución Política, y en lo atinente a la prestación del servicio de televisión, establece unos principios que garantizan el derecho de todas las personas a investigar, recibir y difundir opiniones e informaciones; en virtud del principio de pluralidad, el derecho a obtener información proveniente de diversas fuentes, sobre diversos temas y aspectos, suministrada por distintos informadores.

De otra parte el artículo 20 de la Carta Política alude al derecho de fundar medios masivos de comunicación y las leyes cuya inaplicación se ordena, se refieren a la prestación del servicio de televisión y a la gestión del espectro radioeléctrico. Las únicas limitaciones en esta materia, las consagra la misma Constitución en sus artículos 75, 76 y 77, las cuales deben aplicarse en concordancia con el 20 *ibídem*, particularmente para aquellos medios como la radio y la televisión, que requieran para su difusión, del uso del espectro electromagnético, circunstancia en la cual corresponde a la ley, establecer los términos para su utilización.

En relación con la prescripción del artículo 25, de la Carta Política, las normas cuya inaplicación se ordena, no están vulnerando el derecho al trabajo, sino estableciendo requisitos compatibles con la Constitución para el ejercicio de actividades relacionadas con los servicios de televisión y telecomunicaciones.

Con respecto al derecho consagrado en el artículo 38 de la Carta, considera que no hay mérito para ordenar la inaplicación de las normas mencionadas, por cuanto es propio del estado de derecho, cumplir y hacer cumplir los requisitos que la ley establece para el ejercicio de determinada actividad, si estos no se observan, no se puede alegar violación del derecho.

Finalmente, para la impugnante es claro, que en estos eventos, el juez competente para ordenar la inaplicación de una ley, es la Corte Constitucional, mediante la acción de revisión de inexecutablez contenida en el artículo 241 de la Carta. Además cita la sentencia del 6 de julio de 1992 de la Corte Constitucional, en la que dicha Corporación se pronuncia en lo atinente a la aplicación de las normas de la Carta, que requieren desarrollo legal.

6o.) Inexistencia de derechos constitucionales vulnerados. La Resolución 1191 de 1992, en opinión de la entidad impugnadora, no vulnera ningún derecho constitucional de los actores, por las razones siguientes:

— El derecho a fundar medios masivos de comunicación, no es absoluto, puesto que encuentra un límite en relación con el acceso al espectro electromagnético, el cual debe hacerse según los parámetros de la ley.

— El espectro electromagnético, es un recurso escaso y por ello la ley debé en esta materia desarrollar el principio constitucional de la igualdad de

oportunidades, con el fin de seleccionar a las personas que cumplan con los requisitos y evitar las perturbaciones que se le puedan ocasionar al usuario. La resolución citada, no vulnera el derecho de fundar medios masivos de comunicación, y por el contrario se inscribe como una práctica de protección de los mismos.

De no someterse a una regulación clara el uso del espectro electromagnético, cualquier persona, por sí y ante sí, utilizando el mismo expediente de facto de los tutelados, podría realizar emisiones con una potencia superior en el Canal 5 VHF, borrando así la señal de Telecinco, y generando una guerra en el uso de este recurso.

De otra parte, hoy existen leyes que desarrollan los artículos 75, 76 y 77 de la Carta, tales como el Decreto 1900 de 1990, que mediante sus artículos 18 y 19, principalmente, definen el espectro electromagnético, y establecen el principio de acceso al mismo.

En relación con los artículos 76 y 77, si aún el legislador, no ha desarrollado todos sus aspectos, el Estado mediante leyes tiene políticas de televisión vigentes y organismos encargados de la regulación y control de este servicio. Se vuelve a mencionar aquí la sentencia de la Corte Constitucional del 6 de julio del año en curso sobre el hecho de que la expedición de una nueva Carta Política no significa una derogatoria en bloque de la legislación vigente ya que una interpretación contraria generaría el caos institucional.

Por último, en relación con lo atinente a la violación del debido proceso, considera el Ministerio de Comunicaciones que la Resolución 1191 de 1992, fue expedida por autoridad competente y con el lleno de formalidades legales. Constituye el inicio de una investigación administrativa y la suspensión de emisiones prevista en ella, no es una sanción sino una medida precauteladora tendiente a proteger el espectro electromagnético.

Concluye la impugnante afirmando que el fallo del Tribunal omitió hacer una interpretación sistemática y armónica de la Constitución para el caso concreto y que se excedió al impartir órdenes y adoptar disposiciones que no le correspondían.

## **2) Impugnación del Ministerio Público.**

La doctora Miryam Pacheco Rodríguez, Delegada del Ministerio Público ante el Tribunal *a-quo*, solicita también, en memorial de impugnación, que se revoque la sentencia que acogió las pretensiones de la sociedad actora, con fundamento en las razones que a continuación resume la Sala:

1.— La acción de tutela está instituida para la protección de los derechos fundamentales de las personas humanas y en tal virtud no puede ser uti-

lizada por personas jurídicas. Apoya este acerto con citas de varios constituyentes y con jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.— La acción de tutela es improcedente en el presente caso por cuanto los accionantes tenían a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo idóneo para reclamar por parte de la sociedad Telecinco Ltda., y de las personas naturales que la conforman.

3.— En el supuesto caso de ser procedente la acción de tutela, con la expedición de la Resolución 1191 de 1992, no fue violado ningún derecho fundamental, ya que la medida se halla ajustada a derecho y no contraviene los artículos 20, 38 y 85 de la Carta, pues los actores, se asociaron libremente y fundaron la sociedad Telecinco Ltda. pero como la misma Constitución consagra que el espectro electromagnético hace parte de Colombia, el legislador quiso que el fundar medios de comunicación que usaran este recurso, no fuera un derecho de aplicación inmediata sino sujeto a la ley.

El artículo 75 de la Carta establece que el espectro electromagnético, es un bien público, sujeto a la gestión y control del Estado. El precepto mencionado es absolutamente claro, y con base en él, los accionantes debieron solicitar permiso al Ministerio de Comunicaciones para el uso del espectro. Con la Resolución acusada, la Administración en ningún momento impide, ni prohíbe el acceso de los particulares, ni propende por el monopolio del Estado en esta materia.

La ley 72 de 1989, artículo 8o. el Decreto Ley 1900 de 1990 en sus artículos 20, 50 y 52, regula la materia, y en ningún momento resulta incompatible con el derecho de fundar medios masivos de comunicación, por lo que Telecinco Ltda. debió solicitar permiso al Ministerio de Comunicaciones, previo al uso del espectro electromagnético.

Ante la actuación de Telecinco, la Administración, ordenó abrir investigación administrativa de conformidad con lo previsto en el capítulo 7o. del Código Contencioso Administrativo.

Anotó además el Ministerio Público que las normas que regulan la acción de tutela, condicionan su procedencia a la inexistencia de otros medios de defensa y expresamente el artículo 3o. del Decreto 306 de 1992 consagró, que no se entiende amenazado un derecho constitucional fundamental, por el sólo hecho de que se abra o adelante investigación administrativa.

#### CONSIDERACIONES:

Se dejó descrito en los antecedentes que la presente acción de tutela fue promovida mediante apoderado judicial en ejercicio de poderes conferidos por la sociedad Telecinco Ltda. y por todos y cada uno de los cuatro socios

que integran dicha persona colectiva. Esto hace que lo primero en que deba ocuparse la Sala sea en determinar lo concerniente a la titularidad de la acción, habida cuenta de que entre quienes la promueven, se mezclan personas de distinta condición, naturales y colectivas, lo que hace necesario analizar previamente, si todas ellas pueden ser y son titulares de los derechos fundamentales que se mencionan como vulnerados y si, en consecuencia, son titulares también, del derecho a ser tutelados ante su eventual violación.

### **I.— Los Derechos Constitucionales Fundamentales y las Personas Colectivas.**

Ya en varias oportunidades, ante acciones de tutela promovidas por personas distintas a las físicas o naturales, la Sala ha sentado la doctrina que afirma la improcedencia de tal mecanismo extraordinario cuando el amparo se pretende en relación con elementos que aunque tienen existencia jurídica, carecen de existencia natural, y ello, básicamente, por la razón de que tales personas, aunque sujetos de derechos, no pueden ser, por razón de su existencia relativa, titulares de derechos fundamentales. En providencia del 12 de mayo de 1992, Expediente no. AC-119, Actor: Sintracarbocol. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano, dijo sobre este particular la Sala:

“Se trata de que como se narra en los antecedentes, la acción es promovida por el Sindicato de Trabajadores de Carbones de Colombia “Sintracarbocol”, 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 sólo pueden tener tal característica en cuanto se predicen de las personas humanas, al igual que todos aquellos otros derechos que a la 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 mínimun vital, a la previsión social, a la instrucción, etc.). Igualmente

las antiguas expresiones derechos naturales, derechos individuales, derechos de la personalidad, son remplazadas a partir de 1948 por la sintética de derechos humanos””. (Derechos 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 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 fundamentales. 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 Serra explica que:

““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. 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 él incomprendible artículo 85, negarles filosófica y jurídicamente dicha condición, al excluirlos de la enumeración de los derechos fundamentales de aplicación inmediata, como si filosóficamente fuera posible admitir la existencia de derechos fundamentales de aplicación diferida. Esta situación ha llevado al Consejo de Estado a sostener la tesis, que ahora ratifica, de que sólo pueden tenerse como fundamentales para la aplicación de la acción de tutela, los derechos que aparecen expresamente calificados como tales en el texto constitucional.

“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” .

“Ahora bien, aceptado el hecho de que los derechos fundamentales son aquéllos que se predicán de la persona humana en cuanto tal, es preciso analizar si podría admitirse la existencia de tales derechos radicados en sujetos diferentes, como podrían ser las personas colectivas o morales.

“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, sólo pueden ser titulares de derechos derivados, atribuidos por ese mismo orden jurídico y, por supuesto, modificables y extinguidos por las respectivas instancias jurídicas.

“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.

“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”.

Bastaría con reiterar lo anteriormente dicho para fundamentar la improcedencia de la acción de tutela en cuanto dice relación con la sociedad Telecinco Ltda. No obstante estima la Sala oportuno adicionar estas considera-

ciones con otro concepto de carácter doctrinario que ilustra y relleva el criterio expresado de que los derechos fundamentales son predicables exclusivamente de la persona humana. Con este propósito trae la Sala en su apoyo, lo dicho por el Profesor José Gregorio Hernández en conferencia pronunciada en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario sobre la relación entre derechos fundamentales y persona humana. Expresó:

“Debe subrayarse, pues, en la libertad de expresión como en los demás derechos de su misma estirpe, ese carácter de ser derechos fundamentales, pues su alcance y sentido únicamente resultan explicables si se tienen como directamente derivados de la esencia de la persona humana (unión sustancial de cuerpo y espíritu) y, por ende, anteceden a cualquier declaración positiva que los reconozca porque pertenecen a la persona en sí misma, por ser persona y en cuanto es persona, con absoluta independencia de la literalidad de la norma de derecho en que resulten plasmados”.

Las consideraciones expuestas implican que la Sala habrá de revocar la sentencia impugnada en cuanto ordenó tutelar derechos de la sociedad Telecinco Ltda. y procederá a analizar su validez en lo tocante al amparo concedido a las personas naturales integrantes, en calidad de socios, de la citada persona colectiva.

## **II.— Los Derechos Constitucionales Fundamentales no son Derechos Absolutos.**

Previamente a definir si obró bien el Tribunal al otorgar la tutela impugnada en favor de los socios de Telecinco Ltda. es conveniente que se haga una reflexión acerca del carácter de los derechos constitucionales fundamentales para dilucidar si ellos, como aparece de las exposiciones contenidas en el memorial introductorio de la tutela y de las que sirven de fundamento al fallo objeto del recurso, poseen entre sus atributos el de ser absolutos, o si como lo afirman los Magistrados que redactaron el salvamento de voto, o como se deduce de los memoriales de los impugnadores, se trata de derechos relativos que pueden ser limitados o restringidos por la propia Constitución o por la ley.

La concepción radical que propugna por la existencia de unos derechos absolutos deja de tener sustento ideológico y jurídico y realidad histórica (que nunca la tuvo, por cierto), en la medida en que el Estado abandona su caparazón individualista para tomar la dimensión de lo social. No se trata de concebir al hombre como rey de su propio universo individual sino de verlo dotado de unos poderes consustanciales a su naturaleza humana que sólo puede ejercer dentro del contexto de la sociedad a la que pertenece y en función, es decir, relativamente a dicha sociedad.

Fueron precisamente los ideólogos de la Escuela del Derecho Natural, de Locke a Rousseau, pasando por Hobbes y los Enciclopedistas, quienes encontraron que ni la sociedad ni el Estado podían tener existencia y viabilidad histórica si los derechos de los individuos, esos derechos que ellos mismos levantaron con el carácter de absolutos para oponerlos al absolutismo insoportable del Monarca, se concebían con tal atributo y por eso derivaron hacia la teoría del Pacto Social que propicia la construcción de la Sociedad y del Estado sobre la base de la renuncia a considerar los derechos naturales como absolutos y en aras de la convivencia los valora como eminentemente relativos.

El estado no puede ser el escenario propicio para el absolutismo; esta característica, antes bien, comporta, el antiestado en sus formas tradicionales de opresión o de anarquía. El Estado y el instrumento por excelencia para el logro de sus fines, el Orden Jurídico, son el producto de la relatividad en la medida en que ni el ejercicio del poder por parte de sus autoridades ni el goce y disfrute de los derechos por los asociados pueden realizarse en forma absolutista: Lo primero, porque el gobernante se convertiría en el único titular de derechos en frente de unos individuos que carecerían de los mismos y lo segundo, porque si todos los asociados pretenden usar sus derechos ilimitadamente, se generaría un conflicto de tal magnitud, que haría saltar en pedazos la organización social.

El carácter relativo de los derechos constitucionales fundamentales no puede mirarse como una simple especulación filosófica, pues encuentra, en Colombia, pleno respaldo en la letra de la Carta de 1991. En efecto, artículos como el 1o., que consagra la prevalencia del interés general y la solidaridad de las personas que viven en Colombia; el 2o., que establece entre los fines del Estado, el de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; el 58, que determina la prevalencia del interés social sobre el particular o individual; o en fin, entre muchos, el 333, que dispone que la empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, permiten deducir, sin lugar a dudas, lo que anteriormente se dejó establecido. Pero es el artículo 95 el texto constitucional que de manera explícita consagra como un deber de todos la expresión de que "... El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades...", para reiterar más adelante, que son deberes de la persona y del ciudadano "... respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios...".

Empero, es claro que esta concepción relativista de los derechos individuales no aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la expedición de la Carta de 1991; ella ya existía y se aplicaba por los jueces y era objeto de construcciones doctrinarias por las más altas corporaciones judiciales del país. A título simplemente ilustrativo se consignan en seguida dos ejemplos de los muchos que pudieran citarse sobre este tópico, uno del Consejo de Estado y otro de la Corte Suprema de Justicia:

1.— En concepto de su Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado Alberto Hernández Mora, dijo el Consejo de Estado el 11 de marzo de 1972:

“Los derechos civiles y el interés social... Los derechos individuales no son absolutos sino sometidos a las reglamentaciones y limitaciones legales que hagan posible su ejercicio dentro del marco social. Fuera de la sociedad los derechos individuales no tienen oportunidad ni importancia.

“Es la razón de que todo derecho individual tenga una función social, la que haga posible su ejercicio en armonía con el interés general que expresa la ley.

“Nuestra Carta consagra este principio con particular nitidez; en forma especial para el derecho de propiedad y en forma general para todos los derechos: Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social...”.

2.— La Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Jairo Duque Pérez en sentencia de agosto 11 de 1988; hizo la siguiente elaboración jurisprudencial:

“El sentido netamente individualista de la propiedad, heredado del derecho romano, que la concibió como concentración de poderes o atribuciones del dueño sobre sus bienes en cuya virtud éstos quedan sometidos directa y totalmente a su señorío con el fin de satisfacer únicamente sus egoístas intereses, ha venido cediendo el paso a una concepción marcadamente solidarista o funcionalista que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructurar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de enrumbar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común para que las ventajas que de él fluyan, se extiendan a la comunidad, en cuya representación actúa el propietario en función social.

En nuestro ordenamiento se separan con nitidez dos concepciones del dominio. La disposición acusada, artículo 669 del Código Civil, se caracteriza precisamente por darle preponderancia al carácter absoluto del dominio restringiendo al máximo sus limitaciones, reducidas a la no violación de la ley o del derecho ajeno, o con más precisión, a que su uso no esté “prohibido por las leyes o los reglamentos” como lo dispone el artículo 544 del Código Civil francés que le sirvió de modelo al colombiano y que según Planiol y Ripert implica “abrir la puerta a toda clase de restricciones” siendo inexacto, por ello, sostener, como pa-

rece desprenderse de los artículos en referencia y lo reitera insistente el demandante, que la propiedad es un derecho absoluto.

“El carácter de función social del dominio que la Constituyente del 86 consagró en fórmula más concisa y de más claros contornos jurídicos que la actual al disponer que “Cuando se hallaren en conflicto el interés privado y el interés público, aquél cederá ante éste”, quedó definitivamente consagrado en el artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936, artículo 30 de la Constitución vigente, que estatuye que la propiedad. “es una función social que implica obligaciones”.

“Dejando de lado el evidente error de técnica en la redacción de este texto y la aparente contradicción de sus términos, circunstancia que nuestra doctrina constitucional ha puesto de manifiesto, es indudable que en el texto constitucional se descarta la teoría individualista y se le da un contenido eminentemente social al dominio, lo cual permite a la ley imponerle limitaciones para colocarlo de esta manera, al servicio del interés comunitario y de la solidaridad social, siendo por tanto ilícitos los actos que impliquen ejercicio anormal de tal derecho, o sean contrarios a los fines económicos o sociales del mismo, o aquellos que sólo tiendan o se determinen por el deseo de dañar a terceros sin interés verdadero para el propietario.

“Es claro que todas estas restricciones o limitaciones estaban implícitamente establecidas en la definición misma del dominio, según los términos de la disposición materia de la presente censura constitucional, y fueron de igual manera reiteradas por el artículo 28 de la Ley 153 de 1987 al darle prevalencia sobre la legislación anterior, a las leyes atinentes al ejercicio, cargas y extinción de los derechos reales adquiridos bajo una ley y en conformidad con ella.

“Nuestro sistema positivo resulta pues, en evidente coincidencia con la tendencia universal que concibe al dominio como la facultad o poder pleno del sujeto de derecho sobre las cosas para la satisfacción de sus necesidades y el cumplimiento de sus fines, dentro de la comunidad y con sujeción a las limitaciones por ella impuestas.

“De la concepción individualista como derecho subjetivo, la propiedad ha pasado a ser, en la tesis social o solidarista que inspiró la Constitución del Reich alemán de 1919 (Constitución de Weimar) que en su artículo 153 consagró la propiedad tanto como derecho como obligación para que el dueño usara de sus bienes como “un servicio para el beneficio general”. Nuestros constituyentes del 36, se inspiraron también en esta concepción y sin ambages acicalaron el concepto de que ese derecho subjetivo crea obligaciones y su ejercicio debe apuntar no sólo a la utilidad del propietario sino también a la utilidad general, mereciendo protección sólo en la medida en que cumpla esta finalidad.

“En la actual ley fundamental de la República Federal de Alemania, se proclama aún más vigorosamente la determinación social de la propiedad. El artículo 14, s. 2 declara: ‘La propiedad obliga. Su uso también contribuirá al bienestar de la sociedad’. En opinión de la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania este principio constitucional y legal significa “la renuncia de tal orden de propiedad en el cual el interés individual prima sobre el interés de la sociedad”. De manera similar el artículo 42 de la Constitución italiana dispone: “la propiedad privada está reconocida y garantizada por la ley que prescribe la manera en la cual puede adquirirse y gozarse y fija también sus límites tanto para asegurar su función social como para hacerla accesible a todas las personas”. El requisito de armonía entre el derecho de propiedad, señalado por la ley, y el bien público está consagrado en el artículo 29 de la Constitución del Japón.

“Esta misma orientación en la sentencia de 6 de mayo de 1927 de su Sala de Casación Civil, en la que se anticipó en diez años a la novedosa Reforma Constitucional del 36 sobre la función social de la propiedad. Dijo entonces la Corte:

““La propiedad como todo derecho, se entiende dada y reconocida por la ley con el fin de hacer posible la convivencia social, no para imposibilitarla. No se puede, pues, admitir que nadie pueda hacer uso del propio derecho de propiedad hasta el punto de hacer imposible el coetáneo ejercicio del mismo derecho para el vecino. Y si la ley no prevea ni prohiba algunos de los modos de ejercer la propiedad incompatibles con las fundamentales exigencias sociales, no por eso pueden estimarse lícitos. Muy al contrario, deben considerarse ilícitos, en virtud de la esencia misma de la propiedad y de todo derecho que, según se ha dicho, es medio y condición, no obstáculo, para la convivencia pacífica de los hombres. Las limitaciones al libre uso de la propiedad, reconocidas por la ley, más que para rechazar, deben servir para afirmar todas las que puedan fundamentalmente justificarse del mismo modo”” (sentencia 6 de mayo de 1927 T. 34 Pág. 264).

“El mismo criterio ha venido adoptando a partir de esa reforma. Al respecto pueden citarse las siguientes sentencias:

a) “A virtud del artículo 30 de la Constitución, que asigna a la propiedad una función social, se ha operado entre nosotros la relativización de la propiedad privada. En el sentido de que ha dejado de ser un derecho absoluto, esto es, jurídicamente inexpugnable, tal como lo consignaba primitivamente nuestro Código Civil” (sentencia Sala Plena de 10 de marzo de 1938).

b) “Ya no es posible disponer de la propiedad como a bien se tenga, sino que su uso y goce deben sujetarse al imperativo de las necesidades

y conveniencias sociales, conforme a la ley (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia marzo 31 de 1963).

“El dominio es en principio un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, que confiere a su titular las tres facultades de usar, de gozar y de disponer de la cosa o bien sobre que recae dicho derecho, es sin embargo, susceptible de sufrir limitaciones en la duración, extensión o ejercicio de los atributos que lo integran. Tales restricciones pueden ser legales o voluntarias, en el sentido de ser impuestas por la ley o por un acto jurídico del propio titular del dominio”. (Sala de Casación Civil, marzo 15 de 1965).

“Es obligado inferir de lo antes dicho, que en la definición genérica y específica de la propiedad consignada en los términos del artículo 669 del Código Civil, al lado de su contenido de derecho subjetivo o individual ha de considerarse como elemento esencial de la misma la función social ya que su tutela constitucional obedece fundamentalmente a la protección del interés particular del propietario y también a los de la comunidad para la satisfacción o logro de los fines sociales del dominio. Estos dos elementos van estrechamente ligados y resulta inconveniente y opuesto a la evolución de nuestras instituciones y al sistema político en que se apoyan, separarlos. Sólo así la propiedad privada constituye un elemento de orden social que se proyecta en la comunidad.

“Sobre la base de los criterios que se han precisado, se declarará la exequibilidad de la norma cuya validez se cuestiona en este proceso por cuanto no se advierte que ella sea opuesta al artículo 30 de la Constitución, ni a ninguno otro de sus textos. El calificativo de “arbitrario” que le da la norma acusada al derecho de propiedad, está atemperado en la misma disposición por la prohibición de que con su ejercicio se vulnere la ley o derecho ajeno, todo lo cual implica que no es una facultad absoluta como ya se anotó, y debe por tanto enmarcarse dentro de los límites que el legislador le señale.

“Téngase en cuenta además que la acepción en que debe entenderse el adverbio “arbitrariamente”, es la de “arbitrio” es decir según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, “facultad que tiene el hombre (en este caso el titular de un derecho) de adoptar una resolución con preferencia a otra” y no la de “abuso” como podría resultar de la lectura inmediata del artículo 667 del Código Civil. Este fue el alcance que don Andrés Bello le dio al derecho de propiedad que definió en el artículo 686 de su proyecto de Código Civil de 1853, como “el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella a nuestro arbitrio, no siendo contra la ley o el derecho ajeno”.

“A la anterior significación se llega además, por el condicionamiento que el propio artículo acusado fija al estatuir que las facultades de usar

y disponer arbitrariamente que le atribuye al propietario, no vayan “contra la ley o el derecho ajeno”, restricciones que no tendrían sentido si se acogiera la segunda de las acepciones del adverbio en referencia”.

Lo hasta aquí establecido sirve para concluir que no siendo los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico de carácter absoluto en cuanto a su ejercicio se refiere, la investigación para determinar hasta dónde y en qué medida son merecedores de la protección del Estado debe abarcar no sólo la búsqueda e identificación de las normas que los consagran, sino de manera igualmente importante, el análisis de las limitaciones o restricciones que se hayan establecido para su dicho ejercicio, no sea que la protección otorgada en relación con alguno de los derechos en favor de una persona pueda resultar en detrimento de los derechos sociales o colectivos o de derechos individuales.

Conviene, entonces, indagar ahora, si los derechos tutelados por el Tribunal del Atlántico son de la estirpe de los constitucionales fundamentales, si tienen establecidas restricciones o limitaciones en la misma Carta Constitucional o en las leyes y si, la manera como pretenden ser ejercidos por los tutelados se compadece con la previsión normativa de que dicho ejercicio no sea contra la ley o contra el derecho ajeno.

Como la supuesta violación de todos los derechos tutelados por medio de la sentencia impugnada, se origina en el hecho de que los accionantes pretenden realizar transmisiones de televisión, sin contar con los permisos o licencias que debe otorgar el Ministerio de Comunicaciones y de que este Ministerio, ante la actitud de aquéllos, ordenó mediante acto administrativo adelantar investigación y que se suspendieran dichas transmisiones, basta a la Sala para definir la controversia, establecer si los actores pretenden el ejercicio de un derecho constitucional fundamental sin ir contra la ley o contra derecho ajeno. Empero, llegar a tal definición supone previamente el que se hagan algunas precisiones de orden técnico y jurídico, particularmente por ser el derecho comprometido en forma dominante en la *litis*, el de fundar medios masivos de comunicación mediante la utilización del espacio radioléctrico.

### **III.— La libertad de fundar medios masivos de comunicación y el uso del espectro electromagnético.**

Comoquiera que el caso que ocupa la atención de la Sala está referido al derecho de fundar medios de comunicación, pero no de cualquier índole, sino de aquéllos que necesariamente deben utilizar para su funcionamiento el espectro electromagnético, se tendrá que analizar, si el hecho de que el Ministerio de Comunicaciones haya exigido el cumplimiento de las normas constitucionales y legales que regulan la utilización de ese bien público por

los particulares, comporta una violación del referir derecho. Para ello, procede la Sala a ubicar el concepto de espectro electromagnético como elemento fundamental y necesario de las telecomunicaciones y como componente del espacio sobre el cual se ejerce la soberanía. Conviene traer a esta providencia lo expresado por la Corte Suprema de Justicia cuando, con ponencia del Magistrado Pablo Cáceres Corrales, definió las características del espacio electromagnético y de las telecomunicaciones:

“Al lado de lo dicho, las frecuencias del espectro electromagnético tienen la capacidad de servir para satisfacer la necesidad general de comunicación que tiene la sociedad. La transmisión inteligente de informaciones con la infraestructura tecnológica contemporánea, ha sido definida en los términos del servicio público por la tradición legislativa colombiana y los instrumentos internacionales que gobiernan la comunicación internacional y el uso del espectro y sus frecuencias. Significa esto que *el aprovechamiento de los canales radioeléctricos se hace dentro del régimen del servicio público cuyo regulador es el legislador colombiano*. Por esto el artículo 5o. de la ley 72 de 1989 dice:

“Las telecomunicaciones *son un servicio público* que el Estado prestará directamente o a través de concesiones que podrá otorgar en forma exclusiva, a personas naturales o jurídicas colombianas, reservándose en todo caso, la facultad de control y vigilancia”.

“Se acomoda esta norma a lo previsto en el artículo 76 No. 10 de la Constitución cuando define que es la ley quien regulará lo relativo a los servicios públicos y ella puede tomar las medidas para que se preste regular y eficazmente a los asociados y fijar las condiciones que así lo aseguren. Por esta razón el Estado no ha acudido a la figura excepcional y rentística del monopolio para expedir la normatividad de las telecomunicaciones”. (Sentencia No. 53. Expediente 2226 abril 25 de 1991).

En el discurso anterior está implícita la afirmación de que el Estado tiene la potestad de regular las telecomunicaciones por razón de ser el medio en que ellas se realizan, el espacio electromagnético, de su propiedad. Antes de la Constitución de 1991 a tal conclusión (que el espectro electromagnético formaba parte del territorio y como tal era un bien de dominio público) se llegaba aplicando diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que fueron el resultado de la adecuación del Derecho a los avances y desarrollos de la técnica. A partir de la vigencia de la nueva Carta, dichas doctrinas, auniversalmente aceptadas, pasaron a tener la entidad de normas jurídicas al plasmarse en textos como los de los artículos 75, 76, 101 y 102 entre otros.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de abril 25 de 1991, antes aludida, se dijo sobre este particular:

“La matriz espacial del Estado se torna de esta manera compleja. Para el derecho constitucional de nuestros días, en ella figuran el territorio, el mar territorial, el espacio aéreo, las órbitas geoestacionarias y el espacio mismo (magnitud). La matriz espacial, es como el Estado, una construcción social, y ella compone y origina toda una serie de relaciones, derechos y deberes frente a los cuales el Estado decreta su imperio y asume la potestad de regularlos.

“Ahora bien, como ya se dijo, el espectro electromagnético se encuentra físicamente vinculado al Espacio de Estado por lo cual éste tiene el derecho de definir legislativamente su utilización en beneficio de la sociedad”.

Ahora bien, destaca la Sala que si a la anterior conclusión pudo llegar la Corte Suprema de Justicia interpretando las antiguas normas constitucionales, qué duda puede haber ahora, cuando se tienen textos constitucionales que de manera tan explícita, específica y perentoria definen el problema, como los que se insertan a continuación:

*“Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley”.*

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, *el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.*

*“Artículo 76. La intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio”.*

Dicho organismo desarrollará y ejecutará los planes y programas del Estado *en el servicio* a que hace referencia el inciso anterior”.

“Artículo 101.

.....  
 “También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, *el espectro electromagnético y el espacio donde actúa*, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales”.

“Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”.

“Artículo 63. *Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables*”.

Queda claro de todo lo anteriormente anotado que el espectro electromagnético es un bien público, que hace parte del territorio del Estado y que como tal no es susceptible de apropiación privada. Que al igual que otros bienes de uso público puede ser utilizado por los particulares, incluso para el desarrollo de actividades productivas, pero en tal caso, siempre habrá de contarse para acceder a dicha utilización, con la aquiescencia del Estado, la cual es indispensable y sólo podrá otorgarse de conformidad con los términos que la propia Constitución haya establecido y los que tenga señalados o señale el legislador. Y no se diga que, como parecen afirmar los accionantes y la sentencia impugnada, si la ley no ha establecido las condiciones de acceso al espectro electromagnético para los particulares, éstos quedan automáticamente habilitados para ocuparlo a su arbitrio, porque ello sería tanto como negar los atributos constitucionales de los bienes de uso público que integran el concepto de territorio, de ser inenajenables, imprescriptibles e inembargables. Como corolario de lo expresado es que, aún aceptando la posición de los actores, recogida y magnificada en la sentencia, de que toda la legislación sobre telecomunicaciones fue derogada por la nueva Constitución, no se puede llegar a la conclusión de que los accionantes estuvieran haciendo uso legítimo de un derecho cuando decidieron por sí y ante sí, ocupar el espacio radioeléctrico y realizar en dicho medio transmisiones de televisión; se repite que aún en la hipótesis de que se careciera de regulaciones legales sobre el particular, la ocupación de dicho bien resultaría arbitraria y contraria a la normatividad constitucional.

Resulta entonces, que la libertad de fundar medios masivos de comunicación, en el caso de los medios electrónicos, no puede tomarse de una manera aislada, pues se relaciona y depende íntimamente de la viabilidad que tenga la persona que ejerce este derecho, para utilizar el medio electrónico correspondientes, viabilidad que, como se ha dicho, no depende exclusivamente de su voluntad, sino que es el resultado de un proceso regulado, administrado y vigilado por el Estado, en su condición de Supremo Gestor de la utilización de los bienes públicos. Cabe introducir aquí, sobre el tema del derechos a la fundación de medios masivos de comunicación de tipo radioeléctrico, algunos apartes de la Conferencia del Doctor José Gregorio Hernández, anteriormente citada. Dijo el entonces Viceministro de Comunicaciones y hoy Magistrado de la Corte Constitucional:

“La misma norma constitucional (art. 20) establece como garantía la de fundar medios masivos de comunicación. “Se trata de un derecho que bien pudiera enmarcarse, de no ser por su íntima y necesaria conexión con el ejercicio mismo de la libertad de expresión y del dere-

cho a la información, como una forma de la antigua libertad de empresa. Pero desde luego, tal enfoque resultaría incompleto en la medida en que fundar un medio de comunicación no equivale a crear una empresa de cualquier índole sino un canal apto para ejercer las señaladas libertades. Eso cualifica la empresa y la distingue de cualquier otra.

“Debe anotarse claro está, que respecto de los llamados medios eléctricos —radio y televisión— la norma no puede interpretarse aisladamente de lo previsto en el artículo 75 de la Constitución, a cuyo tenor “el espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control de Estado”, ni del 76, que establece, para lo referente a los servicios de televisión, que la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado al efecto estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio, al cual se confía además la función de desarrollar y ejecutar los planes y programas del Estado en cuanto a dicho servicio y la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley.

“Lo anterior quiere decir que una persona, dentro de la libertad que le reconoce el artículo 20 de la Carta, puede fundar, si así lo desea, un medio masivo de comunicación de cualquier índole, pero a sabiendas de que, en el caso de haber optado por el establecimiento de una estación de radiodifusión, un canal, o una programadora de televisión, la efectiva utilización del espectro electromagnético, por medio del uso de la frecuencia correspondiente, está sujeta a la gestión que compete al Estado Colombiano: en el caso de la radiodifusión sonora, la emisora en cuestión no podrá emitir señal alguna sin el previo trámite de asignación de la frecuencia por el Ministerio de Comunicaciones y la celebración del contrato de concesión para el uso de la misma; en el caso de la televisión, si se trata de un nuevo canal, habrá que conocer previamente cuál es la política del Estado sobre el punto, pues bien sabemos que el sistema vigente consiste en la operación de canales cuya titularidad es del Estado y cuyo manejo ha sido asignado por la ley al Instituto Nacional de Radio y Televisión, y que los particulares únicamente pueden acceder a la explotación de los mismos a título de concesión previo el trámite de una licitación pública como la recientemente cumplida en desarrollo de las previsiones de la ley 14 de 1991.

“Hasta el presente, entonces, no hay la posibilidad inmediata de canales privados, salvo que se modifique la política estatal, la cual, a la luz del artículo 77 de la Constitución, debe ser trazada por la ley y desarrollada por el ente autónomo cuya creación ha previsto la propia Carta pero cuya organización y funcionamiento depende de las determinaciones que adopte el legislador.

“Luego de definida esa política y en el supuesto de que se permitiera la operación de canales privados, el interesado debería tramitar, de conformidad con lo que al respecto hubiera definido la ley, la obtención de la frecuencia, pues por una parte la gestión de la frecuencia atañe, por prescripción indiscutible de la Carta, al ente ya mencionado, sin que pueda ““aprehenderse”” su uso directamente, y, por otra, tratándose de un bien público escaso, la administración y distribución entre quienes aspiran a utilizarlo ha de consultar las disponibilidades físicas dentro del mismo espectro y, atendiendo el mandato del artículo 75, la mejor forma de brindar igualdad de oportunidades en el acceso a aquéllas de que se disponga”. (Versión mecanográfica en poder del Magistrado Ponente).

No cabe pues, duda alguna, que, sin necesidad de entrar a definir si la legislación anterior sobre telecomunicaciones subsistía o no, después de entrar en vigencia la Carta de 1991 (el criterio de la Sala es el de que si estaba vigente por no ser contraria a las normas de la Constitución), se debe arribar a la conclusión de que los socios de Telecinco Ltda. y la Sociedad misma, estaban ejerciendo de manera arbitraria, contra la ley y el derecho ajeno, una conducta, que para que merezca ser garantizado por el Estado con los mecanismos ordinarios y extraordinarios de protección previstos en nuestro ordenamiento jurídico, ha debido ejercerse con arreglo a la Constitución y a la ley.

Considera, entonces, la Sala que el Tribunal *a-quo* incurrió en grave falla de criterio que lo llevó a tutelar como si se tratara de un derecho constitucional fundamental que hubiera sido violado, lo que a simple vista no es otra cosa que la pretensión de ejercitar un derecho de manera absoluta, con desconocimiento claro de las normas que rigen lo concerniente a la forma como se utilizan los derechos y, de pronto, desarrollando conductas que pudieran comportar el atropello de los derechos de los otros y del Estado.

Es obvio que si los otros derechos que se dicen vulnerados, el de asociación, el de expresión e información, el de trabajo y el de debido proceso, lo fueron supuestamente por haber ordenado el Ministerio de Comunicaciones la suspensión de la utilización del espacio radioeléctrico, y como se dijo, esta utilización resulta contraria a la ley, tampoco es del caso su tutela, puesto que de hechos injurídicos no pueden desprenderse derechos legítimos y reclamar sobre ellos la protección del Estado.

También por estas consideraciones se habrá de revocar la sentencia impugnada en cuanto otorgó la tutela impetrada.

**IV.— Otras consideraciones acerca de la improcedibilidad de la acción incoada.**

Tanto los Magistrados que suscriben el salvamento de voto, como las impugnaciones, hacen mención al hecho de que la tutela concedida por el

Tribunal del Atlántico era improcedente por varias razones de orden constitucional y legal: Así, se expresa que por contener el acto administrativo contra el cual se ejerció la acción tutelar (Resolución 1191 de 1992, artículo 1o.), un simple mandato para que se inicie, de oficio, una investigación de tipo administrativo, no era pasible de tutela en frente de lo dispuesto por el artículo 3o. del decreto 306 de 1992. Que las disposiciones contenidas en los artículos 2o. y 3o., que si constituyen actos administrativos definitivos, en cuanto ordenan a Telecinco Ltda. que suspenda las transmisiones de señales de televisión que estaba realizando, sin la previa autorización del Ministerio, tampoco puede ser base para una acción de tutela, ya que existen en el ordenamiento legal vigente otros medios de defensa judicial para prevenir o evitar el desconocimiento del derecho comprometido. Y, finalmente, que erró el Tribunal al conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues dicho perjuicio no existía y menos aún, con la característica de irremediable, en la forma como lo conciben las normas que regulan la acción de tutela; amén de que el Tribunal, sin competencia para ello, ordenó, igualmente, de manera general y sin realizar el previo estudio para inaplicarlas por inconstitucionales, suspender todas las normas que regulan las telecomunicaciones.

La Sala estima que en la apreciación de los aspectos arriba enunciados, que constituyen fundamento de las impugnaciones, se equivoca la sentencia, y encuentra juiciosos y dignos de ser ameritados los argumentos y razones de los memorialistas impugnantes y los señalados por los Magistrados de la minoría en su salvamento de voto.

En efecto, no concibe la Sala, que la orden para que se inicie de oficio una investigación administrativa, contenida en la Resolución 1191 de 1992, que desencadenó el procedimiento tutelar, pueda considerarse como una amenaza o como la vulneración de un derecho, si ella se imparte con fundamento en lo dispuesto por la ley. Por el contrario, notificarle a un particular la decisión de que se le investigará administrativamente es una garantía para su defensa y el cumplimiento por parte de la autoridad de mandatos legales que, contenidos en estatutos especiales, o en el general de la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo, buscan la protección de los derechos de los administrados. Cuál es, se pregunta la Sala, sin hallar explicación válida, el fundamento que tuvo el Tribunal para impedir mediante la sentencia de tutela que el Ministerio iniciara, llevara adelante y concluyera la investigación administrativa ordenada en la Resolución que se expidió con tal fin. El hecho de disponer que el Ministerio debía abstenerse de aplicar las normas contenidas en las leyes reguladoras de las telecomunicaciones implícitamente le coartaba la posibilidad de adelantar la investigación.

Igualmente, encuentra la Sala contradictoria la posición de la sentencia al considerar la Resolución 1191 de 1992 como acto de trámite para concluir que en relación con ella es procedente la tutela al no existir posibilidad de

acción contencioso administrativa contra tales actos, para a renglón seguido otorgar la tutela como mecanismo transitorio, que se supone se concede en los casos en que existiendo medios de defensa judicial se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sea como fuere, el Tribunal ha debido realizar un más riguroso análisis para determinar si existían otros medios de defensa judicial que hicieran inviable la tutela y si existiendo tales medios ordinarios, era menester concederla como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo que suponía entrar a indagar si con la actuación del Ministerio de Comunicaciones pudiera generarse alguno de tal naturaleza para los investigados. En gracia de la brevedad dirá la Sala que comparte lo dicho a este respecto por la apoderada del Ministerio de Comunicaciones, quien apoya su argumento, para demostrar que en el *sub-lite* no se daba el perjuicio irremediable, en la sentencia de la Corte Constitucional cuyos apartes pertinentes fueron transcritos a página 15 de la presente sentencia.

Finalmente, debe señalar la Sala que pecó de ligereza y de falta de precisión el Fallador *a-quo* al emitir la orden para que el Ministerio de Comunicaciones se abstuviera de “aplicar las normas contenidas en las leyes 042 de 1985, 72 de 1989 y 14 de 1991 y las implícitas en el decreto ley 1900 de 1990 por ser incompatibles con los derechos fundamentales contenidos en los artículos 20, 25 y 38 de la Constitución Nacional” (Numeral 2o. de la parte resolutive de la sentencia impugnada). La insólita orden deja en el lector tremendos interrogantes no sólo, acerca de lo que en realidad quiso disponer el Tribunal, sino con relación al entendimiento que tuvo sobre el significado de las normas supuestamente en conflicto. La lectura desprevenida hace suponer que el Tribunal estimó que todas las leyes contentivas del régimen de las telecomunicaciones en Colombia quedaron derogadas al advenimiento de la nueva Constitución y que por tanto el Ministerio debe abstenerse de aplicarlas, lo cual no parece ser el resultado de un juicioso análisis comparativo entre las disposiciones de la Carta y los textos legales a efectos de identificar las contradicciones entre ellas para determinar cuáles de las que pertenecen a las leyes deben considerarse insubsistentes. No es lógico pensar, ni menos afirmarlo en una sentencia, sin haber hecho el correspondiente análisis y sin haberlo consignado en la misma providencia, que cuatro estatutos legales, contentivos del régimen de las telecomunicaciones, hayan quedado derogados tácitamente, en su totalidad, por la nueva Constitución. Ahora bien, pero si lo que se pretendió ordenar fue que se inaplicaran algunas normas de esos estatutos legales por ser contrarias a la Carta, se ha debido, no sólo, indicarlas con toda precisión, sino definir en qué medida y con respecto a qué normas superiores mostraban incompatibilidad.

Lo anterior también conduce a la convicción de que la sentencia impugnada merece ser revocada para en su lugar declarar, con fundamento en las consideraciones expuestas, que no es procedente el otorgamiento de la tutela impetrada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el 9 de septiembre de 1992 dentro del expediente radicado con el No. 7027 y en su lugar declárase que no es procedente otorgar la tutela impetrada.

Notifíquese y comuníquese. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión y remítase copia al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia se estudió y aprobó por la Sala en la sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Aclaró Voto; Clara Forero de Castro, Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcós, Ausente; Carmelo Martínez Conn, Aclaró Voto; Yesid Rojas Serrano, Libardo Rodríguez Rodríguez, Con Aclaración de Voto; Miguel González Rodríguez, Aclaró Voto; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Ausente; Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Carlos Betancur Jaramillo, Daniel Suárez Hernández, Aclaró Voto; Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta, Aclaró Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Miren de la Lombana de Magyaroff, Jorge Penen Deltieure, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**ACCION DE TUTELA—Titularidad/DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad/PERSONA NATURAL/PERSONA JURIDICA/DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA (Salvamento de Voto)**

Todas las personas, sin distinción, inclusive los seres que tienen la expectativa de adquirir ese rango jurídico y también lo fueron, y las personas jurídicas son sujetos de derechos fundamentales, no de todos, obviamente, sino de aquéllos que por la naturaleza de ambos pueden ellas reclamar de otros o de los demás. Los llamados derechos fundamentales o básicos y, más especialmente, derechos humanos no han de tenerse como fruto de una concesión por el Estado ni mucho menos como emanación de la ley; los derechos fundamentales y, dentro de ellos Los derechos humanos, existen per se, por el mero hecho de ser zoon politikom.

*Aclaración de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en la providencia de veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).— Referencia: Expediente No. AC-330 - Asuntos Constitucionales (Acción de Tutela) — Actores: Telecinco Ltda., Angel María Carrillo Salgado, Gustavo Raúl Cogollo Bernal, Jorge Alfonso Mercado Cepeda y Luis Carlos Rojas Mantilla.*

La presente aclaración de voto se circunscribe a aquellos puntos de vista, de tipo filosófico, jurídico o doctrinal, expuestos en la parte considerativa del fallo arriba referenciado, respecto a los cuales el suscrito discrepa muy cordialmente del distinguido consejero ponente y de quienes lo acompañan en los mismos. Dichos criterios son:

a) En el apartado I —Los Derechos Constitucionales Fundamentales y las Personas colectivas—, se reitera la posición de la mayoría acerca de que “ante acciones de tutela promovidas por personas distintas a las físicas o na-

turales, la Sala ha sentado la doctrina que afirma la improcedencia de tal mecanismo extraordinario cuando el amparo se pretende en relación con elementos que aunque tienen existencia jurídica, carecen de existencia natural, y ello, básicamente, por la razón de que tales personas, aunque sujetos de derechos, no pueden ser, por razón de su existencia relativa, titulares de derechos fundamentales”.

Para el suscrito, todas las personas, sin distinción inclusive los seres que tienen la expectativa de adquirir ese rango jurídico y también quienes lo fueron, y las personas jurídicas son sujetos de *derechos fundamentales*, no de todos, obviamente, sino de aquéllos que por la naturaleza de ambos pueden ellas reclamar de otros o de los demás; por ejemplo, el derecho reconocimiento de su status, el del libre desarrollo de la personalidad, el de petición, el de la libertad, el del debido proceso, etc., etc., reconocidos por la Constitución en diversas normas que sería largo e innecesario citar.

Y como quiera que el doctor Miguel González Rodríguez, consejero de Estado, ya explicó en su aclaración, con mayor amplitud, semejante pensamiento al del suscrito sobre el tópic, con su venia al mismo se remite en obsequio a la brevedad que impone este asunto.

b) En el apartado II —Los Derechos Constitucionales Fundamentales no son Derechos Absolutos—, se dice que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos y el suscrito está de acuerdo con tal afirmación. Es más: sostiene que todos los derechos son relativos en el sentido de que todos ellos lo son frente a los demás; si no existiera sociedad, no habría “derechos”. Como recuerda uno de los párrafos de dicho apartado, cuando los ideólogos de la Escuela del Derecho Natural, los Enciclopedistas, etc., hablaron de “derechos absolutos” quisieron, sencillamente, igualar en rango el derecho absoluto —o absolutista— del monarca a mandar, a ejercer el poder con fuerza y así oponerlos a éste. Más que filosófico o que jurídico, fue un planteamiento político.

Piénsese en el más encumbrado de los derechos fundamentales para el ser humano, el de la vida; y él aún es relativo: basta con señalar cómo alguien puede ser provocado de la vida, lícitamente, en legítima defensa de la propia, valga el ejemplo.

c) En ese apartado, en uno de sus párrafos, se sostiene que “El Estado no puede ser el escenario propicio para el absolutismo; esta característica, antes bien, comporta el antiestado en sus formas tradicionales de opresión o de anarquía”. Pero la Historia de todos los tiempos demuestra lo contrario y que el Estado no absoluto es el producto o la respuesta a una evolución o de una revolución —a veces también tiránica y opresiva— de las sociedades humanas a fin de establecer un orden jurídico más acorde con la dignidad de sus integrantes. Ahora, si ese Estado absoluto, si ese Estado tiránico, si ese

Estado opresivo no es Estado sino Anti-Estado, es cuestión de terminología que el suscrito no comparte.

d) Por último, el suscrito quiere recalcar cómo los llamados derechos fundamentales o básicos y, para la persona humana —inclusive para la que tiene expectativa de serlo y para el que la tuvo— más especialmente *derechos humanos* no han de tenerse como fruto de una concesión por el Estado ni mucho menos como emanación de la ley. Los derechos fundamentales y, dentro de ellos los derechos humanos, existen *per se*, por el mero hecho de ser “zoon politikom”. El ser humano, independientemente de que sea o no reconocido como persona, es “sacerdote, profeta y rey”, como dice el Salmista.

Con todo respeto,

*Alvaro Lecompte Luna*

Fecha: ut supra.

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Titularidad/ACCION DE TUTELA—Titularidad (Aclaración de Voto)**

**Reparo que en la sentencia hay una equivalencia entre derechos fundamentales y derechos humanos, para negar la tutela a algunos entes, personas jurídicas, que son asociaciones de personas —y no de capital—, como ocurriría con las sociedades anónimas: tales agrupaciones son las cooperativas, los sindicatos y demás comunidades en donde la vinculación a la tarea común es de los socios personalmente y no del capital.**

*Aclaración de Voto del doctor Carmelo Martínez Conn — Consejero de Estado.— Santafé de Bogotá, D.C., veintiseis (26) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-330. Actor: Telecinco Ltda.; Angel María Carrillo Salgado, Gustavo Raúl Cogollo Bernal, Jorge Alfonso Mercado Cepeda y Luis Carlos Rojas Mantilla.

Por cuanto di mi voto favorable a la parte resolutive de la sentencia, ésta aclaración de voto lo hago en relación con la parte motiva de la misma, la que sintetizo así:

En la página 296 del expediente, —25 de la sentencia—, se transcribe como fundamento de la sentencia, un criterio expresado por el profesor ARTURO VALENCIA ZEA, conforme al cual los derechos humanos han tenido existencia a partir de la revolución socialista de 1917 en la Unión Soviética, puesto que es una verdad incontrovertible a escala mundial, que esa revolución inauguró el régimen más cruel y violento que ha conocido la humanidad, comparable sólo al de algunos déspotas asiáticos como Genghis Kahn y Atila, mongoles que arrazaron Asia y parte de Europa, por lo que no

me parece congruente como fundamentación de la sentencia, y sobre todo, en el tema de los derechos humanos, esa cita desmentida por la historia. En otros apartes de la sentencia se cita indistintamente y en el mismo párrafo, como si tuvieran la misma concepción política del Estado, a Hobbes, Locke y Rousseau, cuando es de todos sabido que cada uno de estos autores tienen una concepción distinta del contrato social como fundamento del Estado, pues así como Locke, cuya tesis filosóficas y políticas, son la fuente de la Constitución de Filadelfia, Hobbes, en cambio, es la fuente filosófica del absolutismo, porque en su teoría, el monarca escogido por el Pacto Social, tiene competencia absoluta sobre la vida de los ciudadanos; y en cambio en Rousseau, según los tratadistas que explican su teoría, tienen su fuente tanto la democracia de estirpe liberal e individualista de tipo occidental, (aunque históricamente la democracia es de estirpe griega, sólo que era para los iguales, es decir, los nobles, como en la Carta Magna), así también la mal llamada "democracia totalitaria", de los comunistas, por cuanto en éste autor, la mayoría impone su voluntad a la minoría sin ninguna contemplación. Así pues, que se trata de concepciones filosóficas y políticas distintas, ignorándose de paso, que la fuente de los derechos humanos y del derecho internacional, está en los padres españoles Vitoria y Suárez, y, además, la doctrina de la Iglesia Católica, contenida en la encíclica de los Papas a partir de 1878, amén de la doctrina de los padres de la iglesia, como Santo Tomás de Aquino y San Agustín. Otro reparo que hago a la parte motiva, como ya lo he hecho en otras sentencias que tienen el mismo fundamento, es que en la sentencia hay una equivalencia entre derechos fundamentales y derechos humanos, para negar la tutela a algunos entes, personas jurídicas, que son asociaciones de personas, —y no de capital—, como ocurriría con las sociedades anónimas; tales agrupaciones son las cooperativas, los sindicatos y demás comunidades, en donde la vinculación a la tarea común es de los socios personalmente y no del capital.

Atentamente,

*Carmelo Martínez Conn*

NOTA DE RELATORIA: Las aclaraciones de voto de los Doctores MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ —a cuyo texto adhiere el Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JULIO CESAR URIBE ACOSTA y DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, son las mismas que con ocasión del fallo de 12 de mayo de 1992, Ponente Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO, Exp. AC-119, actor: SINTRACARBOCOL hicieron, la cual aparece publicada en este tomo de Anales, pág. 252.

## **ACCION DE TUTELA—Titularidad/LEGITIMACION POR ACTIVA/PODER ESPECIAL/AGENCIA OFICIOSA**

El actor podía actuar como representante de varias personas, pero bajo la condición de que le hubieran otorgado poder, por ser abogado; o como agente oficioso, porque aquellas personas no estuvieran en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia ésta que debió ser manifestada en la solicitud, lo cual no ocurrió (art. 10 D. 2591/91). El poder sólo fue expedido después de que el Tribunal rechazó la tutela respecto de aquellas personas por la falta de la legitimidad exigida en la mencionada norma, de lo cual se infiere que dicho documento bien hubiera podido ser otorgado oportunamente.

## **DERECHO A LA VIDA/DERECHO A LA INTIMIDAD/ACCION DE TUTELA—Improcedencia**

Para poder llegar a la conclusión de que es la polvareda la causante de la rinitis, sinusitis y las otras afecciones que padece el actor, se requería que la misma prueba hubiera descartado los otros posibles agentes precipitantes como “los pólenes, proteínas derivadas de animales, perfumes, humo de cigarrillo y contaminantes aéreos”, a que se alude en el dictamen pericial. No se demostró la etiología de las dolencias del actor fuera la polvareda que se levanta en la calle de su residencia. La Sala no encuentra relación alguna entre la situación de la mencionada calle y una presunta transgresión del derecho a la intimidad del demandante.

*Consejo de Estado.— Sala Plena Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. AC-305. Actor: Jesús Omar Roca Colmenares.

Conoce la Sala de la impugnación interpuesta por JESUS OMAR ROCA COLMENARES, ALFONSO ROCA MONCADA, CARMEN CECILIA COLMENARES y ASCENSION MOLINA YÉÑEZ contra la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander el 10 de septiembre de 1992 por medio de la cual rechazó la acción respecto de las tres últimas personas y la negó en relación con la primera.

**Antecedentes.**— El abogado JESUS OMAR ROCA COLMENARES en su memorial dirigido al mencionado Tribunal promovió acción de tutela contra la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Cúcuta en favor suyo, de su familia y del servicio doméstico, por la omisión consistente en la falta de mantenimiento de la vía comprendida entre la Calle 8A número 2-08 que es su casa de habitación y las avenidas segunda y tercera, la que se encuentra —según el actor— en total deterioro y abandono, tanto que la polvareda que genera afecta en grado sumo la salud del grupo en nombre del cual actúa y la vida pues aquella es su motor.

Se afirma, además, que “Igualmente afecta y produce daños en los bienes obtenidos con justo título que conforman el activo de mi familia y el mío propio que se ha obtenido con bastante esfuerzo. Y afecta de la misma manera el DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL”. Que han sido en vano las solicitudes formuladas en ejercicio del derecho de petición.

**La sentencia impugnada.**— Concluyó, primero, que debía rechazarse la acción respecto de los padres y de la empleada doméstica del accionante por carecer éste de poder para representarlos y en relación con él, negó la tutela por considerar que no existe relación alguna entre la omisión denunciada y el derecho a la intimidad; que tampoco está demostrada relación de causalidad entre el polvo que desprende la vía sin pavimentar y la afección “rinosinusitis” que padece el accionante; da a entender el Tribunal que es un hecho público, notorio y permanente que en Cúcuta hay brisas casi permanentes y ventarrones temporales y que si se aceptara que el polvo es la causa de la rinosinusitis no podría saberse si es precisamente el de la calle o el que en todo tiempo transporta el aire; que tampoco puede hacerse categóricamente la afirmación de que no existan otros elementos inhalantes que le afecten las vías respiratorias, “tales como fumigantes por causa del dengue, talcos, humos por quema de basura, o por fábricas, cigarrillos” aunque el actor no fume como lo afirma en su memorial; que sólo descartando cualquier otra posibilidad y después de realizadas innumerables pruebas alérgicas podría llegarse a la conclusión afirmada por el actor; que respecto de los bienes muebles del demandante “definitivamente es muy difícil colegir fundamentabilidad en el derecho de poseerlos, por lo que no puede acceder el Tribunal a que los daños —si existen— sean indemnizados por el municipio”.

**La impugnación.**— Hace un relato del trámite de la tutela y afirma que la sentencia se produjo por fuera del término de 10 días establecido en la Constitución Política; que el accionante sí dio cumplimiento al inciso segundo del artículo 10 del decreto 2591 de 1991 cuando dijo en su solicitud: “... al punto que la polvareda que genera afecta en grado sumo la SALUD de mi familia, la del servicio doméstico y la del signatario del presente libelo contentivo del asunto en referencia”; que con la acción de tutela no sólo se busca la protección de los derechos constitucionales fundamentales sino la indemnización de los perjuicios causados; que en la sentencia no se menciona la denuncia o queja que el accionante presentó ante el CAI 14 y ante la División de Contravenciones del Comando de Policía del Norte de Santander y a continuación relata en qué paró su denuncia; que a folio 27 obra el certificado médico que prueba que la causa principal y directa de la rinosinusitis que padece el accionante es el polvo que genera la vía que no está pavimentada; que deben distinguirse los fenómenos naturales como las brisas y ventarrones a que se refiere la sentencia de la omisión administrativa que ha sido objeto de la acción de tutela; que en la sentencia se omitió decir qué recurso le asiste a la accionante, en qué oportunidad debía interponerse y ante quién, lo cual genera causal de nulidad “y viola DERECHO DE PROBANZA”; que en varias ocasiones se solicitó a la Secretaría de Obras Municipales de Cúcuta la pavimentación de la vía.

### PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

#### 1.— La nulidad procesal alegada.

No atina el recurrente cuando afirma que en la sentencia impugnada debió decirse qué recurso cabía contra ella, en qué términos y ante qué autoridad, bajo la pena de nulidad. Al respecto, no existe norma con tal alcance ni en la Constitución Política ni en la normatividad del decreto 2591 de 1991, únicos estatutos que podrían haber establecido la causal de nulidad que alega el recurrente.

#### 2.— El rechazo de la acción respecto de tres demandantes.

Para la Sala es evidente que el actor JESUS OMAR ROCA COLMENARES podía actuar como representante de Carmen Cecilia Colmenares, Ascensión Molina Yañez y Alonso Roca Moncada, pero bajo la condición de que le hubieran otorgado poder, por ser abogado; o como agente oficioso, porque aquellas personas no estuvieran en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia ésta que debió ser manifestada en la solicitud, lo cual no ocurrió (art. 10 decreto 2591 de 1991).

El poder correspondiente sólo fue expedido después de que el Tribunal rechazó la tutela respecto de aquellas personas por la falta de la legitimidad

exigida en la mencionada norma (fl. 49), de lo cual infiere la Sala que dicho documento bien hubiera podido ser otorgado oportunamente.

En tales condiciones, lo decidido por el Tribunal de primera instancia se ajusta a derecho.

3.— En torno a la oportunidad en que fue decidida la acción, sobre lo cual hace énfasis el recurrente, ocurre que si bien el primer memorial fue presentado el 26 de agosto de 1992, los nombres de los presuntos familiares y la empleada doméstica de Jesús Omar Roca Colmenares sólo vinieron a saberse el día 28 siguiente (fl. 9), cuando se pidió una prueba pericial, por lo cual la Sala tiene por decidida en término la presente acción.

4.— En lo referente a la presunta transgresión del derecho constitucional fundamental a la vida del accionante Jesús Omar Roca Colmenares, como consecuencia de afectarse “en grado sumo” su salud por la polvareda que se levanta por estar la calle de su casa de habitación en “total deterioro y total abandono” por parte de la Secretaría de Obras Públicas del municipio de Cúcuta, advierte la Sala que la prueba pericial médica practicada al actor (fl. 42), no demuestra un estado de salud en los términos que plantea la acción.

De otro lado, para poder llegar a la conclusión de que es la polvoradera la causante de la rinitis, sinusitis y las otras afecciones que padece el actor, se requería que la misma prueba hubiera descartado los otros posibles agentes precipitantes como “los pólenes, proteínas derivadas de animales, ..., perfumes, humo de cigarrillo y contaminantes aéreos”, a que se alude en el citado dictamen pericial.

En conclusión, considera la Sala que no se demostró que la etiología de las dolencias del actor fuera la polvareda que se levanta en la calle de su residencia.

5.— La Sala no encuentra relación alguna entre la situación de la mencionada calle y una presunta transgresión del derecho a la intimidad del demandante.

En las condiciones expuestas, se concluye que la sentencia impugnada amerita ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala Plena Contenciosa, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 10 de septiembre de 1992, en la acción promovida por JESUS OMAR ROCA COLMENARES.

Cópiese, envíese una copia al Tribunal, notifíquese por vía telegráfica y remítase a la Corte Constitucional.

Aprobada en la Sala del día 20 de octubre de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente; *Jaime Abella Zárate*, Salvó Voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, Aclaró el Voto; *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, Salvó el Voto; *Clara Forero de Castro*, *Miguel González Rodríguez*, Salvó Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez*, Salvó Voto; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, Salvó Voto; *Carmelo Martínez Conn*, *Juan de Dios Montes Hernández*, Aclaró Voto; *Carlos A. Orjuela Góngora*, *Dolly Pedraza de Arenas*, Aclara Voto; *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Yesid Rojas Serrano*, Salvó Voto; *Consuelo Sarria Olcos*, Aclaró el Voto; *Daniel Suárez Hernández*, *Julio César Uribe Acosta*, Con Salvedad de Voto; *Diego Younes Moreno*.

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/ACCIONES POPULARES (Salvamento de Voto)**

La tutela se solicita para lograr la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la vida, afectado éste último en forma indirecta porque la falta de mantenimiento de una vía afecta la salud del peticionario. La protección que se persigue puede lograrse mediante una acción distinta a la de tutela: la establecida en el artículo 88 de la C.N.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto.*

Referencia: Expediente No. AC-305. Actor: Jesús Omar Roca Colmenares.

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada en la providencia que antecede por cuanto considero que la acción de tutela resulta improcedente.

En efecto, la tutela se solicita para lograr la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la vida, afectado éste último en forma indirecta porque la falta de mantenimiento de una vía afecta la salud del peticionario.

Planteadas así las cosas, la protección que se persigue en el caso en estudio puede lograrse mediante una acción distinta a la de tutela: la establecida en el artículo 88 de la C.N. y, en consecuencia, la Sala ha debido declarar improcedente la acción de tutela instaurada en lugar de analizar la violación de derechos fundamentales a la luz de una acción improcedente.

De los Señores Consejeros,

*Miren de la Lombana de Magyaroff*

Fecha up supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los doctores MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA, AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ, YESID ROJAS SERRANO y DOLLY PEDRAZA DE ARENAS. De otra parte los doctores JAIME ABELLA ZARATE, CONSUELO SARRIA OLCOS y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ se limitan a indicar la improcedencia de la tutela en el presente caso, por ser protegible el derecho reclamado, a través de las acciones populares. Finalmente, el Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO precisó que por sólo equivocación indicó que aclaraba el voto, por lo que devuelve el expediente a la secretaría general.

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/ACCIONES POPULARES—Improcedencia (Salvamento de Voto)**

**La acción ha debido inadmitirse; la circunstancia de que la vía y su casa de habitación se encuentra en una situación total de deterioro y abandono, es consecuencia de vivir en un Estado pobre y mal administrado, que en forma ostentosa se denomina Estado Social de Derecho, no obstante no haber superado los problemas del subdesarrollo. Considero que ni siquiera con el ejercicio de la acción consagrada en el art. 88 de la Constitución, se lograría el milagro de colocar a Colombia en un real Estado de Bienestar.**

*Consejo de Estado.— Salvamento de Voto del doctor Julio César Uribe Acosta.— Santafé de Bogotá, D.C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-305. Actor: Jesús Omar Roca Colmenares.

La acción de tutela instaurada por el Señor JESUS OMAR ROCA COLMENARES ha debido inadmitirse, con la tesis de que en el caso por él planteado no se viola ningún derecho fundamental. La circunstancia de que la vía comprendida entre la Calle 8a. No. 2-08 y su casa de habitación se encuentra en una situación total de deterioro y abandono, es consecuencia de vivir en un Estado pobre y mal administrado, que en forma ostentosa se denomina Estado Social de Derecho, no obstante no haber superado los problemas del subdesarrollo.

El demandante es víctima del optimismo generalizado que la propaganda oficial ha logrado despertar con el universo jurídico que tiene la nueva Constitución. Nada más pero tampoco nada menos.

Considero que en el caso *sub-examine*, ni siquiera con el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 88 de la Constitución, se lograría el milagro de colocar a Colombia en un real ESTADO DE BIENESTAR.

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta*

Fecha ut supra.

**DERECHO AL TRABAJO/DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA  
/INTERES GENERAL/ESPACIO PUBLICO/VENTA AMBULANTE**

El ejercicio de los derechos, aún los fundamentales, deja de ser absoluto cuando compromete el derecho de otro o el interés común. El derecho al trabajo cuya tutela reclama el accionante, no puede ser válidamente ejercido en detrimento del derecho de propiedad que tienen los particulares sobre el terreno que invade aquél con su puesto de venta estacionario y tampoco puede contrariar el interés general protegido por las normas de policía que expidió el municipio, prohibiendo las ventas estacionarias en el sector que según el impugnante es espacio público.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-316. Actor: Carlos Alberto Melo Montoya. Impugnación.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por el ciudadano CARLOS ALBERTO MELO MONTOYA, contra la sentencia de septiembre 4 de 1992 del Tribunal Administrativo de Bolívar, por medio de la cual se niega la solicitud de tutela incoada contra el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el Banco Industrial Colombiano, Agencia Bocagrande, Calle Quinta Diagonal y contra la señora Evelia Porto de Mejía en calidad de propietaria del inmueble ubicado en la citada dirección.

**ANTECEDENTES:**

En su libelo introductorio, el accionante relata como hechos los siguientes:

1o.— El Distrito J.T. Y C. de Cartagena desde hace varios años me ha venido concediendo LICENCIA PARA VENDEDOR ESTACIONARIO, ubicado en la acera de la Calle 5a. Diagonal ALMACEN ALONSO de el sector de Bocagrande.

El Municipio de Cartagena, hoy Distrito me ha cobrado los respectivos impuestos para cumplir dicha actividad en el aludido, sector (sic).

2o.— Tengo pagados impuestos y estoy autorizado por el aludido Distrito para vender mercancías varias como VENDEDOR ESTACIONARIO.

Ese trabajo me reporta un ingreso diario de \$15.000. que me permite sostenerme, así como a mi familia con la protección del Derecho Fundamental a que se refiere el artículo 25 de la Constitución de 1991.

3o.— Esa protección no ha cumplido eficazmente (sic) la finalidad asignada por el susodicho artículo 25 de la Carta de 1991, toda vez que el Distrito ha omitido hacer respetar el derecho que me concede el pago de impuestos y la licencia que me ha sido expedida.

.....

5o.— El uso de aceras y andenes corresponde a la comunidad, y puede ser racionado y reglamentado su uso como en el caso de los vendedores estacionarios, con fines estrictamente sociales.

.....

8o.— No obstante lo anterior, sucede, que la señora EVELIA PORTO DE MEJIA, y la Gerente de la Agencia del Banco Industrial Colombiano HAN CERRADO CON CADENAS EL ESPACIO PUBLICO, en el que desempeñaba mi trabajo como VENDEDOR ESTACIONARIO, impidiéndome desde hace 8 días cumplir mis actividades laborales, y suspendiéndose por ese motivo mis ingresos diarios en cuantía de \$15.000.00 cada día laborado”. (Fls. 1a 3).

El accionante concreta así sus peticiones:

“Primera:

Que se le ordene al señor Alcalde Distrito que se sirva efectivizar la proyección a que se refiere el artículo 25 de la Constitución de 1991, bajo el fin esencial reseñado en el artículo 2o. ibídem; consistente en comunicarles al Banco Industrial Colombiano, y a la señora EVELIA PORTO DE MEJIA, que quien escribe está autorizado por el Distrito para laborar en esa área como vendedor estacionario, hasta el 31 de diciembre de 1992, y que cualquiera reubicación mía debe solicitarse a ese Despacho.

Segunda:

Que se le ordene a la señora EVELIA PORTO DE MEJIA, y al BANCO INDUSTRIAL COLOMBIANO el retiro inmediato de las cadenas que han encerrado un espacio público, y que en lo sucesivo se abstengan de realizar ese tipo de actos, que han afectado mi trabajo de modo grave, ocasionándome perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante que han impedido la recepción de mi parte de un ingreso en cuantía de \$15.000.00 diarios desde el pasado viernes”. (Fl. 4).

El actor fundamenta su petición en los artículos 2, 25, 86 y 95 de la Constitución Nacional.

### EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal sustenta su decisión desfavorable a las peticiones de la acción, en los siguientes términos:

“De la Inspección Judicial practicada por la Magistrada Sustanciadora se demuestra que el Banco Industrial Colombiano —Sucursal— Bocagrande, efectivamente cerró con cadenas toda la zona comprendida entre el parámetro del inmueble y el comienzo de la acera respectiva.

Esta área cerrada corresponde, según solicitud de permiso a la Alcaldía y permiso concedido por ésta (fls. 38 y 39) a área privada, utilizada por el Banco como zona de parqueo de vehículos para sus clientes. Esta misma área es la que comprende el antejardín del inmueble que nos ocupa, según el permiso concedido. Así se desprende también de las fotos aportadas, tanto por el apoderado del Banco Industrial Colombiano Sucursal Bocagrande y Sociedad Porto Nao, como por el accionante. (fls. 44 al 54).

Siendo entonces el área cerrada con cadenas zona privada, no puede el accionante, ni el Municipio de Cartagena, utilizar ni obligar a los propietarios o arrendatarios a permitir su utilización ni predios, toda vez que

estamos frente a otro derecho reconocido en la Constitución, como es el de la propiedad privada, que el Estado según las voces del artículo 58 de la C.N., está en la obligación de garantizar.

Ahora bien, por otra parte se tiene que las ventas estacionarias están prohibidas en determinados sitios de la ciudad. Así lo dispone el artículo 1o. del Decreto No. 05 de 7 de enero de 1986, expedido por la Alcaldía de Cartagena (fls. 57 a 61) en el que se dispone:

‘Artículo 1o.— Se prohíben las ventas callejeras (estacionarios) en los siguientes sitios: Aceras, parques, calzadas del recinto amurallado (centro y San Diego), calle peatonal entre Avianca y Supertiendas Olímpica, Avenida Venezuela, de la India Catalina hasta la Torre del Reloj Público, Avenida Escallón Miranda en toda su extensión, zona verde y área peatonal comprendida entre el Banco Cafetero y Banco Popular, barrios de Bocagrande, El Laguito, Castillogrande, incluyendo en estos últimos las playas.

Frente a esta situación planteada será del caso denegar la solicitud de tutela que nos ocupa”. (Fls. 64 a 69).

### LA IMPUGNACION

El impugnante ataca la decisión del *a-quo* por las siguientes razones:

“El artículo 22 del decreto 2591 de 1991, dispone en punto a pruebas que lo importante es que el juez llegue al convencimiento al respecto de la situación litigiosa. Pero al rompe surge con irreverente claridad, que así como dedujo del permiso al Banco para el encerramiento, que se trataba de una zona privada, bien pudo hacer lo propio, para deducir que el permiso que se me concedió originaba la certitud de el suscrito de estar quien impugna ubicado en un espacio público conforme al mandato del artículo 83 de la prenombrada Constitución de 1991; luego no se trata como lo entendió erradamente la SALA PLENA de un convencimiento de la misma, sino de una apreciación abstracta, dado que no se relaciona la existencia de título de propiedad con delimitación apreciada peridicialmente, que inobjetablemente conduzca al convencimiento considerado en el predicho art. 22; avalado con pertinente esperticio.

Se deduce de lo precedente, que el fallo impugnado no cubrió las expectativas del artículo 86 de la Constitución de 1991, por lo que se impone su revocatoria.

## SEGUNDA:

Además, contrariando criterios científicos probatorios, es imposible que el Tribunal hubiese podido arribar a conclusión denegatoria de la tutela, si hubiese respetado los criterios legales de prueba; la valoración probatoria habría sido diferente.

En efecto, se debió allegar al plenario el correspondiente título de propiedad, y verificado pericialmente los linderos del aludido inmueble; para así poder establecer si el encerramiento fué (sic) permitido sobre zona privada o de espacio público.

De igual manera era indispensable determinar en calidad de que (sic) el Banco Industrial Colombiano solicitó y obtuvo permiso para hacer el encerramiento que afectó las condiciones de trabajo de quien hoy escribe". (Fls. 75 a 78).

## CONSIDERACIONES:

Estima la Sala acertada la decisión del Tribunal, negativa a la tutela impetrada.

El ejercicio de los derechos, aún los fundamentales, deja de ser absoluto cuando compromete el derecho de otro o el interés común, pues así lo prescribe la Constitución Política al disponer que es deber de toda persona "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" (art. 95) y que Colombia es un Estado Social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la *prevalencia del interés general* (art. 1o.) (Se destaca).

De manera que el derecho al trabajo cuya tutela reclama el accionante, no puede ser válidamente ejercido en detrimento del derecho de propiedad que tienen los particulares sobre el terreno que invade aquél con su puesto de venta estacionario como lo evidenció el Tribunal, y tampoco puede contrariar el interés general protegido por las normas de policía que expidió el municipio (Decreto 05 de 1986) prohibiendo las ventas estacionarias en el sector que según el impugnante es espacio público.

Sobre este conflicto de intereses la Corte Constitucional en fallo que la Corporación comparte, se expresó en los siguientes términos:

"El trabajo es un derecho fundamental que goza de la especial protección del Estado (art. 25) y, además, es uno de los bienes que para todos pretende conseguir la organización política, según el preámbulo, y uno de los valores fundamentales de la República, conforme al artículo 1o., *ibídem*, del cual se preocupa en otras normas, como el artículo 53 que

enuncia los principios mínimos fundamentales a los que habrá de conformarse el Congreso al expedir el estatuto del trabajo y el mismo artículo en cuanto insiste en el carácter obligatorio en el orden interno de los convenios internacionales sobre el tema y prohíbe a la ley, los contratos y los acuerdos y convenios de trabajo 'menoscabar la libertad la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores'.

En este momento de la cultura mundial y del sentimiento nacional, parece innecesario destacar la importancia del trabajo y bastará decir que hace mucho dejó de ser una mercancía sujeta a los mecanismos del quehacer económico para convertirse en un atributo de la personalidad jurídica, un valor de la existencia individual y comunitaria y un medio de perfeccionamiento del ser humano y de la sociedad toda que no podrían existir sin él.

De otro lado está el interés general en el espacio público que está igualmente en la mente de la Constitución, pues los bienes de uso público figuran, entre otros, en una categoría de tratamiento especial, ya que son inalienables, inembargables e imprescriptibles (art. 63 C.N.) y tienen destacada connotación de acuerdo con el artículo 82 *ibídem* que la Corte quiere resaltar, así: 'Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular' y que termina ordenando que 'las entidades públicas... regularán la utilización del suelo... en defensa del interés común'.

Existe también el derecho a la seguridad personal de los peatones y vehículos que se sirven de esos bienes públicos que son las vías, parques, aceras, etc. y el muy importante interés de los comerciantes aledaños que no solamente pagan sus impuestos, utilizan probablemente los servicios públicos domiciliarios y cumplen la ley, sino que también representan una actividad económica garantizada igualmente por la Constitución (art. 333 y ss C.N.) y, como si fuera poco, dan trabajo y son el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados.

Y todo ello hay que solucionarlo teniendo en cuenta la presencia de un fenómeno nuevo que acompaña al trabajo en estas circunstancias, como es el de la economía informal que es fruto de nuestras tradicionales penurias y que requiere de un delicado tratamiento humano y económico como solución, entre otros, al problema del desempleo y la descapitalización en forma que la somete a la ley y la incorpore al mundo de la institucionalidad.

Ahora bien, en este difícil equilibrio de intereses no queda duda a la Corte de que una medida como la del Alcalde Municipal de Ibagué cumple los objetivos propuestos, pues regula adecuadamente el uso del

espacio público, que debe ser común y libre y en el que debe primar el interés general y deja a salvo el ejercicio reglamentado del trabajo mediante la economía informal en aquellos sitios que los permitan, de donde se sigue con igual lógica que puede someterla a las normas sobre ordenamientos urbano que aseguren el desarrollo comunitario y el progreso de sus ciudades". (Sentencias T-225 a 400, de junio 17 de 1992, Sala Séptima de Revisión).

Como la sentencia impugnada se encuentra ajustada a los anteriores principios, la Sala habrá de confirmarla.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar (Sala Plena), mediante la cual negó la solicitud de tutela interpuesta por el señor CARLOS ALBERTO MELO MONTOYA.

Notifíquese al Alcalde del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias .

Notifíquese a la apoderada de las demás partes, a la dirección indicada a folio 72.

Notifíquese al accionante a la dirección indicada.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

#### COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pe-*

*draza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## TUTELA CONTRA PARTICULARES—Improcedencia/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD/DERECHO AL TRABAJO

La circunstancia de que el patrono del accionante, en obediencia o acatamiento a las normas contenidas en una ley de la República, que constituye el Estatuto de Vigilancia Privada, haya suministrado a su empleado, encargado, según los términos del contrato de trabajo, de la labor o servicio de portería y celaduría, un vestido-uniforme de obligatorio uso durante la prestación del servicio de vigilancia y control, no constituye un beneficio (bien que se hace o recibe; utilidad, provecho, según la definición del Diccionario de la Lengua Española) real de la situación que motivó la acción. Constituye simple y llanamente el cumplimiento de la ley, so pena de hacerse acreedor a la sanción establecida expresamente por la misma en caso de inobservancia; ley dictada teniendo en cuenta consideraciones de orden público, que, por lo mismo, no implica como bien lo observa el *a-quo*, violación al derecho fundamental que tienen las personas al libre desarrollo de su personalidad, ni al del trabajo en condiciones dignas.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-325. Actor: Andrés Caro Puin.— Impugnación de la providencia de 16 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

El ciudadano ANDRES CARO PUIN, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, dentro de la oportunidad señalada para ello, im-

pugna la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, con fecha 16 de septiembre del presente año, por medio de la cual se niega la petición de tutela formulada contra la sociedad mercantil "Gaseosas Boyacá S.A."

## I.— FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Para adoptar su decisión el *a-quo* se fundamentó en las siguientes consideraciones:

1a.— La esencia de la inconformidad alegada por el accionante, fácticamente radica en la disminución de su autonomía personal por obligársele a que se uniforme de manera diferente a sus demás compañeros y a entrar en relaciones con organizaciones de seguridad del Estado.

2a.— Sobre este aspecto o cuestión, de tipo material, el señor Gerente de la sociedad informa que, en efecto, el señor Caro desempeña en la empresa la labor de representarla, en tanto debe brindar atención al público, circunstancia que la llevó a proporcionarle en el mes de agosto de 1992, un vestido de paño, color café, diferente a los que usan los demás trabajadores de la firma, para así dar cumplimiento a las normas generales aplicables a quienes se dedican a la vigilancia privada, contenidas en los decretos 848, 1195 y 1295 de 1990, y 1495 de 1991.

3a.— Con el presupuesto así delimitado debe verificarse si las afirmaciones que sustentan el recurso, en verdad materializan el quebranto a los artículos 25 y 16 de la Constitución Política, normas éstas que prevén que las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

4a.— Para verificar el primer supuesto de quebranto resulta importante reconocer que los derechos fundamentales, como bien se implica del art. 16 que menciona el libelista, no son absolutos sino relativos a los derechos de los demás y al orden público; de ahí, proviene el supremo deber de todos los ciudadanos de obedecer la Constitución y las leyes, lo cual lleva a la hipótesis que enseña la objetividad de la situación específica de los derechos, aún de los fundamentales; de este modo, no puede alegarse violación al derecho fundamental que tienen las personas al libre desarrollo de su personalidad, simplemente porque las imposiciones del mismo orden jurídico o las prerrogativas de los demás sujetos del conglomerado social, resultan en conflicto con la personal percepción de lo que se estima son subjetivas circunstancias de la dignidad personal y la libre autodeterminación.

Dejar al arbitrio de los individuos la fijación de la esfera de su intimidad y el ámbito de su determinación propia, ni más ni menos que conduciría al

absurdo de un estado anárquico en que la hipertrofia del particular querer de cada sujeto llevaría a extremos inmanejables la convivencia. Por ello resulta imperioso aceptar que los derechos individuales, cualquiera que sea su jerarquía, no pueden considerarse extraños a los parámetros de los deberes sociales que son los que precisamente caracterizan la esencia de la racionalidad.

Así las cosas, paralelo al derecho al libre desarrollo de la personalidad y al que predica el ejercicio del trabajo en condiciones dignas y justas, milita la racionalidad de su alcance medida por los deberes sociales y las imposiciones del orden jurídico.

5a.— Con respecto al contenido del concepto de persona humana, para de ahí derivar la consecuencia de la personalidad jurídica, soslayando el compromiso de tipo epistemológico que la situación plantea, habrá de decir que por persona se entiende al ser humano desde el momento en que exista, sin consideración a particularidades de sexo, raza, o condición biológica propiamente dicha. A su vez, personalidad jurídica de la persona humana contrae una acepción que involucra dentro de sí al ser humano en la esfera de su autorrealización, en circunstancia tal que la personalidad jurídica no es otra cosa que el medio a través del cual el ser humano existe en forma dinámica y recreante, es decir, sin la personalidad jurídica será imposible la autorrealización de la persona humana.

Quiere ello decir que el alcance del derecho consagrado en el art. 16 de la Carta, a pesar de la enorme subjetividad que entraña, no escapa a la objetividad racional que fluye por la relación que ocurre entre el individuo y la colectividad, de cuyo entorno nacen los parámetros que otorgan contenido al derecho en mención. Uno de esos parámetros lo es precisamente el obediencia y respeto a los derechos de los demás asociados y del orden jurídico vigente, lo que nos habilita para prever que la decisión tomada por el Gerente de "Gaseosas Boyacá" al resultar legítima por ser conforme al ordenamiento jurídico, no puede entenderse como el agravio al derecho citado por el recurrente, cuyo contenido apunta, según él, al derecho que le asiste a su libre desarrollo de personalidad, y dentro de este contexto, a la libertad para decidir su indumentaria y sus relaciones.

6a.— Si lo anterior es así, no encuentra la Sala, por otra parte, que se haya agraviado la dignidad del trabajador en su ejercicio laboral, pues éste, el criterio de la dignidad, con la línea de pensamiento esbozado, a pesar de lo profundo de su contenido subjetivo, tampoco escapa a su racionalidad objetiva en función de los criterios éticos sociales que derivan de los derechos de los demás y del sometimiento al orden jurídico vigente. Es que precisamente la eficacia y obligatoriedad de los derechos fundamentales penden del orden jurídico y como tal, éste, a pesar de sus jerarquías y subordinaciones,

conforma un todo orgánico del que no es posible extraer por pedazos la aplicabilidad de sus prerrogativas o imposiciones.

## II.— FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Al respecto dice el apoderado del accionante-impugnador:

1.— Tratándose de la acción de tutela frente a particulares, la condición de subordinación —laboral, en el presente caso— permite tutelar derechos fundamentales, sin necesidad de que al mismo tiempo el subordinado haya quedado en condiciones de indefensión.

2.— La tutela no es propiamente un recurso RESIDUAL, sino por el contrario, es el acercamiento de la justicia a la cotidianidad. De ahí su importancia.

3.— En la antigua Constitución los Derechos Individuales y las Garantías Sociales no eran más que formulaciones teóricas, pero en la Constitución de 1991 se volvieron realidad, y, empleando una palabra vulgar MANOSEABLES por el ciudadano común y corriente. Esto puede mortificar a ilustres funcionarios de la rama jurisdiccional, acostumbrados a cosas demasiado importantes. Pero, para un obrero, ciudadano colombiano, tiene mayor trascendencia el vestir de trabajo que los presupuestos procesales. Y si todo el pueblo colombiano conociera las teorías de Carnelutti las calificaría de tenebrosas porque enredan la justicia y la alejan del hombre. Todo esto viene a que el justo reclamo hecho por unos obreros tiene mucho valor.

4.— No desconozco, por supuesto, la idiosincracia boyacense. En nuestro Departamento se sacraliza el uniforme militar. Unos pocos no estamos de acuerdo con eso. La nueva Constitución protege también a las minorías.

5.— Los trabajadores de gaseosas no son un cuerpo de vigilancia armada. Dentro de la distribución de funciones a algunos les corresponde atender la portería. Pero todos están integrados como OBREROS, tradicionalmente el trabajador se distingue por su overol, es una clase social. Este no es un aspecto de discusión en un Juzgado Laboral. Es algo que va mucho más allá. Luego la sentencia minimizó la trascendencia de la reclamación: su AUTONOMIA para seguir vistiendo como obreros.

6.— Detrás de una forma de vestir va toda una ideología. Son numerosos los ejemplos históricos que demuestran lo anterior. El mismo Ministro de Defensa de Colombia aboga por la militarización en las fábricas y dentro de ello está el mito del uniforme. La misma empresa donde trabaja mi poderdante sabe que detrás del inofensivo uniforme va una corriente hacia la información, hacia la “inteligencia” como la bautizan ahora.

7.— Mi poderdante quiere seguir vistiendo como obrero, esto forma parte de su manera de ser, de su libertad, de su intimidad, del libre desarrollo de su personalidad. Y, no es justo que primero el patrono y ahora el Tribunal les obliguen a vestirse como no quieren.

8.— La esencia del trabajo, aún dentro del nuevo esquema capitalista es la EFICIENCIA y LA EFICACIA. Ellas no dependen de un uniforme. Si fuere el uniforme el que garantiza la eficiencia, se llegaría al absurdo de sostener que Escobar no se hubiera fugado si el Viceministro de Justicia hubiera vestido el uniforme de carcelero.

9.— La Constitución consagra y defiende los derechos fundamentales. Los regímenes totalitarios —caracterizados por el uniforme de sus asociados— no toleran los derechos fundamentales.

El derecho a vestir no es un simple reclamo frío ante un Juez, sino una expresión de la vida.

Ante el Consejo de Estado plantearé mis irreverentes argumentaciones en favor o en defensa de algo más que una lucha de investiduras.

Posteriormente, el señor apoderado del impugnante, presentó ante la Secretaría de la Corporación, con fecha 13 de octubre pasado, estando el asunto al Despacho del señor Consejero Ponente para elaborar el proyecto de decisión, un nuevo memorial en el cual insiste en sus planteamientos sobre la AUTONOMIA de los trabajadores de Gaseosas Boyacá para vestirse como a bien lo tengan, y no como policías o uniformados, autonomía que, según el mismo, engloba los conceptos de libertad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, etc., y el ningún derecho del empleador de obligarlos a vestirse como el Ministro de Defensa del país lo quiere o desea.

### III.— LA DECISION

Para decidir, se considera:

10.— La acción de tutela promovida por el ciudadano Caro Puiñ fue dirigida contra una persona jurídica de derecho privado, apoyándose para ello en lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991, reglamentario de la precitada acción, que preceptúa:

*“Art. 42. Tutela contra los particulares. Procedencia. La Acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:*

“.....

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

2o.— Está demostrado dentro del proceso que el accionante tiene una relación de subordinación con la empresa “GASEOSAS BOYACA S.A.”, que surge de la relación jurídico-laboral iniciada en virtud del contrato de trabajo celebrado entre ésta y aquél, el día 26 de enero de 1973 (fl. 10 del exp.), por medio del cual el accionante se comprometió para con su empleador a prestarle sus servicios personales en la labor de portero-celador, a cambio de una remuneración.

Por tanto se configura uno de los presupuestos indicados o previstos en el numeral 4o. del art. 42 del decreto 2591 de 1991, para la procedencia de la tutela contra un particular.

3.— No acontece lo mismo en relación con el otro presupuesto establecido en la precitada disposición legal, o sea, el que hace relación a que el particular o la organización privada sea o fuere “*el beneficiario real de la situación que motivó la acción*” de tutela.

En efecto, estando las personas naturales y entidades oficiales y privadas que cuenten con servicios para su propia seguridad, en cualquiera de las modalidades de vigilancia privada a que se refiere el artículo 1o. del Decreto-Ley 1195 de 1990 —Estatuto de Vigilancia Privada expedido por el Ejecutivo con fundamento en las facultades que le concedió la Ley 66 de 1989—, sometidas para tal efecto, a lo establecido en los Decretos leyes 848 y 1195 de 1990, en virtud de lo cual se asimilan a las empresas de vigilancia privada, según lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 1295 de 1990, art. 1o., es claro que el servicio de seguridad privado de cada persona natural o jurídica, oficial o privada, debe realizarse o prestarse en los términos de la ley y de los reglamentos o manuales expedidos por el Ministerio de Defensa, en materias tales como, por ejemplo, “Uniformes y equipo”.

A este respecto —el relativo a uniformes— la ley, o sea, el Decreto Ley 848 de 1990 —modificado parcialmente por el Decreto Ley 1195 de 1990—, en su artículo 36 establece: “**Uniformes.** El uniforme que porte el personal de vigilancia privada será obligatorio y único en cuanto al diseño y color, con características diferentes a las de los uniformes de los miembros de las Fuerzas Militares, Policía Nacional, Dirección General de Aduanas y Dirección General de Prisiones. Las empresas se diferenciarán por los escudos, apliques y la numeración de las placas que le asigne la Dirección General de la Policía.

**“Parágrafo 1o.**— El uniforme a que se refiere el presente artículo, debe ser suministrado por la empresa de vigilancia privada, conforme a la Ley 11 de 1984 y las normas que la modifiquen y adicionen...”

Por su parte, el art. 37 ib. reza: **“Uso obligatorio.** El porte del uniforme, distintivos, credencial de identificación expedida por la Policía Nacional, son obligatorios durante la prestación de los servicios de vigilancia privada, para vigilantes y escoltas”.

Finalmente, el art. 17, parágrafo único, del mismo Estatuto, al establecer la Supervisión que deben ejercer los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, sobre el personal integrante de las empresas de vigilancia privada, les confiere a las autoridades la facultad de adelantar “la correspondiente investigación para establecer la responsabilidad, sin perjuicio de la acción penal, correctivos e incautación de implementos a que haya lugar”, cuando se estén prestando los servicios de vigilancia privada, sin cumplir con los requisitos establecidos en el mismo Decreto.

El incumplimiento de cualquiera de las normas del Estatuto, dará lugar a las sanciones de Multa y Cancelación de la licencia o permiso (art. 51 ib.).

En síntesis: la circunstancia de que el patrono del accionante, en obediencia o acatamiento a las normas contenidas en una ley de la República, que constituye el Estatuto de Vigilancia Privada, haya suministrado a su empleado, encargado, según los términos del contrato de trabajo, de la labor o servicio de portería y celaduría, un vestido-uniforme de obligatorio uso durante la prestación del servicio de vigilancia y control, no constituye *un beneficio* (bien que se hace o recibe; utilidad, provecho, según la definición del Diccionario de la Lengua Española) *real* de la situación que motivó la acción.

Constituye simple y llanamente el cumplimiento de la ley, so pena de hacerse acreedor a la sanción establecida expresamente por la misma en caso de inobservancia, ley dictada teniendo en cuenta consideraciones de orden público, que, por lo mismo, no implica —como bien lo observa el *a-quo*— violación al derecho fundamental que tienen las personas al libre desarrollo de su personalidad, ni al del trabajo en condiciones dignas.

En consecuencia, la impugnación no está llamada a prosperar, y habrá de confirmarse la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, con fecha 16 de septiembre de 1992, por la cual se niega la petición de tutela formulada contra sociedad "Gaseosas Boyacá S.A."

Dentro del término de ley, remítase el proceso a la Corte Constitucional para la eventual revisión de esta providencia.

Cópiese, notifíquese al accionante-impugnador, remítase copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de origen, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Orjuela Góngora, Aclaración de Voto; Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Aclara Voto, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo, Mejía, Carmelo Martínez Conn, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Salvó el Voto; Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Yesid Rojas Serrano.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**TUTELA CONTRA PARTICULARES—Improcedencia/ACCION DE TUTELA—Objeto (Aclaración de Voto)**

**El uso de uniformes por parte del personal de vigilancia privada y la obligatoriedad que de ella surge, para quienes realizan dicha actividad de usar prendas especiales de vestir, es un aspecto que no puede ser objeto de cuestionamiento a través de una acción de tutela, ya que ésta busca es la protección de un derecho constitucional fundamental, que está amenazado por una acción u omisión de alguna autoridad pública.**

*Consejo de Estado.—Sala Plena de lo Contencioso Acaministrativo.—Aclaración de Voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Radicación No. AC-325. Actor Andrés Caro Puñ.

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria preciso mi discrepancia con la providencia que antecede.

La providencia hace un análisis de la normatividad vigente respecto del uso de uniformes por parte del personal de vigilancia privada y la obligatoriedad que de ella surge, para quienes realizan dicha actividad de usar prendas especiales de vestir.

Lo anterior, es un aspecto que no puede ser objeto de cuestionamiento a través de una acción de tutela, ya que ésta busca es la protección de un derecho constitucional fundamental, que está amenazado por una acción u omisión de alguna autoridad pública, y por lo tanto no ha debido incluirse en la parte considerativa de la providencia.

Por lo demás, no habiendo violación de ningún derecho fundamental, de los invocados por el accionante, tuvo razón el Tribunal Administrativo de Boyacá en negar la petición de tutela formulada por el señor Andrés Caro Puñ.

*Consuelo Sarria Olcos.*

Fecha: Ut Supra.

## **TUTELA CONTRA PARTICULARES/DERECHO AL TRABAJO/CALZADO Y VESTIDO DE LABOR (Aclaración de Voto)**

En tratándose de vestido y calzado de labor, prevalecen las disposiciones laborales sobre las del estatuto de vigilancia privada. Si bien en el caso presente no se consumó la violación de derechos fundamentales del accionante, no cabe duda de que si la empresa pretende, por cualquier medio, obligar a sus trabajadores que desempeñan cargos como celadores o vigilantes, a utilizar las mismas prendas o uniformes que deben emplear los vigilantes de las empresas dedicadas a prestar servicios de vigilancia privada, estaría vulnerando los derechos que en esta materia le reconocen la ley y las convenciones colectivas a sus servidores. Otra cosa es que esa violación pueda ser más bien de competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o de los jueces laborales mediante los procedimientos ordinarios, según el caso.

*Aclaración de Voto del Magistrado Carlos Arturo Orjuela Góngora en la providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación del tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992). Expediente No. AC-325, Asuntos Constitucionales (Acción de Tutela). Actor: Andrés Caro Puñ.*

El suscrito Consejero comparte la decisión de la sentencia en cuanto no se vulneró ningún derecho fundamental del accionante, y en particular el que concierne con el libre desarrollo de la personalidad, en armonía con el derecho a la dignidad, la intimidad y la igualdad, que fueron invocados en el libelo mediante el cual se ejercitó la acción de tutela en este evento.

Empero, no puede afirmar lo mismo respecto de la parte motiva de aquélla, especialmente en lo que hace con las consideraciones atinentes al uso de uniformes y la obligatoriedad de su empleo.

Es claro que las relaciones entre trabajadores y empleadores del sector privado se rigen básicamente por el Código Sustantivo del Trabajo y, como corolario de ello, por el contrato de trabajo y los convenios colectivos que cobijen al trabajador y obliguen al empleador.

Ahora bien; la ley 66 de 1989 (diciembre 11), lo que hizo fue revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias *pro tempore* para, entre otras cosas, establecer el régimen de la vigilancia privada. En tal virtud, en su artículo 1o., literal c), dijo:

“c) Expedir el estatuto de la vigilancia privada, concretamente sobre los siguientes aspectos: Principios Generales: Constitución, licencias de funcionamiento y Renovación; régimen laboral; régimen del servicio de vigilancia privada y control de las empresas; seguros y garantías del servicio de vigilancia; reglamentación sobre adquisición y empleo de armamento; reglamento de uniformes; regulación sobre equipos de comunicación y transporte; sanciones; creación y reglamento de escuelas de capacitación de vigilancia privada”.

Esto es, que las facultades fueron otorgadas para establecer el régimen de esas empresas de vigilancia privada, pero no para reformar el Código Sustantivo del Trabajo, en lo que tiene que ver con las normas que regulan las relaciones entre empleadores y trabajadores.

Por consiguiente, el tenor claro de la Ley 66 de 1989 avala la tesis de que en tratándose de vestido y calzado de labor, prevalecen las disposiciones laborales sobre las del estatuto de vigilancia privada. Entre otros aspectos, porque de la simple letra de dicha Ley (66/89), queda patente que no fue su intención modificar el C.S. del T., sino regular aspectos que tenían que ver única y exclusivamente con las empresas de vigilancia privada.

El propio Decreto 848, en su artículo 36, parágrafo 1o., remite a la Ley 11 de 1984, en lo relacionado con la prestación social que se conoce hoy con la denominación de “calzado y vestido de labor”.

En ese orden de ideas, el Decreto 1295/90, que reglamenta parcialmente los Decretos 848 y 1195/90, no podía ir más allá del marco señalado en la Ley 66/89, y en esos mismos decretos, por manera que al crear nuevas condiciones y requisitos, no previstos en aquellas normas, para las labores de vigilancia y celaduría de las empresas que no son de las catalogadas como de vigilancia privada, entró en conflicto con ordenamientos de carácter superior.

Este decreto determina en su artículo 2o. una serie de cánones que son aplicables a las empresas que tienen servicios de los que se conocen como de “vigilancia privada”; y si se observa, todos ellos tienen que ver con la organización, requisitos para porte de armas, etc.

La Ley 11 de 1984, estableció en su artículo 7o. la prestación denominada "calzado y vestido de labor", que según lo dispuesto por su decreto reglamentario son los que se requieren para "desempeñar una función o actividad determinada". Fuera de ello, el mismo estatuto reglamentario (decreto 982/84), dispuso en su artículo 2o., lo siguiente:

"Cuando una convención o pacto colectivo, laudo arbitral, contrato sindical, contrato individual o cuando el patrono por mera liberalidad consagre una prestación igual o similar a la señalada en el artículo 7o. de la Ley 11 de 1984, se aplicará íntegramente la más favorable al trabajador, de acuerdo a lo señalado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo".

A su turno el artículo 3o. del decreto reglamentario 686 de 1970, que había reglamentado la prestación similar que con el nombre de "calzado y overoles para trabajadores" consagraba el Código, dijo en el párrafo de su artículo 3o., lo que a continuación se transcribe:

"Si el patrono pretende suministrarle al trabajador elementos que no satisfagan los expresados requisitos, éste debe rechazarlos y dar aviso de tal hecho al Inspector de Trabajo y Seguridad Social del lugar y en su defecto a la primera autoridad política para que mediante su intervención, se suministren esos elementos con sujeción a lo dispuesto en este artículo".

Como si lo anterior no fuera suficiente, la propia Ley 11/84, en su artículo 10, estableció:

"El trabajador queda obligado a destinar a su uso en las labores contratadas el calzado y vestido que le suministre el patrono, y en el caso de que así no lo hiciere éste quedará eximido de hacerle el suministro en el período siguiente".

A su turno el artículo 4o. del decreto reglamentario 982/84, dijo:

"Si el trabajador no hace uso de los expresados elementos de labor, POR CUALQUIER CAUSA, el patrono queda eximido de proporcionarle los correspondientes al período siguiente, contando a partir de la fecha en que se le haya hecho al trabajador el último suministro de esos elementos" (Las mayúsculas son nuestras).

"....."

Inclusive, podría entenderse, en un momento dado, que existe conflicto entre las normas relativas a las empresas de vigilancia privada y las que se

refieren al vestido y calzado de labor, en cuyo caso habría que aplicar la regla del artículo 20 del C.S. del T., que reza:

“CONFLICTOS DE LEYES. En caso de conflictos entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas”.

Y aún en el supuesto de que se le diera a esas disposiciones un matiz netamente laboral, cabría entonces las aplicaciones del artículo 21 del mismo estatuto, a saber:

“NORMAS MAS FAVORABLES. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”.

Por eso, las reflexiones que hace el fallo de cuya motivación me aparto, resultan contrarias al espíritu de la ley y en particular, del Derecho del Trabajo. En efecto, en la sentencia se arguye que las normas sobre uso obligatorio de los uniformes de los vigilantes de empresas privadas dedicadas a la prestación de esa clase de servicios, están previamente fijadas en los reglamentos de la empresa, o son de las que las autoridades legítimas han dictado con carácter general.

En el análisis anterior ya se vio cómo las disposiciones que realmente dictó el Congreso como obligatorias para empleadores y trabajadores, son las de la Ley 11 de 1984, que están obligados a respetar y cumplir ambos.

Del mismo modo, la afirmación que se hace en el sentido de que si el trabajador se siente rebajado por la orden de usar este uniforme de vigilante, “... optará por labor diferente que no vulnere su personalidad ni dignidad...”, resulta contraria al espíritu del propio texto constitucional, que defiende el derecho al trabajo.

Por ello mismo, no puede el suscrito Consejero aceptar como válida la manifestación del fallo, al invocar equivocadamente el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto consagra que “No se podrá conceder la tutela contra conductas *legítimas* de un particular”. (se subraya).

Fuera de lo anterior, en el expediente aparece la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa “Gaseosas Boyacá, S.A.” y su sindicato de trabajadores, en la cual se estipula la clase de dotación que usarán los trabajadores de planta y talleres (cláusula 033, literal a), y la que se les dará a los celadores (literal b), para los cuales se dispone que tendrán derecho a lo mismo.

Por consiguiente, el decreto 1195 de 1990, conocido como Estatuto de Vigilancia Privada, como también el 848/90 y el 1295/90, no son aplicables

en lo que hace con el personal de celadores o vigilantes que forman parte de la planta de las empresas privadas, en lo que toca con el uso obligatorio de uniformes iguales a los de los vigilantes de aquella clase de empresas. Tan cierto es esto, que al propio artículo 36, parágrafo 1o., del decreto 848/90, dispone que en esto se procederá "... conforme a la Ley 11 de 1984".

No sobra recordar, por lo demás, que el propio Código Civil, al regular la materia concerniente con la interpretación de la ley, dice que "bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento" (artículo 27); como también, que "En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural". (Artículo 32).

Por las consideraciones anteriores, el suscrito Consejero considera que si bien en el caso presente no se consumó la violación de derechos fundamentales del accionante, no cabe duda de que si la empresa pretende, por cualquier medio, obligar a sus trabajadores que desempeñan cargos como celadores o vigilantes, a utilizar las mismas prendas o uniformes que deben emplear los vigilantes de las empresas dedicadas a prestar servicios de vigilancia privada, estaría vulnerando los derechos que en esta materia le reconocen la ley y las convenciones colectivas a sus servidores. Otra cosa es que esta violación pueda ser más bien de competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o de los jueces labores mediante los procedimientos ordinarios, según el caso.

Dejo expresado así, entonces, mi disentimiento respecto de la parte motiva del fallo.

Atentamente,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**NOTA DE RELATORIA:** La aclaración de voto de la Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, se reduce a lo siguiente: "La razón para aclarar mi voto consiste en que, a mi juicio, ha debido denegarse la tutela por no estar demostrada la violación de ningún derecho fundamental que deba tutelarse, sin entrar a analizar si es legítima o no la exigencia del uso del uniforme para los porteros-celadores y la instrucción de la SIJIN, pues ello es propio de otra decisión judicial".

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/DERECHO DE PETICION/ACTO DE CERTIFICACION/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**

Atender el derecho de petición no significa resolver favorablemente lo planteado por el particular: la respuesta de la administración pública tiene que atemperarse al orden legal vigente y a su capacidad para satisfacer los requerimientos de quienes tocan a sus puertas como peticionarios. Es palmario que quien se encuentra inconforme con lo resuelto por la agencia pública de que se trate debe interponer los recursos del caso; y por encima de todo ajustarse a las previsiones legales sobre la materia. La ley ha previsto la posibilidad de obtener la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Así mismo, sobre el derecho de petición y el debido proceso, la jurisprudencia ha puntualizado que no pueden violarse en forma directa cuando la ley ha previsto los mecanismos o medios para hacer efectivos esos derechos.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo—* Santafé de Bogotá, D.C., noviembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia Expediente No. AC—320. Actor: Carlos Arturo Plaza Ortiz.

Decide la Sala la impugnación formulada por el señor CARLOS ARTURO PLAZA ORTIZ contra la providencia dictada el 31 de agosto del año en curso por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro de la acción de tutela promovida contra el Rector del Colegio Oficial “Oliverio Lara Borrero” de la ciudad de Neiva; señor Milciades Ardila Rincón.

## I.— ANTECEDENTES:

Mediante memorial presentado ante el Tribunal Administrativo del Huila, el accionante solicitó la protección del derecho de petición presuntamente quebrantado por el rector del establecimiento educativo mencionado, para lo cual invocó el artículo 86 de la Carta Fundamental y el Decreto 2591 de 1991.

Como fundamento del hecho de su pretensión dice el libelista que cursó y aprobó el primero de bachillerato en el Instituto Cervantes de Neiva, durante el año 1957, y en el año 1961, en el mismo centro escolar, el cuarto año; además, que con las calificaciones correspondientes a esos grados y luego de cursar quinto y sexto de bachillerato en un establecimiento privado de la ciudad de Bogotá, se recibió como Bachiller.

Habida cuenta del cierre y desaparición del Instituto Cervantes, los archivos del mismo le fueron entregados al Colegio "Oliverio Lara Borrero", cuyo Rector de la jornada de la tarde es el señor Milciades Ardila Rincón. A mediados de 1991, el actor pidió los certificados de los años adelantados en ese Instituto y se encontró con la noticia sorpresiva de que las calificaciones correspondientes al cuarto año no figuraban en el libro respectivo.

Del mismo modo, al solicitar las del primer año, éstas le fueron expedidas incompletas; y por último, con fecha 5 de agosto del año que corre el rector expidió un certificado que reza lo siguiente:

"Que revisado el libro de calificaciones correspondiente a 1961, no se encontró el señor CARLOS ARTURO PLAZA ORTIZ. No figura cursando el 4o. año de Bto. en esa fecha". (folio 14).

Explica más adelante que en su sentir ha demostrado al rector que cursó y aprobó el cuarto año de bachillerato en el referido Instituto Cervantes, pero que éste, en su actitud "extraña", ha manifestado ante la Secretaría de Educación del Huila que en el libro donde llevaban las calificaciones no figura el señor Plaza Ortiz como exalumno del Instituto Cervantes, y como si fuera poco, que "el libro se encuentra completo". (folio 2).

Aduce, de igual manera, que para demostrar su aserto le remitió a la Secretaría de Educación del Huila, con destino a la Jefe de la Sección de Educación Media, varios de los documentos de que da cuenta su escrito, y dicha funcionaria, lo mismo que el rector, le recomiendan "validar" los cursos en discusión, no obstante que la ley consagra los procedimientos necesarios para reconstruir una prueba; a propósito de ello, menciona varias disposiciones que considera aplicables:

Reitera, por tanto, que en el presente evento se hace viable la acción de tutela, "disponiendo que con fundamento en los documentos que se ad-

junta, que son los mismos que han tenido a la vista las personas que han hecho ineficaz el derecho de petición, se reconstruya la prueba perdida o extrañada y se me expidan las certificaciones a que tengo derecho como exalumno del Instituto Cervantes". (fl. 5).

## II.— LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal partió del supuesto de que el accionante invoca como derecho fundamental violado o amenazado el derecho de petición —pese a lo confuso del libelo—, y que, además, pretende que se le haga la exigencia al rector del Instituto Cervantes de expedir o reconstruir las calificaciones obtenidas por aquél en el cuarto año de bachillerato que afirma haber cursado y aprobado en ese establecimiento.

El juzgador de primer grado sostiene que del acervo probatorio no se desprende que exista alguna clase de petición formulada por el señor Plaza Ortiz que no hubiese sido atendida y contestada oportunamente.

En lo que toca con la reconstrucción de esos archivos, el *a-quo* deja sentado que por corresponder a trámites o procedimiento especiales, no es la acción de tutela la vía indicada para reclamarla, pues se cae de su peso que pudiese imponérsele al Rector la obligación de expedir certificaciones sobre hechos que no constan en los archivos.

Finalmente, dice el *a-quo*:

“Cabe resaltar que lo que se pretende con la acción de tutela es ‘proteger el derecho fundamental violado y no resarcir un daño’, porque ‘el fallo de tutela no resuelve un litigio sino que ampara un derecho’”. (folio 20).

## III.— LA IMPUGNACION

En extenso escrito —presuntamente de sustentación—, el accionante repite los planteamientos que indujeron su conducta. (folios 26-35).

Equivocadamente, afirma que “si la respuesta no es satisfactoria porque no cumple los objetivos del derecho de petición y naturalmente el interés de quien la hizo, es claro que el derecho de petición no se ha resuelto. El ejercicio de esta acción debe responder por parte de quien deba resolverla a una situación real y efectiva. En otras palabras la respuesta que se exige de la filosofía del derecho de petición, además de ser pronta, debe ser pertinente y satisfactoria”. (fl. 8).

Del escrito en comento se destacan las siguientes conclusiones:

“1.— Por los hechos narrados no queda duda que en forma permanente, reiterada, hice uso de mi derecho de petición sobre mi derecho a notas y el señor Rector Milciades Ardila Rincón incluso la propia Secretaría de Educación frustraron, o han frustrado mi derecho a obtener acceso a mis calificaciones que dejaron perder, lo cual implica necesariamente un agravio injustificado que se mantiene hasta tanto no haya resolución favorable a mi petición.

2.— Que ese agravio injustificado produce la violación de derechos fundamentales, como el derecho de petición, por cuanto no se ha contribuido a una efectiva resolución de los fines para los cuales se utilizó, incluso el Rector de manera extraña manipula una situación tendiente a perjudicarme que es lo que no he podido entender por qué lo hace. Conducta que incluso atenta contra mi buen nombre porque ahora me ha puesto injustificadamente en entredicho. Además contribuye la conducta del rector a la violación de los derechos adquiridos y que protege el artículo 58 de la Constitución Nacional, pues las pruebas que he aportado me colocan ante una situación innegable de legalidad ya definida. Igualmente se me impide acceder a los derechos de que trata el artículo 67 de la preceptiva Suprema.

3.— En tales condiciones se hace viable la acción de amparo ordenando que el Rector Milciades Ardila Rincón levante el acta de reconstrucción de las calificaciones de 1o. y 4o. año de bachillerato, teniendo en cuenta la fuente original expedida por el Ministerio de Educación Nacional, con lo cual queda amparada la responsabilidad del propio rector y queda viable la expedición de mis calificaciones y queda resuelto el derecho de petición en sus objetivos pretendidos”. (folio 35).

#### IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, debe señalarse que el accionante interpuso un recurso de apelación contra el fallo del Tribunal que la Sala, en gracia de amplitud, entiende como el de impugnación contemplado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Aquél le solicitó al rector del Colegio “Oliverio Lara Borrero” de Neiva, los certificados de estudios de los grados cursados en el Instituto Cervantes, y por las razones de que ya se dió cuenta, sólo pudo obtenerlos de manera parcial.

A su turno, hay que precisar que pese a que el accionante es confuso en sus razonamientos, lo que busca a través del derecho de petición incoado es, adicionalmente, que “se reconstruya la prueba perdida o extraviada y se me expidan las certificaciones a que tengo derecho como exalumno del Instituto Cervantes”. (folio 5).

El derecho de petición plasmado en el artículo 23 de la Carta es una garantía para el administrado en cuanto a la certeza de ser oído por los funcionarios responsables y de encontrar pronta respuesta.

El agravio lo hace consistir en que no obtuvo la constancia de los años cursados y en que el rector no ha reconstruido los documentos, pese a las diligencias efectuadas.

Por consiguiente, es necesario puntualizar que aquél no pretende la simple respuesta de la Administración, sino una decisión favorable, a ultranza. Empero, lo que muestran las piezas probatorias es que las solicitudes del actor fueron respondidas rápidamente. Otra cosa es que no haya obtenido una respuesta totalmente favorable a sus pretensiones y que, por el contrario, el organismo oficial aludido le haya indicado en su contestación que bien podría "validar" los estudios cuyos antecedentes escritos no aparecieron.

Atender el derecho de petición no significa resolver favorablemente lo planteado por el particular; en efecto, la respuesta de la Administración Pública tiene que atemperarse al orden legal vigente y a su capacidad para satisfacer los requerimientos de quienes tocan a sus puertas como peticionarios.

En ese orden de ideas, es palmario que quien se encuentra inconforme con lo resuelto por la agencia pública de que se trate debe interponer los recursos del caso; y por encima de todo, ajustarse a las previsiones legales sobre la materia.

No es redundante, de otro lado, hacer notar que la ley ha previsto la posibilidad de obtener la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro, conforme lo preceptúa el artículo 84 del C.C.A. (Decreto 2304 de 1989, artículo 14).

La Jurisprudencia de la Sala, iterativa en este aspecto, destaca que la acción de tutela es:

"Residual y subsidiaria y sólo procede en aquellos casos en que no existan otros medios de defensa, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". (Sentencia del 8 de julio de 1992; Consejero Ponente: Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER).

Así mismo, sobre el derecho de petición y al debido proceso, ha puntualizado que no pueden violarse en forma directa cuando la ley ha previsto los mecanismos o medios para hacer efectivos esos derechos.

Por los razonamientos que anteceden, es evidente que no le asiste razón al accionante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

Confírmase la providencia del treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro de la acción de tutela promovida por el señor CARLOS ARTURO PLAZA ORTIZ contra el señor Milciades Ardila Rincón, en su carácter de Rector del Colegio Oficial "Oliverio Lara Borrero".

Remítase para su eventual revisión a la Corte Constitucional y en copia al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 3 de noviembre de 1992.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Vice-Presidente; Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancurt Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Ausente; Carmelo Martínez Cona, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Jorge Penen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia/INSUBSISTENCIA**

**La entidad pública accionada, con la expedición del acto de insubsistencia, no ha irrogado a la actora perjuicio que tenga este carácter de irremediable, pues de una parte el eventual agravio que pudiera sufrir sería resarcido en su integridad, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, a través de la cual puede lograr el reintegro al cargo y el pago de lo dejado de percibir, y de otra, por expresa disposición, no se considera que el perjuicio tenga ese carácter.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., noviembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-353. Actor: María Irma Vega de Núñez.

Decide la Sala el recurso de impugnación interpuesto por la actora en el asunto de la referencia, contra la providencia de septiembre 14 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

**ANTECEDENTES:**

1) La señora MARIA IRMA VEGA DE NUÑEZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la C.N., acudió ante el Tribunal Administrativo del Huila, para solicitar la protección inmediata de los siguientes derechos: a) al trabajo, b) a una remuneración mínima, y c) participación en la

vida económica y administrativa en el municipio de Garzón, departamento del Huila.

2) Considera vulnerados los mencionados derechos, por haber sido declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de liquidador de impuestos de la Secretaría de Hacienda del mencionado municipio, mediante Decreto 091 de 6 de julio de 1992, expedido por el Alcalde Municipal en aquella localidad.

3) Estima la demandante, que el acto de insubsistencia no fue dictado en ejercicio legítimo de la facultad de libre nombramiento y remoción, sino que su expedición obedeció a intereses políticos del nominador.

4) Afirma que con la expedición del acto de insubsistencia, perdió la remuneración, lo cual se traduce en grave perjuicio para ella, para sus dos menores hijos y para su señora madre, habida consideración que la retribución del cargo, es la única fuente de ingresos con que cuentan para subsistir.

### **LA PROVIDENCIA IMPUGNADA:**

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante la providencia materia del recurso de impugnación, negó la petición impetrada, básicamente con los siguientes argumentos:

a) La acción de tutela sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y en el caso de autos, el afectado dispone de la acción contencioso administrativa de restablecimiento del derecho, como otro medio de defensa judicial y el perjuicio que la actora afirma sufrir, no tiene el carácter de irremediable, por el contrario, por mandato legal se halla excluido de los que tienen tal carácter.

### **FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION:**

El recurso tiene por objeto que la providencia impugnada sea revocada y en su lugar se ordene la protección inmediata de los derechos que estima quebrantados, para lo cual reitera las razones que expuso en la demanda e insiste que con la expedición del acto de insubsistencia, la entidad pública accionado le ha irrogado perjuicios irremediables, dada la circunstancia que el salario era el único medio de subsistencia, tanto de la actora, como de sus dos menores hijos y de su anciana madre. Por esas razones estima que la acción de tutela es procedente en esta oportunidad, como mecanismo transitorio.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) Conforme al artículo 86 de la C.N., toda persona tiene acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

2) Esta acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio de defensa para evitar un perjuicio irremediable.

3) En el *sub-lite*, la actora es conciente y así lo advierte, de que cuenta con otro medio de defensa judicial, es decir, dispone de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., mediante la cual puede impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa, el acto de insubsistencia y por ese aspecto, la acción impetrada sería impropcedente.

4) Como este instrumento extraordinario de defensa de derechos fundamentales, se utiliza como *mecanismo transitorio*, la Sala examinará si el acto de insubsistencia puede producir un perjuicio irremediable, jurídicamente hablando.

Para dilucidar la controversia planteada, son suficientes las siguientes razones:

a) El artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, define como irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

b) El artículo 1o. del Decreto 306 de 1992, reglamentario del Decreto 2591 de 1991, prevé que *no se considera que el perjuicio tenga el carácter de irremediable*, cuando el interesado puede solicitar a la autoridad judicial competente, el restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de disposiciones como "*Orden de reintegro o promoción a un empleo, rango o condición*".

Como puede apreciarse, la entidad pública accionada, con la expedición del acto de insubsistencia, no ha irrogado a la actora perjuicio que tenga este carácter, pues de una parte el eventual agravio que pudiera sufrir sería resarcido en su integridad, mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, a través de la cual puede lograr el reintegro al cargo y el pago de lo dejado de percibir, y de otra, por expresa disposición, no se considera que el perjuicio tenga este carácter.

En tal virtud, la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa, es improcedente, y en consecuencia la providencia impugnada, habrá de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

1) CONFIRMASE la providencia de 14 de septiembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

2) Envíese copia de esta decisión, al Tribunal Administrativo del Huila.

3) Mediante telegrama, notifíquese el contenido de esta decisión, a la señora MARIA IRMA VEGA DE NUÑEZ, a la carrera 15 No. 3-32 del municipio de Garzón (Huila).

4) Igualmente, mediante telegrama, comuníquese, esta decisión, al señor Alcalde Municipal de Garzón (Huila), carrera 8a. No. 7-74, de esa localidad.

5) Dentro del término legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

#### COPIESE Y NOTIFIQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de M., Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Veldsquez, Luis Eduardo Jaramillo M., Ausente; Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes H., Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez R., Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Yqunes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**TUTELA TRANSITORIA—Imprudencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia/PERSONAL DOCENTE/FUERO SINDICAL**

**Al accionante no se le está violando ninguno de los derechos fundamentales invocados, dado que no existe incompatibilidad entre las funciones sindicales y las de docencia, razón por la cual el directivo sindical está obligado a cumplir con las tareas docentes inherentes a su cargo. La simple apertura de un proceso disciplinario no se puede calificar apresuradamente como constitutivo de un "perjuicio irremediable". Más aún, si al culminar dicho proceso se profiere decisión sancionatoria, quedará, en favor del afectado, la acción contenciosa administrativa correspondiente.**

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Consejero ponente: Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

**Referencia: Expediente No. AC-328, Actor: Miguel Antonio Lasso Muñoz.**

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de septiembre de 1992, por medio de la cual se negó la acción de tutela propuesta contra la Secretaría de Educación de Cundinamarca.

**ANTECEDENTES PROCESALES**

El señor MIGUEL ANTONIO LASSO MUÑOZ presentó acción de tutela en contra de la Gobernación de Cundinamarca, Secretaría de Educación,

para que se ordene concederle la comisión sindical, reconocerle el fuero, además de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión como directivo sindical y que se disponga la investigación a los funcionarios que resulten responsables por dicha omisión.

Los hechos que sustentaron la acción son:

“1.— Mediante la simple inscripción del Acta de Constitución de la Junta Directiva efectuada por el Ministerio de Trabajo mediante Auto No. 046 de 1992, hubo el reconocimiento jurídico de los nuevos representantes sindicales de la ASOCIACION DE EDUCADORES DE CUNDINAMARCA, con personería jurídica No. 0014 del 26 de enero de 1938, entre los cuales se encuentra el peticionario.

“2.— Mediante acuerdo y Acta de Compromiso del día 21 de mayo de 1992 entre la comisión delegataria de la Junta Directiva de la ASOCIACION DE EDUCADORES DE CUNDINAMARCA, ADEC, y los Señores Secretario de Educación de Cundinamarca, Señor FERNANDO RAMIREZ VASQUEZ y la Delegada del Ministerio de Educación Nacional ante el FER Cundinamarca, Señora GLORIA ALVAREZ se reconoció a los nuevos representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de nuestra gestión como la permanencia de los nuevos directivos en la sede sindical mientras se decretan las comisiones sindicales correspondientes por el Señor Gobernador de Cundinamarca doctor MANUEL GUILLERMO INFANTE BRAIMAN como consta a la Doctora LUZ STELLA GONZALEZ, Jefe Sección Jurídica Secretaría de Educación de Cundinamarca y demás docentes sindicales de la ASOCIACION DE EDUCADORES DE CUNDINAMARCA.

“3.— No obstante lo anterior hasta la fecha no han sido legalmente concedidas las comisiones sindicales, entre las cuales está el suscrito; y por el contrario se pretenden desconocer por la Administración Departamental e incluso cursa un proceso disciplinario por supuesto abandono de cargo del suscrito y amenazan en hacerlo efectivo”. (fls. 1 y 2 del expediente).

La Secretaría de Educación por su parte en escrito visible a folios 30 y siguientes da cuenta de las razones por las cuales no fue concedida la comisión sindical; remitió las consultas absueltas por la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación y un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 21 de junio de 1989, en el cual se hacen éstas precisiones:

“... ”

“La circunstancia de ser directivo sindical no excusa a los servidores del Estado de cumplir rigurosamente con sus obligaciones, ni al Gobierno la obligación que le impone el precepto constitucional de asegurar la continuidad en los servicios públicos y la firmeza de las instituciones, vale decir de mantener el orden público y responder por él”.

“ .....

“Con fundamento en las anteriores consideraciones da respuesta la Sala a los cuestionamientos del señor Ministro de Educación Nacional, según el orden en que los formula:

“1o.— Es ilegal e improcedente que la Administración otorgue a los docentes oficiales, comisión para desempeñar cargos directivos en las agremiaciones a las cuales pertenecen.

“2o.— Como se dijo en la respuesta anterior, no hay lugar a que se presente este supuesto, da (sic) conformidad con la negativa contenida en la respuesta anterior.

“3o.— No hay lugar a fijar término alguno de conformidad con la negativa contenida en la respuesta primera.

“4o.— A ninguna autoridad está atribuida la facultad de otorgar ‘permisos sindicales’ ni señalada por tanto, la duración de dichos permisos en alguna norma legal de conformidad con lo dicho en la respuesta primera’.

El Tribunal para adoptar la decisión impugnada hizo las siguientes reflexiones:

“En el *sub-lite*, como ya se ha anotado, el Accionante señala que se vulneraron los derechos fundamentales relativos al DERECHO DE ASOCIACION Y DERECHOS SINDICALES (arts. 38 y 39 de la Carta Política de 1991).

“El Accionante considera —en resumen— que se deben tutelar los dos derechos fundamentales antes mencionados, *ordenando al Gobernador del Departamento de Cundinamarca y su Secretario de Educación QUE CONCEDAN LA COMISION SINDICAL AL ACCIONANTE Y RECONOZCAN EL FUERO Y LAS DEMAS GARANTIAS NECESARIAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE SU GESTION COMO DIRIGENTE SINDICAL* y, además se ordene la investigación y sanciones de los funcionarios que resulten responsables de estas acciones u omisiones” (fls. 61 a 62).

“En la legislación especial docente, aplicable por mandato constitucional cuando precisamente remite a la ley en cuanto a los empleos, funciones, etc. en su Dcto. L. 2277/79 establece como deberes de los docentes cumplir la Constitución y la ley, así como cumplir la jornada laboral y dedicar la totalidad del tiempo reglamentario a las funciones propias de su cargo (art. 44), aunque luego en su art. 66 menciona las COMISIONES DOCENTES, las cuales fueron analizadas en el CONCEPTO ya mencionado de la Sala del H. Consejo de Estado”. (fl. 63).

El Tribunal consideró improcedente la tutela principalmente por estas razones:

“1a.) Porque de acuerdo a lo dispuesto en el art. 60.-1 del Dcto. 2591 de 1991, la tutela sólo cabe excepcionalmente ante el evento de un PERJUICIO IRREMEDIABLE que únicamente puede ser REPARADO INTEGRAMENTE MEDIANTE INDEMNIZACION, cuando existe otro recurso judicial, situación que no se da en el *sub-lite*.

“Inicialmente se tiene que el empleado público ante el desconocimiento de un derecho laboral en lo sustantivo o con expedición de los actos denegatorios del mismo, tiene la vía judicial en ambos eventos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo por medio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (art. 85 C.C.A.), por lo que en principio no podrá acudir a la ACCION DE TUTELA en búsqueda de la protección de su derecho.

“No obstante, la IMPROCEDENCIA tiene una excepción que es cuando la tutela se invoca como MECANISMO TRANSITORIO PARA EVITAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE, entendiéndose por éste el ‘que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización’ lo cual no se presenta en este caso.

“En efecto, la negativa en la comisión sindical aspira a ser reparada fundamentalmente con el permiso sindical lo cual excluye la reparación integral indemnizatoria; además, la acción en el contencioso administrativo —en caso que el accionante tuviera razón en sus derechos y reclamación— concluiría con la anulación del acto y el restablecimiento del derecho conllevaría el permiso sindical, lo que no tiene carácter INDEMNIZATORIO INTEGRAL para que pueda ser objeto de tutela”. (fls. 65 a 66).

En el escrito de impugnación el actor insiste en la viabilidad de la acción con el fin de que la Administración Departamental se comprometa a acatar la decisión del Ministerio de Educación Nacional de mantener comisiones sindicales permanentes para la Asociación de Educadores de Cundinamarca y sustituya las mismas en los nuevos comisionados.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El actor invoca la acción de tutela, por cuanto considera que le han sido vulnerados tanto el derecho de asociación como el de libertad sindical consagrados en los artículos 38 y 39 de la C.N.

Esta acción procede cuando quiera que los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en el último caso mientras se decida la controversia respectiva.

En el caso *sub-examine*, la acción se interpuso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que consistiría en: "La apertura de un proceso disciplinario por presunto abandono del cargo". (fl. 13).

Revisados los documentos que obran en el proceso se tiene como pruebas aportadas por el impugnante: el Acta de Acuerdo No. 046 del 10 de febrero de 1992 por la cual se inscribió la Junta Directiva de la que él hace parte como Secretario de Relaciones Interdisciplinarias Nacional e Internacional; la solicitud a la Secretaría de Educación de Cundinamarca para que se le conceda el permiso sindical mientras se resuelve de manera definitiva lo referente a la comisión; a folios 75 a 80 obra un oficio dirigido al Gobernador del Departamento de Antioquia por parte de la Secretaría General del Ministerio de Educación quien le informa que la única autoridad competente para decidir si concede o revoca las comisiones sindicales es el mismo Ministerio, ya que esta facultad no fue delegada ni a los Gobernadores ni a los Alcaldes; copia de un Acta de Acuerdo suscrita entre el Gobierno Departamental de Antioquia y la Asociación de Educadores de Antioquia "ADIDA", en la que el primero se comprometía a mantener las comisiones sindicales "permanentes"; un Acta de compromiso suscrita entre ambas entidades; los Estatutos de la Asociación de Educadores de Cundinamarca "ADEC", y el Dcto. Departamental No. 01732 en virtud del cual se restablecieron unas comisiones sindicales.

El Artículo 66 del Dcto. 2277 de 1979 permite que "El Educador escalafonado en servicio activo pueda ser comisionado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical...".

Por su parte el artículo 22 del Decreto 1950 de 1973 consagra también los casos en los cuales se puede conceder comisiones en el sector oficial; en el inciso segundo el mismo artículo expresa que el Gobierno reglamentará las condiciones, términos y procedimientos para concederlas y contempla una prohibición para otorgar comisiones que no sean propias de la administración pública.

La Sala considera que al accionante no se le está violando ninguno de los derechos fundamentales invocados; dado que no existe incompatibilidad entre las funciones sindicales y las de docencia, razón por la cual el directivo sindical está obligado a cumplir con las tareas docentes inherentes a su cargo.

De otro lado, todo funcionario público, en razón del interés general que reviste el ejercicio de las tareas a él confiadas, se sujeta, por la naturaleza del vínculo que lo ata con el Estado, a la vigilancia permanente de los organismos de control, por acción oficiosa o por solicitud de cualquier persona, a términos del artículo 92 de la Constitución Política. De modo que, la simple apertura de un proceso disciplinario no se puede calificar apresuradamente como constitutivo de un "perjuicio irremediable".

Más aún si al culminar dicho proceso se profiere decisión sancionatoria, quedará, en favor del afectado, la acción contenciosa administrativa correspondiente.

Finalmente se debe recordar que cuando se utiliza la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, éste se debe entender, como aquél que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, evento que no se presenta en este caso.

Tal como lo anotó el Tribunal el actor no fundamentó el desconocimiento del derecho de libre asociación que consagra el artículo 38 de la C.N. ni el fuero sindical.

Por todo lo anterior se tiene que en el caso *sub-examine* no se dan los presupuestos indispensables para revocar el fallo impugnado. Este se confirmará en su integridad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de septiembre de 1992.

Envíese el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese copia de este fallo al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Ausente; Clara Foreró de Castro, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Ausente; Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Jorge Penen Deltieure, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/DERECHO DE PETICION/ACTO PRESUNTO/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**

No hay acto administrativo ficto o presunto, porque la ley así no consagra, por rechazo de ponencia y suposición de que, entonces habrá otra, según el criterio de la mayoría, que llegue a conclusión o decisión contraria a la no acogida o negada. No está prevista en ley alguna, la decisión expresa por rechazo de ponencia en órgano o autoridad colegiada, sino que, simple y llanamente, el no pronunciamiento oportuno equivale a decisión negativa, independientemente de si hubo ponencia rechazada por la mayoría, o no la hubo. En esas condiciones, la acción de tutela no está llamada a prosperar, pues como lo ha expresado esta Corporación, con salvamento de voto de varios de sus integrantes, entre ellos el que redacta la presente ponencia, en el evento de existencia de acto administrativo ficto o presunto por consagración legislativa expresa, el interesado o interesados disponen de otros recursos o medios de defensa judiciales, que deben ser utilizados, ya que la acción de tutela es un mecanismo residual.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., noviembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-366. Actor: Marino Jaramillo Echeverri y Otros.— Impugnación de la sentencia del 8 de octubre de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por el accionante MARI-NO JARAMILLO ECHEVERRI, contra la sentencia proferida por la Sección

Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha ocho (8) de octubre del presente año, por medio de la cual se deniega la tutela solicitada por aquél y los señores Juan Diego Jaramillo, Pablo E. Victoria W. y Edilberto Cepeda, respecto del Consejo Nacional Electoral, o sus miembros, o su representante legal, si lo tuviere, y, en orden a obtener las declaraciones de: a) que se resuelva favorablemente su solicitud; b) “si no lo hace que lo haga ese H. Tribunal”; y c) “se ordene al Consejo se abstenga de registrar cualquier reforma de los estatutos del PARTIDO SOCIAL CONSERVADOR, en lo relacionado con el NOMBRE, hasta que se resuelva favorablemente nuestra solicitud y si se ha registrado sin resolver que se cancele el registro”.

### I.— FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para negar la tutela solicitada, el *a-quo* se fundamentó en las siguientes consideraciones:

1.— Los peticionarios sustentan la solicitud de tutela desde dos puntos de vista: a. Violación del derecho fundamental consagrado en la Constitución Nacional a favor de ellos y de quienes les dieron el mandato de solicitar la personería jurídica para el Partido Conservador y/o Partido Conservador Colombiano y el registro de dicho nombre, en cuanto el Consejo Nacional Electoral se ha retardado en el pronunciamiento, pues la respectiva solicitud la presentaron personalmente el 21 de julio del año en curso y procesalmente la decisión la han debido tomar dentro de los treinta (30) días siguientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 4o. de la Ley 85 de 1985; b. Por la amenaza del derecho fundamental de organizar jurídicamente al Partido Conservador, pues el Partido Social Conservador había convocado el día anterior a una Junta o Asamblea, entre otros puntos, con el fin de reformar los Estatutos de ese Partido para cambiar ese nombre por el de Partido Conservador (Colombiano) y, por consiguiente, la mencionada omisión o retardo del Consejo Nacional Electoral puede dar lugar a que la reforma propuesta por el Partido Social Conservador, se registre antes de que se resuelva la solicitud formulada por los peticionarios de la tutela.

2.— Se encuentra comprobado que las personas signatarias de la solicitud de tutela presentaron, en unión de otras, un escrito al Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en la Ley 58 de 1985, de conformidad con el Acta y los Estatutos que acompañaron para manifestar que, “... recogiendo el sentimiento de miles de millares de compatriotas identificados con las ideas, principios y programas conservadores y que no están afiliados a otro partido...”, se han organizado para participar en la vida democrática del país bajo el nombre tradicional de Partido Conservador. Así mismo, como consecuencia de esa manifestación, solicitaron el registro del nombre Partido Conservador Colombiano y/o Partido Conservador, simplemente; de la bandera, del himno y el reconocimiento de su personería. Ese escrito fue presentado en el Consejo Nacional Electoral el 21 de julio de este año.

3.— Según informe remitido, a instancia del ponente, por el señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, ese organismo abordó el estudio del proyecto de Resolución elaborado por los Consejeros ponentes designados para ese efecto, con el resultado de que fue negado. El mencionado proyecto, que acompañó en fotocopia, atendía favorablemente la solicitud, y, en consecuencia reconocía personería jurídica al Partido Conservador Colombiano, ordenaba inscribir como representante legal al doctor Marino Jaramillo E., y disponía registrar los estatutos y la declaración programática.

4.— De lo anterior se deduce que evidentemente el Consejo Nacional Electoral no resolvió la solicitud dentro del término señalado en el artículo 4o. de la ley 58 de 1985, pues la decisión se ha debido adoptar a más tardar el 3 de septiembre del presente año, no obstante lo cual el sentido de la misma se acogió el 29 de ese mes, cuando ya estaba en trámite la solicitud de tutela.

De modo que al negar la ponencia elaborada por los Consejeros designados para el efecto, el Consejo Nacional Electoral, en realidad, adoptó el sentido de la decisión que tomará con respecto a la solicitud, pues siendo favorable aquella a esa petición, la decisión que acogió no puede ser otra distinta a la contraria, es decir, la negativa. Claro que la decisión del Consejo Nacional Electoral de negar la mencionada solicitud debe quedar reflejada en un acto administrativo, en el cual se revelen las razones o motivos que llevaron a la mayoría de los miembros de ese organismo a la adopción de la misma. Y para la expedición de ese acto resultará necesaria la elaboración de una nueva ponencia que refleje la posición de la mayoría, con la consiguiente aprobación de ese organismo.

5.— En esta forma, conocido el sentido de la decisión que adoptará el Consejo Nacional Electoral, la Sala advierte cómo la posibilidad de la violación del derecho fundamental de constituir un partido político, que los peticionarios consideran se ha presentado con la demora u omisión en la decisión de reconocimiento de la personería jurídica que solicitaron, está ligada al examen de la legalidad de esa decisión negativa. Y ese examen o revisión, no lo puede asumir este Tribunal al resolver sobre la solicitud de tutela, pues como lo indica el artículo 86 de la Constitución Nacional, esa acción sólo es procedente cuando el afectado no dispone de otro mecanismo de defensa judicial, lo cual reitera y desarrolla el artículo 6o., numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 al señalarlo como una de las causales de improcedencia de la tutela. Esta consideración lleva también a la conclusión de que la Sala, al resolver la solicitud de tutela, no puede ordenar al Consejo Nacional Electoral que resuelva favorablemente la mencionada solicitud, o que este Tribunal adopte la decisión sobre la misma, conforme se solicita, pues, además, esa atribución, de conformidad con lo previsto en los artículos 188 de la Constitución y 4o. de la Ley 58 de 1985, está asignada al citado organismo electoral.

6.— Esto indica, pues, que el acto administrativo o decisión del Consejo Nacional Electoral que resuelve sobre el reconocimiento de personería jurídica a un partido o movimiento político, es susceptible de ser impugnado a través de mecanismos de defensa judicial distintos de la acción de tutela. En efecto, los actos de ese organismo son demandables ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A.

Ahora, en el presente caso no se presenta la situación prevista en las mismas normas citadas anteriormente, para el evento de que la acción de tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues, de un lado, en la petición no fue planteada así, y, de otro, no se vislumbra la producción de un perjuicio de la señalada magnitud.

Entra, finalmente, el *a-quo* en otras consideraciones sobre la supuesta violación o desconocimiento de los procesos fundamentales invocados por los accionantes (artículo 29 —debido proceso—, 38 —de libre asociación—, 40, numeral 3 —de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para lo cual se puede, entre otras atribuciones, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna—, 107 —que reitera esa atribución— y 108 de la Carta Política), para reafirmarse en su posición de que todo ello conduce, en definitiva, a la acción judicial contencioso-administrativa, como mecanismo de defensa judicial, lo que impide la procedencia del ejercicio de la acción de tutela.

## II.— FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Mediante dos escritos, presentados el uno ante el Tribunal y el otro ante esta Corporación, el accionante Dr. Marino Jaramillo Echeverri, sustenta la impugnación con los siguientes argumentos, en síntesis:

a) El fallo del Tribunal reconoce que el Consejo Nacional Electoral incurrió en mora (pág. 8, aparte 6); sin embargo, en la página 11, aparte 12, dice que “no se configura la violación al debido proceso”, y hace referencia al artículo 23 de la C.N. para agregar: “... la violación de esa norma se produciría frente a una situación que reflejara no sólo que la autoridad se pronunció cuando se encontraba vencido el término legal que tenía para resolver la respectiva petición, sino que la demora superó cualquier posibilidad de razonabilidad. Y en el caso concreto, si bien es cierto que, como ya se anotó, el Consejo Nacional Electoral no acogió el sentido de la decisión dentro del término legal señalado en el artículo 4o. de la ley 58 de 1985, es evidente que el asunto sometido a su consideración exige un detenido estudio de naturaleza jurídica...” lo que conduce a la conclusión de que se ha producido LA CESACION DE LA DEMORA INICIAL (?) y que en este momento no se puede predicar QUE HAYA OCURRIDO OTRA con respecto al pronunciamiento definitivo... etc.”, para concluir el razonamiento así: “SE PRODU-

CIRIA LA VIOLACION DEL DERECHO DE PETICION si a partir de la fecha de la negativa de la ponencia favorable a la solicitud de los peticionarios se PRODUJERA UNA DEMORA NO RAZONABLE PARA FORMALIZAR LA DECISION MEDIANTE LA ADOPCION DEL CORRESPONDIENTE ACTO ADMINISTRATIVO”.

¿Qué tal esta tesis aplicada a la Tutela en cuanto a la obligación del fallador de pronunciarse dentro de los diez días? No porque el término para decidir esté señalado en la ley y no en la Constitución, se puede violar o *purgar la mora*.

b) COMPROBACION DE LA MORA: día de la presunta negación de la ponencia: 29 de septiembre (18 días hábiles después del vencimiento del término legal);

días hábiles corridos a partir de la negación de la ponencia hasta el día del fallo de la Sala: 7 (tres menos que el señalado para estudiar y fallar la tutela);

días hábiles corridos desde la negativa de la ponencia hasta hoy sin que haya Resolución: 13 (tres más que el término para estudiar y fallar la tutela);

días hábiles totales desde el vencimiento del término para decidir hasta hoy lunes 19 de octubre, sin decidir: 32, el doble del término legal para decidir más dos días.

#### ¿PARA LA SALA CUAL DE ESTAS DEMORAS ES LA RAZONABLE?

c) Se expresa en el fallo que al negar la ponencia favorable “adoptó el sentido de la decisión que tomará con respecto a la solicitud”, dándole valor de resolución y prejuzgando que debe ser negativa (lo que necesariamente no tiene que ser así), con la aclaración de que para ello la decisión del Consejo “debe quedar reflejada en un acto administrativo, en el cual se revelen las razones o motivos que llevaron a la mayoría de los miembros de ese organismo a la adopción de la misma”.

A renglón seguido se dice: “En esta forma, conocido el sentido de la decisión que adoptará el Consejo Nacional Electoral, la Sala advierte cómo la posibilidad de la violación del derecho fundamental..., está ligada al examen de la legalidad de esa decisión negativa adoptada...”.

Argumento que refuerza, mirando hacia el FUTURO, de esta manera:

“De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la Sala llega a la conclusión de que se debe negar la solicitud de tutela, pues, en definitiva, los peti-

cionarios PODRAN disponer (no dice ni podría decir PUEDEN) de otro mecanismo de defensa judicial, como es el ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. que se puede instaurar, no sólo CONTRA EL ACTO QUE NIEGUE LA PERSONERIA JURIDICA SOLICITADA POR ELLOS, sino, TAMBIEN CONTRA EL POSIBLE ACTO ADMINISTRATIVO QUE SE EXPIDA CON RESPECTO AL REGISTRO DE LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DEL PARTIDO SOCIAL CONSERVADOR”.

Es decir: la Sala nos invita a proponer nueva acción de tutela contra unos presuntos actos que de una vez califica como contrarios a nuestras pretensiones aunque diga que DISPONDREMOS “de otro mecanismo de defensa judicial” cuando se expida, como si nosotros hubiésemos propuesto la acción tutelar contra UNA RESOLUCION ADMINISTRATIVA, contra la cual, si se hubiera producido con violación de nuestros derechos fundamentales, era dable la tutela “sin necesidad de interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo”, tal como lo preceptúa el artículo 9o. del Decreto 2591.

La Sala falla, entonces, sobre una SIMPLE HIPOTESIS, cuando debió hacerlo sobre un caso concreto de violación y de amenaza de violación de derechos fundamentales (petición, debido proceso, etc.). Violación y omisión valerosamente confesados por el propio Presidente del Tribunal (sic) porque a ello equivale su declaración certificada.

d) Con respecto al debido proceso bien vale la pena anotar que las decisiones administrativas están sujetas también a las normas procesales, a las cuales no escapa el Consejo Nacional Electoral a cuyo Presidente corresponde dar trámite a la solicitud, designar ponente o comisión de ponencia para su estudio.

Redacción de ponencia, consideración, votación, estudio de la Resolución que se haya de adoptar, firma de la Resolución, notificación, trámite y resolución de recursos, nuevas notificaciones, etc., todo lo cual se aplica conforme a las normas procesales administrativas o las del Código Civil, en lo que no estuviere previamente señalado para el caso.

e) Finalmente, observa el accionante-impugnador, que las anteriores consideraciones se refuerzan con los muy serios argumentos de los dos magistrados que salvaron su voto, sobre desconocimiento del derecho de petición, en concordancia con los otros derechos constitucionales fundamentales invocados, y sobre inexistencia de decisión, pues la figura del acto ficto, por rechazo de ponencia, no existe en la legislación colombiana, por lo cual se dio la falta de pronunciamiento que a través de la acción de tutela es posible remediar.

### III.— LA DECISION

Para decidir se considera:

1.— Aun cuando no se menciona expresamente por los accionantes-impugnadores en su petición de tutela ante el *a-quo*, es claro que el fundamento de aquella es el quebrantamiento o desconocimiento del derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, en concordancia con los derechos consagrados igualmente en los artículos 38 —derecho de libre asociación—, 40 —derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público— y 107 ib. —garantía a todos los nacionales del derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y libertad de afiliarse a ellos o retirarse, que está en concordancia con el numeral 3o. del artículo anterior.

Ello en consideración a que el Consejo Nacional Electoral no resolvió la petición de registro y otorgamiento de personería jurídica para el Partido Conservador o Partido Conservador Colombiano, dentro del término de treinta (30) días siguientes, como lo preceptúa el artículo 4o. de la Ley 58 de 1985 (Estatuto básico de los partidos políticos).

2.— Para el *a-quo*, como se ha visto aun cuando es indubitable que el Consejo Nacional incurrió en mora en la decisión de la petición, ya que no decidió dentro del término señalado en la ley, lo cierto es que fue decidida el día 29 de septiembre del año en curso, al negarse la ponencia elaborada por dos de los integrantes del Consejo Nacional Electoral y adoptarse, como consecuencia de ello, el sentido de la decisión que “se tomará con respecto a la solicitud”, o sea la negativa de lo solicitado, que es la solución contraria, aun cuando sea claro que la negativa de la “mencionada solicitud debe quedar reflejada en un acto administrativo, en el cual se revelen las razones o motivos que llevaron a la mayoría de los miembros de ese organismo a la adopción de la misma”, decisión que se proferirá en un término prudencial o razonable, puesto que implica la previa elaboración de una nueva ponencia que recoja el criterio mayoritario.

Consecuencia de lo anterior, es la de que el acto administrativo que decida la petición es susceptible de ser impugnado judicialmente ante esta Corporación, lo cual hace improcedente la tutela propuesta.

3.— La Sala no puede, en manera alguna, compartir la apreciación del *a-quo* acerca de la existencia en 29 de septiembre de 1992 —fecha posterior a la de-introducción de la acción de tutela ante el Tribunal—, o en días posteriores, de un “acto ficto o presunto” por rechazo de ponencia, que constituya adopción de una decisión por sentido opuesto al considerado en ella”, como bien lo observa la magistrada que salvó su voto, por cuanto, en primer término, esa figura no existe en nuestra legislación, y como lo sostienen de

manera unánime los doctrinantes del derecho administrativo, entre los cuales pueden consultarse entre otros a DROMI (Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 175, Buenos Aires 1992) y Sayagues Laso (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 437, Montevideo 1959), el silencio de la administración no puede considerarse como decisión ficta en ningún sentido, ni aprobatoria ni denegatoria, salvo que textos expresos le atribuyan algún significado especial, es decir, que solo por expresa previsión del ordenamiento jurídico, el silencio de la administración es considerado como acto administrativo, positivo o negativo. En otras palabras, no hay acto administrativo ficto o presunto, como se ha dicho, porque la ley así no lo consagra, por rechazo de ponencia y suposición de que, entonces, habrá otra, según el criterio de la mayoría, que llegue a conclusión o decisión contraria a la no acogida o negada.

4.— Por otra parte, partiendo del supuesto o premisa de que en esta materia de reconocimiento de personería jurídica a los partidos y movimientos políticos, por constituir una actuación o un procedimiento administrativo de carácter especial en donde existe un evidente vacío legislativo, tienen aplicación las normas de la parte primera del C.C.A. que sean compatibles, como lo prescribe el inciso segundo del artículo 1o. de dicho Estatuto, entre ellas, de manera específica la consagrada en el artículo 40 ib., según la cual la no decisión de una petición dentro del término de ley, equivale a decisión negativa, la conclusión a que se debe llegar es la misma, pues, se repite, no está prevista en ley alguna, la decisión expresa por rechazo de ponencia en órgano o autoridad colegiada, sino que, simple y llanamente, el no pronunciamiento oportuno equivale a decisión negativa, independientemente de si hubo ponencia rechazada por la mayoría, o no la hubo.

5.— En esas condiciones, es decir, llegando a conclusión contraria a la que llegó el *a-quo* mayoritariamente, o sea, que se configuró un acto administrativo ficto o presunto que negó la solicitud o petición, por silencio administrativo con efectos negativos, que es la regla general, es claro que la acción de tutela no está llamada a prosperar, pues, como lo ha expresado reiterada y mayoritariamente esta Corporación, con salvamento de voto de varios de sus integrantes, entre ellos el que redacta la presente ponencia para la Sala, en el evento de existencia de acto administrativo ficto o presunto por consagración legislativa expresa, el interesado o interesados disponen de otros recursos o medios de defensa judiciales, que deben ser utilizados, ya que la acción de tutela es un mecanismo residual.

En consecuencia, en los términos del artículo 6o. del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela propuesta es improcedente y deberá confirmarse la providencia impugnada, aun cuando partiendo de supuesto o premisa diferente a la expuesta por el Tribunal Administrativo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la providencia dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 8 de octubre del presente año, por medio de la cual se denegó la tutela de la referencia, por improcedente.

Envíese el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese a los interesados, remítase copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha noviembre 3 de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Ausente; Juan Montes Hernández, Carmelo Martínez Conn, Carlos Orjuela Góngora, Jorge Penen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Julio César Uribe Acosta, Carlos Betancur Jaramillo, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General*

## ACCION DE TUTELA—Objeto/ESPECTRO ELECTROMAGNETICO

Más que la protección de un derecho, se pretende su reconocimiento, competencia que no tiene el juez de tutela. La accionante pretende que el poder judicial, ante la inexistencia del ente competente de acuerdo con la Constitución, le reconozca el derecho a utilizar el canal 5 de televisión por el sistema VHF, o en subsidio el canal 13 del espectro electromagnético, pero sin que precise qué autoridad pública fue la que realizó la acción o incurrió en la omisión que amenaza el derecho. Lo anterior es inaceptable, pues el hecho de que no se haya desarrollado la norma constitucional pertinente, no implica que la competencia, para autorizar el uso del espectro electromagnético y asignar las respectivas frecuencias la pueda ejercer el poder judicial.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., noviembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrada ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación AC-367. Actor: Sociedad Comercial Franco Luque y Compañía S.C.A. — Impugnación de las providencias de 24 de septiembre y 6 de octubre de 1992, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la sociedad comercial FRANCO LUQUE Y COMPAÑIA S.C.A., contra las providencias del 24 de septiembre y 6 de octubre de 1992, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante las cuales se rechazó la acción de tutela intentada por dicha sociedad contra el Señor Procurador General de la Nación y se negó su aclaración, respectivamente.

### ANTECEDENTES:

La doctora ANA PATRICIA FRANCO LUQUE, actuando en su calidad de socia gestora de la citada sociedad comercial ejerció la acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que se reconozca a la Sociedad que represento la efectividad del derecho a fundar medios masivos de comunicación, y el ejercicio de la libertad de expresión y de información garantizada en el artículo 20 de la Carta Política.

“SEGUNDA: Que en consecuencia, se le conceda a la sociedad FRANCO LUQUE Y CIA S.C.A. el uso del canal No. 5 de televisión por el sistema V. H. F. que hace parte del espectro (sic) electromagnético, para todo el territorio nacional por un período de veinte (20) años.

“SUBSIDIARIAMENTE, solicito se le conceda a la misma sociedad el uso del canal 13 del sistema V.H.F., en las mismas condiciones.

“TERCERA: Que una vez constituido el organismo de derecho público a que se refiere el artículo 76 de la Constitución Política, se ordene la inscripción de mi representada, para que este organismo ejerza sus funciones constitucionales ‘sin menoscabo de las libertades consagradas en esta constitución’ (art. 77), y las que se reconozcan con esta tutela”.

Como fundamentos de su petición afirma que la citada sociedad se constituyó con el objeto de fundar un medio masivo de comunicación a través de la televisión y en ejercicio de los artículos 38 y 20 de la Constitución Nacional, los cuales consagran los derechos fundamentales de asociación, de expresión, de información y de fundación de medios masivos de comunicación.

Invoca el artículo 41 del Decreto 2591 de 1991 para precisar que no se puede alegar la falta de desarrollo legal de un derecho fundamental civil o político para impedir su tutela.

Afirma que, la ausencia de reglamentación de las normas constitucionales relacionadas con el acceso al espectro electromagnético y la no creación del ente que, de acuerdo con la Constitución será el encargado de la gestión de los servicios de televisión, hace imposible el ejercicio del derecho al libre acceso al espectro electromagnético en condiciones de seguridad jurídica.

Solicita se le adjudique a la Sociedad en cuestión el canal 5 de la televisión para consolidar su derecho enfrente a la omisión estatal de reglamentar la materia.

Anota que la acción de tutela es procedente para hacer efectivo un derecho fundamental vulnerado y que tal como lo ha dicho la Corte Constitucional puede ser ejercida por una persona jurídica, ya que la norma se refiere a "toda persona" sin hacer ninguna distinción.

Precisa que al no existir ninguna autoridad competente ante la cual dirigirse para solicitar la adjudicación de una frecuencia le corresponde al poder judicial solucionar el conflicto jurídico surgido por la omisión del Estado que ha hecho ineficaz su derecho y es el poder judicial el que debe tutelarlos y conceder la frecuencia solicitada.

Se refiere luego a las leyes reguladoras de la televisión con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, para afirmar que fueron derogadas por los artículos 75 a 77 de dicha reforma constitucional y por lo tanto de conformidad con lo dispuesto por la ley 153 de 1887, artículo 9 no se encuentran vigentes.

Sin embargo invoca la excepción de inconstitucionalidad respecto de las citadas normas para que se declare que en el presente caso son inaplicables por inconstitucionalidad las normas que consagraban el monopolio de la televisión para Inravisión y regulaban la materia.

Al precisar contra quién se dirige la acción de tutela interpuesta afirma que lo hace contra el Señor Procurador General de la Nación ya que no existe autoridad competente que administre el espectro electromagnético, el cual es un bien público.

### **LAS PROVIDENCIAS IMPUGNADAS**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera en su providencia del 24 de septiembre del presente año, una de las impugnadas, rechazó la acción interpuesta por considerar que la vulneración o amenaza del derecho fundamental que protege la acción de tutela debe provenir de la acción o de la omisión de cualquier autoridad pública y que la acción debe estar dirigida contra la autoridad que haya ejecutado u omitido la conducta y como la accionante no ha elevado petición alguna a "cualquier autoridad pública", no existe por parte de ésta la "acción u omisión" de la cual resulten vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales.

Posteriormente, ante la petición de aclaración hecha por la accionante, el Tribunal, mediante la providencia de 6 de octubre de 1992, también objeto de impugnación, resolvió no aclarar la decisión del 24 de septiembre, por considerar que la aclaración solicitada en el sentido de que el Tribunal precisara ante qué autoridad debía la interesada hacer la petición no era procedente, por cuanto el Tribunal no puede resolver consultas jurídicas y el único caso en el cual debe indicar el procedimiento a seguir se da cuando la acción se ejerce contra particulares.

## LA IMPUGNACION

Se propone contra las dos providencias anteriormente resumidas y se fundamenta en que de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sólo se consagran unas determinadas causales de improcedencia y por lo tanto el fallo que resuelva la petición debe concederla o negarla. Insiste que en el caso de autos no se da ninguna de esas causales de rechazo expresamente consagradas en la norma.

Agrega que las decisiones impugnadas desconocen la prohibición de que se invoque la ausencia de reglamentación de un derecho fundamental para impedir su tutela, y las critica porque omitieron analizar la no existencia de un organismo que tenga a su cargo el servicio de televisión, a través del acceso al espectro electromagnético.

Insiste que el conflicto jurídico debe ser resuelto por las autoridades judiciales, en cuanto también son autoridades públicas a las cuales les corresponde proteger los derechos fundamentales y en que el Tribunal ha debido acceder a la petición de aclaración de su primera providencia, en cuanto ofrece verdaderos motivos de duda, al no existir el ente estatal previsto por la nueva Constitución.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.— La doctora Ana Patricia Franco Luque, interpone la acción de tutela en su calidad de socia gestora de la sociedad comercial FRANCO LUQUE Y COMPAÑIA S.C.A., para que se le reconozca a dicha sociedad "... la efectividad del derecho a fundar medios masivos de comunicación y el ejercicio de la libertad de expresión y de información...".

Lo anterior indica que la acción es ejercida por una persona jurídica. Sobre este aspecto, la Sala se ha pronunciado en reiteradas providencias, y en ellas ha precisado la improcedencia de la acción de tutela cuando es ejercida por personas jurídicas, por cuanto éstas no pueden ser, en razón de su existencia relativa, titulares de derechos fundamentales.

En sentencia del 12 de mayo de 1992, expediente AC-119, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, dijo la Sala:

"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, inclu-

yendo en ella, algunos que evidentemente carecen de tal connotación. Igualmente es inexplicable por la contradicción que aparece, 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 filosóficamente fuera posible admitir la existencia de derechos fundamentales de aplicación diferida. Esta situación ha llevado al Consejo de Estado a sostener la tesis, que ahora ratifica, de que sólo pueden tenerse como fundamentales para la aplicación de la acción de tutela, los derechos que aparecen expresamente calificados como tales en el texto constitucional.

“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’.

“Ahora bien, aceptado el hecho de que los derechos fundamentales son aquéllos que se predicán de la persona humana en cuanto tal, es preciso analizar si podría admitirse la existencia de tales derechos radicados en sujetos diferentes, como podrían ser las personas colectivas o morales.

“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, sólo pueden ser titulares de derechos derivados, atribuidos por ese mismo orden jurídico y, por supuesto, modificables y extinguiibles por las respectivas instancias jurídicas.

“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 derechos naturales amenazados por el egoísmo en que éstos han caído después de salir del estado natural, o que ya traían también naturaleza, de acuerdo con la concepción hobbesiana, desde su nacimiento”.

2.— De acuerdo con los planteamientos que sustentan la acción ejercida, más que la protección de un derecho, la accionante pretende en su reconocimiento, competencia que no tiene el juez de tutela, a quien de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional le corresponde es proteger de manera inmediata los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y esa protección se concretará en una orden para que aquél respeto de quién se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

En el caso de autos, la sociedad accionante pretende que el poder judicial, ante la inexistencia del ente competente de acuerdo con la Constitución Nacional, le reconozca el derecho a utilizar el canal 5 de televisión por el sistema VHF, o en subsidio el canal 13 de espectro electromagnético, pero sin que precise que autoridad pública fue la que realizó la acción o incurrió en la omisión que amenaza su derecho.

Lo anterior es inaceptable, pues el hecho de que no se haya desarrollado la norma constitucional pertinente, no implica que la competencia, para autorizar el uso del espectro electromagnético y asignar las respectivas frecuencias la pueda ejercer el poder judicial.

3.— La accionante precisa también que la acción la ejerce contra el Procurador General de la Nación por cuanto el espectro electromagnético es un bien público, ya que no puede afirmarse que dicho funcionario por acción u omisión amenace algún derecho fundamental, de la accionante.

4.— Pretende la accionante ejercer algunos derechos consagrados en la Constitución Nacional, independientemente de su regulación legal, pretensión desacertada a juicio de la Sala, ya que el que la Constitución Nacional los haya consagrado como fundamentales, no permite afirmar que se trata de derechos absolutos que puedan ejercerse ilimitadamente. Por el contrario, dichos derechos deben ejercerse de acuerdo con las normas que los reglamentan. En este sentido se pronunció la Sala en sentencia del 20 de octubre de 1992, expediente AC-330, Consejero Ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, cuando dijo:

“El carácter relativo de los derechos constitucionales fundamentales no puede mirarse como una simple especulación filosófica, pues encuen-

tra, en Colombia, pleno respaldo en la letra de la Carta de 1991. En efecto, artículos como el 1o. que consagra la prevalencia del interés general y la solidaridad de las personas que viven en Colombia; el 2o., que establece entre los fines del Estado, el de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; el 58, que determina la prevalencia del interés social sobre el particular o individual; o en fin, entre muchos, el 333, que dispone que la empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, permiten deducir, sin lugar a dudas, lo que anteriormente se dejó establecido. Pero es el artículo 95 del texto constitucional que de manera explícita consagra como un deber de todos la expresión de que ‘... El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades ...’, para reiterar más adelante, que son deberes de la persona y del ciudadano ‘... respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios...’.

“Empero, es claro que esta concepción relativista de los derechos individuales no aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la expedición de la Carta de 1991; ella existía y se aplicaba por los jueces y era objeto de construcciones doctrinarias por las más altas corporaciones judiciales del país. A título simplemente ilustrativo se consignan en seguida dos ejemplos de los muchos que pudieran citarse sobre este tópico, uno del Consejo de Estado y otro de la Corte Suprema de Justicia.

“... .

“Lo hasta aquí establecido sirve para concluir que no siendo de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico de carácter absoluto en cuanto a su ejercicio se refiere, la investigación para determinar hasta dónde y en qué medida son merecedores de la protección del Estado debe abarcar no sólo la búsqueda e identificación de las normas que los consagran, sino de manera igualmente importante, el análisis de las limitaciones o restricciones que se hayan establecido para su dicho ejercicio, no sea que la protección otorgada en relación con alguno de los derechos en favor de una persona pueda resultar en detrimento de los derechos sociales o colectivos o de derechos individuales.

“... .

“Queda claro de todo lo anteriormente anotado que el espectro electromagnético es un bien público, que hace parte del territorio del Estado y que como tal no es susceptible de apropiación privada. Que al igual que otros bienes de uso público puede ser utilizado por los particulares, incluso para el desarrollo de actividades productivas, pero en tal caso, siempre habrá de contarse para acceder a dicha utilización, con la aquiescencia del Estado, la cual es indispensable y sólo podrá otorgarse de conformidad con los términos que la propia Constitución haya estable-

cido y los que tenga señalados o señale el legislador. Y no se diga que, como aparece afirmarlo los accionistas y la sentencia impugnada, si la ley no ha establecido las condiciones de acceso al espectro electromagnético para los particulares, éstos quedan automáticamente habilitados para ocuparlo a su arbitrio, porque ello sería tanto como negar los atributos constitucionales de los bienes de uso público que integran el concepto de territorio, de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables. Como corolario de lo expresado es que, aún aceptando la posición de los actores, recogida y magnificada en la sentencia, de que toda la legislación sobre telecomunicaciones fue derogada por la nueva Constitución, no se puede llegar a la conclusión de que los accionantes estuvieran haciendo uso legítimo de un derecho cuando decidieron por sí y ante sí, ocupar el espacio radioeléctrico y realizar en dicho medio transmisiones de televisión; se repite que aún en la hipótesis de que se careciera de regulaciones legales sobre el particular, la ocupación de dicho bien resultaría arbitraria y contraria a la normatividad constitucional”.

Lo anterior confirma lo ya precisado por la Sala en el sentido de que la acción es improcedente en cuanto se pretende obtener al reconocimiento de un derecho constitucional, sin tener en cuenta las normas que regulan su reconocimiento y ejercicio.

5.— La accionante considera que las leyes que regulaban la televisión antes de la reforma de la Constitución en 1991, fueron derogadas por los artículos 75 a 77 de la Carta y además invoca la excepción de inconstitucionalidad de las mismas.

Al respecto, la Sala considera que dichas normas se encuentran vigentes, en cuanto no fueron derogadas de manera expresa y no son contrarias a las nuevas constitucionales, razón por la cual tampoco procede la excepción de inconstitucionalidad.

Por todo lo anterior, la Caja comparte plenamente la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de rechazar por improcedente la acción de tutela impetrada y en cuanto a la negativa de su aclaración.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de su Sala de lo Contencioso Administrativo,

#### **RESUELVE:**

Confírmense las providencias impugnadas.

Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, remítase copia al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente, Salva el Voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Jaime Abella Zárate*, *Joaquín Barreto Ruiz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de M. Clara Forero de Castro*, *Miguel González Rodríguez*, Salva el Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández*, *Carlos Orjuela Góngora*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Jorge Penen Deltieure*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Aclara el Voto; *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Daniel Suárez Hernández*, Aclara el Voto; *Julio César Uribe Acosta*, Salva el Voto; *Diego Younes Moreno*.

*Nubia González Cerón*, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reiteró además, la jurisprudencia relacionada con la improcedencia de la acción de tutela cuando es ejercida por personas jurídicas (exp. AC-119), punto respecto del cual se hicieron los salvamentos de voto, publicados en este mismo tomo de Anales, pág. 254. Igualmente, se reiteró el contenido del fallo AC-330, relacionado con la necesidad de reglamentación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

## DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS/PROTECCION A LA MATERNIDAD

El propio constituyente calificó los derechos de los niños como derechos constitucionales fundamentales; en consecuencia, son tutelables. Hizo bien el Tribunal cuando ordenó a la Caja de Previsión y al médico, que en forma inmediata y durante el tiempo que se requiera y hasta cuando su estado de embarazo lo demande, le presten la asistencia requerida a la afiliada.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. AC-384. Actora: Luz Amparo Vanegas Sánchez.— Impugnación de la providencia de 15 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.— Fallo.

Viene a la Sala la presente acción de tutela para decidir la impugnación interpuesta contra la providencia de primera instancia, proferida el 15 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

### 1.— LA DEMANDA

Acude la actora ante el Tribunal *a-quo*, para que mediante decisión judicial, se ordena de forma inmediata a la Caja Nacional de Previsión la prestación de los servicios médicos especializados y de hospitalización requeridos por la actora, en relación con su estado de gravidez.

## NORMAS VIOLADAS

Artículos 11, 43, 44, 48 de la Constitución Política que se refieren en su orden: a la inviolabilidad del derecho a la vida; igualdad de los derechos del hombre y la mujer y asistencia y protección por el Estado a la mujer embarazada; derechos fundamentales de los niños y obligatoriedad de la seguridad social como servicio público.

Fundamenta la violación en los hechos que se sintetizan a continuación:

— La negativa del médico ginecólogo adscrito a la Caja Nacional de Previsión a seguir prestándole atención como consecuencia de la falta de pago de la entidad de los servicios por él prestados.

— La respuesta de la Caja, en el sentido de atender a la actora, pero en otra ciudad diferente a su sede laboral.

### 2.— FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal *a-quo*, accedió a las pretensiones de la actora, ordenando a la demandada y al médico respectivo prestarle los servicios reclamados. También dispuso oficiar al Tribunal de ética, enviando copias del fallo y de las peticiones instauradas por la accionante.

### FUNDAMENTOS DE LA DECISION

— La seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable, exigible al Estado, más aún cuando se trata de afiliados forzosos a entidades de previsión social.

— No existe otro medio a través del cual la actora pueda reclamar la protección inmediata de su derecho, incluso como mecanismo transitorio, pues un proceso judicial o el agotamiento del trámite gubernativo, supone que al momento de producirse la decisión el daño sería irreparable, más aún si la Administración no accede a la petición de la actora.

— La seguridad social, comprende la asistencia médica, que es una obligación de hacer, más tratándose de un derecho, como se prevé en el inciso 2o., artículo 48 de la Constitución Política.

— Con fundamento en el principio de solidaridad el médico tratante, no podía sustraerse a la prestación del servicio, y mucho menos utilizar esta medida como instrumento de presión para obtener reconocimientos contractuales. Artículo 95 numeral 2o., de la Constitución Política.

— No es solamente, en este caso, la seguridad social de la madre la que está obligada a prestar la entidad asistencial puesto que, se está también ante un derecho expresamente determinado como fundamental por la Constitución como es el del artículo 44 que se refiere a los derechos fundamentales de los niños entre los que están la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social.

### 3.— IMPUGNACION

La entidad demandada solicita que se revoque la sentencia de octubre 15 del corriente año, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, con fundamento en los argumentos que se sintetizan a continuación.

\* A la accionante, se le ofreció la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá, medida tomada conforme directivas de la Caja Nacional de Previsión, y que puede ser tomada independientemente, de que el paciente quiera viajar a recibir la atención médica hospitalaria, en la clínica referida. Así se encuentra previsto en la resolución No. 93 de febrero 14 de 1990 (ver folio 71 a 77).

\* La Caja Nacional de Previsión, en ningún momento negó la prestación del servicio a la demandante pues tenía vigente el contrato con la Clínica Tolima y ofreció la atención de otro médico, frente a la negativa del que venía prestando el servicio.

\* No ha habido por parte de la Caja, falla en la prestación de los servicios, ya que se pusieron a disposición de la afiliada, las distintas alternativas legales con que cuenta la entidad para garantizar la prestación de sus servicios y que han sido considerados como un capricho de los directivos, por parte del Tribunal.

\* Quienes negaron la prestación del servicio, fueron el médico tratante, y al parecer la Clínica Tolima, personas con quienes respectivamente tenía la entidad contrato verbal y contrato escrito.

### CONSIDERACIONES:

La accionante en tutela es, como está demostrado en el expediente, empleada del Instituto Colombiano Agropecuario ICA y por tanto afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social-Seccional Tolima. Los autos indican que a agosto 6 de 1992 tenía un embarazo de aproximadamente 27 semanas y estaba recibiendo atención prenatal por médicos adscritos a dicha Caja de Previsión. Igualmente de los hechos que se extraen del expediente se puede colegir que la futura madre dejó de ser atendida por los médicos adscritos a la Caja en razón a que dicho establecimiento público no pagaba a los profesio-

nales y clínicas vinculados a su servicio los correspondientes honorarios por el servicio de atención médica a los afiliados en esa Sección del país.

Ante reclamo formulado por la empleada oficial, la Dirección Seccional de la Caja ofreció como solución que la atención prenatal y la relativa al nacimiento de la criatura, se pudiera prestar en la Clínica de la Caja en la ciudad de Bogotá, solución que por distintos motivos no fue aceptable para la afiliada.

Como se describió en los antecedentes del caso, el Tribunal decidió tutelar los derechos fundamentales de la peticionaria y ante la impugnación de la Caja de Previsión Nacional corresponde ahora a la Sala definir si se confirma o si se revoca la decisión del *a-quo*.

De los argumentos que sirven de base al Tribunal para ordenar la tutela de los derechos invocados por la actora, sólo el que dice relación con la amenaza de violación de los derechos fundamentales de los niños, a que se refiere el artículo 44 de la Constitución Política, tiene aptitud para servir de sustento a la decisión tutelar. Empero es suficiente para que la decisión que adopte esta Superioridad sea confirmatoria.

En efecto, la actora adujo, como se dijo, que la actuación de la Caja Nacional de Previsión violaba o amenazaba violar sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 11, 43, 44 y 48 de la Constitución Política, por lo cual cabe analizar la situación respecto a cada uno de ellos:

Con relación al hecho de que esté amenazada la vida de la afiliada por la no prestación del servicio médico requerido, no encuentra la Sala que la situación fáctica, en principio, así lo haga presumir; por tanto no podrá tutelarse el derecho a la vida de la actora, porque objetivamente la Caja de Previsión no lo está amenazando o violando con su actitud renuente.

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 *ibídem*, 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.

Ahora bien, si de acuerdo con el artículo 91 del Código Civil, "la ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará, a

petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”, y esta es una protección que trasciende el marco constitucional pues sus raíces vienen del derecho romano según el aforismo latino de: “*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*”, estima la Sala que hizo bien el Tribunal Administrativo del Tolima cuando ordenó a la Caja de Previsión Nacional Seccional del Tolima y al médico Jaime Rengifo Agudelo que en forma inmediata y durante el tiempo que se requiera y hasta cuando su estado de embarazo lo demande, le presten la asistencia requerida a la afiliada Luz Amparo Vanegas Sánchez.

Por los motivos aquí expuestos, que coinciden parcialmente con la apreciación que tubo el Tribunal, su sentencia deberá ser confirmada.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia impugnada de 15 de octubre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

*Alvaro Lecompte Luna*, Presidente, Ausente; *Clara Forero de Castro*, Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano*, *Jaime Abella Zárate*, Ausente; *Carlos Orjuela Góngora*, Con Aclaración de Voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, *Joaquín Barréto Ruiz*, Aclaró el Voto; *Carlos Betancur Jaramillo*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, Ausente; *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, *Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández*, Aclaró Voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Ausente; *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, Salvo Voto; *Dolly Pedraza de Arenas*, Aclara Voto; *Jorge Penen Deltieure*, *Daniel Suárez Hernández*, Aclara Voto; *Julio César Uribe Acosta*, Salvó el Voto; *Diego Younes Moreno*, Aclara Voto.

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/PROTECCION A LA MATERNIDAD (Salvamento de Voto)**

Por inconvenientes de carácter administrativo, el profesional médico que venía atendiendo a la accionante, se negó a hacerlo, ante lo cual, la Caja de Previsión ofreció a dicha señora la prestación de los servicios de atención médica en otras circunstancias es decir a cargo de otros profesionales y en una clínica diferente a aquélla en la que normalmente prestaba dichos servicios. Lo anterior permite afirmar que la Caja de Previsión en ningún momento negó la prestación de los servicios médicos. Con la interpretación dada por el *a-quo*, de ordenar la prestación de los servicios de atención médica por un determinado profesional, pareciera que el derecho presuntamente vulnerado, no fuera ninguno de los invocados, sino el de escoger el profesional médico, lo cual no se encuentra establecido, en su calidad de afiliada a la Caja de Previsión. Habiéndose interpuesto la tutela contra la Caja Nacional de Previsión, no era posible dar una orden a un particular como lo es el profesional de la medicina a quien se “obligó” a atender a la accionante.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto de la Doctora: Consuelo Sarria Olcos.*

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Radicación AC—384. Actor: Luz Amparo Vanegas Sánchez.

A mi juicio, el Consejo de Estado ha debido revocar la decisión impugnada toda vez que la tutela interpuesta por la Señora Luz Amparo Vanegas Sánchez no era procedente por las siguientes razones:

1.— De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela procede para proteger derechos constitucionales fundamentales que se encuentren amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, siempre y cuando que el afectado no tenga ninguna otra acción judicial para hacerlos efectivos.

2.— La accionante tenía derecho a que la Caja Nacional de Previsión, Seccional del Tolima le prestara los servicios de atención médica durante su embarazo y en el momento del parto.

3.— Según consta en el expediente, por inconvenientes de carácter administrativo, el profesional médico que venía atendiendo a la señora accionante, se negó a hacerlo, ante lo cual, la Caja Nacional de Previsión, Seccional Tolima ofreció a dicha señora la prestación de los servicios de atención médica en otras circunstancias es decir a cargo de otros profesionales y en una Clínica diferente a aquélla en la que normalmente prestaba dichos servicios.

Lo anterior, permite afirmar que la Caja Nacional de Previsión, Seccional Tolima, en ningún momento negó la prestación de los servicios médicos a la Señora Luz Amparo Vanegas Sánchez y por lo tanto ni amenazó, ni vulneró los derechos a la seguridad social, a la vida, a la igualdad de los derechos del hombre y la mujer, a la protección de la mujer embarazada que se invocan por la accionante.

4.— Con la interpretación dada por el *a-quo*, de ordenar la prestación de los servicios de atención médica por un determinado profesional, parecería que el derecho presuntamente vulnerado, no fuera ninguno de los invocados, sino el de escoger el profesional médico, lo cual no se encuentra establecido, en su calidad de afiliada a la Caja Nacional de Previsión.

La acción de tutela no se consagró en la Constitución de 1991 para escoger el profesional que el afiliado quiera le preste el servicio médico; éste no es un derecho fundamental y por lo tanto la tutela era improcedente.

5.— Por otra parte, habiéndose interpuesto la tutela contra la Caja Nacional de Previsión, no era posible como lo hizo el Tribunal dar una orden a un particular como lo es el profesional de la medicina a quien se “obligó” a atender a la accionante.

*Consuelo Sarria Olcos*

Fecha: Ut Supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el doctor Julio César Uribe Acosta.

## TUTELA CONTRA PARTICULARES—Improcedencia (Aclaración de Voto)

El art. 42 del D. 2591/91 que prevé la tutela contra particulares, dice que procederá contra acciones u omisiones de éstos, entre otros, en el siguiente caso: “cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”. Como en el evento de autos la tutela no se dirigió contra el médico citado, estimo que no era procedente decretarla de oficio.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Aclaración de Voto del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. AC-384. Actor: Luz Amparo Vanegas Sánchez.

El suscrito Consejero comparte en su esencia lo dispuesto en el presente fallo; empero, considera necesario aclarar algunos aspectos analizados en él, a saber:

1.— El art. 13 del Decreto 2591/91 señala que la acción de tutela procede “... contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”; el médico JAIME RENGIFO AGUDELO, a quien se refiere el fallo impugnado en su ordinal 3o., no tenía el carácter de representante de la Caja Nacional de Previsión Social, Seccional del Tolima.

2.— El art. 42 del mismo ordenamiento, que prevé la tutela contra particulares, dice que procederá contra acciones u omisiones de éstos, entre otros, en el siguiente caso:

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

Como en el evento de autos la tutela no se dirigió contra el médico citado, estimo que no era procedente decretarla de oficio.

3.— Debe observarse que en el expediente se habla y menciona a dos doctores “Rengifo Agudelo”; uno, que firma los documentos de folios 3 y 25, que es Vicepresidente de la Sociedad Tolimense de Obstetricia y Ginecología, cuyo nombre es “JAIME RENGIFO AGUDELO”; y otro, que se menciona en los documentos de folios 15, 16, 18 y 19 y que firma el del folio 23, cuyo nombre es “Fernando Rengifo Agudelo”. Las dos firmas son diferentes y corresponden a personas distintas, como puede observarse a simple vista.

En consecuencia, no es muy claro que el mismo Dr. RENGIRO AGUDELO que en principio negó el servicio, sea el que estaba tramitando contrato de servicios con Cajanal, o viceversa, como se lee en el fallo.

4.— Por lo demás, la remisión al Tribunal de Ética Médica era lo procedente, como en efecto se hizo, porque la negativa de prestar el servicio atenta contra los más elementales principios que inspiran el conocido como “Juramento Hipocrático”.

Estas las razones, pues, que llevan a formular algunas observaciones al fallo en comentario.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre 10. de 1992.

NOTA DE RELATORIA: A esta aclaración adhieren los doctores Diego Younes Moreno, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz. De otra parte, los doctores Daniel Suárez y Juan Montes, reducen sus aclaraciones de voto a los siguiente:

“No obstante que comparto la decisión contenida en el presente asunto, debo aclarar mi voto con relación al aparte del fallo donde se afirma:

‘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’. (Fls. 91-92).

Para el suscrito, los derechos allí consagrados tienen el carácter de fundamentales y, consecuentemente, deben ampararse con la acción de tutela”.

*Daniel Suárez Hernández.*

“Aclaro el voto en el sentido que por un principio fundamental previsto en el Título I artículo 1o. inciso 2o. de la C.N. la seguridad social que corre a cargo del Estado conlleva para las autoridades públicas como razón de ser de su institucionalización el cometido de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Aquí en este caso el médico al servicio de la Caja, en otros términos vinculado a la seguridad social soporta la carga en el ejercicio de su profesión de cumplir con ese deber social y desde luego la Entidad, es decir, la Caja de Previsión, la cual, de suyo, tiene que prestar sin dilación el servicio al paciente”.

Atentamente,

*Juan de Dios Montes Hernández*

Santafé de Bogotá, D.C., 26 de noviembre de 1992.

## **DERECHO A LA VIDA/ACCION DE TUTELA—Improcedencia**

No existe prueba alguna de que la vida de la accionante en la actualidad se encuentra amenazada. Los hechos violentos de que fue víctima su esposo ocurrieron en 1985 y 1989 y cesaron cuando la familia se trasladó a otra localidad. Desde que la actora asumió nuevamente su cargo en la Inspección, ningún hecho que indique amenaza a su integridad se ha presentado. Aún cuando es humano que su regreso al escenario de los hechos violentos ocurridos en 1989, haya causado “angustia” y “zozobra” a su familia, tal temor no amerita la protección constitucional de la tutela, que por ser una acción extraordinaria e inmediata, está reservada para aquellos casos en que la amenaza sea actual y real, para prevenir la inminente vulneración de los derechos. En el sub-lite la protección que el Estado debe a la docente ya está operando por los canales legales.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente: No. AC-361. Actor: Luz Mañana Moreno de Hernández.

Improbada por decisión mayoritaria la ponencia presentada por el Consejero Doctor Carlos Orjuela Góngora, procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el actor a través de apoderado, contra la sentencia de

2 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", en virtud de la cual se niega la solicitud de tutela incoada contra el Alcalde del municipio de Nimaima (Cundinamarca), el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional, el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, en su calidad de Presidente de la Junta Administradora del FER y contra el Ministerio de Educación Nacional.

#### ANTECEDENTES:

En su libelo introductorio la accionante relata los siguientes hechos:

“1o.— Mi mandante, en el año de 1989, en la Inspección Departamental de Tobia, municipio de Nimaima, donde para esa época y actualmente labora como docente fue amenazada de manera grave su vida e integridad personal, como la de su esposo e hijos;

2o.— En consecuencia de las amenazas referidas en el hecho anterior, en el mes de noviembre del año de 1989, la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, vio la necesidad de trasladarla a la Vereda El Corzo, municipio de Madrid (Cundinamarca), lo cual efectivamente se realizó, mediante una nota, donde, además, se le comunicaba que próximamente se le entregaría la respectiva credencial, salvaguardando de esta manera, su vida, su integridad personal y la de su esposo e hijos;

3o.— La situación relacionada con las amenazas ya mencionadas, fue estudiada por el Comité creado por el Decreto 15.316 de noviembre de 1990, concluyendo en recomendar el traslado de mi poderdante, según consta en providencia No. 086 de febrero de 1992;

4o.— No obstante lo anterior, mi mandante no ha sido trasladada legalmente;

5o.— Estando mi poderdante laborando en la Vereda El Corzo, Municipio de Madrid y en virtud de la Municipalización de la educación, el señor Alcalde de Nimaima, le solicitó por medio de un telegrama que debía presentarse a trabajar en la Inspección Departamental de Tobia, donde se encontraba laborando anteriormente;

6o.— Mi poderdante respondió al pedido del Alcalde que su caso estaba siendo estudiado por la Comisión de Amenazados y que estaba esperando el fallo de dicha comisión, por lo cual continuó laborando en la Vereda El Corzo del Municipio de Madrid;

7o.— Ante la respuesta anterior, el Alcalde del Municipio de Nimaima, ordenó la retención de los salarios de mi mandante desde el mes de julio hasta el mes de diciembre de 1991, incluyendo la prima de navidad. Dineros que no le han sido pagados hasta la fecha.

8o.— Debido a la mala situación económica de mi procurada y por ende la de su familia, ya que el salario que devenga su cónyuge no es suficiente para el sustento de la familia, amén, de la retención ilegal de los salarios y prima referidos en el hecho anterior, no le quedó otro camino que volver a laborar en la Inspección Departamental de Tobia, determinación que tomó no sólo por la situación antes mencionada, sino por las presiones indebidas del Alcalde y de la Secretaría del Departamento, en el sentido que si no regresaba a la laborar en la inspección de marrras, sería desvinculada del servicio, perdiendo de paso su antigüedad que data de Diez y seis años (16);

9o.— Que mi mandante durante el lapso de tiempo que estuvo laborando en la Vereda El Corzo, fijó su domicilio junto con su familia en la ciudad de Facativá, donde se sentía salvaguardada de las amenazas que había sido objeto.

10o.— Al verse obligada a retornar a laborar en la Inspección Departamental de Tobia, se rompió la unidad familiar y está imposibilitada de atender a sus menores hijos y a su digno esposo". (Fls. 16 y 17).

La accionante concreta sus peticiones así:

Que se ordene al señor Alcalde de Nimaima, al Delegado Permanente del Ministerio de Educación Nacional, al Gobernador del Departamento de Cundinamarca y al Ministerio de Educación Nacional, el traslado inmediato y definitivo de la peticionaria de la Inspección Departamental de Tobia al Municipio de Facativá (Cundi) o a otro municipio de la Sabana de Santa Fé de Bogotá.

También se ordene a las mismas autoridades mencionadas, el pago inmediato de los salarios y primas de navidad retenidos a la docente.

Y por último se ordene oficiar a la Procuraduría Regional del Departamento de Cundinamarca, para que se investigue disciplinariamente a los funcionarios de la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca, del Ministerio de Educación Nacional y al Alcalde de Nimaima (Cundi) por su posible responsabilidad en las omisiones en que han incurrido para el caso en examen.

La actora fundamenta su petición de tutela en la violación de sus derechos fundamentales consagrados en los artículos 11, 15, 25, 42 y 44 de la Constitución Nacional.

## EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal sustenta su fallo desfavorable a las peticiones de la demandada, diciendo en su proveído que los actos que fueron expedidos por el Alcalde de Nimaima y que motivan la acción adelantada por la actora, son verdaderos "actos administrativos", susceptibles de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., e igualmente de suspensión provisional, por lo cual el mecanismo de la tutela no sería procedente en cuanto la peticionaria dispondría de otros medios de defensa judicial. A más de lo anterior, expresa que la tutela no tendría el carácter de mecanismo transitorio, sino definitivo y que no se está en presencia de un perjuicio irremediable.

Del mismo modo sostiene, que de prosperar la acción, sóloamente podría referirse al municipio de Nimaima, porque si se accediera a las pretensiones del libelo, en el sentido de ordenar su traslado a otro municipio, se afectaría su presupuesto, y ni el Alcalde de Facatativá ni el de Santa Fé de Bogotá D.C., han sido informados de la presente acción por lo cual no se les podría imponer esa clase de obligaciones.

Por último, dice el Tribunal, que la "institución de la suspensión provisional", que es una medida cautelar en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, prevalece sobre la acción de tutela.

## LA IMPUGNACION

El impugnante ataca la decisión del *a-quo* afirmando:

Que la acción impetrada tiene por objeto principal la protección del derecho a la vida y la integridad personal de la actora, que están gravemente amenazados, tal como lo aceptó el Comité creado por resolución 15.316 de 1990, en su providencia de febrero de 1992, la cual recomendó su traslado.

Que las amenazas recibidas por la accionante, provienen de personas residentes en la Inspección Departamental de Tobía, Municipio de Nimaima (Cundinamarca); luego si aquélla se ve forzada a desarrollar su actividad docente en ese lugar, es claro que se le facilita a sus perseguidores ejecutar sus innobles propósitos y que por el contrario, si se le traslada a otro municipio de la Sabana de Bogotá, ese riesgo disminuye notoriamente, y además se le permitirá contar con la cercanía y apoyo de su esposo e hijos.

También dice en su escrito, que una mujer sola y lejos de su familia puede ser presa fácil de quienes la amenazan, por manera que le pueden "cegar (sic) la vida o causarle graves daños a su integridad personal, derechos que en ningún momento pueden ser amparados mediante el proceso administrativo

que se insinua (sic)". Señala que el medio idóneo para proteger a la peticionaria, es el traslado de su lugar de trabajo y residencia.

Que en condiciones normales sería procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero que ante las características del caso, cuando el proceso termine, bien puede haber ocurrido que la accionante haya sido víctima de quienes la amenazaron.

Por último dice, que el mismo Tribunal, ante un caso similar (Expediente No. 92-291, actor: Alvaro José Ruiz Mesa, M.P. Dra. Teresa Rico de Morrelli) resolvió favorablemente a las peticiones del actor y que es inexplicable que no se proceda así para el caso en examen.

### CONSIDERACIONES:

Ante todo, precisa la Sala, que aun cuando la peticionaria solicitó la tutela de su derecho a la vida, a la intimidación personal, al trabajo, a la unidad familiar e invocó los derechos del niño, en su escrito de impugnación sólo manifiesta su inconformidad con la sentencia por no haber tutelado su derecho a la vida que, en su sentir, se encuentra gravemente amenazado; por ello, la Sala sólo se pronunciará respecto a este punto.

Relata la accionante que en 1989 en la localidad de Tobia, en donde prestó sus servicios de docente hasta ese año y a donde tuvo que volver por exigencias del Alcalde, fue amenazada gravemente su vida y la de su esposo e hijos, pero nada indica sobre la continuidad ni las circunstancias de la amenaza; simplemente se limita a informar que su situación fue estudiada por el Comité de Amenazados para el Departamento de Cundinamarca y presenta copia del auto 086 de febrero 19 de 1992, proferido por el referido Comité, en donde se recomienda a las entidades nominadoras, el traslado de la docente.

Pero como del texto del auto tampoco puede determinarse cuál fue la real situación que llevó al Comité a hacer la sugerencia de traslado, fue necesario solicitar a la Secretaría del Comité, los antecedentes de la providencia, de cuyo examen la Sala evidencia:

1.— Los hechos que originaron la solicitud de traslado de la docente datan de 1985; fecha en la cual su esposo, el señor Guillermo Hernández, fue agredido por algunas personas residentes en el municipio de Nimaima. Contra estas personas, perfectamente determinadas, cursa un proceso penal en el Juzgado Municipal de Nimaima.

2.— La última agresión de que dan cuenta los documentos, sucedió en el mes de noviembre de 1989, cuando el señor Hernández se involucró en una riña con integrantes del mismo grupo que, años antes, lo habían lesionado, lo cual dio origen a una querrela policiva.

3.— Las agresiones fueron dirigidas contra el señor Guillermo Hernández y sólo tangencialmente contra la peticionaria, cuando pretendía mediar en favor de su esposo.

4.— La razón de los problemas según la docente, es que su esposo en los ratos libres que le dejaba el desempeño de su empleo en Bogotá, trabajaba por la comunidad de Tobía y por ello “se creó una serie de malquerencias por parte de un sector de la población de esta Inspección”.

De lo anteriormente relatado, debe concluir la Sala, que no existe prueba alguna de que la vida de la accionante en la actualidad se encuentra amenazada. Los hechos violentos de que fue víctima su esposo ocurrieron en 1985 y 1989 y cesaron cuando la familia se trasladó a otra localidad en 1989. Por lo demás, desde enero del año en curso, la actora asumió nuevamente su cargo en la Inspección de Tobía, y ningún hecho que indique amenaza a su integridad se ha presentado.

De manera que, aun cuando es humano que su regreso al escenario de los hechos violentos ocurridos en 1989, haya causado “angustia” y “zozobra” a su familia, según los propios términos de la accionante, tal temor no amerita la protección constitucional de la tutela, que por ser una acción extraordinaria e inmediata, está reservada para aquellos casos en que la amenaza sea actual y real, para precaver la inminente vulneración de los derechos.

En el caso *sub lite* la protección que el Estado debe a la docente ya está operando por los canales legales, porque según consta en el expediente, el Comité Especial para Amenazados del Departamento de Cundinamarca ya sugirió a las autoridades competentes el traslado de la docente y esa declaratoria de la calidad de amenazada permite que pueda ser reubicada transitoriamente como lo prevé el Decreto 1645 de 1992, mientras se efectúa el traslado definitivo por el procedimiento señalado en el citado decreto y atendiendo las prioridades fijadas en el mismo y las que las necesidades exijan.

En consecuencia, la Sala concluye que, por las razones expuestas, es decir, porque no se probó que el derecho a la vida de la peticionaria se encuentra en peligro de ser vulnerado, no es procedente la tutela como mecanismo transitorio, que sería la única forma en que podría ser viable, dado que como bien lo anotó el Tribunal, tanto el requerimiento del Alcalde de Nimaima que menciona la peticionaria y al cual aluden los actos de suspensión provisional del empleo, como estos últimos, son susceptibles de ser demandados por la vía contenciosa, o sea, que para la accionante existe un medio judicial ordinario para impugnarlos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia de dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", mediante la cual niega la solicitud de tutela interpuesta por LUZ MARINA MORENO DE HERNANDEZ.

Notifíquese a la accionante a la dirección indicada.

Notifíquese telegráficamente al Alcalde de Nimaima (Cundinamarca).

Notifíquese al Ministro de Educación Nacional; al Gobernador de Cundinamarca; al Delegado Permanente del Ministerio de Educación Nacional ante el FER y al Comité Especial para Docentes Amenazados del Departamento de Cundinamarca.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Ausente; Jaime Abella Zárate, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Con salvamento de Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Con Salvamento de Voto; Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## **DERECHO A LA VIDA/TUTELA TRANSITORIA/PERJUICIO IRREMEDIABLE (Salvamento de Voto)**

Cuando la Carta Fundamental establece que la vida es inviolable, lo hace porque ella constituye un bien supremo. En el caso de autos, si no se protege de manera inmediata el derecho a la vida de la peticionaria, ésta corre el riesgo inminente de perder ese bien, el máspreciado, presupuesto básico de sus otros derechos fundamentales. La evaluación que hizo el Comité para Amenazados del Departamento de Cundinamarca le merece entero crédito al suscrito Consejero, pues como fruto de ese examen concluyó que debía trasladarse a la actora y que debía brindársele protección policial. Sin embargo, en el expediente obra la prueba plena de que desde el mes de noviembre del año próximo pasado la localidad carece de servicio de policía. O sea, que potencialmente existe un riesgo grande y grave para la vida de la peticionaria.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora.— Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-361. Actor: Luz Marina Moreno de Hernández.

Con el más profundo respeto por la decisión mayoritaria de la Sala me permito consignar las razones que me llevaron a disentir a la misma, extraídas de la ponencia que fue negada, a saber:

El artículo 86 de la Constitución Nacional, inciso tercero, establece que la acción de tutela “procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

El decreto 2591 de 1991, a su vez, señala en su artículo 8o. que la acción de tutela será procedente aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, si se encamina a evitarle un perjuicio irremediable.

Así mismo, el decreto 306 del 19 de febrero de 1992 dijo en su artículo 1o. que “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

La parte actora allegó al expediente los siguientes documentos:

1) Constancia expedida por la Directora de Escuelas de la Inspección de Tobia, Municipio de Nimaima, en fotocopia, en la cual se dice que la accionante labora como Docente en la Escuela Urbana San Juan Bosco, mediante Decreto de Traslado No. 1574 del 29 de abril de 1981. De igual manera, se expresa que “Ante los problemas que ha tenido que afrontar la citada Docente y su familia (esposo e hijos) se permite solicitar su traslado con el ánimo de evitar mayores consecuencias”. (sic). Esta constancia está calendada el 21 de noviembre de 1989 y aparece suscrita por Beatriz Saavedra de Pedroza. (Folio 3).

2) Copia autenticada del Auto No. 086 del 19 de febrero de 1992, en el cual el Comité de Amenazados del Departamento de Cundinamarca “RECOMIENDA: PRIMERO. Sugerir a las entidades Nominadoras (Secretaría de Educación-Alcaldía) el traslado de la Docent (sic) LUZ MARINA MORENO DE HERNANDEZ, quien labora en la Inspección de Tobia Municipio de Nimaima, con el fin de garantizarle la vida e integridad personal. SEGUNDO. Remitir copia del presente Auto a la División de Personal del Ministerio de Educación Nacional y a las Entidades Nominadoras”. (Folio 4).

3) Copia informal de la resolución número 15316 del 1o. de noviembre de 1990, proferida por el Ministro de Educación Nacional. “Por la cual se establece un procedimiento especial para el traslado de personal docente nacional y nacionalizado”. (Folio 5 y 6).

4) Copia informal de la resolución número 6637 del 11 de julio de 1991, proferida por el Ministro de Educación Nacional, “Por la cual se adiciona la Resolución 15316 de 1990”. (Folios 7 y 8).

5) Fotocopia del decreto 1910 del 5 de agosto de 1991, del Gobierno Nacional, “Por el cual se modifican los artículos 4 y 17 del Decreto 1706 del 1o. de agosto de 1989”. (Folios 9 y 10).

6) Registro civil de matrimonio de Guillermo Hernández Pinzón y Luz Marina Moreno Chávez. (Folio 11).

- 7) Registro civil de nacimiento de la menor Luz Adriana Hernández Moreno, nacida el 20 de septiembre de 1982, expedido por el Notario Veinticuatro del Círculo de Bogotá. (Folio 12).
- 8) Registro civil de nacimiento de la menor Laura del Pilar Hernández Moreno, nacida el 6 de abril de 1991, de la Notaría Diecinueve del Círculo de Bogotá. (Folio 13).
- 9) Certificación de la Coordinadora de la Guardería Norte, Caja de Previsión Social de Bogotá, del 9 de septiembre de 1992, respecto de la actividad docente en ese centro, del señor Guillermo Hernández Pinzón. (Folio 14).
- 10) Constancia expedida por la Rectora del Colegio San José de Facatativá, Sección Nocturna, el 9 de septiembre de 1992, en la que aparece que el señor Guillermo Hernández Pinzón presta sus servicios como Profesor de Sociales en la jornada nocturna y reside en Facatativá. (Folio 15).
- 11) Constancia expedida por el Inspector Departamental de Policía de Tobía, Nimaíma, Cundinamarca, de fecha 20 de octubre de 1992, en el sentido de que desde noviembre del año anterior no cuentan con servicio de Policía Nacional. (Folio 76).

El artículo 16 de la Carta Política del 86, atinente al Estado, fines, deberes sociales y responsabilidad, establecía que:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Por su parte, el artículo 11 de la Constitución del 91, reza:

“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.

A su turno, el artículo 4o. del decreto 2591 de 1991, al referirse a la interpretación de los derechos tutelados, contempló que:

“Se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

A este respecto, conviene mencionar algunos de los convenios suscritos por Colombia, y por tanto aplicables a este evento, a saber:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, cuyo artículo 8o. dice:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampara contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

b) Así mismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVIII, estipuló:

“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra autos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

c) Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, dijo en su artículo 25:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”.

d) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue suscrito por Colombia el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 29 de noviembre de 1969 (ley 74 de 1968); artículos 1 a 27.

e) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 6 a 15, fue suscrito y ratificado por las mismas fechas.

f) La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 31 de julio de 1973; artículos 1 a 25 (Ley 16 de 1972).

g) En el artículo 6 de la parte III del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se dice:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

h) En el artículo 4, de la Parte Primera, Capítulo II, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se dispone:

## “DERECHO A LA VIDA.

1.— Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Otros estatutos que se refieren al tema y que merecen citarse, son los siguientes:

A) Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

B) Artículo 1, Capítulo Primero, Derechos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que preceptúa:

“Todo ser humano tiene derecho a la vida a la libertad y a la integridad de su persona”.

C) Artículo 2 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), que consagra;

“1.— El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. La muerte no puede ser infligida intencionadamente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un Tribunal en el caso en que el delito sea castigado con esta pena por la ley”.

D) En la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica se expresa (Artículo 5o.):

“Nadie estará obligado a...; tampoco se pondrá a personal alguna...; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal;...”.

E) La Constitución española aprobada el 31 de octubre de 1978, determina en el Título I, Capítulo Segundo, Sección 1a., Artículo 15, lo siguiente:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

f) La Constitución Venezolana establece en su artículo 58 (Título III, Capítulo III), que:

“El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer pena de muerte ni autoridad alguna aplicarla”.

Al recuento anterior pueden agregársele otras consideraciones como éstas:

- 1.— Cuando la Carta Fundamental establece que la vida es inviolable, lo hace porque ella constituye un bien supremo.
- 2.— La vida es el derecho fundamental por excelencia, pues sin ella no es posible disfrutar ninguno de los otros derechos.
- 3.— La vida es entendida por la mayoría de las religiones como un don de Dios.
- 4.— La vida de cada ser humano es irrepetible.
- 5.— Pese a los adelantos científicos, el hombre no ha podido crear vida.

Es en este momento, pues, cuando surge la pregunta inevitable: ¿Qué es la vida? Y en verdad hay que dejar sentado que este interrogante, que ha sido constante para los hombres de todos los tiempos, sigue sin una respuesta definitiva.

Es sabido que en cuanto a este punto existen dos teorías predominantes: la de los materialistas o mecanicistas, para quienes la vida no es más que el resultado de una organización más o menos compleja de la materia; y la de los vitalistas o finalistas, para quienes tiene su origen en una fuerza superior que insufla a los seres un principio vital, que en el caso de los hombres se identifica con el “alma”.

Los primeros defensores de estas teorías fueron Demócrito (470-380 A. de C.) y Aristóteles (384-322 A. de C.).

Demócrito suponía que toda la materia estaba formada por unas partículas diminutas, llamadas “átomos” (en griego, indivisibles). La vida, entonces, era debida únicamente a que los seres que la poseían tenían un tipo particular de átomos redondeados que, dispersos por todo el organismo, les proporcionaban las características vitales.

Aristóteles, por su lado, opuesto a esta teoría, decía que los seres vivos estaban compuestos de idénticos elementos que la materia inerte, pero que, a diferencia de ésta, poseían una fuerza o “principio vital” concedido por un

ser superior. Este principio vital se consideraba inmortal, no teniendo la vida fin en sí misma, sino en función de su Creador.

Si bien a lo largo de los siglos estas teorías han sufrido modificaciones que se dirigen a evitar la radicalización de posturas, lo cierto es que la polémica entre materialismo y vitalismo ha sido una constante histórica influida más por doctrinas filosóficas y religiosas que por un pensamiento científico estricto.

De allí en adelante, ha sido la investigación científica la que se ha encargado de establecer un deslinde claro entre los aspectos meramente religiosos o políticos y la realidad de la evolución, lo que ha permitido importantes adelantos y conclusiones en cuanto al origen de la vida humana.

Paul Davies, profesor de Matemáticas aplicadas en el King's College de Londres y catedrático de Física Teórica en la Universidad de Newcastle, afirma en su obra "Dios y la Nueva Física";

"De acuerdo con el teólogo, la vida es el milagro supremo, y la vida humana constituye la culminación del plan cósmico divino. Para el científico, la vida es el fenómeno más sorprendente de la naturaleza. Hace cien años, el tema del origen y la evolución de los seres vivos se convirtió en el campo de batalla de una de las más grandes controversias entre ciencia y religión". (Biblioteca Científica Salvat, Barcelona, 1986, Pág. 69).

Más adelante, sostiene lo que a continuación se transcribe:

"La Biblia afirma bastante explícitamente que la vida es un resultado directo de la actividad de Dios; no apareció de manera natural como resultado de procesos físicos ordinarios puestos en marcha después de la creación del Cielo y la Tierra. Dios decidió crear, por medio de su divino poder, primero las plantas y los animales y después Adán y Eva. Desde luego, la inmensa mayoría de cristianos y judíos están de acuerdo en la actualidad en conceder un carácter alegórico al libro del Génesis y no intentan defender la versión bíblica del origen de la vida como un hecho histórico. A pesar de ella, la naturaleza divina de la vida humana sigue siendo el dogma central de la doctrina religiosa contemporánea".

"¿Tiene la vida un origen divino? ¿Violó Dios las leyes de la física y de la química manipulando las moléculas de materia inerte con el fin de producir de forma milagrosa el primer ser vivo? ¿Manipuló posteriormente la estructura genética de algún simio hace miles o millones de años para crear al hombre? ¿O es la vida, por el contrario, un resultado de actividades químicas y físicas naturales (aunque complejas) y el hombre es el producto final de un largo y evolucionado desarrollo?"

¿Puede crearse la vida artificialmente en el laboratorio, o debe contener un ingrediente adicional, una chispa divina, antes de que sea viable?”.

“¿Qué es la vida? Para el físico, las dos características distintivas de la vida son complejidad y organización. Incluso un simple organismo unicelular muestra una complejidad que no admite comparación con ningún producto del ingenio humano. Considérese, por ejemplo, una humilde bacteria...”.

“... Hay quien piensa que es imposible construir vida a partir de algo carente de ella, de modo que, en su opinión, debe existir algún ingrediente adicional no material en el interior de todos los seres vivos, una fuerza vital o una esencia espiritual debida, en última instancia, a Dios. Esta es la vieja teoría del vitalismo”.

“Un argumento empleado con frecuencia en apoyo del vitalismo tiene que ver con el comportamiento. Una característica de los seres vivos es que parecen comportarse de acuerdo con un propósito, como si estuvieran encaminados hacia un fin específico. Esta cualidad ‘teleológica’ se muestra de forma más evidente en las formas de vida superiores, aunque incluso una bacteria puede dar la impresión de estar esforzándose para llevar a cabo ciertas tareas rudimentarias como la captura de alimento”.

.....

Decir que la vida no contradice las leyes de la física no es, desde luego, lo mismo que decir que las leyes de la física expliquen la vida...”.

.....

El origen de la vida sigue siendo uno de los grandes misterios para la ciencia. El enigma principal es decidir a partir de qué umbral de complejidad estructural se puede hablar de vida...”. (Biblioteca Científica Salvat. Barcelona, 1986, páginas 71 a 81).

Bien podría efectuarse un recorrido a través de los ensayos y teorías de los científicos y pensadores que han defendido una u otra posición, lo cual probablemente rebasaría la intención de esta providencia, que no es otra que la de mostrar un atisbo en lo que respecta con esta apasionante problemática que agita el entendimiento humano desde su aparición en el universo porque la naturaleza de la vida ocupa un lugar especial en el conjunto de creencias y conceptos de todos los seres humanos. Por consiguiente, es sencillo concluir que todos los demás derechos que se catalogan como fundamentales, tienen su punto de partida y desarrollo en el respeto al de la vida.

No sobra mencionar, de otra parte, que desde hace ya varios lustros la vida, como derecho, ha perdido buena parte de su trascendencia e importancia en la escala de valores de la sociedad colombiana; de suyo, podrían citarse cientos de ejemplos que demuestran la lamentable depreciación y la desfiguración de este derecho.

Por eso, no es redundante traer a colación razonamientos como el que sigue:

“Los derechos fundamentales no son, pues, otra cosa que el reconocimiento de la existencia física y social que se deben recíprocamente todos los miembros de una sociedad”.

“... Entre indiferencia e impotencia se da una causalidad circular: los colombianos somos indiferentes ante la violencia por causa de nuestra incapacidad para controlarla, y somos impotentes porque permanecemos colectivamente pasivos ante ella”.

“El triple derecho a la vida, la libertad y la dignidad es la base ética y política de toda convivencia. Constituye el núcleo del así llamado ‘contrato social’ que funda la sociedad política civilizada. Es el fundamento de todo ordenamiento ético, político y, por lo tanto, también jurídico, y es el principio de todos los demás derechos. Por ello, estos derechos primarios tienen una fuerza obligatoria absoluta y no pueden ser subordinados a la consecución de ningún otro derecho derivado”.

“En efecto, los derechos a la propiedad, al trabajo, la educación y la cultura, a la participación política, etc., no pueden ser entendidos sino como explicitaciones y consecuencias derivadas del derecho fundamental a la vida y la libertad...”. (Los equívocos de los derechos humanos en Colombia; Luis Alberto Restrepo M., revista Análisis Político, No. 16, mayo a agosto de 1992, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia; páginas 23 y ss.).

Esto es, que con dolor pero con sinceridad, hay que aceptar que en nuestro país, por múltiples factores y causas, la vida humana ha dejado de respetarse como el valor supremo y esencial que es. Y este aserto asume casi las características de un “hecho notorio”, que prácticamente no requeriría prueba de ninguna clase, sino que habría que presumirlo, al menos en algunos sectores del país, que desgraciadamente son cada vez más numerosos.

Pues bien, en el caso de autos esa es la sensación que le provocaron al suscrito Consejero las piezas documentales que obraban en el expediente; es decir, la de que si no se protege de manera inmediata el derecho a la vida

de la peticionaria, ésta corre el riesgo inminente de perder ese bien, el máspreciado, presupuesto básico de sus otros derechos fundamentales.

Ciertamente, a esa conclusión conducen documentos como la certificación de la Directora de Escuelas de la Inspección de Tobia (folio 3); el Auto No. 086 del 19 de febrero de 1992, del Comité Especial para Amenazados del Departamento de Cundinamarca (folio 4); y el del Inspector Departamental de Policía de Tobia, Nimaima, Cundinamarca (folio 76).

De otro lado, al ordenar su traslado, es evidente que la peticionaria vería protegido su derecho al trabajo (Art. 25, C.N.), de manera integral, lo mismo que el derecho a su intimidad personal y familiar (Art. 15, C.N.), toda vez que al poder laborar en un sitio donde no vea amenazada su vida, podría reorganizar su núcleo familiar de modo conveniente.

Igual aserto puede hacerse en cuanto a otros derechos que la Carta Fundamental califica como "sociales, económicos y culturales", como los de mantener la unidad familiar (Art. 42, C.N.), y los que sí son fundamentales de sus hijos menores (Art. 44, C.N.), como los de tener una familia y no ser separados de ella, que recibirían una adecuada protección como secuela de la prosperidad de la solicitud en cuanto al traslado de la actora.

La evaluación que hizo el Comité para Amenazados del Departamento de Cundinamarca le merece entero crédito al suscrito Consejero, pues que como fruto de ese examen concluyó que debía trasladarse a la actora, en primer término; y posteriormente, concluyó que debía brindársele protección policial. Sin embargo, en el expediente obra la prueba plena de que desde el mes de noviembre del año próximo pasado la localidad carece de servicio de policía. O sea, que potencialmente existe un riesgo grande y grave para la vida de la peticionaria.

El trámite de la acción de tutela es breve y sumario; por consiguiente, parece contrario a su filosofía reclamar una etapa probatoria similar a la de los juicios ordinarios. Pero, además, para el suscrito Consejero las documentales que fueron allegadas luego de ser negada la ponencia final, no tienen el alcance que la sentencia definitiva les dio, porque en verdad no desvirtúan el riesgo inminente en que se encuentra la actora de perder la vida, aunque sea cierto que las amenazas e inclusive ataques que dieron comienzo a este estado de cosas, hayan sido dirigidos principalmente contra su esposo.

En síntesis, para el suscrito Consejero sí se daban las condiciones indispensables para la prosperidad de la acción, y por tanto, ha debido revocarse el fallo impugnado y en su lugar, acceder a la protección tutelar invocada.

Atentamente,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora*, Consejero de Estado.

## DERECHO A LA VIDA (Salvamento de Voto)

Por tener la vida un valor ilimitado, causa de una protección también ilimitada, la posibilidad de disponer de otros medios de defensa judicial, no es obstáculo para que el Estado proteja a través de la tutela la vida de sus conciudadanos. Tampoco es óbice para que opere la protección, la falta de prueba plena de la amenaza o su reconocimiento suficiente por parte de las autoridades, porque como lo ha expresado la doctrina, este derecho "no requiere para su plena existencia de la creación o el reconocimiento de la sociedad, del Estado o de una autoridad política, por lo que tampoco puede ser limitado o desconocido por ellos". En el caso de autos la protección ha sido solicitada por la actora y la amenaza y el peligro fueron reconocidos y evaluados por el Comité de Amenazados creado por el gobierno para el efecto. La recomendación de traslado por parte de dicho Comité da testimonio del temor de la docente, de la justificación de la protección y de la viabilidad de la tutela. En casos como el planteado en los que está de por medio la vida de una ciudadana, se está ejerciendo la acción de tutela, la prueba, no debería ser tan exigente como en los procesos judiciales.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del Dr. Yesid Rojas Serrano.— Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-361. Actor: Luz Marina Moreno de H.

Respetando como el que más la decisión mayoritaria de la Sala, en forma cordial me permito disentir de la conclusión de esta providencia en el sentido de denegar la tutela impetrada, "porque no se probó que el derecho a la

vida de la peticionaria se encuentra en peligro de ser vulnerado, no es procedente la tutela como un mecanismo transitorio, que sería la única forma en que podría ser viable, dado que como bien lo anotó el Tribunal, tanto el requerimiento del Alcalde de Nimaima que menciona la peticionaria y al cual aluden los actos de suspensión provisional del empleo, como estos últimos, son susceptibles de ser demandados por la vía contenciosa, o sea, que para la accionante existe un medio judicial ordinario para impugnarlos”.

En primer lugar, vale la pena tener presente que en el caso de autos se impetra la protección del derecho a la vida, que además de ser inherente a la persona humana, es esencial, inviolable y base de todos los derechos. Estas características no solamente le dan un valor ilimitado, sino que lo hacen acreedor a una protección igualmente ilimitada y a un tratamiento peculiar y diferente al de cualquier otro derecho.

Modestamente considero que en tratándose del derecho a la vida la tutela no debería manejarse con los criterios aplicables respecto a otros derechos que tengan relación con los bienes, con la propiedad, por ejemplo, en los cuales se merece la protección en la medida que cumplan una función social.

La violación del derecho de propiedad, del trabajo, de la seguridad social, etc., puede repararse mediante el ejercicio de las acciones judiciales. El derecho a la vida es irreparable y no permite al amenazado someterse a esperar el trámite y la resolución de todo un proceso a fin de lograr su protección.

Por tener la vida un valor ilimitado, causa de una protección también ilimitada, la posibilidad de disponer de otros medios de defensa judicial, no es obstáculo para que el Estado proteja a través de la tutela la vida de sus conciudadanos.

Tampoco es óbice para que opere la protección, la falta de prueba plena de la amenaza o su reconocimiento suficiente por parte de las autoridades, porque como lo ha expresado la doctrina, este derecho “no requiere para su plena existencia de la creación o el reconocimiento de la sociedad, del Estado o de una autoridad política, por lo que tampoco puede ser limitado o desconocido por ellos”. (John O. Manrique, “Derechos Universales e Inalienables. Una búsqueda de su fundamentación”, en Human Rights.

Frente a la apreciación anterior hay que tener en cuenta que en el caso de autos la protección ha sido solicitada por la actora y la amenaza y el peligro fueron reconocidos y evaluados por el Comité de Amenazados creado por el Gobierno para ese efecto. La recomendación de traslado por parte de dicho Comité da testimonio del temor de la docente, de la justificación de la protección y de la viabilidad de la tutela.

En segundo término, en casos como el planteado en los que está de por medio la vida de una ciudadana, se está ejerciendo la acción de tutela, la prueba, según nuestro modesto criterio no debería ser tan exigente como en los procesos judiciales. La acción de tutela no es un proceso sino un procedimiento extraordinario, rápido, eficaz, para lograr con prontitud la protección de un derecho fundamental, a la cabeza de los cuales se encuentra el de la vida.

Atentamente,

*Yesid Rojas Serrano*, Consejero de Estado.

**TUTELA CONTRA PARTICULARES—Improcedencia/SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACION/DERECHO A LA EDUCACION/REGLAMENTO ESTUDIANTIL/LIBERTAD DE APRENDIZAJE**

Aún cuando la modalidad de matrícula extraordinaria es un derecho que asiste a los educandos y que la institución educativa está en la obligación de atender, de tal derecho debe hacerse uso en la respectiva oportunidad, pues las disposiciones previstas en el reglamento estudiantil del cual forma parte el calendario académico, son de obligatorio cumplimiento tanto para el centro educativo, como para el alumno. El aprendizaje es un derecho constitucionalmente instituido con carácter fundamental y como tal, goza de protección mediante la acción de tutela; sin embargo, ello no significa que la labor protectora que cumple la autoridad judicial, pueda llegar hasta el límite de exigir a la institución educativa que desborde las previsiones consagradas en el reglamento estudiantil.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. AC-385. Actor José Julián Figueroa Coral.

Decide la Sala el recurso de impugnación, interpuesto por la parte actora, contra la providencia de septiembre 29 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

### ANTECEDENTES:

1) En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la C.N., el señor JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL, por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, instauró acción de tutela, contra el CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, de la ciudad de Pasto.

2) Concretamente, la acción se origina por las decisiones de 5, 12, 19 y 26 de agosto de 1992, expedidas por el Consejo Académico y el Consejo Superior del mencionado plantel educativo, mediante las cuales negaron al actor, la autorización de matrícula extemporánea para el último semestre de la carrera que allí viene cursando.

3) Los hechos que le sirven de fundamento a la demanda, pueden sintetizarse en los siguientes:

- El actor es un joven de extracción campesina.
- Adelanta sus estudios de "TECNOLOGIA EN EDUCACION FISICA", en el CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI de la ciudad de Pasto.
- Los gastos que demanda la carrera, tales como habitación, alimentación, transporte y en fin, los inherentes a sus estudios, los sufraga su señora madre, pues depende económica y exclusivamente de ella.
- Su señora madre deriva su subsistencia y la de su familia, de las pesadas labores domésticas y del campo, no recibe un solo centavo a título de ayuda de su padre.
- Por la precaria situación económica que atraviesan, ha tenido que hacer mucho sacrificio para sostener a su hijo en la carrera.
- Sin haber terminado de cancelar la deuda correspondiente al penúltimo semestre, el centro educativo abrió las matrículas ordinarias para el último semestre, circunstancia que llevó al joven estudiante a que quedara pendiente para el período de matrículas extraordinarias.
- Solamente hasta el 2 de agosto y gracias a la ayuda de algunos familiares, logró conseguir el valor de la matrícula.
- El 3 de agosto, acude ante la institución educativa, en solicitud de matrícula extraordinaria, petición que le fue negada.

– El 4 del mismo mes y año, acude ante el Consejo Académico, y allí verbalmente le responden que la solicitud fue denegada.

– El 11 de agosto, mediante escrito insiste en su petición ante el Rector y el 13 recibe una carta, donde le manifiesta que el Consejo Académico, negó la petición.

– Como a juicio del peticionario, los actos mediante los cuales el centro educativo le negaba sus respectivas peticiones, no reunían los requisitos elementales que debían contener, tales como falta de motivación e indebida notificación al interesado, presentó una solicitud de revocatoria directa.

– La solicitud de revocatoria directa le fue denegada. En la respectiva respuesta le informan que el beneficio de matrícula extraordinaria fue concedida a cuatro alumnos y que las demás fueron denegadas “por las condiciones particulares” y que la revocatoria directa es improcedente, sin indicar el motivo de la improcedencia.

– El día lunes 24 de agosto, no se le permitió el acceso al centro educativo, ni siquiera en calidad de asistente, como se le venía permitiendo desde el inicio de clases.

### **LAS PRETENSIONES:**

Las concreta en dos, así:

a) **Previa.** Consistente en la solicitud de suspensión de las decisiones, expedidas por la entidad accionada y en su lugar, expedición de matrícula condicional hasta que el Tribunal decida sobre la acción de tutela, y

b) **De fondo.** Protección de los derechos que con la conducta de la entidad accionada, considera vulnerados.

Estima que por no habersele permitido la matrícula extraordinaria, para el último semestre de su carrera, el establecimiento educativo ha incurrido en violación a los siguientes derechos de rango constitucional fundamental:

Respecto a la dignidad humana, igualdad ante la ley, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho al aprendizaje y derecho al debido proceso, consagrados en los artículos 1o., 13, 15, 27 y 29 de la actual codificación constitucional.

### **CONCEPTO DE VIOLACION:**

Considera transgredidos los mencionados derechos, por cuanto la razón que lo llevó a atrasarse en el pago de la matrícula, fue la precaria situación

económica. La institución educativa al negarle sus reiteradas solicitudes, transgredió el principio consagrado en el artículo 1o. de la C.N., según el cual, Colombia es un estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana. Al conceder matrícula extraordinaria a unos alumnos y negársela a otros, sin ninguna explicación, transgrede el artículo 13, según el cual todas las personas tendrán las mismas oportunidades sin ninguna discriminación. Al hacer la solicitud de pago de matrícula extraordinaria, se vio obligado a poner en conocimiento de la institución educativa, la calamidad doméstica, actitud que resulta violatoria del derecho a la intimidad personal y familiar, estatuida en el artículo 15 de la Carta. Al no autorizarle la matrícula extraordinaria sin motivación de ninguna índole, se le violó el derecho al aprendizaje previsto en el artículo 27. Finalmente, como los actos mediante los cuales se le niegan sus respetuosas peticiones, carecen de motivación, constituye violación al debido proceso, consagrado en el artículo 29.

### ACTUACION DEL TRIBUNAL:

1) El Tribunal Administrativo de Nariño, asumió el conocimiento del asunto, y en proveído de 4 de septiembre de 1992, atendió la petición previa contenida en la demanda, consistente en ordenar al CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, le permitiera al actor, la asistencia regular a las clases en último semestre de la carrera "TECNOLOGIA EN EDUCACION FISICA".

2) En providencia de 29 de septiembre de 1992 (impugnada), accedió a la acción de tutela. En consecuencia, ordenó al CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, procediera de inmediato a matricular al actor en el sexto semestre de la carrera "TECNOLOGIA EN EDUCACION FISICA", restableciendo en todos sus derechos, como alumno regular de la institución.

3) Para adoptar la decisión, el Tribunal expuso los siguientes argumentos:

Si bien es cierto que el accionante en forma expresa no indica que el derecho que considera violado es el de la educación, también lo es que, examinado en su contexto el escrito a través del cual ejercita la acción, no se arriba a conclusión distinta a la de que la violación se predica respecto de ese derecho, pese a que en él se alude a la transgresión del debido proceso, de la libertad de aprendizaje, del principio de igualdad ante la ley y de la amenaza del derecho de la intimidad personal y familiar, pues, el quebranto de esas garantías y derechos mediante las acciones y omisión de que da cuenta el actor se argumenta para reclamar contra la negativa de las autoridades docentes del Centro de Estudios Superiores María Goretti -CESMAG- de permitirle el acceso a la educación superior en su modalidad de "Tecnología en Educación Ff-

sica”, derecho y servicio público éste que, según lo declara el artículo 67 de la Constitución Nacional, tiene una función social y “con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura”.

El hecho de que el canon que contiene el derecho en cita no haga parte del capítulo I, Título II de la Carta, destinada a consagrar los Derechos Fundamentales, no le hace perder ese carácter, tal como lo ha expresado la H. Cotes (sic) Constitucional a través de su Sala Cuarta de Revisión de Acciones de Tutela en fallo fechado el 8 de mayo del año en curso proferido dentro del expediente No. T - 644 con ponencia del Doctor Alejandro Martínez Caballero, tratándose por consiguiente, de un derecho tutelable de conformidad con lo preceptuado por el artículo 86 de la Constitución que exige como uno de los requisitos para la viabilidad de la protección por medio de la acción de tutela, que el derecho fundamental haya sido violado o amenazado, debiéndose averiguar, por tanto, si en el caso bajo examen el derecho a la educación fue objeto de esas acciones.

Las pruebas traídas al expediente demuestran que el señor JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL al no haberse podido matricular al sexto semestre de la carrera en Tecnología en Educación Física que venía cursando en el Centro de Estudios Superiores María Goretti -CESMAG- en las fechas acordadas para la realización de matrículas ordinarias y extraordinarias, acudió, inicialmente, al Consejo Académico de esa Institución mediante escritos fechados el 4 y el 11 de agosto de este año a solicitar se le autorice matrícula extemporánea exponiendo como motivo justificativo de su retardo, la precaria situación económica suya y de su familia y, posteriormente con el mismo fin, al Consejo Superior, a través de peticiones suscritas los días 12 y 18 del mismo mes y año, las cuales le fueron desatendidas. En el mismo sentido petitionaron otros estudiantes de dicho Centro Educativo, exponiendo sus razones y, algunos de ellos, acompañando pruebas de sus aseveraciones.

No obstante ser las peticiones presentadas por el Señor JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL lo suficientemente respetuosas, los miembros del Consejo Académico ni siquiera les dieron lectura, tal como se desprende del examen de las actas Nos. 014 y 015 correspondientes a las sesiones de los días 5 y 12 de agosto de este año, respectivamente (ver fs. 63 y 66 del expediente), procediendo a decidir al respecto sin fundamento real y más aún, en forma global y con total desconocimiento del contenido de las solicitudes, salvo, eso sí, los casos de las señoritas SANDRA PATRICIA ORDOÑEZ, GLORIA ANDRADE y CARMEN N. BASTIDAS, de quienes se dice en el acta de la primera de las sesiones referidas, se dio lectura a sus cartas y se les autorizó su inscripción y matrícula, documento de los cuales, se debe anotar, el Centro de Estudios Su-

periores Marfa Goretti —CESMAG— no remitió la copia requerida como si lo hizo en relación con las solicitudes presentadas por los demás estudiantes.

Se observa en ese proceder un trato discriminatorio y el quebrantamiento del derecho de petición de consagración constitucional y reglamentación legal.

En el Consejo Superior, en la sesión del 13 de agosto de este año se acordó autorizar matrículas extemporáneas a JOSE MARCELO VALLEJOS, RAMIRO CUESVAS y LUIS CARLOS MARTINEZ RAMOS en atención a que, los dos primeros no pudieron viajar a esta ciudad en la fecha señalada para matrículas extraordinarias por obstrucción de la vía y el último, porque se encontraba en una situación muy especial (fs. 71). Y en la sesión de agosto 19 se concedió ese mismo beneficio a CARLOS ENRIQUE LANDAZURY aceptando como justificación la imposibilidad de hacerse presente en esta ciudad en la fecha antes indicada por taponamiento de la carretera, petición de la que expresa “se acoge al párrafo único del artículo 56 del Acuerdo 008 de junio 10 de 1992 (Reglamento Estudiantil)”. (fs. 74 del expediente).

Si se comparan las solicitudes dirigidas al Consejo Superior por LUIS CARLOS MARTINEZ RAMOS y JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL que en copias mecánicas obra a folios 114 y 109 del expediente en su orden, se advierte que prácticamente son iguales ya que se fundamentan en un mismo hecho justificativo, o sea, la estrechez económica de cada uno de ellos y de sus familias, y sin que se hubiese acreditado esa circunstancia con aportamiento de prueba alguna.

No se entiende, entonces, cómo una misma corporación da tratamiento diverso a dos personas que se encuentran en situaciones análogas, incurriendo así en clara contradicción al aceptar en favor de una de ellas como válida una excusa que se considera ineficaz para la otra. No basta para justificar ese anómalo comportamiento la simple decisión de calificar como “situación muy especial” la de una de aquellas, pues, si es especial para una, debe serlo para ambas.

En eventos como los expuestos en su petición por el ahora accionante, no pueden reclamarse pruebas, porque exigir la demostración de hechos de esa índole atenta contra el derecho a la intimidad de que trata el artículo 15 de la Constitución Nacional. Debe recurrirse en estos casos a la lógica, con apoyo en la cual no se puede llegar a conclusión distinta a la de que si una persona que debe cursar el último semestre de su carrera no se matriculó oportunamente y posteriormente solicitar autorización para hacerlo, es porque afrontó una situación ajena a su voluntad que no se lo permitió. Ningún beneficio derivaría de la sustracción voluntaria a esa obligación.

Con argumentos semejantes a los expuestos, el mentado Consejo concedió orden de matrícula extemporánea a quienes por obstrucción de la vía a la fecha de matrículas extraordinarias no pudieron viajar a esta ciudad, es decir aceptando la ocurrencia de un hecho impeditivo que efectivamente fue acreditado, pues por tratarse de un hecho no vinculado con la intimidad bien podía requerirse su prueba. No puede afirmarse que dicho motivo sea de mayor entidad al que determinó la conducta de JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL puesto que ambos constituyen obstáculos insalvables para el cumplimiento de la obligación de matricularse oportunamente, debiéndose poner de presente, eso sí, que mayor reproche merece el obrar de aquéllos, por su imprevisión, el dejar para última hora el adelantamiento de las gestiones respectivas, incluido el viaje, claro está.

Tampoco es de recibo la fundamentación expuesta por el Consejo para autorizar la matrícula de CARLOS ENRIQUE LANDAZURY, consistente en que su petición se acoge al parágrafo único del artículo 56 del Acuerdo 008 del 10 de junio de 1992 (Reglamento Estudiantil), en vista de que esta norma regula materia sustancialmente diferente a la que nos ocupa, como que hace referencia a la forma y oportunidad en que deben interponerse recursos contra providencias que impongan sanciones disciplinarias académicas, y a ella al parecer acude la referida corporación tratando de dar visos de legalidad a sus determinaciones ante la ausencia de disposición expresa reguladora de matrículas extemporáneas.

Para el Tribunal el motivo manifestado por JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL a los Consejos Académico y Superior del Centro de Estudios Superiores María Goretti —CESMAG— al solicitarles autorización para matricularse extemporáneamente al último semestre de la carrera “Tecnología en Educación Física”, es igualmente atendible, al menos, como lo fueron los expuestos por los demás estudiantes a quienes se les concedió la gracia impetrada.

Asimismo observa que por falta de estudio de la petición respectiva por parte del Consejo Académico y, además, por haberse sometido a un tratamiento discriminatorio en ambas corporaciones, se le negó injustificadamente al actor el ingreso al último semestre de la carrera “Tecnología en Educación Física”, vulnerándose de esta forma el derecho fundamental de la educación consagrado por el artículo 67 de la Constitución Nacional. Por consiguiente, es del caso acceder a los pedimentos del actor, disponiendo los ordenamientos tendientes a la protección de dicho derecho fundamental objeto de la infracción.

## FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION:

El Rector, en su calidad de Representante legal del Centro de Estudios Superiores MARIA GORETTI, por intermedio de apoderado debidamente constituido, impugna la providencia del Tribunal con el fin de que sea revocada, petición que fundamenta básicamente con el siguiente argumento:

No se discute que la educación sea un derecho fundamental, susceptible de protección mediante la acción de tutela, teniendo en cuenta su valor esencial para la persona, razón y fin de las garantías constitucionales.

Sin embargo, afirma, la educación es un derecho-deber, respecto del cual su tutelar tiene al mismo tiempo una obligación que cumplir: Las condiciones legales, estatutarias y reglamentarias que organizan el proceso de la enseñanza. El incumplimiento de esas obligaciones, da lugar a las sanciones preestablecidas y la entidad que las dicta y promulga, está en la obligación de velar por su estricto cumplimiento.

De conformidad con el reglamento estudiantil, el aspirante que no haya hecho uso del derecho a la matrícula dentro de los plazos señalados, pierde la calidad de estudiante, sin que ello implique la eliminación del derecho a educarse en el semestre próximo.

Finalmente expresa que motiva la alzada, conocer el criterio de esa Corporación sobre el valor jurídico de los reglamentos que desarrollan los procesos de enseñanza, como contenido del derecho a la educación.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) Conforme al artículo 86 de la C.N., toda persona tiene acción de tutela, para reclamar ante los jueces, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y de las personas privadas, en la forma que determine la ley.

2) Esta acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.

3) En el *sub-lite*, se ejercita la acción frente a la conducta asumida por el Centro de Estudios Superiores MARIA GORETTI, institución de derecho privado, con sede en la ciudad de Pasto (Nariño), por no haberse atendido al accionante, sus peticiones tendientes a que se le autorizara la matrícula extemporánea, en virtud a que no lo había hecho oportunamente, dada la precaria situación económica en que se hallaba.

4) Conforme al artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario de la acción de tutela, ésta procede contra acciones u omisiones de particulares, cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, esté encargado de la prestación del servicio público de la educación, para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.

5) El Tribunal Administrativo de Nariño, con base en el material probatorio allegado al expediente, encontró probado que el CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, había transgredido al actor el derecho a la educación y en consecuencia accedió a la acción de tutela.

6) El impugnante por su parte, no discute que la educación es un derecho fundamental, ni niega la procedencia de la acción de tutela para garantizar su efectividad;

7) Su inconformidad radica en que:

a) La institución educativa sí resolvió las peticiones al actor:

b) Que el haber negado al actor la solicitud de matrícula extemporánea, y haber concedido tal beneficio a otros estudiantes, no constituye una conducta arbitraria y tal proceder no equivale a tratamiento preferencial.

c) El actor no cumplió oportunamente con el deber reglamentario de matricularse, y es enfático en señalar que la razón fundamental que lo induce a interponer el recurso de impugnación, es para que esta Corporación emita un pronunciamiento sobre la eficacia jurídica de las normas reglamentarias adoptadas para el desarrollo del derecho a la educación.

8) Esta Corporación, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, en el sentido de que el aprendizaje es un derecho fundamental susceptible de protección mediante la acción de tutela. En efecto, en providencia de abril 30 del año en curso, dictada en el expediente No. AC-068, actor: ARACELY LEON MEDINA y JORGE MERCADO, con ponencia de la doctora DOLLY PEDRAZA DE ARENAS, en lo pertinente, dijo:

Por otra parte, ciertamente la enseñanza es un servicio público que cumple una función social y que está sometido a la ley y a la estrecha inspección y vigilancia del Estado, no sólo para velar por su calidad, sino para garantizar la formación de los educandos. (Artículos 67, 150-23 y 189-21 C.N.).

Ello presupone que el estudiante en sus relaciones con el establecimiento docente, a cargo del Estado o de los particulares, adquiere no solamente obligaciones sino derechos protegidos por la Constitución y la

ley, protección que incluye la acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación del servicio, cuando se trata de amparar los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29 y 38 de la Constitución, como lo dispone el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

9) Siendo que el aprendizaje es un derecho susceptible de protección mediante la acción de tutela, y que este instrumento extraordinario de defensa de derechos fundamentales procede contra acciones y omisiones de particulares encargados de la prestación del servicio público de la educación, la Sala examinará si efectivamente, el proceder del CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI al no haber concedido autorización de matrícula extemporánea al actor, constituye violación del mencionado derecho.

10) En primer lugar dirá la Sala que las disposiciones consagradas en la ley, estatutos y reglamento estudiantil son de obligatorio cumplimiento, tanto para el centro educativo, como para los educandos.

11) En el caso particular, se trata de dilucidar, si conforme al reglamento estudiantil del CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, está prevista la modalidad de matrícula extemporánea. En caso afirmativo, se examinará si el peticionario reunía las condiciones para tener derecho a tal beneficio.

12) Para definir la controversia la Sala expone las siguientes razones:

12-1) Al expediente, se allegó un ejemplar del Acuerdo No. 008 de junio 10 de 1992, expedido por el Consejo Superior del CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, contentivo del reglamento estudiantil, el cual en el artículo 8o. contempla la modalidad de matrícula ordinaria y matrícula extraordinaria, en los siguientes términos:

a) **Matrícula ordinaria:** Cuando se realiza bajo las condiciones normales académicas.

b) **Matrícula extraordinaria:** Es aquella que por razones válidas y con el visto bueno del Director de Unidad se autoriza realizar fuera de las fechas previstas para la matrícula ordinaria y programada dentro del calendario académico.

12.2. A folios 55 y 56 del expediente, obra copia del Acuerdo No. 039 de 1991, por el cual el CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, adoptó el calendario académico y señaló fecha para la realización de matrículas ordinarias y extraordinarias, correspondientes al segundo período lectivo de 1992, así:

Matrículas ordinarias VI semestre:

Junio 25 de 8:00 A.M. a 12:00 M. y de 2:00 P.M. a 6:00 P.M.

Matrículas extraordinarias:

Julio 27 de 8:00 A.M. a 12:00 M.

12.3. Según lo anterior, es claro que la modalidad de matrícula extraordinaria está prevista en el reglamento estudiantil del CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI y programada fecha para su realización en el calendario académico para el segundo semestre del año lectivo de 1992.

12.4. Igualmente se permite la Sala aclarar que, para que el estudiante pueda ser beneficiario de la autorización para matrícula extraordinaria, es indispensable que exponga la "razón válida" motivo de la petición y que lo haga dentro de la fecha programada en el calendario académico.

12.5. En el caso particular, si bien el actor expone una razón válida (insolvencia económica), presentó la solicitud de manera extemporánea.

En efecto, el plantel educativo programó como fecha para la realización de matrículas extraordinarias, la del 27 de julio de 8:00 A.M. a 12:00 M., y según lo afirmado en los hechos de la demanda, el interesado presentó la petición, el 3 de agosto, es decir, cuando había transcurrido la fecha señalada en el calendario académico.

12.6. En esas condiciones, la Sala se aparta de los planteamientos expuestos por el Tribunal Administrativo de Nariño, en la providencia materia del recurso de impugnación, según los cuales accedió a la acción de tutela, al considerar que el proceder del CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES MARIA GORETTI, constituye desconocimiento al derecho a la educación, pues se insiste, que aun cuando la modalidad de matrícula extraordinaria es un derecho que asiste a los educandos y que la institución educativa está en la obligación de atender, de tal derecho debe hacerse uso en la respectiva oportunidad, pues se repite, las disposiciones previstas en el reglamento estudiantil del cual forma parte el calendario académico, son de obligatorio cumplimiento, tanto para el centro educativo, como para el alumno.

12.7. El aprendizaje es un derecho constitucionalmente instituido con carácter fundamental y como tal, goza de protección mediante la acción de tutela, sin embargo, ello no significa que la labor protectora que cumple la autoridad judicial, pueda llegar hasta el límite de exigir a la institución educativa que desborde las previsiones consagradas en el reglamento estudiantil.

12.8. Sobre el valor de los reglamentos en esta materia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, Exp. AC-212, expresó:

Teniendo en cuenta que el artículo 170 literal b) del Decreto 80 de 1980 consagra la causal de pérdida de la calidad de estudiante “cuando no se haya hecho uso del derecho de renovación de la matrícula dentro de los plazos señalados por la institución”, y conforme al artículo 13 del Reglamento Estudiantil (fl. 22) el derecho a la renovación de la matrícula se pierde entre otras razones por “falta de diligencia del admitido en la renovación oportuna”, la Sala observa que el haber dejado el estudiante de cursar el semestre respectivo durante un lapso de más de seis semestres académicos, cuando el reglamento concede un término de tres, constituye una justa causa para negar la renovación de la matrícula, lo que hace que la Universidad Autónoma de Bucaramanga, en aplicación del Reglamento Estudiantil y del Decreto 80 de 1980, al cual debe someterse por expreso mandato constitucional y legal, no haya vulnerado el derecho consagrado en el artículo 27. Por estas razones y no por las expresadas en el fallo impugnado, habrá de confirmarse la providencia de 6 de julio de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

REVOCASE la providencia de septiembre 29 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

2) En su lugar, deniégase la acción de tutela instaurada mediante apoderado judicial, por el señor JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL.

3) Mediante telegrama, comuníquese esta decisión al Rector del Centro de Estudios Superiores María Goretti, ubicado en la Calle 20A No. 14-54 de Pasto (Nariño).

5) Mediante telegrama notifíquese esta decisión al actor, cuya dirección obra a folio 2.

6) Dentro del término legal, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

#### **COPIESE Y NOTIFIQUESE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala, en sesión realizada el día dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Carlos Orjuela Góngora, Ernesto Rafael Ariza M., Ausente; Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur J., Miren de la Lombana de M., Guillermo Chahín Lizcano, Ausente; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez V., Luis Eduardo Jaramillo M., Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes H., Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez R., Ausente; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/DERECHOS FUNDAMENTALES—  
Alcance/DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/SERVICIOS PUBLICOS  
DOMICILIARIOS/IGUALDAD ANTE LA LEY**

El actor presenta su situación económica con visos de extrema gravedad para justificar no sólo sus incumplimientos, sino, por contera, reclamar beneficios que a nadie se le conceden en Colombia, como el de impedir que no se le ejecute por el incumplimiento de obligaciones civiles contraídas contractualmente y se restablezcan los servicios públicos en su apartamento en forma gratuita e indefinida, por lo menos hasta tanto se le mejore su situación económica. No; este no es el alcance que tienen los derechos fundamentales de la Carta del 91. El cumplimiento de las obligaciones no desapareció del régimen jurídico colombiano y la sanción por incumplimiento tampoco. Los servicios públicos en Colombia no son gratuitos; y la igualdad frente a los mismos se mide por la utilización que de ellos se haga, con sujeción a la ley.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., diciembre primero (1o.) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia Expediente AC—392. Actor: Nicolás Augusto Zea Posada.

Procede la Sala a conocer en grado de impugnación la sentencia de 22 de octubre de 1992 dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegó la acción de tutela interpuesta por el señor Nicolás Augusto Zea Posada contra las empresas públi-

cas del Distrito y se rechazó por improcedente la dirigida contra el sistema financiero y la Corporación de Ahorro y Vivienda Davivienda.

En el escrito inicial el actor narra, en síntesis:

1) Que desde 1990 reside en apartamento que adquirió en Davivienda con financiación Upac por 15 años.

2) Que cuando adquirió el inmueble trabajaba en Gustavo Morris Cinematografía; que de allí pasó a servir de fotógrafo en la campaña de Pizarro Leongómez y después de su muerte trabajó con el M-19 en la fundación "Paz para Colombia" y en la "Casa Paz de Santa Marta"; que durante todo ese tiempo no se le pagó por la organización un solo centavo.

3) Que lo anterior lo volvió insolvente y no pudo volver a pagar las cuotas del apartamento.

4) Que como consecuencia, Davivienda le inició juicio ejecutivo, el cual fue suspendido por pago que hizo, por 120 días.

5) Que como no pudo tampoco pagar los servicios todos le fueron suspendidos (agua, luz y teléfono); que igualmente tiene ahora la amenaza de ser ejecutado por las cuentas de administración del apartamento.

6) Que es tal su situación que tuvo que repartir sus hijos entre familiares y amigos.

En la demanda inicial explica la violación de los derechos fundamentales de su familia, así:

"Entiendo que éste es un régimen capitalista en el que sobreviven los que pueden adquirir porque tienen dinero o porque tienen ingresos. El que puede comprar puede alimentarse, vestirse, tener un techo, educarse, recrearse y descansar.

"A los míos y a mí se nos ha negado el derecho a existir.

"No se me da trabajo porque no estoy bien vestido, no estoy bien vestido porque no tengo trabajo. No me fían más en el supermercado porque no tengo empleo y no puedo pagar sin conseguirlo. Me cortan los servicios públicos y se me incomunica con el mundo, las empresas públicas contribuyen a mi agonía. Los intereses moratorios y el Upac hacen crecer mi deuda y a ese paso voy a perder el apartamento y seremos arrojados a la calle.

"Hay períodos en que la suerte de los hombres es desgraciada, yo vivo, digo más bien muero en él, pero aún mantengo la esperanza de poder

sobrevivir con mi familia a esta crisis. Ustedes pueden ayudarme un poco, alguien me invitó a buscar en la Constitución Nacional amparo a mis tristezas y lo intento porque he sido un hombre de paz y buen ciudadano, creo en la democracia y en el Estado de Derecho. Por eso reclamo la reivindicación de los derechos constitucionales que hoy se nos niegan.

“Se dice por ejemplo desde el preámbulo que uno de los propósitos del Estado es “... asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”. Luego se establece en los principios fundamentales que Colombia es un Estado Social de Derecho solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (art. 2do.).

“La Carta Política también señala que entre otros son fines esenciales del Estado: “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, y *para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*”

“También es importante señalar el Art. 5to. *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.*

“Estos principios fundamentales se concretan en los artículos del título II y en otras normas constitucionales, algunos de los cuales nos han sido desconocidos tanto por las empresas públicas del Estado como por la política de financiación de vivienda que me atrevería a llamar en términos morales de usura ejecutada en nuestra contra por la Corporación DAVIVIENDA”.

Anota, además, que las empresas públicas al cortarles los servicios por falta de pago violaron los siguientes derechos fundamentales suyos contenidos en las siguientes normas: artículo 11 (derecho a la vida), “¿quién puede sobrevivir sin agua y sin luz?; artículo 12 (nadie podrá ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) “Suspendernos los servicios públicos es un trato inhumano y degradante...” “ni siquiera se nos trata como seres humanos”...; artículo 13 (igualdad ante la ley). El Estado promoverá las condiciones para que esa igualdad sea real; y que esa suspensión implica una discriminación a seres carentes de dinero. Artículo 16 (libre desarrollo de la personalidad). “Si se nos niega de-

recho a existir, qué no decir sobre este asunto; se nos asesina lentamente”; artículo 25 (el derecho al trabajo) porque se atenta así contra la posibilidad de que lo empleen ya que al no tener teléfono no pueden avisarle de un posible empleo. Además, como no tiene ni luz ni agua no puede planchar sus vestidos ni lavar la ropa para presentarse en forma decente a las entrevistas; artículo 42 (la familia) ya que se ha tenido que separar de sus pequeños por no poderlos sostener; artículo 44 (derechos de los niños) porque se atenta contra la unidad familiar y contra la integridad física de los niños.

El Tribunal denegó la protección tutelar mediante la providencia de 22 de octubre de 1992. Para el efecto sostuvo:

“Es evidente, conforme al Artículo 365 de la Institución Política, que “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” y que “Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”; pero también lo es que “Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”, y que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente”.

“Y conforme al Artículo 366, que “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

“Ahora bien, el Estado presta los servicios de agua, luz y teléfono en la ciudad de Santafé de Bogotá a través de las entidades creadas para tal fin en el Distrito Capital, antes Distrito-Especial.

“Estas Empresas son Establecimientos Públicos de creación legal, y la prestación de los servicios, cuya producción cuesta dinero, se hace a cambio de una contraprestación en dinero que es el pago por el servicio prestado.

“El Decreto No. 1842 del 22 de julio de 1991, “POR EL CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO NACIONAL DE USUARIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS” contempla como tales, entre otros, los de Acueducto y Alcantarillado, Energía Eléctrica y Telefonía local.

“Es el REGIMEN JURIDICO LEGAL para la prestación de los servicios, de que trata el Artículo 365 de la Constitución Política, y por lo tanto de obligatorio cumplimiento.

“En el Capítulo III trata DEL CONSUMO Y FACTURACION, y establece con claridad en el Artículo 32 las CAUSALES DE SUSPENSION,

y la primera es “Falta de pago oportuno, salvo que exista reclamación o recurso interpuesto”.

“Y en el Artículo 33 señala que “Para restablecer el suministro del servicio, es necesario que se elimine la causa que originó la suspensión, se cancelen las tarifas de reconexión y reinstalación, así como los demás pagos a que hubiere lugar”.

“La aplicación del Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios expedido por “El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las que le confieren las leyes 126 de 1938 y 155 de 1959 y los Artículos 334 y 189 ordinal 11, de la Constitución Política”, no puede ser causal de violación de los derechos constitucionales fundamentales del solicitante, porque el usuario de los servicios prestados por las Empresas Públicas está en la obligación de pagarlos, so pena de que le sean suspendidos.

“La situación económica del solicitante y de su familia no reviste la gravedad suficiente para tutelarle los derechos que considera violados, pues él mismo señala que tiene parientes y vecinos que los ayudan y su capacidad laboral no está menguada por enfermedad física o mental.

“Sólo en caso de extrema pobreza acompañada de incapacidad para trabajar, se podría ordenar el restablecimiento de los servicios domiciliarios esenciales para la supervivencia, pues en tal caso sí existiría inminente peligro para la existencia de la persona afectada.

“En consecuencia, se negará la tutela solicitada para que se ordenara el restablecimiento de los Servicios Públicos Domiciliarios de Agua, Energía y Teléfono.

“La segunda Acción de Tutela está dirigida contra el Sistema Financiero y la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda “DAVIVIENDA”, para que no sea lanzado a la calle con la familia si prospera el proceso ejecutivo que le adelanta la Corporación por el atraso en el pago de las cuotas de su vivienda.

“Se trata entonces del Derecho a la Vivienda, sobre el cual la Honorable Corte Constitucional en sentencia de la Sala Quinta de Revisión, T-423, de junio 24 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz expresó:

““Aclara la Corte que el derecho a la vivienda sólo puede obtenerse, al igual que todos los derechos, de conformidad con la ley; y no, desconociendo derechos de los coasociados, como se ha pretendido; al convertir

a los “invasores” en titulares reclamantes del derecho a la vivienda establecido en la Constitución Política. Se trata de un derecho asistencial, que debe ser promovido por el Estado, de acuerdo con la Ley, para ser prestado directamente por éste o a través de entes asociativos igualmente regulados jurídicamente, tal como se ha expresado. De suerte que no es un “derecho fundamental” sobre el cual pueda caber la acción de tutela aquí considerada”.

(Tomado de la Revista DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, LEGIS, Tomo XXI No. 249. Septiembre de 1992. Página 888)””.

“Y en este caso, considera la Sala que tampoco puede caber la acción de tutela solicitada pues existe una relación jurídica contractual entre vendedor y comprador regulada legalmente, la cual debe cumplirse conforme a lo pactado entre las partes.

“En consecuencia, la acción de tutela presentada contra el Sistema Financiero y la Corporación Colombiana de Ahorro y Vivienda “DAVIVIENDA”, debe ser rechazada por improcedente”.

Inconforme el accionante, formuló impugnación mediante escrito que obra a folios 77. Allí, a guisa de conclusión observa:

“Por las razones ya expuestas, incomunicación, imposibilidad para la higiene y la alimentación, se me condena aún más al incumplimiento de mis obligaciones.

“Les recuerdo a los señores Magistrados que desde la Carta Política del 91 tenemos un Estado Social de Derecho. Del estado de Derecho se puede reclamar exclusivamente el irrestricto respecto de la ley, pero en la nueva consagración que se extiende a lo largo de la Carta Política priman los derechos de los seres humanos sobre los argumentos de cumplimiento de contratos”.

Para la Sala la providencia impugnada deberá confirmarse en todas sus partes, ya que la Sala comparte en lo fundamental la argumentación expuesta por el *a-quo*. Además, anota:

Muestra el expediente, de un lado, el incumplimiento por parte del accionante de las obligaciones civiles que contrajo derivadas de un contrato de compraventa de un inmueble que celebró con la Corporación Davivienda; y de otro, el incumplimiento de sus obligaciones que como usuario de los servicios de luz, agua y teléfono contrajo con las empresas públicas distritales que los administran.

En forma hábil y un tanto dramática presenta su situación económica con visos de extrema gravedad para justificar no sólo sus incumplimientos,

sino, por contera, reclamar beneficios que a nadie se le conceden en Colombia, como el de impedir que no se le ejecute por el incumplimiento de obligaciones civiles contraídas contractualmente y se restablezcan los servicios públicos en su apartamento en forma gratuita e indefinida, por lo menos hasta tanto se le mejore su situación económica.

No; éste no es el alcance que tienen los derechos fundamentales de la Carta del 91. El cumplimiento de las obligaciones no desapareció del régimen jurídico colombiano y la sanción por incumplimiento tampoco. La relación acreedor-deudor presupone una igualdad de derechos y pretender que son de mejor jerarquía los del deudor es propuesta sin sentido en un Estado como el colombiano, en el cual, para muchos, uno de los derechos fundamentales es el de propiedad. Igual cosa sucede con la relación administrativa usuario-empresa de servicio.

Los servicios públicos en Colombia no son gratuitos. Y la igualdad frente a los mismos se mide por la utilización que de ellos se haga, con sujeción a la ley. Así, a igual consumo idéntico pago, según el estrato. Pero en parte alguna se dice que en determinado estrato, con obligaciones de uso idénticas para todos, puedan existir usuarios que nada tengan que pagar o que deban pagar menos. Eso sí rompería el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

Para la Sala es comprensible la dura situación económica que revela el accionante, pero no deja de observar, apelando para ello a sus propias palabras, que su situación de insolvencia de hoy se debió a su propia conducta. No otro sentido tiene el siguiente aparte que se lee en la demanda de tutela a folio 1 cuando escribe: "Durante todo este tiempo pese a las promesas de pago por dicha organización, no recibí un solo peso por mis servicios". Como es fácil entender se refiere a su trabajo en la Fundación "Paz por Colombia", "Casa de Paz de Santa Marta" y antes, en la campaña presidencial del señor Pizarro Leongómez.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

Confírmase la sentencia de 22 de octubre de 1992 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera.

Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Envíese también copia de esta decisión al Tribunal de origen.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA SE.**

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 24 de noviembre de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente, Ausente; Carlos Betancur Jaramillo, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jaime Abella Zárate, Ausente; Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente; Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**TUTELA TRANSITORIA—Improcedencia/PERJUICIO IRREMEDIABLE—  
Inexistencia/AUTORIDAD PUBLICA—Actuación legítima**

No escapa a la Sala que es perentorio en la especie cautelar de la acción de tutela que el perjuicio se derive de la actuación de la autoridad, que sea lesiva del derecho fundamental y que el daño revista tal carácter que sólo pueda ser reparado mediante su indemnización y ello no ocurriría cuando la actuación de la autoridad es legítima. El actor únicamente clama por la exigencia de la posesión del cargo esgrimida por el Tribunal para estudiarle la solicitud de “prórroga” de la licencia, pero sin que por ella puedan transferírsele los efectos de su elección particular a la autoridad pública, emanada de una exigencia legal, y sin que, por lo demás, la nominadora le compela en tal sentido.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Santafé de Bogotá, D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. AC-420. Actor: Ramiro Alonso Marín Vásquez.

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a resolver lo pertinente sobre la impugnación contra la sentencia del 30 de octubre anterior, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, para rechazar la acción de tutela promovida por RAMIRO ALONSO MARIN VASQUEZ.

**I.— ANTECEDENTES:**

1.— En su propio nombre RAMIRO ALONSO MARIN VASQUEZ, ejerció la acción prevista en el artículo 86 de la Constitución Política vi-

gente, respecto de la Resolución 195 del 07 de octubre de 1992 emanada de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Medellín (Ant.), mediante la cual se le negó la prórroga de la licencia concedida por Resolución 113 del 30 de junio de 1992, de la misma autoridad, autorizándole separarse del cargo de Juez 15 Superior de Medellín, asumiendo el de Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores en esa ciudad; por cuanto, en su sentir, interfiere nocivamente el derecho fundamental denominado “libre desarrollo de la profesión u oficio”, según los artículos 16 y 26 de la Constitución.

2.— En suma los hechos precedentes de la petición son:

2.1. El solicitante se posesionó como Juez 15 Superior de Medellín en propiedad, “hoy, por virtud del cambio de nombre introducido en el artículo 4 transitorio del Decreto 2700 de 1991, JUEZ 39 PENAL DEL CIRCUITO” (fl. 1), y, para ocupar el cargo de Fiscal 10 Delegado ante los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Medellín le otorgó licencia, concebida así “por el término de mientras (sic) se provee el cargo en propiedad”. (f. 10).

2.2. Por acuerdo número 021 del 09 de septiembre del año en curso, el mismo Tribunal designó al accionante como Juez 39 Penal del Circuito de Medellín, en propiedad, el cual aceptó, para pedir luego la prórroga de la licencia para así continuar en el desempeño de sus funciones como Fiscal y, subsecuentemente pidió que se relevara de la diligencia de posesión, habida cuenta de “la desaparición del período judicial, la designación en igual situación administrativa —en propiedad— para el mismo cargo que he venido desempeñando y, sobre todo, que al momento de producirse el nuevo nombramiento me hallaba en uso de licencia y ocupando provisionalmente otro cargo en la Rama Judicial”, según argumenta el interesado al folio 3 de su escrito.

2.3. Con el acto que motiva esta petición, en voces del solicitante, el Tribunal le coloca en extremos perjudiciales, que pretende evitar con la acción de tutela, consistentes ellos en que “... si opto por la posesión indicada en el acuerdo de nombramiento, previamente habría de separarme del cargo de Fiscal 10 Delegado ante los Tribunales, mediante el único mecanismo viable de la renuncia, ... pero si decido continuar en la Fiscalía General de la Nación, me vería compelido a renunciar a un cargo en propiedad que obtuve con el mérito del concurso, el escalafón logrado en la carrera judicial y, en fin, se esfumaría mi estabilidad en la Rama Judicial”. (fl. 3).

2.4. La petición de prórroga de la licencia le fue negada porque el Tribunal Superior estimó fenecido el período para el cual había sido nombrado anteriormente, siguiendo en ello, como se desprende de sus con-

sideraciones, las instrucciones de la Corte Suprema de Justicia, de tal modo que el solicitante, si bien en goce de licencia, "... está en el deber de posesionarse del cargo en caso de aceptarlo, en los términos del artículo 69 del Decreto 1660 de 1978, mientras estas condiciones legales no se den no es dable proceder a conferirle nueva licencia, la cual podría ser procedente, en la forma prevista por el Acuerdo 06 de mayo 16 de 1990 del Consejo Superior de la Administración de Justicia, pero previa asunción de las funciones para las cuales se designó por el Honorable Tribunal Superior de Medellín". (fl. 15).

### 3.- Dé la Sentencia Impugnada

Una vez fijados los hechos y el ámbito de la petición, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, para negar la protección pedida, analizada como mecanismo transitorio, dedujo que no existía violación del derecho al trabajo, "por cuanto la prórroga de la licencia se niega con argumentos sustanciales y jurídicos suficientes para desvirtuar los cargos formulados en la demanda, ya que en asuntos como el *sub-lite*, debe primar el interés general sobre el particular, interés que se traduce en la prestación oportuna del servicio" (fl. 24) así como por no hallar perjuicio irremediable.

### 4.- La Impugnación

Al impugnar la sentencia el accionante reitera su aserto sobre el perjuicio que le genera la negativa de la Sala de Gobierno del Tribunal al condicionarle la concesión de la prórroga de la licencia, a la diligencia de posesión del cargo de Juez, el cual ejercía en propiedad y con los beneficios de la carrera alcanzados en atención a sus exigencias legales, significándole la renuncia a un ascenso que se le ha tributado al designarle como Fiscal, del cual debería desprenderse siendo éste el perjuicio que quiere precaver con la acción de tutela, a más de haber omitido la Resolución del Tribunal por cuya tutela acude, considerar la posible solución que comporta el numeral 2 del artículo 17 del Decreto 1660 de 1978, el cual entendido, según el impugnante, sistemática y teleológicamente, bajo la forma de una licencia especial "por el resto del período" para ocupar otros cargos dentro de la Rama Judicial, trocaría en innecesaria esta acción. (fls. 28-30).

## II.— CONSIDERACIONES:

1.— El inciso 3o. del artículo 86 de la Constitución autoriza el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio en prevención de un perjuicio irremediable, frente a las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas que vulneren o amenacen derechos constitucionales fundamentales, no obstante la persona tenga a su disposición medios de defensa judicial, y el reglamento de este instituto jurídico respecto de actos administrativos no

exige en ese evento, su proposición simultánea con los recursos de la vía gubernativa o de las acciones jurisdiccionales.

En tal virtud ha de hallarse el Juez de la Tutela ante la lesión de un derecho considerado como fundamental y la ocurrencia de un perjuicio calificado como irremediable, el cual según el reglamento, es aquél que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, expresiones del inciso 2o. del numeral 1o. del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

2.— En diversos pronunciamientos de esta Corporación se ha concluido que el derecho al trabajo dentro del cual se ubicaría esta pretensión más que dentro de los indicados por el solicitante, por disposición del artículo 85 de la Carta Política no se encuentra dentro de los de aplicación inmediata, y su efectividad debe lograrse en los términos que señala la ley (sentencia del 11 de marzo de 1992. Exp. AC-070, actor: Serafín Morales Morales, Consejero Ponente: Dra. CLARA FORERO DE CASTRO); o en lo que dispongan posteriormente las normas que dicte el Congreso al reglamentar o desarrollar los preceptos constitucionales correspondientes.

3.— Aparte de ello y dado que el solicitante deriva los eventuales perjuicios, de los cuales busca amparo, no del hecho de habersele nuevamente nombrado como Juez, sino de la necesidad de la asunción del destino y como que ha mediado su aceptación, no escapa a la Sala que es perentorio en la especie cautelar de la acción de tutela que el perjuicio se derive de la actuación de la autoridad, que sea lesiva del derecho fundamental y que el daño revista tal carácter que sólo pueda ser reparado mediante su indemnización y ello no ocurriría cuando la actuación de la autoridad es legítima.

En dicho sentido son relevantes las condiciones estrictamente temporales bajo las cuales se produjo la Resolución 113 del 30 de julio de 1992, no desconocidas ni atacadas por el impugnante, que le permitieron separarse del cargo y asumir otro como Fiscal, “por el término de mientras (sic) se provee el cargo en propiedad”, suceso ocurrido y condición cumplida mediante el acuerdo No. 021 del 9 de septiembre anterior designándole de nuevo para el cargo, —actos respecto de los cuales, así como de los que le dieron origen, no se duele tampoco el accionante no obstante haberle dado término a su nombramiento anterior como Juez—, que están así amparados de su acertamiento y legalidad, pues únicamente clama por la exigencia de la posesión del cargo esgrimida por el Tribunal para estudiarle la solicitud de la “prórroga” de la licencia, pero sin que por ello puedan transferírsele los efectos de su elección particular a la Autoridad Pública, emanada de una exigencia legal, y sin que, por lo demás, la nominadora le compela en tal sentido.

Y así como no existe actuación ilegítima del Tribunal al nombrar al accionante para el cargo que ocupó en propiedad, no existe evento dañoso en su conducta de observar la ley al exigirle la posesión del destino público,

lo cual torna improcedente la protección invocada y la sentencia por tanto, deberá confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

1.— Confírmase la providencia del treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual rechazó la solicitud de tutela invocada por RAMIRO ALONSO MARIN VASQUEZ.

2.— En firme esta sentencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión constitucional.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada en Sala Plena en sesión del día 1o. de diciembre de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Vice-Presidente; Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancurt Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Miguel Viana Patiño, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Ausente; Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

## **DERECHO A LA RECTIFICACION DE INFORMACION/DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA/SERVICIO MILITAR/REMISO/SOBRANTE DE CONCENTRACION**

La anotación de “remiso” consignada en la hoja militar del actor no coincide con la realidad, debiendo levantarse y en su lugar anotarse la clasificación de “sobrante”. El derecho que ha sido vulnerado y que amerita la protección de la jurisdicción, aun cuando no haya sido expresamente citado por el accionante, es el de “rectificar las informaciones que se hayan recogido en los archivos de las entidades públicas”. Como la información errada llevó a las autoridades militares a negar al bachiller la expedición de su libreta militar, igualmente se vulneró el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, derecho fundamental que tiene por objeto garantizar al ser humano su identidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Santafé de Bogotá, D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-425. Actor: Kenneth Alexander Mora Bustos.

Conoce la Sala de la impugnación formulada por la Dirección de Reclutamiento y Movilización del Ejército, contra la sentencia de noviembre 5 de 1992 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, por la cual se accede a la tutela solicitada por Kenneth Alexander Mora Bustos y se ordena al Director de Reclutamiento del Ejército —Fuerzas Armadas de Colombia— definir la situación militar del actor, levantarle su situación de re-

miso y hacerle entrega de la tarjeta militar de reservista de segunda clase o del documento provisional equivalente.

**ANTECEDENTES:**

En su libelo introductorio, el accionante relata como hechos los siguientes:

**“PRIMERO:** El día 9 de diciembre de 1991 a las 7 a.m., me hice presente a definir la situación militar como bachiller del Colegio Franco Británico, en el Distrito Militar No. 1 cumpliendo requerimiento anterior.

.....

Practicado el correspondiente sorteo el suscrito fue calificado como **SOBRANTE** según me lo señaló el soldado encargado de esa función de acuerdo con un tabulado de computador y a la certificación que me entregara la Capitana **CLAUDIA BOTERO**.

**TERCERO:** Con fundamento en la mencionada calificación de **SOBRANTE**, a los 20 días me hice presente en el Distrito Militar No. 1, en donde se me expidió el recibo de pago de la Libreta Militar, habiendo sido informado por mi hermano **CHRISTIAN MORA**, quien también se había presentado a examen, de que ahora aparecía como **REMISO**, razón por la que me dirigí por escrito al Brigadier General **RODOLFO TORRADO QUINTERO** quien me respondiera negativamente sobre el levantamiento de la calificación de **REMISO** que se me hiciera posteriormente.

.....

**QUINTO:** Inexplicablemente y habiéndose dictado un Acto Administrativo como es la Resolución que me calificaba como **SOBRANTE**, ya ejecutoriado, se me cita mediante telegrama para incorporarme a filas el próximo 7 de diciembre de 1992.

**SEXTO:** En consideración a esa situación no he podido obtener empleo ni adelantar estudios superiores, con evidente violación a derechos fundamentales como son la libertad de escogencia de profesión u oficio y derecho al trabajo”. (Fls. 1 y 2).

Finalmente expresa:

“Considero que con la actitud asumida por la Dirección de Reclutamiento y Movilización del Ejército Nacional, se ha violado el principio

de la Cosa Juzgada y los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional en sus artículos 25 y 26 puesto que se me ha coartado el derecho al trabajo y a la escogencia de una profesión u oficio en forma indefinida desde hace cerca de un año, puesto que la libreta militar a la que tengo derecho ha sido negada sistemáticamente sin justificación alguna y en su defecto se me cita para prestar el servicio obligatorio cuando ya por un acto administrativo debidamente ejecutoriado se me había definido favorablemente la situación militar a la que tiene derecho todo ciudadano". (Fl. 2).

### EL FALLO IMPUGNADO:

El Tribunal accedió a la tutela impetrada. Consideró el *a-quo*, luego de analizar la comunicación de "sobrante de concentración" presentada por el peticionario, el recibo de pago que le fue entregado para cancelar la cuota de compensación militar y la declaración del propio accionante, que:

"De la anterior declaración y de los documentos citados, se desprende que el joven KENNETH ALEXANDER MORA BUSTOS obró de buena fe ante las autoridades militares, la cual al tenor del artículo 83 de la Constitución se presume en todas las gestiones que los particulares adelantan ante las autoridades públicas.

Si los funcionarios respectivos de las fuerzas militares obraron por error, descuido u omisión, esta negligencia no es justo que la pague un joven que se presentó ante la institución con el propósito de definir su situación militar y ésta no la resuelva favorablemente, habiendo obtenido el derecho e impidiéndole gozar de los derechos fundamentales consagrados en la Carta.

De lo anterior se deduce que el peticionario de la tutela quedó en la situación de "sobrante" y, por lo tanto, eximido de prestar el servicio militar y, consecuencialmente, con el derecho a definir su situación militar, obteniendo la libreta militar; documento oficial importantísimo como prerrequisito para obtener otros documentos (el pase de conducción, pasaporte etc.) e incluso para el ingreso a un trabajo o a una universidad para adelantar estudios de este nivel con miras a ejercer una profesión en el futuro.

Con sobrada razón el peticionario dice en el escrito de tutela que "en consideración a esa situación no he podido obtener empleo ni adelantar estudios superiores, con evidente violación a derechos fundamentales como son la libertad de escogencia de profesión u oficio y derecho al trabajo".

La Sala llega a la conclusión que el señor KENNETH ALEXANDER MORA BUSTOS se le ha violado el derecho a la educación por cuanto

no se le ha facilitado el acceso al conocimiento, la ciencia, etc., previsto en el artículo 67 de la Constitución, no obstante tener el derecho a que se le expida la libreta militar en condiciones de igualdad a las demás personas...

.....

El mismo rigor con el que opera el proceso de la selección apoya la procedencia legal de la nota en cuestión que como consecuencia de un error de la administración no puede desconocerse para clasificar sin reparo el postulante como 'remiso', con todas las consecuencias que esa clasificación impone para el futuro frente al servicio militar que estuvo dispuesto a prestar en igualdad de condiciones con todos los demás que en ese momento resultaron aptos al efecto.

Luego, si respecto de aquéllos se tiene como válido el documento que posibilita el acceso a la etapa subsiguientes, al aquí accionante se le está discriminando mediante método que no tiene amparo legal, hecho que configura una inequidad y, por ende, resulta violatorio del derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 23 de la Carta". (Fls. 45 a 58). (sic).

### LA IMPUGNACION

El impugnante ataca la decisión del *a-quo* aduciendo las siguientes razones:

" .....

3.— El mismo año 1991 fue inscrito para prestar el Servicio Militar, como bachiller del Colegio Franco Británico, el hermano menor de KENNETH ALEXANDER, de nombre CHRISTIAN YAMIR, quien fue declarado sobrante.

Por tanto, al expedirse la boleta de sobrante, pudo haberse confundido a KENNETH ALEXANDER con su hermano. Lo cierto es, que al inscribirse dos hermanos para prestar el Servicio Militar, si ambos son Aptos, uno de los dos queda aplazado para prestar el servicio. Si uno es Apto, debe existir la constancia sobre el particular. Dos hermanos por mandato legal, no pueden prestar el Servicio Militar al mismo tiempo. No es procedente el argumento de que siendo los hermanos MORA BUSTOS Aptos para el Servicio Militar puedan aparecer como sobrantes. A no ser que la suerte los haya favorecido con la balota de sobrantes. En relación con este aspecto, de acuerdo con el ACTA DE CONCENTRACION se deduce que ninguno de los dos hermanos MORA BUSTOS se presentó a la Concentración de Bachilleres y que a CHRISTIAN YAMIR se le declaró sobrante, no así a KENNETH ALEXANDER

4.— El Acta de Concentración de bachilleres, es la base y fundamento para elaborar el Acta de Clasificación de los mismos.

La primera incluye la lista alfabética de los bachilleres, por Colegios con el número del documento de identidad, si se presentó o no a la concentración, si se declaró sobrante, incorporado, aplazado o remiso. Además, si cursó y aprobó el último grado. Quienes no lo aprobaron, son aplazados hasta el año siguiente para resolverles la Situación Militar como bachilleres.

Para elaborar el Acta de clasificación se requiere en primer lugar, copia del Acta de Concentración; además, la boleta expedida por el delegado de la Dirección de Reclutamiento que declare al conscripto como sobrante del sorteo de concentración o inhábil, y la declaración de renta de sus padres.

Una vez clasificado el conscripto mediante el Acta correspondiente, se le expide el recibo para el pago de la Cuota de Compensación Militar.

Los comprobantes de pago, una foto y una fotocopia autenticada de la cédula, se remiten a la Sección de Sistemas de la Dirección de Reclutamiento, para la elaboración de la Libreta Militar respectiva.

Ningún trámite de los establecidos en la Ley, de acuerdo con las consideraciones precedentes, lo cumplió el conscripto KENNETH ALEXANDER MORA BUSTOS, sencillamente porque no fue eximido de prestar el Servicio, como sobrante.

.....

6.— Por manera que la boleta o comunicación sobrante, no es un documento idóneo para eximir a un conscripto (sic) de la obligación de prestar el Servicio Militar. Una simple comunicación verbal podría suplir tal documento. Y en esta última hipótesis, entonces podría argüirse que la existencia de un error en la comunicación verbal, tendría fuerza legal suficiente para anular o declarar sin valor la tarjeta de inscripción, el acta de concentración y el acta de clasificación? No sería procedente semejante argumento para tratar de eludir la prestación del Servicio Militar.

Reiteramos que los documentos fundamentales para demostrar la capacidad sicofísica del conscripto son la tarjeta de inscripción, el acta de concentración y el acta de clasificación.

Los demás documentos son de carácter accesorio y complementario, cuyos errores de forma o de fondo no pueden afectar ninguno de los

tres documentos referidos, por cuanto al tenor de las normas legales analizadas en el fallo de Tutela, son la causa necesaria para demostrar la obligación de prestar el Servicio Militar.

Por las consideraciones expuestas el joven KENNETH ALEXANDER MORA BUSTOS debe continuar en su situación de remiso y en consecuencia solicito la revocatoria del fallo impugnado". (Fls. 71 a 75).

### CONSIDERACIONES:

La Sala encuentra que el análisis probatorio efectuado por el *a-quo* es acertado y lleva a la convicción de que en la selección que se hizo para incorporar bachilleres al servicio militar, el día 9 de diciembre de 1991, los funcionarios encargados incurrieron en algunos errores que más tarde dieron lugar a que el accionante fuera clasificado como "remiso" por no haberse presentado a la diligencia.

Es cierto que en el listado que hace parte del acta de concentración, frente al nombre del actor figura anotado a mano la palabra "NO" que, según informaciones del Director de Reclutamiento significa que no se presentó a la selección, o que no respondió al ser llamado, pero esta anotación se encuentra desvirtuada por la comunicación que el mismo día le fuera entregada al bachiller informándole que fue declarado "sobrante de concentración" y que según relato de la Comandante de Distrito Militar que estuvo a cargo de la concentración, se elaboró con los nombres suministrados por el delegado de la Dirección de Reclutamiento, después de llamarlos a lista y ubicarlos en un área especial donde concentraban los sobrantes.

Por otra parte, si como lo afirma el impugnante, para elaborar el acta de clasificación se requiere en primer lugar, copia del acta de concentración y además, la boleta expedida por el delegado de la Dirección de Reclutamiento que declare al conscripto como sobrante y una vez clasificado como tal mediante el acta correspondiente, se le expide el recibo para el pago de la cuota de compensación militar, no resulta explicable porqué al peticionario se le expidió el recibo de pago en mención, a menos que se concluya que para la Dirección de Reclutamiento no era tan claro que el joven Kenneth Alexander Mora había dejado de presentarse a la concentración o no había respondido el llamado a lista.

Ni la comunicación de sobrante ni el recibo de pago han sido tachados de falsos por los funcionarios de reclutamiento. La Comandante de Distrito Militar habla de errores e inconsistencias y dice que al hermano que, según el acta sí asistió, se le colocó el sello de "remiso", en lugar de colocárselo al que figura que no concurrió y que el acta no coincide con las boletas de sobrantes existentes en los dos expedientes. Estos errores e inconsistencias no pueden ser imputables sino a los funcionarios que intervinieron en la trami-

tación como bien lo afirmó el Tribunal, y no justifican que se niegue la veracidad de las afirmaciones del accionante que, además, deben presumirse de buena fe.

En este orden de ideas debe concluir la Sala que la anotación de “remiso” consignada en la hoja militar del actor no coincide con la realidad y que éste tiene derecho a que le sea levantada y a que en su lugar, se le anote la clasificación de “sobrante”.

Sin embargo, para la Sala es claro que el derecho que ha sido vulnerado y que amerita la protección de la jurisdicción, aun cuando no haya sido expresamente citado por el accionante, es el contenido en el artículo 15 de la Constitución Política, de “rectificar las informaciones que se hayan recogido en los archivos de las entidades públicas”, pues si como ya se analizó, la información de remiso resultó equivocada, el actor tiene derecho a que se haga la correspondiente corrección.

Por otra parte, como la información errada, llevó a las autoridades militares a negar al bachiller la expedición de su libreta militar, encuentra la Sala que igualmente se le vulneró el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 14 C.N.), derecho fundamental que tiene por objeto garantizar al ser humano su identidad jurídica como sujeto de derechos y obligaciones, toda vez que privar a una persona del documento sobre su situación militar limita su capacidad, pues no le permite al tenor de lo dispuesto por el artículo 6o. de la Ley 1a. de 1945, otorgar instrumentos públicos o privados ante Notario, tomar posesión de empleos públicos o particulares, ni continuar en el desempeño de éstos, cobrar sueldos, emolumentos o deudas del Tesoro Público, servir de perito o de fiador en asuntos judiciales, obtener la expedición o visación de pasaportes para salir del país, registrar títulos profesionales y ejercer la profesión, ingresar a la carrera administrativa, ni celebrar contratos con cualquier entidad pública.

Por esta razón, considera la Sala acertada la decisión del Tribunal de ordenar levantar el dato de “remiso” de la hoja militar del peticionario, definirle su situación militar declarándolo “sobrante de concentración” y expedir su tarjeta militar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, por medio de la cual se accedió a la tutela solicitada por KENNETH ALEXANDER MORA BUSTOS.

Notifíquese al accionante a la dirección indicada.

Notifíquese al Director de Reclutamiento del Ejército.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión de primero (1o.) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Ausente; Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Clara Forero de Castro, Ausente; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Salvó el Voto; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**DERECHOS FUNDAMENTALES—Inexistencia/SERVICIO MILITAR/LIBRETA MILITAR/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/ACCION DE TUTELA—Objeto (Salvamento de Voto)**

El derecho a obtener su libreta militar, sin prestar el servicio militar, que es lo que realmente pretende el accionante que se le proteja, no es un derecho fundamental consagrado por la Constitución y su real titularidad no puede establecerse a través de una acción de tutela. El no prestar servicio militar, no sólo no es un derecho fundamental, sino que por el contrario la Constitución establece la obligación de prestarlo y que la no prestación del mismo como situación de excepción, es regulada por la ley. Si el actor tenía derecho a la citada libreta, o si tenía el carácter de remiso que le dieron las autoridades de reclutamiento, es una cuestión que se resuelve de acuerdo con la ley. Tales aspectos son susceptibles de cuestionamiento a través de las acciones previstas para impugnar los actos administrativos. La acción de tutela está prevista no para declarar derechos, sino para proteger los fundamentales ya reconocidos y los cuales se encuentren amenazados o vulnerados por acción u omisión de las autoridades públicas.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Magistrada ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Radicación AC—425. Actor: Kenneth Alexander Mora Bustos.

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria preciso a continuación las razones por las cuales no comparto la providencia que antecede.

Según el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces 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 y dicha acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Se trata entonces de un instrumento especialísimo y valioso para proteger los derechos fundamentales que estando debidamente establecidos sean vulnerados o amenazados por las autoridades públicas.

En el caso de autos, el accionante considera “coartado el derecho al trabajo y a la escogencia de una profesión u oficio en forma indefinida desde hace cerca de un año” y la providencia de la Sala enfoca la acción de una manera diferente y protege el derecho consagrado en el artículo 15 de la Constitución Nacional a “... rectificar las informaciones que se hayan recogido en los archivos de las entidades públicas...” y el “... derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 14 C.N.)”.

Si bien es cierto, que según las pruebas allegadas al expediente pudieron haberse presentado fallas en el procedimiento que llevó a las autoridades de reclutamiento a dar al Señor Kenneth Alexander Mora Bustos al tratamiento de remiso, el derecho del citado señor a obtener su libreta militar, sin prestar el servicio militar, que es el que realmente él pretende que se le proteja, no es un derecho fundamental consagrado por la Constitución Nacional y su real titularidad no puede establecerse a través de una acción de tutela.

En efecto, la prestación del servicio militar está consagrada como obligación constitucional en el artículo 216 de la Carta y en el mismo artículo se dispone que la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.

Lo anterior indica, que el no prestar servicio militar, no sólo *no es un derecho fundamental*, sino que por el contrario la Constitución establece la obligación de prestarlo y que la no prestación del mismo como situación de excepción, es regulada por la ley.

Queda así, claramente definido, que con la acción interpuesta no se buscó la protección de ningún derecho fundamental, sino como lo reconoció el Tribunal, en el punto 4o. de las “CONSIDERACIONES” de su sentencia (folio 49) se buscó obtener la libreta militar, sin prestar el servicio militar obligatorio, situación que debe establecerse de acuerdo con las leyes que regulan la materia.

Si el Señor Mora Bustos tenía derecho a la citada libreta, o si tenía el carácter de remiso que le dieron las autoridades de reclutamiento, es una cuestión que se resuelve de acuerdo con la ley.

En efecto, el interesado alega que tiene el carácter de "sobrante" y la autoridad respectiva, luego de realizar el procedimiento preestablecido para el efecto y de considerar la petición del interesado en la Junta de Remisos, le comunica su decisión de "... no levantarle su situación de remiso..."; lo que indica que hay un acto administrativo que define la situación militar del interesado.

Ahora bien, si ese acto administrativo se ajusta o no a la ley, si se cumplieron o no los trámites previstos en la ley para su expedición y si por lo tanto, el Señor Mora Bustos tiene o no el derecho a obtener su libreta militar sin prestar el servicio obligatorio, son aspectos susceptibles de cuestionamiento a través de las acciones previstas para impugnar los actos administrativos y desvirtuar su presunción de legalidad, a través de un procedimiento previo que implica un amplio debate probatorio, y que culmina con el reconocimiento o no del derecho discutido.

Pero este debate no procede cuando se trata del ejercicio de la acción de tutela, la cual está prevista no para declarar derechos, sino para proteger los fundamentales ya reconocidos y los cuales se encuentren amenazados o vulnerados por acción u omisión de las autoridades públicas.

De acuerdo con la perspectiva anterior, la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha debido revocarse, pues más parece una sentencia que pone fin a un proceso contencioso administrativo, que una decisión originada en una acción de tutela.

Por otra parte, establecido que el accionante lo que alega es tener derecho a la libreta militar, sin prestar el servicio obligatorio, es incomprensible que la Sala considere amenazados y ordene tutelar, el derecho a que "se rectifiquen informaciones que se hayan recogido en los archivos de las entidades públicas" (Artículo 15 de la Constitución Nacional), y el derecho al "reconocimiento de su personalidad jurídica" (Artículo 14 Constitución Nacional)!¿ puede acaso afirmarse que la obligación de prestar el servicio militar, implica el desconocimiento de la personalidad jurídica de los ciudadanos?

En conclusión, a mi juicio, la acción de tutela instaurada por el Señor Kenneth Alexander Mora Bustos es improcedente a la luz del artículo 86 de la Constitución Nacional y de su reglamentación, en cuanto con ella no se pretende proteger un derecho fundamental y en cuanto contra la decisión administrativa que el accionante considera que amenaza su "derecho" proceden otras acciones judiciales.

*Consuelo Sarria Olcos*

Fecha: Up Supra.

## DERECHO DE PETICION/DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS

El derecho de acceso a los documentos públicos tiene íntima relación con el de petición, hasta el punto de llegar a considerarse como una de sus modalidades. Sin embargo, aquél se distingue por su especificidad del derecho general de petición; tiene autonomía y fisonomía particulares, hasta el punto de contar con su propia reglamentación legal y con rango constitucional en el artículo 74. La Ley 57 de 1985 regula todos los aspectos relativos a la publicación, divulgación y acceso a los documentos oficiales; y es precisamente su artículo 25 el que establece que, si pasados 10 días de la petición de documentos no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada, con la consecuente obligación de entregar el correspondiente documento dentro de los tres días inmediatamente siguientes, so pena de la pérdida del empleo para el funcionario renuente. Entonces el solicitante adquiere el derecho de obtener la certificación o los documentos pedidos, derecho que puede hacer valer ante las autoridades competentes, mediante la vía procesal que le brinda la normatividad precitada, complementada con lo establecido en el artículo 139 del C.C.A. y con la acción exhibitoria contemplada en el C. de P.C.

*Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. — Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. AC-375. Actor: Miguel Humberto Jaime Contreras.

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el actor de la referencia contra la providencia de 2 de octubre de 1992, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia estimó improcedente la tutela por él interpuesta.

### I.— ANTECEDENTES:

El ciudadano Miguel Humberto Jaime Contreras instauró acción de tutela por la omisión de los funcionarios de la Asamblea Departamental de Antioquia, en dar contestación a una petición y por querer darle un carácter secreto a documentos públicos, e impedir, en la práctica, el acceso a ellos.

Como fundamento de la tutela expresó el actor ante el Tribunal el hecho de haber ejercido ante el Pagador de la Asamblea Departamental de Antioquia, sin que hasta la fecha haya obtenido respuesta, el derecho de petición con el objeto de “obtener información precisa y detallada de la destinación que se le dio a los fondos de becas, auxilios educativos y similares, todo con el fin de corroborar que el dinero público destinado para tal fin se haya realmente gastado en él. Lo anterior dentro de la campaña que mi partido político emprendió en contra de la corrupción”.

Consideró el solicitante de la tutela que con la conducta omisiva de los funcionarios de la Asamblea Departamental, se están violando los derechos fundamentales contenidos en los artículos 23 y 74 de la Constitución Nacional.

En el epígrafe “Ausencia de medio de defensa judicial”, dice el actor:

“En la medida que la omisión de los funcionarios de la Asamblea Departamental, Secretario y Pagador, no se ha (sic) manifestado en un acto jurídico escrito, carezco por el momento, y mirado en una forma concreta, de acción judicial para el cumplimiento de mis derechos constitucionales fundamentales que se están violando”.

Por lo anterior se solicita en el escrito de tutela que se “ordene al pagador y al secretario de la Asamblea Departamental valorar la conducta omitida, es decir, resolver la petición efectuada; y de una vez dado el carácter público de los documentos que se piden, impóngaseles la obligación de permitir el acceso a los mismos, dentro del plazo prudencial (sic); pero perentorio, que tenga a bien señalar”.

### II.— LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Es la calendada el 2 de octubre de 1992. Mediante ella, el Tribunal Administrativo de Antioquia estima que:

“NO PROCEDE la acción de TUTELA intentada por MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva”.

En la parte motiva de la providencia impugnada el *a-quo* después de transcribir los artículos 13 y 74 de la Constitución Nacional y las disposiciones del Decreto 01 de 1984 que se refieren al derecho de petición, al de pedir información y al de formulación de consulta, lo mismo que las normas pertinentes de la Ley 57 de 1985 “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”, consideró lo siguiente:

“6. La Constitución Nacional (artículo 74) y las normas transcritas relativas al derecho de petición (artículo 23 de la C.N., D. 01 de 1984 y ley 57 de 1985), *garantizan el acceso a los documentos oficiales, lo que se traduce en la posibilidad de consultarlos y pedir y obtener copia o fotocopia de los mismos, NO QUE SE EXPIDA CERTIFICACION SOBRE LA INFORMACION QUE PUEDAN CONTENER TALES DOCUMENTOS*, como lo pretendió el señor Jaime Contreras en su escrito de junio 8 de 1992 (f. 3, 4 y 5), aunque en el memorial presentado al Tribunal se afirma algo diferente: que los funcionarios de la Asamblea han impedido el acceso a ellos (f. 1 y 2).

“En síntesis:

“Las normas que garantizan el *acceso* a los documentos oficiales autorizan a los administrados para solicitar que se les permita *consultar los documentos y para que se les expida copia de los mismos, no para exigir que los funcionarios certifiquen sobre su contenido*:

“Si el señor Jaime Contreras no ha solicitado *el acceso a los documentos* (como se indicó pidió algo diferente), no resulta aceptable que al formular la acción ante el Tribunal se cambie la argumentación, para pretender que esta Corporación señale un plazo perentorio para que se permita *el acceso* a tales documentos”.

### III.— FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Aduce el impugnante que el juez de primera instancia en su fallo “Pierde vista el real motivo y objetivo de la acción de tutela: que se resuelva la petición efectuada y que se permita el acceso a los documentos”. Agrega que dicho motivo ya se expresó en el primer acápite y va más allá del simple problema de si era procedente o no la certificación solicitada; que hasta obtener la respuesta va el derecho de petición, no a que ésta sea afirmativa a lo que solicita el petente; que se tiene derecho de petición y por ello a la pronta resolución, se tenga o no razón en lo que se pida; y que la tutela fue

resuelta pensando y analizando la situación acorde a la ley y aún ignorando apartes de ella puesto que ésta impone plazo para la respuesta a la petición.

Tratando del “fallo apropiado” anota el impugnante: “Igualmente había que darle aplicación al artículo 24 del D. 2591 de 1992, inciso 2o. y prevenir a los funcionarios de la Asamblea para que en el futuro procedan a cumplir con el derecho de petición e independientemente de la procedencia de lo pedido, den pronta respuesta a las solicitudes que se les haga, reivindicando de paso el carácter público de los documentos que no tengan reserva legal”.

Finalmente, fijando los alcances de la impugnación expresa el actor:

“Se pretende la revocatoria del fallo y dictar en su lugar lo expuesto en el acápite anterior”.

#### IV.— CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término es necesario precisar que lo que motiva la tutela es la omisión de los funcionarios de la Asamblea Departamental de Antioquia en dar contestación a la petición que les fue presentada por el actor. Así lo expresa éste en el memorial de tutela (folio 1).

Dicha petición está contenida en los siguientes términos:

“Sírvase certificar sobre los pagos efectuados que fueron dispuestos por los decretos que se relacionarán y que constituyeron fondos de becas, de auxilios educativos y similares.”

“Se servirá identificar al becario que recibió el pago, señalando el monto de la misma (sic), la institución educativa en que recibía instrucción el beneficiario del auxilio, así como su documento de identidad, dirección y teléfono”.

Dentro de la misma petición se indican los decretos que ordenaron la constitución de los fondos de becas o auxilios educativos, el nombre de los mismos y el valor correspondiente.

Como objeto de la petición cita el solicitante “obtener información precisa y detallada de la destinación (sic) que se le dió a los fondos de becas, auxilios educativos y similares”; y, como razón de la misma, “el interés general se haya comprometido en corroborar que el dinero público destinado para becas o auxilios educativos realmente se haya gestado para ese fin y, por pertenecer a la comunidad Antioqueña, participo de ese interés”.

Como quiera que el actor no ha recibido respuesta considera que le han sido vulnerados el derecho de petición y el derecho de acceso a los documentos públicos contemplado en el artículo 74 de la Constitución Nacional.

De lo anterior se deduce que el actor mediante la tutela impetrada ejerce el derecho de acceso a los documentos públicos, a través de una petición, actitud que resulta procedente si en cuenta se tiene que tal medio —el de la petición— es una vía de que disponen los ciudadanos para acceder a las autoridades, conocer sus actos y controlar su gestión.

El derecho de acceso a los documentos públicos tiene íntima relación con el de petición, hasta el punto de llegar a considerarse como una de sus modalidades, según se desprende de lo preceptuado en el artículo 17 del C.C.A., que a la letra dice:

“El derecho de petición de que trata el artículo 45 (hoy 23) de la Constitución Política incluye también el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y, en particular, a que se expida copia de sus documentos, en los términos que contempla este capítulo”.

Pese a lo expuesto, el derecho de acceso a los documentos públicos se distingue, por su especificidad del derecho general de Petición. Tiene autonomía y fisonomía particulares, hasta el punto de contar con su propia reglamentación legal y con rango constitucional en el artículo 74 de la Carta Política.

El derecho a acceder a los documentos públicos tiene una reglamentación especial contenida en la Ley 57 de 1985, donde se regulan todos los aspectos relativos a la publicación, divulgación y acceso a los documentos oficiales.

Ha dicho esta Sala que en tratándose de “solicitud de expedición de certificaciones (uno de los medios de acceder a los documentos oficiales, se agrega), sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que en éstas mismas se tenga conocimiento, que formulen los particulares, no tienen operancia los términos que señalan los artículos 6o. y 40 del C.C.A. para dar RESPUESTA a las peticiones de interés general o adoptar la DECISION respecto a la petición de interés particular, ni mucho menos lo dispuesto en los artículos 11 a 13 del mismo estatuto sobre peticiones incompletas, pues es la ley 57 de 1985, sobre publicidad de los actos y documentos oficiales, la aplicable en estos casos...”. (Expediente No. AC-232, Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez).

La jurisprudencia pretranscrita halla respaldo en lo preceptuado por el artículo 24 de la citada Ley 57, según el cual las normas contenidas en ella

“serán aplicables a las solicitudes que formulen los particulares para que se les expidan certificaciones sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que éstas mismas tengan conocimiento”.

Y, es precisamente la Ley 57 de 1985, la que en su artículo 25 establece que, si pasados 10 días de la petición de documentos no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada, con la consecuente obligación de entregar el correspondiente documento dentro de los tres días inmediatamente siguientes, so pena de la pérdida del empleo para el funcionario renuente.

Entonces, por disposición legal, y en virtud del silencio administrativo positivo el solicitante adquiere el derecho de obtener la certificación o los documentos pedidos, derecho que puede hacer valer ante las autoridades competentes, mediante la vía procesal que le brinda la normatividad precitada, complementada con lo establecido en el artículo 139 del C.C.A. y con la acción exhibitoria contemplada en el C. de P. C.

Esta misma Sala al decidir una acción de tutela planteada en similares términos, expresó:

“Finalmente, parece conveniente recordar que la Ley 57 de 1985, regula todo lo relacionado con la publicidad de los actos y documentos oficiales, y el acceso ciudadano a los mismos. En los artículos 12 y 25 del citado estatuto se preceptúa que toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas, y a que se le expida copia de los mismos. Las solicitudes en tal sentido deberán resolverse en un término de diez (10) días, consagrándose el silencio positivo, lo que obliga a que el documento solicitado se entregue en un término de tres días. El funcionario renuente, se agrega, será sancionado con la pérdida del empleo.

“Todo lo que se deja expuesto pone de presente que el accionante tiene abierta otra vía jurídica y procesal para hacer defender su derecho, verdad jurídica que lleva a concluir que la acción de tutela tampoco procede, pues ésta, como lo ha repetido la Corporación, es SUBSIDIARIA y RESIDUAL, es decir, que sólo procede cuando falta otro medio de defensa y cuando el derecho fundamental no esté protegido por acción diferente”. (Expediente AC-062, actor: Luciano Riapira Ardila. Consejero Fuente, Dr. Uribe Acosta).

De otra parte, si fuera necesario estudiar la situación a la luz del artículo 74 de la Constitución Nacional, citado también como infringido en la solicitud de tutela, bastaría con observar que el derecho a acceder a los documentos públicos, no está contemplado como fundamental en nuestra Carta Política. Ya lo dijo esta misma Sala en la providencia últimamente citada, en los siguiente términos:

“... Agrégase a todo lo anterior que el artículo 23 de la C. Nal. tampoco es aplicable al caso *sub-examine*, pues éste consagra el derecho que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta respuesta. Este derecho, como es apenas natural, no se puede confundir con el consagrado en el artículo 74 de la Carta, que define que todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley, derecho que no es FUNDAMENTAL, y, por lo mismo, no encuadra dentro de los que pueden ser protegidos a través de la acción de tutela. Esta la razón para que la Sala confirme la decisión del Tribunal”.

Por las razones anteriores confirmará la Sala el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

1o.— CONFIRMASE el fallo impugnado, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con fecha 2 de octubre de 1992.

2o.— Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

3o.— Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada el día 1o. de diciembre de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Salvó Voto; Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Salvó Voto; Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de M., Ausente; Miguel González Rodríguez, Salvó Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela G., Con salvamento de Voto; Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Con salvamento de Voto; Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**DERECHO DE PETICIÓN/DERECHO A LA INFORMACION/DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS/SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO (Salvamento de Voto)**

Estimo que ha debido accederse a la tutela porque el derecho a la información forma parte del derecho de petición y por tanto es fundamental; la ley le otorga especial protección y por eso ha consagrado el silencio administrativo positivo y frente a este fenómeno no hay acción judicial; en consecuencia la tutela sirve para hacerlo efectivo, sin perjuicio de las condignas sanciones para el funcionario renuente.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto de la Doctora Clara Forero de Castro.— Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-375. Actor: Miguel Humberto Jaime Contreras.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala y estimo que ha debido accederse a la tutela porque:

a) El derecho a la información forma parte del derecho de petición y por tanto es fundamental.

b) La ley le otorga especial protección y por eso ha consagrado el silencio administrativo positivo, si pasados 10 días no se da respuesta a la petición.

c) Frente al silencio administrativo positivo no hay acción judicial y en consecuencia la tutela sirve para hacerlo efectivo, sin perjuicio de las condignas sanciones para el funcionario renuente.

*Clara Forero de Castro*

**DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS/DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO/ACCION EXHIBITORIA— Improcedencia (Salvamento de Voto)**

El derecho de acceso a los documentos públicos es una especie del derecho de petición. Producido el silencio positivo, deberá la administración entregar la copia solicitada o permitir la consulta de la documentación requerida. Si así no lo hace, procederá la tutela, porque para el efecto el interesado no tendrá otro medio de defensa judicial. Recuérdese que al entenderse resuelta favorablemente una petición por la operancia del silencio positivo no podrá accionar el interesado por carencia de interés para dicho efecto (sin interés no hay acción). Y tampoco iniciar juicio ejecutivo contra la administración porque ésta no podrá ejecutarse por obligación de hacer. Además, no es cierto que ante la negativa de la autoridad tenga el interesado la posibilidad de la acción exhibitoria, porque esto es sólo para la documentación privada.

*Salvamento de Voto.— Carlos Betancur Jaramillo.*

Magistrado ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. AC-375. Actor: Miguel Humberto Jaime Contreras.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria. Porque:

a) El derecho de acceso a los documentos públicos es una especie del derecho de petición. Esta idea viene explícita desde el artículo 45 de la Constitución anterior cuyo desarrollo, vigente hoy, habla de que “el derecho de

petición de que trata el artículo 45 de la Constitución Política incluye también el de solicitar y obtener acceso a la información sobre la acción de las autoridades y, en particular, a que se expida copia de sus documentos, en los términos que contempla este capítulo". (art. 17 del C.C.A.).

b) El artículo 74 que le da derecho a todas las personas "a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley", es norma complementaria del artículo 23 de la Carta y para facilitar su plena operancia. La creó el constituyente con la única finalidad de quitar la reserva que, equivocadamente, y como regla general, le había dado el común a la documentación que reposa en las oficinas públicas, con la creencia que esa documentación, como la privada, estaba protegida con la reserva y era inviolable (artículo 15 de la Constitución).

c) Así, al precisarse constitucionalmente que la documentación que reposa en las oficinas públicas no es, por principio, reservada, se permite que cualquier persona pueda, en ejercicio del derecho de petición acceder a dicha documentación. Si así no fuera, no existiría el derecho de petición de informaciones de la actuación pública que desarrolla el C.C.A. en sus artículos 17 y siguientes y la ley 57 de 1985.

d) Estimo que si bien esta última ley establece en su artículo 25 un caso de silencio administrativo positivo, producido éste por el transcurso del término de 10 días contados a partir de la petición de consulta de un documento público y de la expedición de la copia correspondiente, *tendrá la autoridad requerida que entregar el documento solicitado.*

Armonizando este artículo 25 con el 21 de la misma ley, la administración, *en los casos de reserva*, antes de que se produzca el silencio deberá negar expresamente su consulta o copia mediante providencia motivada que señale ese carácter, indicando las disposiciones legales pertinentes. Se observa que ésta es la única excusa posible y que no podrá esgrimirse producido el silencio.

En conclusión: Producido el silencio positivo, deberá la administración entregar la copia solicitada o permitir la consulta de la documentación requerida. Si así no lo hace, procederá la tutela, porque para el efecto el interesado no tendrá otro medio de defensa judicial. Recuérdese que al entenderse resuelta favorablemente una petición por la operancia del silencio positivo no podrá accionar el interesado por carencia de interés para dicho efecto (sin interés no hay acción). Y tampoco podrá iniciar juicio ejecutivo contra la administración porque ésta no podrá ejecutarse por obligación de hacer.

Además, no es cierto que ante la negativa de la autoridad tenga el interesado la posibilidad de la acción exhibitoria, porque esto es sólo para la documentación privada, en los términos de los artículos 283 y siguientes del C. de P.C.

Así, debió accederse a la tutela propuesta.

Con todo respeto,

*Carlos Betancur Jaramillo*

Santafé de Bogotá D.C., diciembre 11 de 1992.

**NOTA DERELATORIA : A este salvamento adhieren los doctores LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ y CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA.**

**DERECHO DE PETICION/DERECHO A LA INFORMACION/SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO/ACCION EXHIBITORIA— Improcedencia/ ACTO PRESUNTO (Salvamento de Voto)**

El derecho a la información forma parte del tradicional derecho de petición y, por tanto, es fundamental; para protegerlo la ley vigente colombiana ha consagrado el denominado silencio administrativo positivo; ese acto administrativo ficto o presunto resultante, por ahora —en razón de no haberse reglamentado aún la acción de cumplimiento— carece de acción judicial para su ejecución o cumplimiento. No es cierta la aseveración de que, en casos como el presente, procede la acción exhibitoria consagrada en el C.P.C.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-375. Actor: Miguel Humberto Jaime Contreras.

Por las razones expuestas por los distinguidos colegas que me anteceden en sus salvamento de voto, o sea, en síntesis, que: a) el derecho a la información forma parte del tradicional derecho de petición y, por lo tanto, es fundamental; b) Que para protegerlo la ley vigente colombiana ha consagrado el denominado silencio administrativo positivo, que se configura transcurridos 10 días desde la solicitud o petición, sin que la Administración decida sobre los documentos oficiales o certificaciones solicitadas; y c) Que ese acto administrativo ficto o presunto resultante del silencio de la Administración, por ahora —en razón de no haberse reglamentado aún la acción de cumplimiento consagrada en el art. 87 de la nueva Carta— carece de acción judicial para su ejecución o cumplimiento; y d) Finalmente, que tampoco es cierta

la aseveración de que, en casos como el presente, procede la acción exhibitoria consagrada en el C. de P.C., me aparté de la ponencia acogida por la mayoría de la Sala, y desde luego consideré y sigo considerando que la acción de tutela estaba llamada a prosperar.

Con el debido respeto,

*Miguel González Rodríguez*

Fecha: ut supra.

## **DERECHO DE PETICION/DERECHO A LA INFORMACION/SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO (Salvamento de Voto)**

El artículo 74 de la Carta Fundamental de 1991 no implica que el derecho de información no esté incluido o no forme parte del genérico de petición, pues ese canon no hace otra cosa que precisar la posibilidad de que cualquier persona tenga acceso a los documentos públicos, con las excepciones de ley; empero, sin ninguna duda, es una de las especies del derecho de petición, y tiene un desarrollo pleno en la Ley 57/85, por manera que puede generar un "silencio administrativo positivo", que los principios de celeridad y economía muestran de bulto que no debe dar lugar a un nuevo trámite o procedimiento, o a un juicio, sino a que se haga efectivo a través de la acción de tutela.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto del doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.— Santafé de Bogotá, D.C., enero trece (13) de mil novecientos noventa y tres (1993).*

Referencia: Expediente No. AC-375. Actor: Miguel Humberto Jaime Contreras.

El suscrito Consejero no comparte lo resuelto por mayoría en la sentencia del 4 de diciembre de 1992, por razones similares a las expresadas en los salvamentos de voto que firman los Honorables Consejeros Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro y Miguel González Rodríguez, particularmente en cuanto al aspecto relacionado con el concepto de que el artículo 74 de la Carta Fundamental de 1991 no implica que el derecho de información no esté incluido o no forme parte del genérico de petición, pues ese canon no hace otra cosa que precisar la posibilidad de que cualquier persona tenga acceso a los documentos públicos, con las excep-

ciones de ley; empero, sin ninguna duda, es una de las especies del derecho de petición, como lo señala el artículo 17 del C.C.A., y tiene un desarrollo pleno en la Ley 57 de 1985, por manera que puede general un "*Silencio administrativo positivo*", que los principios de celeridad y economía muestran de bulto que no debe dar lugar a un nuevo trámite o procedimiento, o a un juicio, sino a que se haga efectivo a través de la Acción de Tutela, como bien lo entendió el actor.

Por lo anterior, considero que la acción mencionada debió prosperar.

Con todo comedimiento,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora*

**DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO/DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS (Salvamento de Voto)**

Si bien he participado de la tesis de la cual no procede la acción de tutela cuando se presenta legalmente el fenómeno del silencio administrativo negativo, en el presente caso la situación varía fundamentalmente por tratarse de un silencio administrativo positivo, de tal manera que la omisión tutelable no es propiamente la que da lugar a la figura del silencio, sino el incumplimiento del deber que resulta de dicho silencio, como es el de entregar efectivamente los documentos o la certificación correspondientes.

*Salvamento de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez en relación con la providencia de fecha 4 de diciembre de 1992.*

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. AC-375. Actor: Miguel Humberto Jaime Contreras.

Por compartir las razones expresadas por otros Consejeros que salvaron su voto frente a la decisión que resolvió la presente acción de tutela, especialmente las contenidas en el salvamento de voto redactado por el doctor Carlos Betancur Jaramillo, adhiero a ellas en aras de la economía y la agilidad procesales.

Adicionalmente considero necesario hacer notar que si bien he participado de la tesis según la cual no procede acción de tutela cuando se presenta legalmente el fenómeno del silencio administrativo negativo, en el presente

caso la situación varía fundamentalmente por tratarse de un silencio administrativo positivo, de tal manera que la omisión tutelable no es propiamente la que da lugar a la figura del silencio, sino el incumplimiento del deber que resulta de dicho silencio, como es el de entregar efectivamente los documentos o la certificación correspondientes.

Con todo respeto,

*Libardo Rodríguez Rodríguez*

Santafé de Bogotá, D.C., 15 de enero de 1993.

**DERECHO DE PETICION/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO**  
(Salvamento de Voto)

La omisión del cumplimiento de un deber constitucional y legal de la autoridad pública comporta necesariamente la violación del derecho constitucional fundamental de petición que reconoce, como una extensión de la libertad personal, la facultad que en Colombia tienen todos los asociados de dirigirse a las autoridades formulándoles peticiones que pueden ser generadas en intereses personales o de tipo general y sobre todo, a que la autoridad resuelva positiva o negativamente la petición formulada. El mecanismo de presunción de acto administrativo negativo está más dirigida hacia la protección de los derechos involucrados en la petición que hacia la protección del derecho de petición mismo.

*Salvamento de Voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Expediente No. AC-375. Actor: Miguel Humberto Jaime Contreras.

Mi discrepancia con la mayoría de la Sala obedece al hecho de que considero que ha debido tutelarse el derecho de petición que ha sido desconocido por la entidad oficial, la cual se abstuvo de responder en cualquier sentido las solicitudes del administrado.

Como recientemente la Sala Plena del Consejo de Estado votó negativamente un proyecto mío en el que se proponía otorgar la tutela en relación con el derecho de petición considero suficiente transcribir aquí algunos apartes de ese proyecto como fundamento de mi discrepancia.

“Así las cosas encuentra la Sala que debe revocarse la actuación del Tribunal y abocar el estudio de la acción de tutela con el objeto de determinar si es del caso tutelar el derecho fundamental que se alega como violado.

“Obran en el expediente fotocopias de comunicaciones dirigidas por la citada docente al doctor José Abel Valoyes, Secretario de Educación del Distrito Especial de Bogotá en diciembre 4 de 1991 (fl. 4) y en febrero 19 de 1992 (fl. 5) en los cuales se le pide a dicho funcionario fije la fecha y la hora para la posesión en el cargo para el cual fue nombrada la peticionaria por medio de la Resolución No. 1765 de 1991 suscrita por el Alcalde Mayor de Bogotá.

“No aparece, no obstante que hay certeza del recibo de tales comunicaciones, constancia alguna de respuesta en ningún sentido a las peticiones de la docente y en cambio sí, tanto en el memorial de interposición de la tutela como en el de la impugnación se afirma por la peticionaria que dichas peticiones “aún se encuentran sin resolver o sin contestar”.

“Los anteriores elementos permiten a la Sala concluir que en efecto la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá ha omitido y continúa haciéndolo, el cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 23 de la Carta Política de resolver rápida y oportunamente las peticiones que en términos comedidos y relacionadas con asuntos a su cargo le ha formulado la señora Quiñones Ladino. Esta situación omisiva del cumplimiento de un deber constitucional y legal de la autoridad pública comporta necesariamente la violación del derecho constitucional fundamental de petición que reconoce, como una extensión de la libertad personal, la facultad que en Colombia tienen todos los asociados de dirigirse a las autoridades formulándoles peticiones, que pueden ser generadas en intereses personales o de tipo general y sobre todo, a que la autoridad resuelva positiva o negativamente la petición formulada.

“En el *sub-examine* es evidente la vulneración del derecho de petición que le ocasiona a la accionante la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá y la protección inmediata se impone por cuanto no se advierte la existencia de un mecanismo efectivo que judicialmente obligue a que cese la actitud violatoria de la Constitución que apareja el hecho de no responder las peticiones aludidas.

“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 se deja de resolver.

En otras palabras, estima la Sala, que el mecanismo de la presunción de acto administrativo negativo está más dirigida hacia la protección de los derechos involucrados en la petición que hacia la protección del derecho de petición mismo”.

*Guillermo Chahín Lizcano.*

Fecha ut: supra.

**ACCION DE TUTELA—Improcedencia/ESPACIO PUBLICO/ACCIONES POPULARES/JUICIO DE POLICIA/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**

La acción no puede prosperar en consideración a que el artículo 82 de la Constitución nacional consagra la potestad del Estado de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común: en cambio no se ve como el quebranto de esta obligación pueda vulnerar los derechos fundamentales de las personas o se cause un perjuicio irremediable a quien lo alega. Cuando se trata de la protección de los derechos colectivos, la Constitución consagró las acciones populares previstas en el artículo 88, las cuales hasta el momento, no han sido objeto de regulación legal: sin embargo, el Código Nacional de Policía y el Código de Régimen Municipal atribuyó a los alcaldes el conocimiento de procesos policivos, normas que disponen que en cualquier tiempo los ocupantes serán obligados a restituir las vías, puentes y acueductos públicos, además de la indemnización por los daños y perjuicios de que puedan ser responsables. No es la acción de tutela el medio adecuado para controvertir lo relacionado con la ocupación de los bienes de uso público.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Dr. Juan de Dios Montes Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-401. Actor: Oscar Enrique Jiménez Ensuncho.

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 13 de octubre de 1992 por medio de la cual se adoptaron las siguientes decisiones:

“1o.— Ordenar al señor Alcalde Mayor del Municipio de Montería prohibirle a los propietarios de los locales comerciales de la Avenida Primera entre calles 26 y 30 de esta misma ciudad, la utilización del espacio público para el desarrollo de sus actividades; y la remoción de las casetas o construcciones provisionales que se hayan levantado para tal efecto. Esta medida será de cumplimiento inmediato.

“2o.— Ordenar al señor Alcalde Mayor de la ciudad de Montería, desalojar a los vendedores ambulantes asentados entre las calles 33 y 37 de la Avenida 2a. de esta ciudad que estén ocupando el espacio público, y remover las jardineras y barandas de hierro que obstaculizan el tránsito frente al Palacio Nacional de esta ciudad (Carrera 2a. Calles 33 y 34).

“3o.— Lo ordenado en el artículo anterior deberá cumplirse dentro del término de cuatro meses siguientes a la fecha de esta sentencia, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

“4o.— Líbrense por la Secretaría las comunicaciones necesarias para el cumplimiento de esta sentencia.

“5o.— Si el presente fallo no fuere impugnado dentro del término legal, envíese al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión, sin perjuicio de su cumplimiento. (art. 31 Dto. 2591/91).

### ANTECEDENTES PROCESALES

El 18 de septiembre de 1992 OSCAR ENRIQUE JIMENEZ ENSUNCHO, presentó acción de tutela en contra del Municipio de Montería y Distrito de Carreteras número siete (7) ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, para que ordenase al señor Alcalde “no omitir la facultad constitucional y legal de recuperación del espacio público”, en la carrera 1a. entre calles 26 a 30, y 2a. calles 33 a 37; el retiro definitivo de las casetas metálicas, y, para que requiriese a los dueños de los establecimientos a fin de que suspendieran la ocupación del espacio público; igualmente para que ordenase al Jefe de Distrito No. 7 destruir el obstáculo o jardinera ubicada en la carrera 1a. entre calles 26, 27, además de las barandas de hierro que obstaculizan el tránsito frente al Palacio Nacional.

Los hechos que fundamentan las pretensiones son:

“ — Desde hace aproximadamente diez (10) años, los estaderos Tosca, Fonda Antioqueña, Boleros, Encuentro, Pollo, Pizza y Carne de Chandy's, Madrigal y otros, vienen en violación reiterada del espacio público, en el caso concreto de sacar mobiliario a partir de las 3 P.M., todos los días y colocarlos al frente de los establecimientos anotados, es to (sic) es avenida primera entre calles 26 a 30 de esta ciudad.

“ — Desde hace algún tiempo, vendedores ambulantes, hoy estacionarios se han tomado la acera izquierda (Frente del Palacio Nacional) imponiendo toda clase de mostradores para la venta de mercancías nacionales y extranjeras; circunstancias que imposibilita (sic) el desplazamiento normal de los peatones por la acera.

“ — Desde hace algún tiempo, vendedores ambulantes, hoy estacionarios se han tomado la acera derecha entre las calles 34 a 37 de esta ciudad, impidiendo el normal desplazamiento de los peatones”.

En escrito adicional el impugnante solicitó la práctica de una inspección judicial en los sitios señalados y agregó:

“.....”.

“Como quiera que frente al Palacio Nacional, Cra. 2 Calles 33 y 34 de esta ciudad, el Distrito de carreteras ancionales (sic), Córdoba, hace muchos años colocó árboles (Palmeras) y cerrado de hierro, se le ordene al Director Alvarez Turizo, retirar las palmeras y cerramiento de hierro por cuanto con ello (Obstáculos) (sic) viola eld (sic) erecho (sic) fundamental de las personas de transitar libremente por el espacio, que ha reservado el Legislador para ello”. (fl. 5).

A folio 13 aparece el informe que rindiera el “Jefe de Urbanismo y Control Físico Municipal” en este sentido:

“El Decreto 042 que reglamenta el Plan de Desarrollo y los usos del suelo en la ciudad de Montería y en su aparte del Artículo 161 que se refiere a áreas y frentes de lotes; especifica una distancia de 8.00 metros de separación entre la vía vehicular (en su límite lateral) y la línea de paramento (construcción) siendo estos 8.00 metros el área pública específica para ese sector, en la cual el uso de suelo oficial permitido es de zona verde, andén y antejardín (sic). Cualquier otro uso diferente al establecido que se le dé a esa área está violando las normas anotadas en el Decreto 042.

“Para el caso concreto que nos interesa y para lo cual se realiza esta comunicación, los estaderos antes mencionados ocupan el área pública, cambiándole el uso primario establecido e implantando un nuevo (comercio); cabe anotar de características estructurales (edificación) sino que es de tipo ocasional y a determinadas horas del día.

“Respecto a la situación de los vendedores ambulantes ubicados en la Carrera Segunda entre Calles 33 y 37 le informo lo siguiente: “La vía es el área establecida entre la línea de paramentode (sic) edificaciones frontales en la cual se pueden construir zonas verdes, andenes y antejard-

dines; ese espacio limitado por andenes laterales y área de tránsito vehicular en el centro, es un área pública y su uso está reglamentado en el Decreto 042 como de tránsito vehicular y peatonal exclusivamente, cualquier otro uso diferente está prohibido. Los vendedores ambulantes de la zona referida se encuentran sobre el andén y la zona verde reglamentada”.

El Tribunal para adoptar la decisión impugnada razonó en estos términos:

“.....”

“A su vez, el artículo 82 señala que el Estado está en la obligación de proteger el espacio público, el que sólo puede ser usado por la comunidad, imponiéndose, en caso de conflicto, el interés general.

“Confrontadas las normas se deduce que esta última es desarrollo del primer enunciado de la Carta, y reafirma el viejo principio de la preeminencia del interés colectivo sobre el individual.

“Este elemental razonamiento, induce a concluir que la garantía del espacio público es un derecho fundamental, ya que su incumplimiento vulnera en forma ostensible los derechos de la comunidad al privarla de un desplazamiento exento de obstáculos y que para eludirlos le ocasiona riesgos al invadir calles y avenidas destinadas al tránsito vehicular.

“Como la petición hace referencia a los locales comerciales de la avenida primera entre calles 26 y 30 y a los vendedores ambulantes de la Avenida 2a. entre calles 33 y 37; por razones prácticas, se analizarán independientemente las dos situaciones.

“Respecto a los establecimientos localizados en la avenida primera entre calles 26 y 30, se comprobó a través de inspección judicial y certificación expedida por la Alcaldía Municipal de Montería, que la actividad de éstos se desarrolla en horas de la tarde y de la noche, en espacios destinados al uso público.

“En efecto, en el oficio No. 079 de octubre 9 de 1992, suscrito por la Jefe de Urbanismo y Control Físico del Municipio de Montería, se afirma que los locales comerciales conocidos como “Boleros”, “Madrigal” “Fonda Antioqueña”, “Pollo, Pizza y Carne de Chandy’s y otros, ocupan el área de uso público de manera temporal en determinadas horas de la tarde y de la noche, infringiendo el Decreto 042 de 17 de marzo de 1981, expedido por la Alcaldía de Montería, que reglamenta el Plan de Desarrollo Municipal, los usos del suelo, y fija en su artículo 161 una distancia de ocho metros entre el límite lateral de la vía destinada al

tránsito vehicular y la línea de construcción, advirtiendo que en esa área sólo se permite su utilización para zonas verdes, andén y antejardín.

“Frente a esa situación, y ante la constancia de la propia administración, de haber omitido el deber constitucional de garantizar un espacio público destinado exclusivamente a los fines expresados en la norma antes citada, se le ordenará al señor Alcalde de la Ciudad de Montería prohibirle a los propietarios de los locales comerciales de la Avenida Primera entre Calles 26 y 30, incursos en la infracción, la utilización del espacio público citado.

“Con relación a los vendedores ambulantes de la Avenida Segunda entre Calles 33 y 37, quienes de acuerdo con la certificación aludida también ocupan el espacio público destinado a andenes laterales y al tránsito vehicular habrá que armonizar la garantía del espacio público con el sagrado derecho al trabajo que se vería afectado con la decisión de desocupar ese lugar sin que la administración le provea a esos vendedores ambulantes un lugar para el ejercicio de las labores que le ocasionan su subsistencia, máxime cuando esta circunstancia es producto de la desidia administrativa, imputable a los distintos gobiernos Municipales.

“Pretender que se desalojen sin exigirle al Municipio de Montería que adecúe otro lugar para la realización de sus labores, atentaría precisamente contra el estado social de derecho preconizado en el artículo 10. de la Carta, y contra el artículo 25 de la Constitución Nacional”.

“.....”.

“Por todo lo dicho, y con el ánimo de conciliar los intereses de los particulares con los de la colectividad, este Tribunal, que en el presente caso actúa como juez constitucional, invocando razones de justicia y equidad le ordenará al Alcalde Mayor del Municipio de Montería hacer desocupar el espacio público anotado, una vez consiga otro sitio donde reubicar a los mencionados vendedores.

“En consideración a que está por terminar el año y la administración municipal deberá tomar las medidas presupuestales necesarias para acondicionar el lugar donde habrá de concentrar estos mercaderes, y en virtud de que se aproximan las festividades navideñas, ventajosas para la totalidad de los comerciantes, se otorgará un término prudencial de cuatro meses a partir de esta sentencia para dar cumplimiento a lo ordenado en ella”.

El Municipio de Montería impugnó la decisión del Tribunal para que se revoque, o en su lugar se amplíe el término otorgado para su cumplimiento de cuatro a doce meses; estos son sus términos:

"1.— El artículo 2o. del Decreto 306 de 1992 dispone textualmente: "Artículo 2o. De los derechos protegidos por la acción de tutela. De conformidad con el artículo 1o. del decreto 2591, la acción de tutela protege exclusivamente los Derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que tienen rango legal, ni para hacer cumplir las Leyes, o cualquier otra norma de rango inferior". Significa lo ordenado en la norma transcrita, que es improcedente la acción de tutela cuando se trata de hacer cumplir lo ordenado en un Decreto. En el caso que nos ocupa, se trata de ordenar el cumplimiento de un decreto municipal, la misma providencia recurrida a folio cinco dice textualmente: "... ocupan el área de uso público de manera temporal, en determinadas horas de la tarde y de la noche, infringiendo el decreto 042 de 17 de marzo de 1981, expedido por la Alcaldía de Montería, que reglamenta el plan de Desarrollo Municipal, los usos del suelo y fija en su artículo 161 una distancia de ocho (8) metros entre el límite lateral de la vía destinada al tránsito vehicular y la línea de construcción, advirtiendo que en esa área sólo se permite su utilización para zonas verdes, andén y antejardín". Lo anterior nos demuestra en forma clara que la acción de tutela que nos ocupa es improcedente porque se trata de hacer cumplir un decreto municipal, asunto excluido de esta acción en forma clara y terminante por el Decreto 306, en su artículo 2o., de 1992".

"2o.— El inciso cuarto del artículo 86 de la constitución (sic) nacional, en concordancia con el literal F) del artículo 1o. del Decreto 306 de 1992, disponen claramente que la acción de tutela es improcedente cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial y si se trata de perjuicio irremediable cuando mediando la respectiva acción Judicial, el Juez pueda ordenar actuar o de abstenerse de hacerlo, siempre que la conducta sea distinta del pago de una indemnización de perjuicios. En el presente caso, amén de no existir por ninguna parte demostrado perjuicio alguno, y meno (sic) aun (sic) con caracter (sic) de irremediable, el accionante bien puede ejercer las acciones judiciales pertinentes consagradas en el decreto 01 de 1984, a partir del artículo 84 y ss, previos los tramites (sic) administrativos de las correspondiente (sic) peticiones en ejercicio del derecho consagrado en el canon 23 de la Carta Suprema y desarrollados adecuadamente en el C.C.A.".

"3.— En este caso no existen los elementos estructurales necesarios para que proceda la acción de tutela, pues, no se ha demostrado siquiera sumariamente la vulneración o amenazada de un derecho fundamental, así como tampoco se encuentra la existencia de la amenaza de algún perjuicio irremediable y además se ha invocado un derecho que no es fundamental..."

“5.— El artículo invocado y objeto de la acción de tutela es el consagrado en el Número 82 de la Constitución, que como ya lo manifesté, no es un derecho fundamental, y el constituyente expresamente lo denominó DERECHO COLECTIVO Y DEL AMBIENTE, por encontrarse en el capítulo tercero del título segundo y precisamente, el constituyente estableció para proteger estos derechos, donde se encuentra el del espacio público (ART. 82), unas acciones especiales denominadas populares consagradas en el artículo 88 de la misma Constitución...”.

“De manera que el derecho del espacio público, por ser un derecho de los denominados colectivos, no es objeto de protección por el artículo 86 de la Carta, dicho derecho está amparado especialmente, al lado de los otros derechos también colectivos, por el artículo 88 y 89 *ibídem*, lo que significa, que por tal razón es totalmente improcedente brindar amparo por el canon 86 al derecho consagrado en el artículo 82, éstos se surten por una cuerda totalmente distinta y además, los amparos del artículo 88 no proceden hasta tanto el legislador no regule las correspondientes acciones populares”.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El actor considera violado el derecho consagrado en el artículo 32 de la Constitución Nacional, relacionado con la integridad y protección del espacio público, por cuanto el interés general prima sobre el particular.

La acción de tutela procede cuando los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, excepto que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Las circunstancias de hecho alegadas por el impugnante fueron demostradas con la Inspección Judicial practicada en la actuación; con el Decreto No. 042 expedido por el Gobierno Municipal, el cual en su artículo 161 dispone: “a) *Para edificaciones de un (1) solo piso* se permitirá un área de lote mínima de 200 M2., y un frente mínimo de 8.00 metros”, con el informe suscrito por el “Jefe de Organismo y Control Físico Municipal”, quien ratifica que los establecimientos públicos señalados por el actor y los vendedores ambulantes están invadiendo la zona de uso público destinada para zonas verdes, andenes y antejardines.

Pese a ello, la acción no puede prosperar en consideración a que el artículo 82 de la C.N. consagra la potestad del Estado de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común; en cambio no se ve cómo el quebranto de esta obligación pueda vulnerar los derechos fundamentales de las personas o se cause un perjuicio irremediable a quien lo alega.

Cuando se trata de la protección de los derechos colectivos, la Constitución Política consagró las acciones populares previstas en el artículo 88, las cuales hasta el momento, no han sido objeto de regulación legal; sin embargo, para casos como éstos el artículo 132 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), atribuyó a los Jefes de la Administración Municipal el conocimiento del proceso policivo, y el Decreto 1333 de 1986, artículo 170, que subrogó el artículo 208 de la Ley 4a. de 1913, reiteró esta potestad para los Alcaldes Municipales. Su procedimiento fue reglamentado por el Decreto No. 640 de 1937, artículo 5o. Estas normas disponen que en cualquier tiempo los ocupantes serán obligados a restituir las vías, puentes y acueductos públicos, además de la indemnización por los daños y perjuicios de que puedan ser responsables.

De lo reseñado en el párrafo anterior, se desprende que el actor tiene a su disposición el juicio policivo indicado, razón por la cual no es la acción de tutela el medio adecuado para controvertir lo relacionado con la ocupación de los bienes de uso público.

Por lo tanto, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba y en su lugar se negará la acción de tutela incoada.

En mérito de lo expuesto EL CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 13 de octubre de 1992, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NIEGASE la acción de tutela impetrada por el señor OSCAR ENRIQUE JIMENEZ ENSUNCHO.

TERCERO: ENVIESE a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: ENVIESE copia de este fallo al Tribunal Administrativo de Córdoba.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Juan de Dios Montes Hernández, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano,*

*Miren de la Lombana de Magyaroff, Ausente; Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Miguel Viana Patiño, Ausente; Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

## ACCION DE TUTELA—Improcedencia/SERVICIO MILITAR/DESERCION

No es viable la acción de tutela en los casos en que la omisión o acción de la autoridad se origina en una conducta omisiva e inadecuada de los accionantes, pues el soldado ocultó por iniciativa propia su estado de salud y luego desertó del Ejército bajo su responsabilidad, asumiendo los riesgos pertinentes. No es dado en el presente caso atribuirse acción u omisión ilegítimas a la autoridad pública (Ejército Nacional) pues ella está actuando en cumplimiento de su deber. La tutela no se puede conceder a personas que por su propia culpa y ante su proceder al margen de la ley, alegan una presunta violación de sus derechos constitucionales fundamentales, para impedir la actividad de las autoridades, como en el caso sub-judice, en que se invoca para solicitar que se proteja la conducta de la desertión, tipificada como delito por los cánones castrenses.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Magistrado ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. AC-415. Actor: Personería Municipal de Medellín. Asuntos Constitucionales.

Conoce la Sala del recurso de impugnación interpuesto por la PERSONERIA MUNICIPAL DE MEDELLIN, en representación de Leticia Gómez de Gómez y Carlos Humberto Gómez Gómez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de octubre de 1992, por la cual se negó por improcedente la acción de tutela solicitada ante dicha Corporación.

**Petición de tutela.**— Solicita el impugnante, se ordene al Ejército Nacional - Cuarta Zona de Reclutamiento y a la XIV Brigada, exonerar al soldado CARLOS HUMBERTO GOMEZ GOMEZ de la prestación del servicio militar, por ser una persona con disminución física y psíquica, lo cual le impide el desempeño de sus funciones normales dentro de la Institución Militar. Solicita igualmente se ordene al Ejército la expedición de la correspondiente libreta militar y “que en el futuro den oportuna respuesta a las peticiones formuladas por los ciudadanos”.

**Los hechos de la acción.**— Afirma la Personería Municipal que el 28 de septiembre de 1992 la señora Leticia Gómez de Gómez, en su condición de madre del soldado Carlos Humberto Gómez Gómez, se dirigió ante esta entidad para comentar la situación de su hijo, quien habiendo sido incorporado al Ejército el 5 de agosto de este año, 11 días después desertó del mismo. Señala el libelo, que desde los 20 meses de edad el aludido soldado presentaba convulsiones con pérdida del conocimiento, bajo los signos de una *epilepsia traumática* que aún padece, encontrándose en tratamiento médico. Carlos Humberto Gómez ocultó en el examen médico de reclutamiento tal situación, y ahora que es desertor, su familia sufre una mengua en su estabilidad psicológica, por lo cual la señora madre del soldado en referencia, mediante memoriales de agosto 27 y 31 del cursante año, le informó al Comandante de la XIV Brigada, General Marino Gutiérrez Isaza, el estado de salud de su hijo, señalando que los antecedentes médicos de tratamiento constatan la verdad de sus afirmaciones, además de que de ello da testimonio el psiquiatra Hugo Campillo G.; alerta el escrito que durante la prestación del servicio y al padecer el soldado de crisis, se exponen las personas que se encuentran a su alrededor, pues al reaccionar violentamente y estar armado, el peligro es inminente.

Que tal situación representa una efectiva vulneración y amenaza de sus derechos humanos constitucionales, con riesgos para él, sus compañeros del ejército, y para la sociedad en caso de ser incorporado de nuevo a la institución. Que el despliegue del ejército para encontrarlo vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la igualdad y que el silencio frente a los memoriales de la madre del conscripto viola claramente el derecho de petición.

**Providencia impugnada.**— El *a-quo*, en la sentencia de octubre 19 de 1992, expresa que el decreto 2550 de 1988 por el cual se expide el nuevo Código Penal Militar, cataloga como delito la desertión, y agrega que el mismo Código establece las normas rectoras de la ley y del procedimiento penal militar dentro de las cuales sobresalen la legalidad, la culpabilidad, la favorabilidad, la proscripción de analogía o igualdad ante la ley, el debido proceso, defensa, respecto a la dignidad humana, presunción de inocencia, libertad personal, lealtad, indubio pro reo, gratuidad, favorabilidad y finalidad del procedimiento. Dice el fallo recurrido en su parte considerativa, que del escrito mediante el cual se ejercita la acción de tutela y de las comunicaciones

enviadas por la señora Leticia Gómez de Gómez, se deduce que las conductas inadecuadas han sido realizadas por el señor Carlos Humberto Gómez Gómez, al ocultar inicialmente su enfermedad y al desertar del servicio, días después. En forma alguna, puede afirmarse que las autoridades contra quienes se intenta la tutela, hayan violado o amenazado un derecho fundamental, al tenor del artículo 13 del decreto 2351 (sic) de 1991.

Concluye, que “no constituye en sí ningún atentado, la circunstancia de que las fuerzas militares realicen gestiones para localizar al soldado Carlos Humberto Gómez Gómez, como que según lo afirma el solicitante, y en forma repetida la señora madre de Carlos Humberto, éste se oculta para burlar la acción de las autoridades, quienes cumplen con su deber, si se tiene en cuenta que la *deserción del servicio militar es un delito*. Llegada la oportunidad procesal podrá acreditar lo referente a su salud”.

Por las anteriores razones el Tribunal no accedió a lo solicitado.

**Razones de inconformidad.**— Alega el impugnante que los fundamentos que inspiraron la interposición de la acción, son el estado de salud del joven Carlos Humberto y la situación psicológica de los integrantes de su familia. Hemos invocado el derecho de petición, dice el libelista, pues doña Leticia Gómez de Gómez dirigió al Comandante de la XIV Brigada los memoriales calendados en agosto 27 y 31 de 1992, solicitando se tenga en cuenta el estado de salud de su hijo y se le evalúe en forma ecuánime e imparcial; que se ha violado el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, toda vez que hasta la fecha han transcurrido casi dos meses, sin haber recibido respuesta alguna. La afirmación en el fallo, de que las conductas inadecuadas han sido realizadas por Carlos Humberto Gómez Gómez, es apresurada, máxime cuando el Tribunal no llamó a declarar al Doctor Campillo en este caso. Por ello, es que la acción de tutela que se invoca es clara, pues el estado de salud del desertor lo convierte en un disminuido físico y psíquico, por lo que no creemos que se pueda decir que no es procedente el mecanismo constitucional de la acción de tutela y no hay para qué esperar la instancia de un proceso militar haciendo padecer más a este joven enfermo, cuando existe el mecanismo expedito de protección a los derechos fundamentales, por lo que la acción de tutela no puede serle negada, finaliza diciendo el impugnante.

#### PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1.— De la simple lectura del artículo 86 de la Constitución Política, se concluye que para que la acción de tutela allí consagrada proceda, se requiere que los derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

2.— Recuérdese que Carlos Humberto Gómez Gómez fue incorporado al Ejército el 5 de agosto de 1992, y 11 días después desertó del mismo, sin que en su momento (el de reclutamiento), ni él, ni la madre interesada en esta tutela, hubiesen informado a la autoridad correspondiente su estado de salud. Esta lo hace a la postre, por temor a los resultados de la deserción.

3.— Advierte la Sala, que no es viable la acción de tutela, en los casos como el presente, en que la omisión o acción de la autoridad se origina en una conducta omisiva e inadecuada de los accionantes, pues como quedó dicho, el soldado ocultó por iniciativa propia su estado de salud y luego desertó del Ejército bajo su responsabilidad, asumiendo los riesgos pertinentes.

4.— Significa lo anterior, que no es dado en el presente caso atribuirse acción u omisión ilegítimas a la autoridad pública (Ejército Nacional), pues ella está actuando en cumplimiento de su deber, como se desprende de los instrumentos procesales que integran el expediente.

Es de esperar que la actividad de las autoridades, que se considera inspirada en el principio de la buena fe, se realice en forma prudente, justa y ecuaníme, teniendo en cuenta las condiciones personales y las probanzas que se alleguen ante las instancias castrenses para la valoración de su conducta.

La tutela no se puede conceder a personas que por su propia culpa y ante su proceder al margen de la ley, alegan una presunta violación de sus derechos constitucionales fundamentales, para impedir la actividad de las autoridades; como en el caso *sub-judice*, en que se invoca para solicitar que se proteja la conducta de la deserción, tipificada como delito por los cánones castrenses.

Finalmente, respecto al alegado desconocimiento del derecho de petición originado en la falta de respuesta a los memoriales enviados por la madre del soldado a las autoridades militares, la Sala encuentra que tal desconocimiento no se presenta; pues en ellos no se les requiere una respuesta, y solamente se les informa el estado de salud y el tratamiento médico a que ha venido siendo sometido su hijo, el ocultamiento de su enfermedad, su posterior deserción y el temor que les asiste por las consecuencias que de tal conducta puedan derivarse.

Consecuentemente, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de octubre de 1992, en la acción de tutela promovida por la Personería Municipal de Medellín, en nombre de Leticia Gómez de Gómez y Carlos Humberto Gómez Gómez.

Cópiese, notifíquese y envíese el expediente a la Corte Constitucional, y una copia de esta providencia al mencionado Tribunal.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 1992.

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Clara Forero de Castro, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Ausente; Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria General.*

**DERECHO DE LIBRE CIRCULACION/AUTORIDAD PUBLICA—Inexistencia/FUERZA MAYOR/DERECHO AL TRABAJO**

El arribo tardío de los participantes al sitio del concurso, que se debió a las situaciones extremas que impidieron su libre circulación por la vía Panamericana, con violación de su derecho de libre circulación, no imputable a la autoridad contra quien se ejerce el derecho de tutela, y su consecuencia, no constituye “acción u omisión” de una autoridad pública, concretamente de la persona jurídica estatal respecto de la cual se impetra la medida que determinara el quebrantamiento del derecho al trabajo. Constituyó una circunstancia de fuerza mayor, que no puede conducir a la orden judicial de suspender de inmediato una actividad administrativa tendiente a proveer el cargo o empleo.

**ACCION DE TUTELA—Informalidad/ACCION DE TUTELA—Interpretación**

Como la acción de tutela puede ser ejercitada sin ninguna formalidad y por personas que no requieren título de abogado, el juez goza de cierta facultad de interpretación del libelo y puede tutelar el derecho fundamental siempre que éste se determine claramente, aún cuando no se cite la norma constitucional infringida, o cuando se encuentra una errónea cita de la disposición constitucional que consagra el derecho supuestamente vulnerado o amenazado.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. AC-437. Actor: Mary Soleida Gómez Corrales y Otros.

Decide la Sala de impugnación contra el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 5 de noviembre de 1992, presentada por el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cauca, a través del apoderado.

### ANTECEDENTES:

Ante el Tribunal Administrativo del Cauca los señores Mary Soleida Gómez Corrales, Carlos Azos Restrepo y Jesús Alberto Osorio Gallego interpusieron acción de tutela para que les sea protegido su derecho a concursar para ascender al cargo de "Técnico de Servicios Administrativos Clase I Grado 15 Dedicación Completa en el CAB de Corinto", concurso para el que fueron convocados y que se llevó a cabo el 8 de octubre de 1992 a las 8 A.M. en Popayán.

Relataron los accionantes que debido al cierre de la vía Panamericana por parte de las comunidades indígenas del Cauca, que taponaron la carretera en los sitios Pescador y Río Blanco desde el 7 de octubre de 1992, a pesar de haber salido del Municipio de Miranda a las 3-1/2 de la madrugada del día 8 de octubre, haciendo trasbordos y pasando trochas lograron llegar a Popayán a la 1 P.M. de ese día, cuando ya se habían realizado las pruebas del concurso, negándose el Comité de Selección del ISS en el Cauca a permitirles concursar posteriormente. Para ello, invocan como violado el derecho de circulación o locomoción consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política.

### EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal tras comprobar que los accionantes se habían inscrito para concursar y fueron citados para el día señalado, admitió que había sido un hecho notorio el cierre de la vía en las fechas mencionadas en el libelo y concluyó que aún cuando la vulneración del derecho a la libre circulación era achacable a particulares y no a la autoridad contra la cual se ejerce la tutela, ello impidió la comparecencia oportuna al lugar señalado para el concurso; y que el ISS al no haberles permitido concursar posteriormente lesionó su *derecho al trabajo* en cuanto a la igualdad de oportunidades que deben tener todas las personas para acceder a los cargos.

En consecuencia concedió la tutela y ordenó al ISS Regional Cauca, señalar nueva fecha, hora y lugar para realizar las pruebas del concurso en el cual no pudieron participar los accionantes, comunicarles anticipadamente esa determinación y suspender de inmediato toda actividad tendiente a pro-

veer el cargo de "Técnico de Servicios Administrativos, Clase I, Grado 15, dedicación completa en el Centro de Atención Básica de Corinto", hasta cuando se efectúe el nuevo concurso.

### ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACION

Aún cuando el Gerente del ISS regional Cauca envió un oficio al Tribunal Administrativo adjuntando copia de la resolución No. 3358 de 9 de noviembre de 1992, por la cual en acatamiento del fallo se señala fecha y hora para efectuar nuevamente las pruebas del concurso y se suspende toda actividad tendiente a proveer el cargo, se opone a la decisión expresando los siguientes argumentos:

Que la carrera especial de funcionario de la Seguridad Social, regulada por el Decreto 1651 de 1977 tiene por objeto garantizar la eficacia en la prestación de los servicios de seguridad social y la calidad del personal respetando estos principios: Igualdad de oportunidades, para ingreso al servicio selección, permanencia y promoción con base en criterios objetivos, desarrollo de las calidades humanas, técnicas y científicas.

Que al tutelarse el derecho de los accionantes con fundamento en la fuerza mayor que les impidió el libre acceso a la ciudad de Popayán para participar en la prueba ordenada dentro del proceso de selección, si bien se garantiza su derecho a la igualdad de condiciones para tener acceso al trabajo, al mismo tiempo se viola el principio de igualdad, frente a quienes sí se presentaron oportunamente a la prueba, por cuanto una evaluación posterior de quienes llegaron tarde, conocidos ya los cuestionarios, dejaría en desventaja a los que ya la presentaron.

Que si se ordena una nueva prueba para los accionantes se violaría también el principio de igualdad porque la evaluación se haría sobre cuestionarios diferentes a los primeros, y que el Instituto diseña las pruebas psicotécnicas y de conocimientos en forma única para todas las seccionales del país, según el cronograma previamente establecido.

Concluye el apoderado de la entidad manifestando que no se puede violar un derecho para salvaguardar otro de quienes no fueron lo suficientemente previsivos para el cumplimiento de la cita fijada, sin desconocer el carácter de fuerza mayor del hecho que tuvieron que afrontar.

Procede la Sala a decidir, previas estas

### CONSIDERACIONES:

Como lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección

inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción de la autoridad pública, y aún de los particulares en los casos determinados por la ley, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Como la acción puede ser ejercitada sin ninguna formalidad y por personas que no requieren título de abogado, el juez goza de cierta facultad de interpretación del libelo y puede tutelar el derecho fundamental siempre que éste se determine claramente, aun cuando no se cite la norma constitucional infringida (art. 14, inciso segundo, del Decreto 2591 de 1991), o cuando se encuentra una errónea cita de la disposición constitucional que consagra el derecho supuestamente vulnerado o amenazado, agrega la Sala.

Por ello, en el caso de autos, la Sala encuentra acertado el proceder del Tribunal de analizar la acción propuesta, desde el punto de vista del eventual quebrantamiento del derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Carta, en concordancia con el art. 125 de la misma posteriormente invocado por los accionantes, y no en la vulneración del artículo 24 ib. que reconoce a "todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley", ... el "derecho a circular libremente por el territorio nacional, y entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia", únicamente citado por los actores.

Sin embargo, para la Sala es evidente que el arribo tardío de los participantes al sitio del concurso, que se debió a las situaciones extremas que impidieron su libre circulación por la vía Panamericana en el trayecto Miranda-Popayán, con violación de su derecho de libre circulación consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, no imputable a la autoridad contra quien se ejerce el derecho de tutela, como lo reconoce el *a-quo*, y su consecuencia, no constituye "acción u omisión" de una autoridad pública, concretamente de la persona jurídica estatal respecto de la cual se impetra la medida que determinara el quebrantamiento del derecho al trabajo protegido por el artículo 25 de la Carta, mirado éste, para el presente caso, como el derecho a participar en igualdad de oportunidades en el concurso que eventualmente permitiera a uno de los participantes acceder al empleo creado o vacante, o ascender a uno de superior categoría y remuneración.

Constituyó una circunstancia de fuerza mayor, que no puede conducir a la orden judicial de suspender de inmediato una actividad administrativa tendiente a proveer el cargo o empleo, y mientras se le da la oportunidad a los accionantes, que por esa circunstancia de fuerza mayor no pudieron hacerlo, de someterse a las pruebas para las cuales se les convocó y se inscribieron oportunamente, pues es bien sabido que aquélla, la fuerza mayor, al igual que el caso fortuito, son eximentes de responsabilidad, a más de que aquélla se predicaría del accionante.

Y, en cuanto al artículo 125 de la Constitución Política, tampoco encuentra la Sala que el Instituto de Seguros Sociales lo hubiera quebrantado, si se tiene en cuenta que, precisamente en cumplimiento de ese mandato superior, para proveer el empleo, creado o vacante, fue que se produjo la convocatoria al concurso respectivo, en el cual finalmente no pudieron participar los accionantes por razones o circunstancias de fuerza mayor, como se ha dicho.

El artículo 125 precitado establece que, salvo las excepciones de ley, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que, en consecuencia, los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, en forma diferente, agregaría la Sala, serán nombrados por concurso público, y ello se cumplió, según la documentación aportada, mediante la respectiva convocatoria; sólo que algunos de los convocados e inscritos no pudieron participar, por razón de fuerza mayor, lo que, se repite, no puede conducir a la repetición de las pruebas ya realizadas por los que comparecieron en la forma y hora señalada en la convocatoria, para darle participación a los que no pudieron concurrir, o a la realización de una nueva prueba con la intervención tan sólo de éstos últimos.

En consecuencia, la impugnación está llamada a prosperar y habrá de revocarse la providencia del *a-quo*, para en su lugar denegar la tutela solicitada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

1o.— REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, con fecha cinco (5) de noviembre de 1992, por la cual se tuteló el derecho al trabajo de los accionantes y se adoptaron las medidas consecuentes, y, en su lugar, se NIEGA la tutela solicitada por los señores Mary Soleida Gómez Corrales, Carlos Azos Restrepo y Jesús Alberto Osorio Gallego, a que se ha hecho referencia en la parte motiva de esta providencia.

2o.— Dentro del término de la ley, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese a las partes, comuníquese con envío de copia de esta providencia al Tribunal Administrativo del Cauca, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

*Alvaro Lecompte Luna, Presidente; Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de M., Ausente; Clara Forero de Castro, Salvó Voto; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Ausente; Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Salva Voto; Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Miguel Viana Patiño, Ausente; Diego Younes Moreno, Ausente.*

*Nubia González Cerón, Secretaria.*

**IGUALDAD ANTE LA LEY/AUTORIDAD PUBLICA/FUERZA MAYOR**  
(Salvamento de Voto)

La acción debió entenderse dirigida contra la actuación de los funcionarios de la Regional del ISS, consistente en no permitir a los accionantes la participación en el concurso para el cual fueron convocados, pese a estar probada la fuerza mayor que les impidió llegar a tiempo, con lo cual considero se frustró para los solicitantes de la tutela, la legítima expectativa que tenían de concursar para acceder a un cargo en el Instituto y se les vulneró el derecho a la igualdad de oportunidades.

*Salvamento de Voto de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*— Santafé de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-437. Actor: Mary S. Gómez C. y/O.  
Impugnación.

Mi inconformidad con la decisión mayoritaria de la Sala radica en que en mi sentir, la acción debió entenderse dirigida contra la actuación de los funcionarios de la Regional del ISS del Cauca, consistente en no permitir a los accionantes la participación en el concurso para el cual fueron convocados, pese a estar probada la fuerza mayor que les impidió llegar a tiempo, con lo cual considero se frustró para los solicitantes de la tutela, la legítima expectativa que tenían de concursar para acceder a un cargo en el Instituto y se les vulneró el derecho a la igualdad de oportunidades consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Por esta razón, con todo respeto, voté negativamente el fallo.

Atentamente,

*Dolly Pedraza de Arenas*

**DERECHO AL TRABAJO/IGUALDAD ANTE LA LEY/FUERZA MAYOR/AUTORIDAD PUBLICA (Salvamento de Voto)**

Considero que el derecho fundamental que se pide tutelar, es el de tener la posibilidad de acceder al trabajo en igualdad de condiciones. Indudablemente una de las formas de acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones para todos, es la de participar en los concursos para selección de personal. Nadie discute que el cierre de la vía Panamericana ocurrió en la fecha señalada por los accionantes, que constituyó fuerza mayor que les imposibilitó presentar los exámenes a que debían someterse para concursar. El hecho de no permitirles el Instituto realizar dichos exámenes posteriormente, cercena sin lugar a dudas su posibilidad de acceder al servicio público en igualdad de condiciones con las demás personas que, como ellos, se inscribieron y fueron convocadas al concurso de selección de personal para proveer un cargo determinado.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Salvamento de Voto de la Doctora Clara Forero de Castro.— Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).*

Referencia: Expediente No. AC-437. Actora: Mary Soleida Gómez Corrales y Otros.

En forma respetuosa me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

Considero que el derecho fundamental que se pide tutelar, es el de tener la posibilidad de acceder al trabajo en igualdad de condiciones.

Indudablemente una de las formas de acceso a cargos públicos en igualdad de condiciones para todos, es la de participar en los concursos para selección de personal.

Nadie discute en el presente caso, ni aún la parte impugnadora, que el cierre de la vía Panamericana ocurrió en la fecha señalada por los accionantes, y que constituyó para ellos fuerza mayor que les impidió llegar oportunamente a la ciudad de Popayán, dado su lugar de origen, y por ello les fue imposible presentar los exámenes a que debían someterse para concursar.

El hecho de no permitirles el Instituto realizar dichos exámenes posteriormente, cercena sin lugar a dudas su posibilidad de acceder al servicio público en igualdad de condiciones con las demás personas que, como ellos, se inscribieron y fueron convocadas al concurso de selección de personal para proveer un cargo determinado.

Frente a tal hecho no puede afirmarse que los afectados cuenten con un medio judicial de defensa que les permita ser tenidos en cuenta oportunamente para la provisión del cargo.

El argumento según el cual, si a los accionantes se les deja presentar la prueba para concursar, se estaría violando el derecho a la igualdad a quienes la evacuaron el día señalado inicialmente, no tiene verdadera contundencia para desvirtuar las consideraciones del Tribunal. Ciertamente nada impide elaborar un nuevo cuestionario, siguiendo los lineamientos y las bases sobre las cuales se estructuró el anterior.

En esta forma, se evita cualquier ventaja o desventaja para algunos de los participantes en el concurso, pues ni conocerán previamente el temario de las pruebas ni aquél al cual se les someta tendrá un nivel de dificultad superior al de la primera prueba.

Por las razones expuestas, estimo que ha debido confirmarse el fallo impugnado.

*Clara Forero de Castro.*

**PERJUICIO IRREMEDIABLE—Inexistencia/DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**

La OORRIIPP rechazó una solicitud de registro; negativa susceptible de ser impugnada mediante los recursos de ley para conseguir, si a ello hubiere lugar, la inscripción denegada inicialmente. El perjuicio irremediable no cabe en el presente caso en el cual existe la posibilidad de que se acepte la petición de inscripción, como consecuencia de la impugnación a que se hizo referencia. De otra parte, el derecho de propiedad no aparece consagrado en la Carta Política como fundamental y, por lo mismo, no está cobijada por la acción de tutela.

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.—* Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Consejera ponente: *Dra. Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente No. AC-455. Actor: María Inés de Jesús Jaramillo de Mesa.

Procede la Sala a resolver la impugnación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de octubre de 1992, mediante la cual se declaró la no procedencia de la acción de tutela solicitada por María de Jesús Jaramillo de Mesa y Otros, por intermedio de apoderado.

Relatan los solicitantes de la tutela que la señora María Inés Jaramillo de Mesa era propietaria en 1987 de un lote de terreno situado en la carrera 59-A No. 8-B-4 de Medellín, identificado con la matrícula inmobiliaria 001486457.

El 9 de octubre de 1987 se firmó un contrato de cuentas en participación entre la mencionada señora y Coopdesarrollo para realizar un proyecto de construcción dándose al lote el correspondiente avalúo y asumiendo Coovidesarrollo la calidad de partícipe gestor y la señora Jaramillo de Mesa la de partícipe inactivo por razón del aporte del lote.

Se pactó también un interés del 1% mensual por año, tiempo estimado de las obras.

El bien fue recibido por Coopdesarrollo el 10 de agosto de 1988. Entregado el bien materialmente, y con autorización de Coovidesarrollo, la señora Inés Jaramillo cedió el contrato.

El 7 de octubre de 1988 por escritura pública No. 2448 de la Notaría 1a. de Medellín se transfirió el derecho de dominio del bien a título de aportación. La escritura fue debidamente registrada.

Como las obras no se iniciaban, el partícipe inactivo requirió al gestor el 25 de abril de 1989 para que cumpliera sus obligaciones. El 22 de diciembre de 1989, Coopdesarrollo informó sobre la consecución de un crédito para construir la primera etapa y anunció que el BCH había prometido la ampliación del crédito para la construcción de la segunda etapa.

A mediados de enero de 1990 se renegó la cláusula relativa al precio y el socio inactivo aceptó un nuevo valor del lote y un interés del 18% anual hasta por doce meses, término calculado de duración de las obras. El otro sí se firmó el 6 de febrero de 1990.

En marzo de 1990 se iniciaron las obras y se adjudicó el contrato de construcción a Incometro Ltda. para trabajar en asoció con Coovidesarrollo. La interventoría fue confiada en lo técnico a Construcción y Servicios Ltda. por recomendación del partícipe inactivo.

La auditoría de gastos fue ejercida por el B.C.H.

Ante el incumplimiento del gestor y la existencia de una cláusula compromisoria se sometió el litigio a un Tribunal de Arbitramento que aceptó la petición principal de declarar el incumplimiento del socio gestor, la resolución del contrato y de la compraventa de que trata la escritura 2488 del 7 de octubre de 1988.

Esta decisión no ha podido ser registrada en el folio real de matrícula del bien aunque el laudo está ejecutoriado y debe ser cumplido (incluso hay término para hacerlo).

Los motivos aducidos por la Oficina de Registro fueron:

- Existe un embargo hipotecario del B.C.H. contra Cencovi en liquidación, que cursa en el Juzgado 4o. Civil del Circuito de Medellín.
- Que existe reglamento de propiedad horizontal sobre el bien.

Explican los solicitantes que Coovidesarrollo incumplió con los pagos de capital e intereses en relación con la hipoteca abierta que constituyó por escritura pública 2302 de 26-XII-89 de la Notaría 9a. de Medellín, utilizando el lote de propiedad de los partícipes inactivos, sin haberlo pagado.

El inmueble por razón del reglamento de propiedad horizontal generó los folios reales de matrícula Nos. 00-551001 a 001-551239 o sea 239 folios. El citado reglamento de propiedad horizontal fue elevado a escritura pública 1056, el 22-V-90 de la Notaría 8a. de Medellín.

Aunque los folios se abrieron, la propiedad por pisos no existe porque la construcción no se ha realizado: los folios no corresponden a la realidad.

El BCH demandó a Coovidesarrollo en proceso ejecutivo hipotecario a principios de junio de 1991. Coovidesarrollo sólo pidió la liquidación el 23 de agosto de 1991.

El contrato de compraventa que estableció un precio, y la recepción del mismo, es simulado y la transferencia de dominio se refiere al desarrollo de las obligaciones contraídas.

El BCH estudió la titulación y se sometió a que el constituyente de la hipoteca tenía un derecho rescindible puesto que estaba sometido al cumplimiento de un contrato de cuentas en participación.

Resuelto el derecho del constituyente se extingue el derecho de hipoteca porque la condición constaba claramente en el título por el cual adquirió Coovidesarrollo.

Los solicitantes ya demandaron al BCH, en proceso ordinario cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 5o. Civil del Circuito de Medellín.

El Tribunal Administrativo de Antioquia en providencia del 30 de octubre de 1992 consideró improcedente la acción por existir otros mecanismos de defensa judicial siendo que no aparece intentada como mecanismo transitorio.

Explica que conforme a las afirmaciones de los solicitantes la venta del inmueble se realizó en forma llana y simple: los vendedores declararon recibida la suma pactada a entera satisfacción en la fecha del documento y que, posiblemente, esta circunstancia llevó al BCH a efectuar el préstamo a Coovidesarrollo y a aceptar el lote como garantía.

No se ha planteado siquiera la citación del BCH para adherir o no al arbitramento por lo que éste no puede extender sus efectos a la entidad.

El BCH ya fue demandado por los solicitantes en proceso ordinario por lo que lo indicado es someterse a la decisión del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín.

Los solicitantes manifestaron apelar de la anterior decisión con base en los siguientes argumentos:

Insisten en que la acción se instaure para obtener la protección inmediata del derecho de dominio vulnerado por la actitud de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, al no inscribir un laudo arbitral dejando a los solicitantes en la imposibilidad de demostrar el dominio del inmueble con prueba documental idónea y de instaurar las acciones ordinarias que suponen la prueba de tal derecho. El proceso ordinario que cursa en el Juzgado Quinto Civil del Circuito en el que se pretende la cancelación del gravamen hipotecario no puede concluir con sentencia favorable.

Afirma, también que no hay otros medios de defensa judicial para evitar el perjuicio irremediable y que la acción no se ejercita para que se cancele la hipoteca sino para que se inscriba el laudo.

Considera inaplicable el Art. 30 del Decreto 2279 de 1989 porque el BCH no es titular de la situación debatida en el proceso por lo que no era necesario convocarlo al arbitramento pero el no hacerlo no puede dejar sin efectos el laudo.

La hipoteca está abocada a extinguirse por aplicación del artículo 2457 del C.C.

Precisamente porque los efectos del laudo no se extienden al BCH, los solicitantes lo demandaron.

El laudo arbitral seguirá siendo írrito en sus efectos mientras no se proteja el derecho fundamental de dominio de los solicitantes.

Manifiesta estar en desacuerdo con lo decidido por el Tribunal, porque no se utilizó la tutela como medio transitorio pues se informó de los otros mecanismos con la intención de darle prevalencia a la tutela sobre los mismos. De lo contrario no se hubiera intentado.

Afirma también que por el proceso ejecutivo el BCH logrará el pago de sus acreencias con el valor del remate del lote de terreno y se vulnera el artículo 58 de la C.N. cuando la Oficina de Registro se niega a inscribir el laudo de todo lo cual se deriva un perjuicio irremediable, así no se hayan utilizado tales palabras.

Si el derecho de dominio está en entredicho por la negativa de la Oficina competente de inscribir el laudo es obvio que se vulnera el derecho de dominio lo que genera un perjuicio irremediable sobreentendido.

### CONSIDERACIONES:

Del recuento hecho por los solicitantes se deduce claramente que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados rechazó una solicitud de registro.

La anterior negativa es susceptible de ser impugnada mediante los recursos de ley para conseguir, si a ello hubiere lugar, la inscripción denegada inicialmente.

Ahora bien, el perjuicio irremediable, entendido como el que sólo puede repararse mediante indemnización, no cabe en el presente caso en el cual existe la posibilidad de que se acepte la petición de inscripción, como consecuencia de la impugnación a que se hizo referencia anteriormente.

En tales condiciones por este aspecto no cabe la acción intentada.

De otra parte se observa que el derecho que se pretende sea tutelado es el previsto en el artículo 58 de la C.N.:

Al respecto debe precisarse, como lo ha hecho la Sala en anteriores oportunidades, que el derecho de propiedad no aparece consagrado en la Carta Política como fundamental y, por lo mismo, no está cobijado por la acción de tutela, que por este aspecto, resulta igualmente improcedente.

Por las anteriores razones la providencia del Tribunal debe ser confirmada.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

CONFIRMASE la providencia de 30 de octubre de 1992, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, objeto de la presente impugnación.

Envíese dentro del término de ley a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese telegráficamente y comuníquese al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de 15 de diciembre de 1992.

*Alvaro Lecómpete Luna*, Presidente, Salva Voto; *Clara Forero de Castro*, *Jaime Abella Zárate*, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz*, Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de Magyaroff*, *Miguel González Rodríguez*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, Ausente; *Carmelo Martínez Conn*, Aclaró Voto; *Juan de Dios Montes Hernández*, *Carlos Orjuela Gón-gora*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Ausente; *Yesid Rojas Serrano*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Daniel Suárez Hernández*, Aclaró Voto; *Julio César Uribe Acosta*, Ausente; *Miguel Viana Patiño*, *Diego Younes Moreno*, Ausente.

*Nubia González Cerón*, Secretaria General.

## **DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA/DERECHOS FUNDAMENTALES (Salvamento de Voto)**

**En la condición colombiana de Estado surgido de la filosofía liberal-burguesa y de rasgos claramente capitalistas, sería absurdo, por decir lo menos, que el derecho de propiedad o de dominio no fuese tenido como fundamental, aunque hoy en día —y desde hace muchos lustros— no tenga ya el ingrediente de absoluto, sino que sea tenido como “una función social que implica obligaciones”. Lo fundamental de un derecho no depende de su reconocimiento como tal por la Constitución. Los derechos son fundamentales en virtud de su propia naturaleza. El derecho positivo sólo reconoce el hecho, el carácter fundamental que tiene un derecho determinado. El derecho a la vida, *verbigratia*, seguiría siendo fundamental aunque la Carta no se hubiera abstenido de consagrarlo en su extenso articulado.**

*Salvamento de Voto del Magistrado Alvaro Lecompte Luna en la providencia calendada a quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992) dictada en el radicado No. AC-455 — Asuntos Constitucionales (Acción de Tutela) — Actora: María de Jesús Jaramillo de Mesa.*

Con el debido respeto, el suscrito no comparte algunos conceptos expresados en la parte considerativa del proveído acogido por la ilustrada mayoría de la Sala Plena, como aquél en el que se sostiene que el derecho de propiedad no puede ser considerado como derecho fundamental, por la circunstancia de que el artículo de la Constitución de 1991 que lo consagra —el 58—, no se halla entre los que integran el Capítulo I del Título II de la Carta —que trata de “LOS DERECHOS FUNDAMENTALES”— sino del Capítulo 2 del mismo título, que tiene el nombre enunciativo “DE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES”.

Porque ocurre que el derecho de propiedad, aunque fundamental, también es clasificable, por razones obvias, entre los que envuelven elementos económicos. En la condición colombiana de Estado surgido de la filosofía liberal-burguesa y de rasgos claramente capitalistas, sería absurdo, por decir lo menos, que el derecho de propiedad o de dominio no fuese tenido como *fundamental*, aunque hoy en día —y desde hace muchos lustros— no tenga ya el ingrediente de absoluto, sino que sea tenido como “una función social que implica obligaciones”. Además la circunstancia de que el art. 58 citado no se halle entre los que forman el mencionado capítulo 1, no es óbice para que no sea considerado como fundamental, dado que en mismo capítulo 2 aparecen otros “*derechos fundamentales*”, como, por ejemplo, los que se encuentran en el art. 42, referentes a unas personas muy especiales: los niños.

Por último, el suscrito estima y es de criterio que lo fundamental de un derecho no depende de su reconocimiento como tal por la Constitución. Los derechos son fundamentales en virtud de su propia naturaleza. El derecho Positivo sólo reconoce el hecho, el carácter de Fundamental que tiene un derecho determinado. El derecho a la vida, verbigratia, seguiría siendo fundamental aunque la Carta se hubiera abstenido de consagrarlo en su extenso articulado.

Para el suscrito, las anteriores palabras, aunque no tan omnicomprensivas que agoten el tema, son más que suficientes para consignar su pensamiento sobre el tópico.

Cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna.*

Fecha: 18 de diciembre de 1992.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES/DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (Salvamento de Voto)**

**El derecho de propiedad sí es fundamental, hasta el punto que para su consagración se han hecho varias revoluciones políticas, como la Francesa y la Americana entre otras, y también revoluciones contra él, como las revoluciones comunistas y socialistas.**

*Salvamento de Voto del doctor Carmelo Martínez Conn - Consejero de Estado.*— Santafé de Bogotá, D.C., diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. AC-455. Actor: María Inés de Jesús Jaramillo de Mesa.

Mi cordial discrepancia con la decisión de la mayoría de la Sala, no es en relación con la parte resolutive, la cual comparto, sino con algún criterio u opinión de la parte motiva que no puedo compartir. En efecto, en la página 7 de la sentencia y 77 del expediente, bajo el epígrafe de “Consideraciones” se dice que “Al respecto debe precisarse, como lo ha hecho la Sala en anteriores oportunidades, que el derecho de propiedad no aparece consagrado como fundamental en la Carta Política”, y que por lo mismo, no es susceptible de la protección de la tutela. Al respecto manifiesto que no puedo compartir tal opinión en relación con la importancia que no se le atribuye al derecho de propiedad, como fundamental, por cuanto este derecho sí lo es, hasta el punto que para su consagración se han hecho varias revoluciones políticas como la Francesa y la Americana entre otras, y también revoluciones contra él, como las revoluciones comunistas y socialistas; entonces, en mi opinión, el derecho de propiedad sí es fundamental, y sólo sería necesario que la ley al reglamentar la disposición que lo consagra, los esta-

bleciera como tal; otra cosa es que la algarabía y prisa de los Constituyentes no lo hubieran señalado entre los derechos de protección inmediata del artículo 85, como tampoco se consagró el derecho al trabajo, como susceptible de tal protección, a pesar de que es un derecho fundamental, sin discusión.

Atentamente,

*Carmelo Martínez Conn*

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el doctor DANIEL SUAREZ HERNANDEZ.



# INDICES



**CONSEJO DE ESTADO  
INDICE ALFABETICO DE ACTORES  
ACCION DE TUTELA  
AÑO DE 1992**

	<b>Págs.</b>
ADRIANA ALEJANDRINA SEPULVEDA	63
ALCIRA REY CANCINO	489
ALEJO APONTE ALCANTARA	407
ALONSO ESPINOSA PERDOMO	441
ALVARO CASTILLA QUINTANA	500
ANA J. CASTRO VDA. DE OLMOS	431
ANA ETHEL MONCAYO DE ROJAS	85
ANDRES CARO PUIN	686
ANTONIO CALDERON MUÑOZ	233
ARACELLY LEON MEDINA Y/O.	171
AYDEE MARIN DE GUACA	24
AYDEE ROJAS DE RIVERA Y/O.	565
BEATRIZ GUERRERO SANTOS	573
BENITO ELISEO BELTRAN FORERO	90
CARLOS ARTURO PLAZA ORTIZ	701
CARLOS ALBERTO MELO MONTROYA	678

**INDICE DE ACTORES****Págs.**

CLAUDIO BORRERO QUIJANO	110
COMITE DE SUBARRENDATARIOS DEL BARRIO KENNEDY DE GIRARDOT	284
CRECENCIANO VARGAS VILLAMIZAR Y/O.	621
CRISTHIAN ROMULO BAUTISTA	454
DANIEL CAICEDO GUERRERO	507
DIEGO SERNA GOMEZ	124
EMILIANO MADERA CORDERO	387
FEDEPANELA	201
FERNANDO GONGORA ARCINIEGAS	51
FERNANDO MANRIQUE IRURITA	150
GUILLERMO GAVIRIA ECHEVERRY	260
HENRY ORTIZ PULIDO	212
HILDA MARTINEZ	188
ISAIAS MARTINEZ Y OTROS	518
JACINTO NOVOA MENDOZA	350
JAIRO BOCANEGRA AGUIRRE	100
JAVIER DARIO VELASQUEZ J.	324
JESUS MARIA CUADROS VALVERDE	164
JESUS MARIA MORENO RODRIGUEZ	14
JESUS OMAR ROCA COLMENARES	669
JORGE VILLADIEGO MENDOZA	553
JORGE E. TOLOSA ARDILA Y/O.	46
JORGE ARMANDO MOLANO	481
JOSE HERNAN VERA RAMIREZ	513
JOSE JULIAN FIGUEROA CORAL	766
JOSE JOAQUIN GUERRERO VILLAMIL	9
JULIO CESAR GARRIDO SANTANA	603
JUNTA DE ACCION COMUNAL BARRIO MONTECARLO	469
KENNETH ALEXANDER MORA BUSTOS	792
LILIANA GUZMAN HURTADO	436
LUCAS ANTONIO ALZATE ISAZA	79
LUCAS QUEVEDO DIAZ	353

**INDICE DE ACTORES**

LUIS ALFREDO ROJAS LEON	447
LUZ AMPARO VANEGAS SANCHEZ	736
LUZ MARINA MORENO DE HERNANDEZ	746
MARIA IRMA VEGA NUÑEZ	707
MARIA INES MARTINEZ DE CASTILLO Y/O.	560
MARIA INES DE JESUS JARAMILLO DE MESA	846
MARIA TERESA TAUTIVA AGUDELO	303
MARIA VICENTA DEL CARMEN CAICEDO Y/O.	275
MARINO JARAMILLO ECHEVERRY Y/O.	718
MARIO HERNAN JIMENEZ Y/O.	421
MARTHA LUCIA CASTELLANOS C.	105
MARY SOLEIDA GOMEZ CORRALES Y/O.	837
MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS	803
MIGUEL ANTONIO LASSO MUÑOZ	711
MISAEAL PASTRANA BORRERO	155
NELSON A. PEÑA RODRIGUEZ	594
NICOLAS AUGUSTO ZEA POSADA	779
NORMA ROCIO CHINGUAL VARGAS	119
OCTAVIO MEDINA OSPINA	391
OSCAR ENRIQUE JIMENEZ ENSUNCHO	823
PABLO EMILIO ROJAS BASTO	539
PABLO EMILIO GARCIA SUAREZ	367
PEDRO PABLO CAMARGO	160
PERSONERIA MUNICIPAL DE MEDELLIN	832
PRUDENCIO TOLOSA SUAREZ	69
RAMIRO ALONSO MARIN VELASQUEZ	787
REGINA OBEREIGNER DE ECHEVERRY	221
RODOLFO ESCOBAR CUERVO	235
SIMBAD CEBALLOS CHACON	497
SINTRACARBOL	244
SOCIEDAD E.P.S. ASESORIA Y C.	76
SOCIEDAD COMERCIAL FRANCO LUQUE CIA. S.C.A.	727
STELLA ORTIZ HERRERA	588

**INDICE DE ACTORES****Págs.**

TELECINCO LTDA.	629
TOMAS RAFAEL VILLERO CORDOBA	344
WALTER RUSSO OCHOA	315
YADIDE YADET JADET DE GARCIA	218

**CONSEJO DE ESTADO  
ACCION DE TUTELA  
INDICE TEMATICO  
AÑO DE 1992**

**A**

**ACCION DE CUMPLIMIENTO: 160**

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 344**

**ACCION DE TUTELA: 145, 100, 110, 114, 115, 117, 260, 350, 400, 465, 560.**

**ACCION DE TUTELA (Salvamento de Voto): 280, 365, 373, 405, 427**

**ACCION DE TUTELA (Aclaración de Voto): 282, 403, 546, 549.**

**ACCION DE TUTELA— Deserción: 233.**

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia: 9, 63, 85, 90, 119, 138, 150, 221, 235, 270, 272, 275, 284, 315, 322, 324, 344, 361, 363, 391, 421, 481, 500, 513, 539, 565, 621, 660, 674, 676, 701, 718, 741, 746, 779, 823, 832.**

**ACCION DE TUTELA— Improcedencia (Salvamento de Voto): 272, 421, 460, 463, 467.**

**ACCION DE TUTELA— Impugnación: 233.**

**ACCION DE TUTELA— Informalidad: 479, 518, 837.**

**ACCION DE TUTELA— Interpretación: 837.**

**ACCION DE TUTELA— Límites: 143.**

**ACCION DE TUTELA— Naturaleza: 201, 212, 497.**

**ACCION DE TUTELA— Objeto: 367, 431, 727.**

## **INDICE TEMATICO.**

- ACCION DE TUTELA**— Objeto (Salvamento de Voto): 629, 800.  
**ACCION DE TUTELA**— Objeto (Aclaración de Voto): 694.  
**ACCION DE TUTELA**— Procedencia: 124.  
**ACCION DE TUTELA**— Titularidad: 244, 252, 257, 301, 447, 469, 629, 664, 669.  
**ACCION DE TUTELA**— Titularidad (Salvamento de Voto): 296, 298.  
**ACCION DE TUTELA**— Titularidad (Aclaración de Voto): 667.  
**ACCION EXHIBITORIA**— Improcedencia: 814.  
**ACCION EXHIBITORIA**— Improcedencia (Salvamento de Voto): 811.  
**ACCIONES POPULARES**: 150, 674, 823.  
**ACCIONES POPULARES**— Improcedencia: 676.  
**ACCIONES POPULARES**— Improcedencia (Salvamento de Voto): 676.  
**ACTO ADMINISTRATIVO**: 544.  
**ACTO DE CERTIFICACION**: 701.  
**ACTO DE TRAMITE**: 315.  
**ACTO GENERAL**: 119.  
**ACTO PRESUNTO**: 405, 565, 718.  
**ACTO PRESUNTO** (Salvamento de Voto): 814.  
**AGENTE OFICIOSO**: 669.  
**AGENTE OFICIOSO** (Salvamento de Voto): 114.  
**ÁMPARO DE POSESION**: 481, 518.  
**AUTONOMIA JUDICIAL**: 24, 63.  
**AUTONOMIA UNIVERSITARIA**— Límites: 171.  
**AUTORIDAD PUBLICA**: 30, 497, 843.  
**AUTORIDAD PUBLICA** (Salvamento de Voto): 844.  
**AUTORIDAD PUBLICA**— Inexistencia: 837.  
**AUTORIDAD PUBLICA**— Actuación legítima: 787.

## **B**

**BIEN DE USO PUBLICO**: 150, 629

## **C**

**CADUCIDAD**: 9, 344.

**CALZADO Y VESTIDO DE LABOR:** 696.  
**CALZADO Y VESTIDO DE LABOR (Aclaración de Voto):** 696.  
**CARGA DE LA PRUEBA:** 465.  
**CARRERA JUDICIAL:** 588.  
**CERTIFICACION:** 489.  
**CERTIFICACION (Aclaración de Voto):** 495.  
**COMPETENCIA:** 518.  
**COMPETENCIA DE TUTELA:** 14, 46, 76, 97, 105, 145, 155, 218, 436.  
**COMPETENCIA DE TUTELA (Salvamento de Voto):** 147, 149.  
**COMPETENCIA ESPECIAL:** 14, 51, 436.  
**COMPETENCIA ESPECIAL (Aclaración de Voto):** 30.  
**COMPETENCIA FUNCIONAL:** 46, 76, 155, 218.  
**COMPETENCIA FUNCIONAL (Salvamento de Voto):** 34.  
**COMPETENCIA TERRITORIAL:** 171, 218.  
**CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO (Salvamento de Voto):** 333.  
**CONFLICTO DE COMPETENCIAS:** 436.  
**CONSEJO DE ESTADO:** 22, 34, 46, 51, 105, 135.  
**COSA JUZGADA:** 24.  
**COSA JUZGADA (Aclaración de Voto):** 43.

**D**

**DAÑO CONSUMADO:** 9.  
**DEBIDO PROCESO:** 69, 85, 171, 315, 407, 544.  
**DECOMISO:** 407.  
**DERECHO A FÚNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACION:** 629, 792.  
**DERECHO A LA DIGNIDAD:** 307.  
**DERECHO A LA EDUCACION:** 171, 766.  
**DERECHO A LA HONRA:** 324, 333, 339, 342, 558.  
**DERECHO A LA INFORMACION:** 810, 814, 816.  
**DERECHO A LA INTIMIDAD:** 333, 669.  
**DERECHO A LA INTIMIDAD (Salvamento de Voto):** 339.  
**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA:** 90, 235, 260, 284, 573, 585, 779, 846, 852.  
**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (Salvamento de Voto):** 854.

## **INDICE TEMATICO.**

**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA**— Naturaleza: 289, 291, 296.

**DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA**— Naturaleza (Salvamento de Voto): 241.

**DERECHO A LA RECTIFICACION DE INFORMACION:** 792.

**DERECHO A LA SALUD:** 138, 141, 143, 124, 594.

**DERECHO A LA SALUD** (Salvamento de Voto): 135.

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:** 188, 373, 463, 539.

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL** (Aclaración de Voto); 195, 197, 547.

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**— Naturaleza: 460.

**DERECHO A LA VIDA:** 124, 454, 594, 669, 746, 753.

**DERECHO A LA VIDA** (Salvamento de Voto): 465, 763.

**DERECHO AL BUEN NOMBRE:** 324.

**DERECHO AL BUEN NOMBRE** (Salvamento de Voto): 558.

**DERECHO AL ESPACIO PUBLICO:** 150.

**DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD:** 686.

**DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA:** 792.

**DERECHO AL TRABAJO:** 9, 201, 212, 324, 344, 387, 421, 603, 678, 686, 696, 837, 844.

**DERECHO AL TRABAJO** (Aclaración de Voto): 311.

**DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS:** 803, 810, 811.

**DERECHO DE ACCESO A DOCUMENTOS PUBLICOS** (Salvamento de Voto): 818.

**DERECHO DE ACCION:** 270.

**DERECHOS DE APLICACION INMEDIATA:** 9, 212, 244, 284, 311, 324, 344, 421, 473, 603.

**DERECHO DE APRENDIZAJE:** 171.

**DERECHO DE ASISTENCIA MEDICA:** 594.

**DERECHO DE DEFENSA:** 544.

**DERECHO DE LIBRE CIRCULACION:** 837.

**DERECHO DE PETICION:** 201, 260, 272, 275, 280, 282, 353, 361, 365, 391, 400, 403, 405, 421, 427, 429, 441, 489, 495, 500, 565, 701, 718, 803, 810, 811, 814, 816, 818, 820.

**DERECHO DE PETICION** (Salvamento de Voto): 270.

**DERECHO DE PETICION**— Inexistencia: 513.

**DERECHO SINDICALIZACION:** 244.

**DERECHOS COLECTIVOS:** 150.

**DERECHOS DE LA FAMILIA:** 221, 226.

**DERECHOS DE LA MUJER:** 221, 228, 303, 307.

**DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS:** 736.

**DERECHOS FUNDAMENTALES:** 90, 124, 141, 188, 195, 197, 199, 201, 226, 228, 241, 260, 284, 296, 309, 313, 344, 373, 431, 539, 544, 546, 547, 549, 551, 560, 854.

**DERECHOS FUNDAMENTALES (Aclaración de Voto):** 193, 289, 307, 585.

**DERECHOS FUNDAMENTALES (Salvamento de Voto):** 291, 852.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Alcance:** 779.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Definición:** 244.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Determinación:** 367, 383, 385.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Determinación (Aclaración de Voto):** 307.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Interpretación:** 383.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Inexistencia:** 135, 138, 150, 235, 260, 800.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Naturaleza:** 629.

**DERECHOS FUNDAMENTALES— Titularidad:** 244, 252, 254, 257, 293, 298, 301, 473, 629, 664, 667.

**DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA:** 311, 549.

**DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA (Aclaración de Voto):** 309, 551.

**DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA (Salvamento de Voto):** 385, 664.

**DERECHOS PATRIMONIALES:** 79

**DERECHOS SOCIALES:** 221.

**DESERCION:** 832.

**E**

**EDUCACION SUPERIOR:** 507.

**ESPACIO PUBLICO:** 823.

**ESPECTRO ELECTROMAGNETICO:** 629, 727.

**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD:** 14, 24, 51, 63, 431.

## INDICE TEMATICO.

### F

FUERO SINDICAL: 711.

FUERZA MAYOR: 837, 844.

FUERZA MAYOR (Salvamento de Voto): 843.

### I

IGUALDAD ANTE LA LEY: 603, 779, 843, 844.

IMPEDIMENTO— Trámite: 350.

INSUBSISTENCIA: 707.

### J

JUEZ— Facultades (Aclaración de Voto): 199.

JUICIO DE POLICIA: 481, 518, 823.

JURISDICCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL: 171.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 518.

JURISDICCION DE TUTELA: 147, 149, 171, 184, 436.

JURISDICCION DE TUTELA (Salvamento de Voto): 145.

JURISDICCION ORDINARIA: 145.

JURISDICCION ORDINARIA (Salvamento de Voto): 97.

### L

LEGITIMACION POR ACTIVA: 110, 114, 447, 669.

LEGITIMACION POR ACTIVA (Aclaración de Voto): 115, 117.

LEGITIMACION PROCESAL: 469, 560.

LEGITIMACION PROCESAL (Aclaración de Voto): 479.

LIBERTAD DE APRENDIZAJE: 766.

LIBERTAD DE ENSEÑANZA: 507.

LIBRETA MILITAR: 800

LIQUIDACION OFICIAL: 164.

### M

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: 76.

**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL:** 9, 284, 539, 553, 621, 629, 701, 718, 800, 823, 846.

**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL (Aclaración de Voto):** 363.

**N**

**NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo legal:** 160, 460, 560, 603.

**NORMA CONSTITUCIONAL— Desarrollo Legal (Salvamento de Voto):** 138, 141, 143, 629.

**NOTIFICACION (Salvamento de Voto):** 544.

**O**

**OBLIGACION DE HACER:** 621.

**OBLIGACION TRIBUTARIA:** 513.

**ORDEN DE TUTELA:** 387, 629.

**P**

**PERJUICIO IRREMEDIABLE:** 558.

**PERJUICIO IRREMEDIABLE (Salvamento de Voto):** 753.

**PERJUICIO IRREMEDIABLE— Inexistencia:** 9, 79, 164, 324, 353, 441, 553, 588, 629, 707, 711, 787, 846.

**PERJUICIO IRREMEDIABLE— Inexistencia (Salvamento de Voto):** 34, 69, 353, 753.

**PERJUICIO IRREMEDIABLE— Inexistencia (Aclaración de Voto):** 322.

**PERSONA JURIDICA:** 298, 664.

**PERSONA JURIDICA (Aclaración de Voto):** 252, 254, 257, 293.

**PERSONA JURIDICA (Salvamento de Voto):** 301.

**PERSONA NATURAL (Persona Humana):** 257, 629, 664.

**PERSONA NATURAL (Persona Humana) (Aclaración de Voto):** 309, 311, 385, 473.

**PERSONAL DOCENTE:** 711.

**PERSONAL DOCENTE TEMPORAL:** 603.

**PERSONA DOCENTE TEMPORAL (Salvamento de Voto):** 614.

**PETICION DE INFORMACION:** 489.

**PODER ESPECIAL:** 110, 447, 560, 669.

**POSESION DEL CARGO (Salvamento de Voto):** 614.

## **INDICE TEMATICO.**

**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL: 479.**

**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL (Aclaración de Voto): 479.**

**PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA: 46, 105, 155.**

**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE SALAS: 34.**

**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE SALA (Salvamento de Voto): 184.**

**PRINCIPIO DE JERARQUIA: 22, 34, 46, 51, 76, 105, 155.**

**PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: 150, 221, 100, 270, 275, 322, 344, 363, 387, 421, 481, 497, 500, 565, 621.**

**PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Aclaración de Voto): 361.**

**PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (Salvamento de Voto): 272, 429.**

**PROTECCION A LA MATERNIDAD: 221, 303, 307, 311, 736.**

**PROTECCION A LA MATERNIDAD (Aclaración de Voto): 228, 313.**

**PROTECCION A LA MATERNIDAD (Salvamento de Voto): 741.**

**PROVIDENCIA DE TUTELA: 61.**

**PRUEBA (Aclaración de Voto): 228.**

## **R**

**RECURSO DE REPOSICION— Negación: 85.**

**RECURSOS: 61.**

**REGLAMENTO ESTUDIANTIL: 766.**

**REMISO: 792.**

**RESERVA DE MATRICULA: 507.**

**RESERVA MORAL: 324, 333, 339.**

**RESERVA MORAL (Salvamento de Voto): 342.**

## **S**

**SERVICIO MILITAR: 792, 800, 832.**

**SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION: 171, 507, 766.**

**SERVICIO PUBLICO DE SALUD: 138, 454, 460, 467.**

**SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES: 429.**

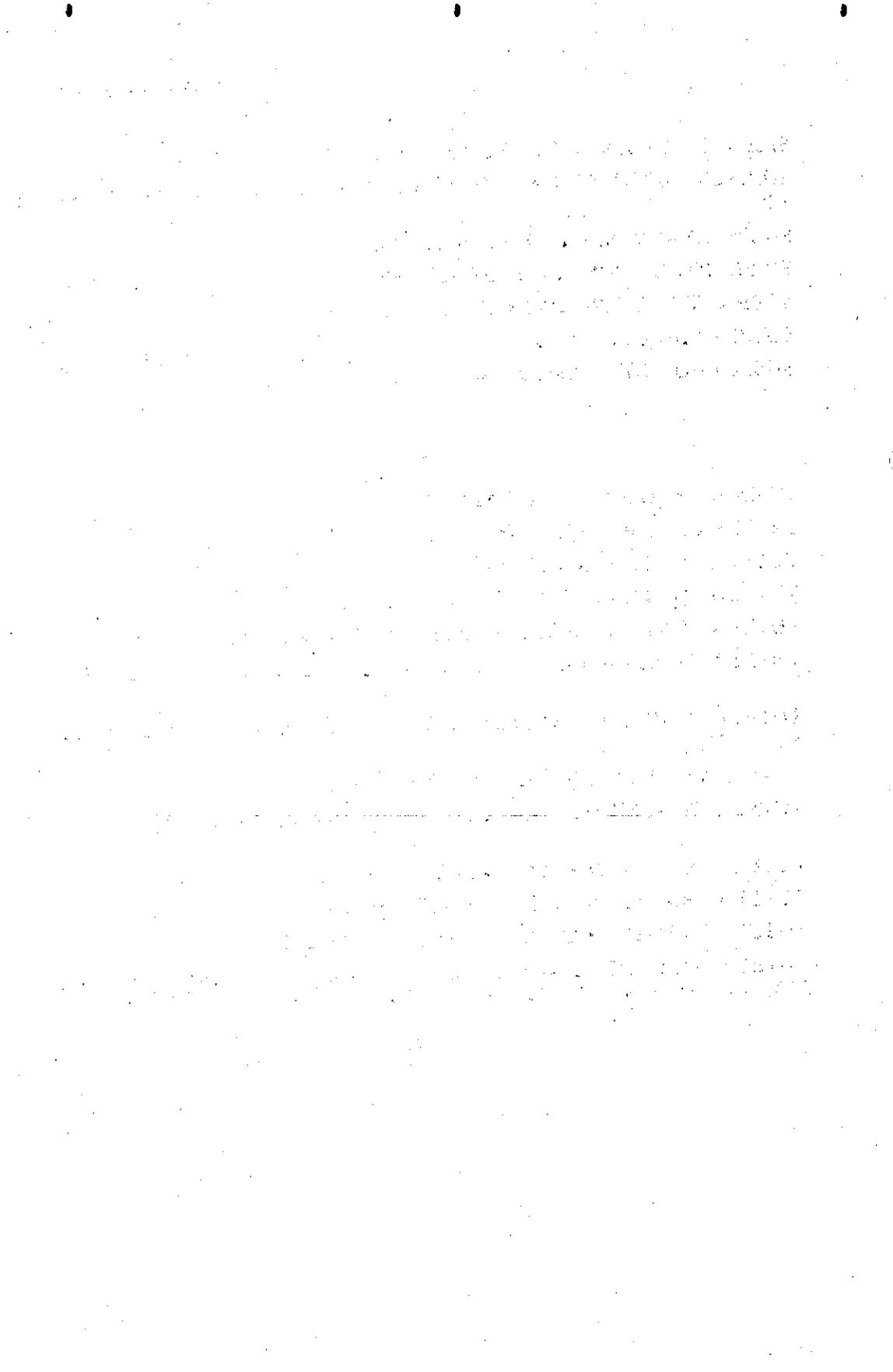
**SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS: 779.**

**SILENCIO ADMINISTRATIVO: 280, 403, 405, 427, 500, 565.**

- SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO:** 353, 363, 421, 429.  
**SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO (Salvamento de Voto):** 400, 820.  
**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO:** 811, 814, 818.  
**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO (Salvamento de Voto):** 810, 816.  
**SOBRANTE DE CONCENTRACION:** 792.  
**SUSPENSION DEL CARGO:** 315.  
**SUSPENSION DEL CARGO— Naturaleza:** 315.

**T**

- TOMA DE POSESION DE BIENES:** 573.  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO:** 76.  
**TUTELA CONTRA AUTOS:** 43.  
**TUTELA CONTRA AUTOS— Improcedencia:** 69.  
**TUTELA CONTRA PARTICULARES:** 171, 454, 507, 696.  
**TUTELA CONTRA PARTICULARES— Improcedencia:** 105, 686, 694, 766.  
**TUTELA CONTRA PARTICULARES— Improcedencia (Aclaración de Voto):** 743.  
**TUTELA CONTRA SENTENCIAS:** 22, 30, 34, 43.  
**TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Improcedencia:** 14, 24, 30, 51, 63, 497.  
**TUTELA CONTRA SENTENCIAS— Trámite:** 14.  
**TUTELA TRANSITORIA:** 34, 228, 407, 558, 594, 753.  
**TUTELA TRANSITORIA (Aclaración de Voto):** 22, 226.  
**TUTELA TRANSITORIA— Improcedencia:** 14, 69, 79, 164, 275, 324, 353, 441, 588, 518, 553, 629, 707, 711, 787.



Este libro se terminó de imprimir  
en el mes de septiembre de 1993  
en los Talleres Gráficos de  
**CANAL RAMIREZ ANTARES LTDA.**  
Cra. 4a. No. 25B-50  
Santafé de Bogotá D.C. - Colombia.

---

REPORT OF THE  
COMMISSIONERS OF THE  
LAND OFFICE  
IN RESPONSE TO  
RESOLUTION 100-10  
PASSED BY THE  
GENERAL ASSEMBLY