

## LA TUTELA: ¿REQUISITO ADMINISTRATIVO O ACCIÓN CONSTITUCIONAL?

JUAN PABLO QUINTERO\*  
MARÍA JOSÉ CORREA\*\*  
ISABELLA GARZÓN\*\*\*

\* Abogado, Especialista en derecho Administrativo, Especialista en derecho procesal penal, maestrando en Derecho Administrativo y docente de las asignaturas de teoría general del derecho, sistemas jurídicos y derecho comparado, derecho romano, derecho internacional humanitario y derecho procesal penal, en la Universidad Autónoma Latinoamericana. Consultor y asesor en derecho público de la firma Quintero López Abogados SAS.

\*\* Estudiante de séptimo semestre de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín.

\*\*\* Estudiante de séptimo semestre de Derecho, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín.

“Todo Derecho es un punto de vista sobre la Justicia, pero en ningún campo está tan presente, tan inmediato ese mundo de la ética, de los valores; ese mundo del hombre y de sus necesidades, referencia ineludible de todo Derecho que pretenda ser justo, como en este campo del Derecho de los derechos fundamentales”

*Peces-Barba, 1980*

### Resumen

El propósito del presente escrito es analizar el alcance del artículo 86 de la norma primaria colombiana, para determinar su naturaleza de acción constitucional, o en su defecto, si se trata de un requisito administrativo que exigen algunos servidores públicos y entidades del Estado, para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos humanos y fundamentales que

consagra la Constitución Política de Colombia, 1991, dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En suma, la Ley 1474, Estatuto Anticorrupción, 2011, es una herramienta de naturaleza legal que fortalece la función pública, como estrategia de una gestión de calidad, para prevenir el daño antijurídico a los coasociados y que sea el Estado el establecimiento de la defensa jurídica de garantías constitucionales, reconociendo las marcadas diferencias de las relaciones generales y especiales de sujeción.

Con base en lo anterior, la existencia normativa no implica que el sistema estructural del Estado funcione de manera armónica; tampoco, que la indebida aplicación teórica de los servidores públicos, que representan el poder del Estado, signifique un error de las categorías deónticas que conforma el sistema jurídico. Por lo tanto, el punto de equilibrio para racionalizar los trámites administrativos y satisfacer un adecuado servicio a los ciudadanos es concientizar, capacitar, vigilar y sancionar al funcionario del Estado. No es dable permitir el uso reiterado e injustificado de procedimientos judiciales como la tutela, para impulsar o concretar un derecho subjetivo, el cual está reglado conforme al mandato del artículo 6 constitucional, es decir, los particulares realizarán todo aquello que no se encuentre prohibido, a diferencia de los servidores públicos, que efectuarán todo aquello que se encuentre permitido, bajo el mandato del principio de legalidad.

La acción de tutela, según el artículo 86 de la Carta Política de 1991, es el mecanismo por el cual los ciudadanos pretenden reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando consideren han sido afectados o amenazados por las autoridades públicas o entidades privadas. Asimismo, bajo la modalidad de proceder de algunos funcionarios públicos, ante las solicitudes verbales o escritas presentadas por los sujetos de derecho, puede entenderse que se ha ido constituyendo como un requisito administrativo, y no como una verdadera acción constitucional.

**Palabras clave:** Acción de tutela, Derecho fundamental, Derecho de petición, Relaciones generales de sujeción, Relaciones especiales de sujeción.

## Introducción

En Colombia, antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, la normativa contaba con un carácter formalista respecto a las reglas establecidas, prevaleciendo sobre los sujetos destinatarios de su aplicación. Con la Constitución de 1991 se reconoció el Estado Social de Derecho, denotándose una perspectiva mejorada en la aplicación de la justicia.

Con la nueva Carta Política aparece un Estado Constitucional de Derecho, eminentemente procesalista, instaurando la supremacía directa de la Constitución y de los derechos fundamentales, convirtiendo dichos contenidos en reglas y principios constitucionales aplicables en un conflicto determinado. Por lo tanto, el juez con su jurisprudencia aparece como un creador consciente de sus reglas y no como un aplicador pasivo de sus textos, reconociendo el alcance de la función pública y las relaciones generales y especiales de sujeción, entendiéndose las generales como el vínculo existente entre las personas y el Estado, y las especiales como la relación entre los servidores públicos y el mismo Estado. Lo anterior, con el fin de materializar el preámbulo y los fines del Estado según la Constitución Política de 1991.

De esta manera, el avance constitucional de 1886 a 1991 radica en la creación de la acción de tutela, que con fundamento de la Sentencia C-483, 2008, de la Honorable Corte Constitucional, es un derecho de orden supra legal mediante el cual se garantiza la protección de los derechos fundamentales como límite al poder, así como la eficacia ante relaciones públicas y privadas. La Corte ha señalado que la acción de tutela se caracteriza por ser un instrumento *subsidiario, inmediato, sencillo, específico, eficaz, y se rige por los principios de informalidad y oficiosidad*.

Es importante abordar que los servidores públicos, dentro del desarrollo de sus funciones, reciben a diario derechos de petición de manera verbal o escrita, momento crucial donde se activa el procedimiento administrativo, no sólo para el suministro de información general o específica que requiera el sujeto de derecho, sino para la consolidación, modificación o extinción de derechos subjetivos, por medio de la decla-

ración unilateral de voluntad de la administración pública, denominado como acto administrativo y regulado en la Ley 1437, 2011.

El nacimiento del acto administrativo depende de los elementos esenciales que tienen relación con su validez que, según la jurisprudencia y la doctrina colombiana, han señalado que los sujetos, el objeto o contenido, la causa o motivo, la finalidad y las formalidades (Pérez Ortiz, 2013), son la estructura para que la voluntad de la administración se traduzca en un acto administrativo. En consecuencia, todo acto legal debe estar precedido de un estudio del orden jurídico, de los derechos, garantías y los deberes de los administrados, para evitar el sometimiento de los actos a decisiones judiciales. No se puede desatender que la indebida administración es directamente proporcional a la utilización de los medios de control, porque en la realidad jurídica se puede demostrar, que varios funcionarios del Estado, mediante el incumplimiento de las funciones laborales, generan dilaciones, demora o tardanza injustificadas, que resultan desproporcionadas con los catálogos normativos de los Derechos Humanos. Dicho de otra manera, condicionan el trámite legal de la petición hasta tanto no exista un fallo de tutela de les ordene el cumplimiento de una respuesta y solución efectivas, con el propósito de materializar aquellos enunciados normativos consagrados en el Capítulo I, Título II de la Constitución Política de Colombia, 1991.

En este orden de ideas, la acción de tutela se está convirtiendo en un requisito adicional para impulsar la actuación administrativa, generando congestión judicial, por la denominada “tutelitis”, derivada de la “abusitis”. Vale la pena decir que la prestación indebida u omisión de las funciones públicas, lleva a repensar reformas a la justicia a partir de análisis integrales, para que el Estado tenga una visión de desarrollo.

### **El discurso salvífico de la acción de tutela y el derecho de petición**

La justicia como principio pretende que la sociedad conserve su orden, y para asegurar la simetría e imparcialidad entre las partes, se introduce el artificio del “velo de la ignorancia” (Caballero, 2006), según el cual los contratantes del pacto social conocen los hechos constitutivos de

una sociedad, pero desconocen la situación de los otros y de ellos mismos en la distribución de cargas y beneficios de interacción social y la particular concepción del bien que sus representados profesan. La Constitución Política se convierte como la señal normativa de justicia analizada en dos perspectivas, como un discurso salvífico o como un verdugo social por excelencia.

Botero Bernal (2017) afirma que vender la Constitución como un discurso salvífico, cuando no hay forma de satisfacer el deseo, trajo consecuencias jurídico-políticas importantes casi inmediatas y hasta nuestros días, pero a mediano y largo plazo llevó, necesariamente, al quiebre de las expectativas, al ver, como es natural, los anhelos como inalcanzables. Con esto no quiero eludir el desgaste natural de la norma, sino algo diferente: la excesiva creencia de que la Constitución produciría un cambio, pero ese cambio sería como la sociedad anhelada, lo cual generó con el tiempo una desconfianza que ahora, gracias a nuestro síndrome normativo, al parecer podría recuperarse con la expedición de una nueva constitución. Ahora bien, ¿Será que una nueva constitución es una decisión acertada para el cambio sistémico? Al respecto, es indispensable indicar que la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la conciencia colectiva y la cultura general, la pequeña burguesía y la clase obrera, son variables que determinan la creación constitucional, condicionando la administración de los Estados que, según F. Lassalle, “no se concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean” (EcuRed, s. f.). En consecuencia, para evitar que la Constitución sea vista como un “verdugo social por excelencia”, se exige una interpretación vertical del texto suprallegal, para comprender que la Constitución es el reflejo de la autoridad del pueblo de acuerdo con las necesidades globalizadoras.

La Constitución es la brújula que direcciona el ordenamiento jurídico colombiano, desde aspectos políticos, jurídicos, sociales, económicos, culturales, etcétera, pero de acuerdo con las necesidades de los sujetos de derecho, la norma debe ser flexible al cambio, sin desnaturalizar su creación teleológica: “La Constitución debe permanecer incompleta e

inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos... Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes su contenido habrá de permanecer, necesariamente abierto al tiempo” (Basca Mercado & Aste Leiva, 2015). Así pues, la Constitución Política de Colombia (1991), determina el alcance comportamental de los servidores públicos y de los particulares, conforme a los artículos 6, 113 y 123; esto es, los servidores públicos son los administradores de las operaciones fenoménicas del Estado, es decir, los sujetos con una calidad especial dentro del margen de igualdad constitucional, que tiene la finalidad de coadyuvar en la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

No obstante, los particulares (sujeto de derecho, persona o ciudadano), desde un concepto sociopolítico y legal, son considerados como miembros activos titulares de derechos y obligaciones, que en caso de afectación, el sistema jurídico brindará las herramientas normativas que permiten el fortalecimiento del equilibrio del poder estatal, respecto de las relaciones generales de sujeción. Conviene precisar que la constitucionalización del derecho colombiano permite variar criterios interpretativos para aplicar el derecho, por lo tanto, las herramientas jurídicas como la acción de tutela y el derecho de petición, son mecanismos supraleales para efectivizar los derechos humanos de acuerdo con los criterios estudiados en la Sentencia de la Honorable Corte Constitucional (Sentencia T-406, 1992).

La pregunta: ¿Cómo se relaciona los sujetos de derecho con el Estado?, tiene múltiples respuestas, pero una ellas, y la más acertada para el presente artículo, es mediante la utilización del derecho constitucional y fundamental de petición, que se remonta al siglo diecisiete, especialmente en Inglaterra, cuando surge la Carta de Derechos (Bill of Rights), que constituye precedentes inmediatos de las modernas Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). En Colombia, se encuentra consagrada desde hace doscientos cinco años, originándose desde la Constitución

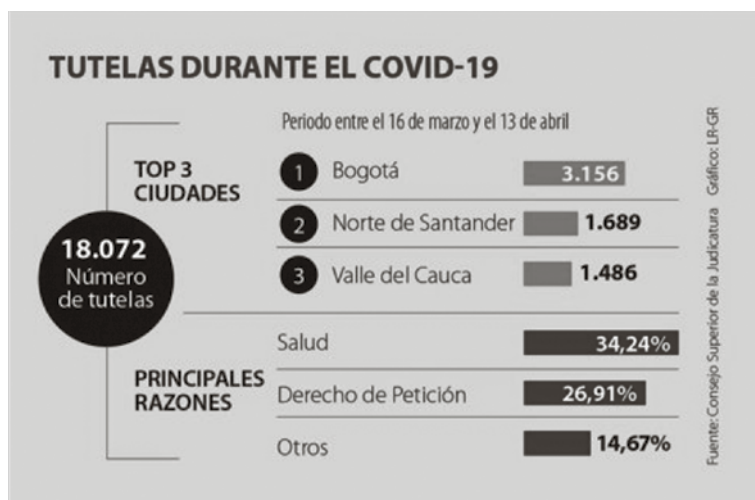
de Cundinamarca de 1811, en la Constitución Federal de 1858, Constitución política de los Estados Unidos de Colombia de 1863, Constitución de 1886, artículo 45, y tuvo desarrollo legal en la Ley 4 de 1913, Decreto 2733 de 1959, Decreto 01 de 1984 y ley 57 de 1985, recientemente en la Constitución de 1991 y ley 1755 de 2015. Jurisprudencialmente, la Corte Constitucional ha revisado más de setenta y siete tutelas relacionadas con la afectación del derecho de petición de las autoridades públicas, entre ellas: T-406 de 1992, T-997 de 1999, T-1076 de 2001, T-441 de 2008, T-735 de 2010, T-145 de 2012, T-099 de 2014, T-154 de 2017 y sentencia de constitucionalidad C-887 de 2002, “acceso de documentos públicos”.

El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: “Por un lado, permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado. Ha indicado la Corte que ‘(...) dentro de sus garantías se encuentran (i) La pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) La contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado’. En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscriben tres posiciones: “(i) La posibilidad de formular la petición, (ii) La respuesta de fondo y (iii) La resolución dentro del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario” (Sentencia T-206, 2018).

En la actualidad, el derecho de petición y la acción de tutela han servido de salvavidas, debido al ahogamiento de los derechos como la salud, el mínimo vital, el trabajo y la educación, por la irresistible e imprevisibilidad del Covid-19, una pandemia con efectos políticos, que se tradujo en el Decreto 637 de 2020 expedido por el Presidente de la República, Iván Duque Márquez. En el pleno ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, declaró todo el territorio nacional en Estado de emergencia económica, social y ecológica, con el fin de poder tomar medidas exclusivas al enfrentamiento de la crisis y aminorar sus efectos.

De este modo, los mandatos constitucionales permitirán al Estado realizar un proceso de la adaptación social más allá de realizar juicios valorativos sobre su perfección, teniendo en cuenta que, el fenómeno del Covid-19, es ahora un reto jurídico-político, derivado de la fragilidad social, que lucha para atravesar este momento épico, nadando incesantemente por las fuertes corrientes y olas económicas generadoras de crisis, pero conservando la esperanza de vivir dignamente, mediante la utilización correcta y debida de las acciones constitucionales. Conforme a la gráfica que a continuación se observa, el derecho de petición es el segundo derecho más amenazado y vulnerado por las autoridades públicas y privadas, con una cifra del 26,91%, pero la acción de tutela funge como el escudo protector constitucional que lo salvaguarda y el juez constitucional como el guardián de la actividad pública.

Es el momento para que la organización y planificación de las entidades públicas y privadas predominen los espacios de una correcta administración, evitando congestiones administrativas, que se traducen en alivios de la actividad judicial.



Fuente: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/se-han-recibido-18072-tutelas-desde-que-inicio-contingencia-del-covid-19-en-el-pais-2995135>

## De la experiencia de aprendizaje

En calidad de docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana (asignaturas del primer semestre Teoría General del Derecho y Sistemas Jurídicos y Derecho Comparado), he focalizado mi enseñanza para los futuros abogados, en la comprensión teórica constitucional y en la importancia de las acciones constitucionales, como herramientas jurídicas eficaces. La tarea de los estudiantes, una vez se han explicado los temas, es identificar una necesidad social y, de acuerdo con el lugar donde se evidenció la problemática, realizar un derecho de petición ante la entidad pública o privada que corresponda, con el fin de alcanzar una solución pronta y efectiva. Asimismo, realizar el seguimiento conforme a los lineamientos de la Ley 1755, 2015.

La conclusión general a la que llegamos estudiantes-profesor, es similar a la que tuve durante la pasantía académica ante la Honorable Corte Constitucional, en la cual, las entidades, tanto públicas como privadas, de manera sistemática, evitan tramitar adecuadamente las peticiones de los sujetos de derecho dentro del término legal, a sabiendas de que se pueden evitar desgastes judiciales que afectan la celeridad y la economía de la administración de justicia, de modo que dan cumplimiento al trámite de la petición cuando se ven enfrentados a un fallo de tutela, que a nuestro entender, es la utilización de la acción de tutela como un requisito administrativo adicional, siendo una estrategia mal vista ante los operadores jurídicos.

En este sentido, la relación general de sujeción en cuanto al derecho de petición, se circunscribe en quejas<sup>1</sup>, reclamos<sup>2</sup>, manifestaciones<sup>3</sup>, petición<sup>4</sup> de información y consultas<sup>5</sup>, que tiene como finalidad reali-

<sup>1</sup> La reclamación que se hace ante la autoridad del Estado por conductas reprochables que estén realizando servidores públicos o particulares que cumplan función pública en ocasión a su función pública.

<sup>2</sup> La afectación de un bien jurídico por la prestación tardía, la no prestación o defectuosa prestación del servicio por el Estado.

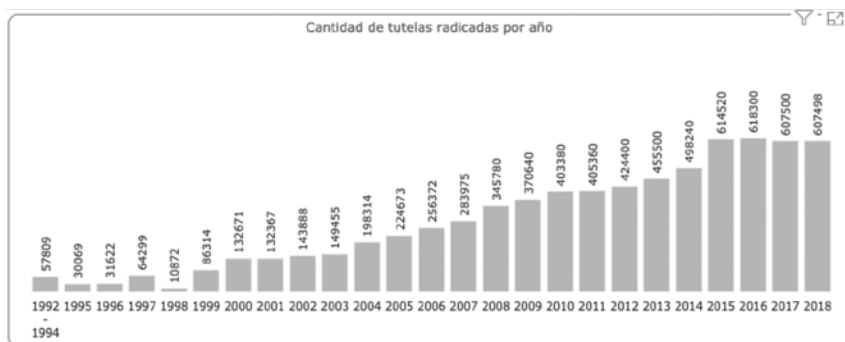
<sup>3</sup> Es la justificación o sustentación del peticionario en la actuación administrativa.

<sup>4</sup> Es la solicitud de acceso a documentos, archivos y actuaciones de la administración pública.

<sup>5</sup> "Pedir consejo" proceso hermenéutico en el análisis de una materia desarrollada por el Estado.

zar un control ciudadano del comportamiento interno de la estructura del poder y satisfacer un derecho subjetivo, recordando, además, que el principio de planeación es parte integradora del artículo 209 constitucional, por lo cual el Estado ha tenido una transición misional de pasar de depredador a agricultor, interpretación que se hace para efectos académicos al analizar la revolución neolítica y los sistemas jurídicos de la antigüedad (C. Hammurabi, C. Manú, Ley Mosaica, C. Chibcha), que conlleva, la existencia de un Estado planificador y no derrochador del recurso público, ni del talento humano, es decir, los servidores públicos deben de cumplir de manera consciente sus funciones y evitar pensar que su labor es dejar de hacer, cargar al ciudadano de trámites innecesarios y responsabilizar a otras entidades de funciones que están a su cargo.

Muestra de lo anterior es el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial – SIERJU, que consolida la gestión de los despachos judiciales, respecto del movimiento de procesos y tutelas, específicamente para el caso que nos ocupa, las acciones de tutela desde 1991 que amparan el derecho constitucional de petición:



Fuente: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

## Conclusión

Las Universidades en Colombia tienen un gran reto ante la emergencia sanitaria del Covid-19, con el objetivo que los estudiantes, desde los primeros semestres, se preparen para conocer el contexto constitucio-

nal nacional y aprender a hacer las acciones constitucionales, siendo las herramientas jurídicas y salvavidas, para tener contacto con las entidades públicas y privadas, respecto de la materialización de las garantías fundamentales.

El Estado debe coordinar con las universidades públicas y privadas, la implementación de un convenio marco de cooperación, a fin de vincular profesionales y estudiantes de derecho que ayuden, mediante sus prácticas académicas, a descongestionar el cúmulo de PQRS, con la mayor grado de independencia y responsabilidad.

Hesse, Cruz Vilalón, & Azpitarte Sánchez (2011) afirman que los servidores públicos deben comprender que la Constitución no es una sumatoria de artículos, sino un sistema normativo, que determina la función pública y su finalidad. El respeto de las buenas prácticas de gestión de las líneas de los Planes de Desarrollo Nacional, Departamental y Municipal, permiten alcanzar un equilibrio social o el denominado –estado de felicidad– según la filosofía del utilitarismo.

La ética<sup>6</sup> del servidor público es cumplir adecuadamente las funciones otorgadas por la Constitución y la Ley, actuando conforme a las máximas jurídicas, la moralidad social, y evitar que su comportamiento se encuentre enmarcado en la acción indebida, extralimitación u omisión de sus deberes, los cuales son factores generadores de actuaciones de naturaleza disciplinaria, conforme a la ley 734 de 2002 y Ley 1952 de 2019.

Muchos de los casos de corrupción están asociados a los estilos gerenciales impuestos en cada organización pública o privada, por consiguiente, es necesario e imperativo reevaluar, de manera permanente, los procesos y procedimientos, para tramitar de forma correcta y oportuna las acciones constitucionales, en especial, el derecho de petición, con el propósito de reducir el número de acciones de tutelas y contribuir a la economía de la administración de justicia, lo que significa que la acción de tutela conserve su identidad de acción constitucional.

<sup>6</sup> Sig.: En el sentido del deber ser, la responsabilidad, los principios, las máximas, los valores, que guían a los agentes y funcionarios. En su versión normativa, alude a la aplicación u omisión de los valores en situaciones concretas.

## Referencias Bibliográficas

- Basca Mercado, J., & Aste Leiva, B. (abril de 2015). "Mutación en los criterios Jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile". *Revista chilena de derecho*, 42(1). ISSN 0718-3437
- Botero Bernal, A. (2017). "Balance de los veinticinco años de la Constitución de 1991: la Constitución de dioses y la de hombres". *Vniversitas*, 66(134), 59-92.
- Caballero, J. F. (2006). "La Teoría de la Justicia de John Rawls". *Iberóforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 1-22. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/2110/211015573007.pdf>
- Constitución Política de Colombia. (20 de julio de 1991). Gaceta Constitucional n.º 116.
- EcuRed. (s. f.). *Ferdinand Lassalle*. Recuperado el 2020, de: [https://www.ecured.cu/EcuRed:Enciclopedia\\_cubana](https://www.ecured.cu/EcuRed:Enciclopedia_cubana): [https://www.ecured.cu/Ferdinand\\_Lassalle#:~:text=Frases%20de%20Ferdinand%20Lassalle,poder%2C%20cuales-quiera%20que%20ellos%20sean](https://www.ecured.cu/Ferdinand_Lassalle#:~:text=Frases%20de%20Ferdinand%20Lassalle,poder%2C%20cuales-quiera%20que%20ellos%20sean).
- Hesse, K., Cruz Vilalón, P., & Azpitarte Sánchez, M. (2011). *Escritos de derecho constitucional*. España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. ISBN: 978-84-615-2508-9
- Ley 1437. (18 de enero de 2011). *Diario Oficial* n.º 47.956. *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.
- Ley 1474, Estatuto Anticorrupción. (12 de julio de 2011). *Diario Oficial* n.º 48.128.
- Ley 1755. (30 de junio de 2015). *Diario Oficial* n.º 49.559. *Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.
- Pérez Ortiz, R. E. (2013). *Eficacia y validez del acto administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/9877/1/700600.2013.pdf>
- Sentencia C-483. (14 de mayo de 2008). Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 17º del Decreto 2591 de 1991 (M. R. Gil, Ed.) Bogotá.
- Sentencia T-206. (28 de mayo de 2018). Acción de tutela interpuesta por Luis Carlos Villarreal Pérez contra la Secretaría de Recreación y Deporte del Distrito de Barranquilla (M. A. CANTILLO, Ed.)
- Sentencia T-406. (17 de junio de 1992). Gaceta de la Corte Constitucional (M. D. Barón, Ed.)