

**El uso abusivo de la Acción de Tutela por el excesivo garantismo**

**Luz Andrea Bermeo Montealegre**  
**Cédula: 1020732964**

**Director de trabajo de grado:**  
**Dr. Eyder Bolívar Mojica**

**Universidad Santo Tomás**  
**Posgrado en Derecho Administrativo**  
**Bogotá D.C.**  
**2015**

## **Introducción.**

El presente ensayo pretende aportar algunos argumentos críticos sobre la influencia del excesivo garantismo que ha llevado a un uso abusivo de la Acción de Tutela contra los actos administrativos de contenido particular y concreto, siendo esta últimamente utilizada más allá de las razones por las cuales la Corte Constitucional validó que este recurso pudiera proceder ante estos asuntos.

Esto en razón de que el tema de la procedencia excepcional de acción de tutela para controvertir los actos administrativos de contenido particular y concreto ocasiona un perjuicio a la sociedad e implica una pérdida directa en la capacidad jurídica del Estado, pues interponer acciones de tutela cuando hay cabida para interponer otros recursos en el ámbito administrativo, como cuando se pretende a través de la tutela solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, siendo realmente procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual desplaza a la acción de tutela ya que la tutela tiene un carácter residual y subsidiario, y eso conlleva a que por atender esas se deje de atender los demás requerimientos de los ciudadanos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2014).

La acción de tutela fue establecida en la Constitución como un procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales. Así, el artículo 86 de la Carta Política contempla que: toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando crea que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. También, la Corte Constitucional ha establecido que cuando la valoración probatoria realizada por el juez ordinario es arbitraria y abusiva, se configura un ostensible desconocimiento del debido proceso por la presencia de un defecto fáctico, que hace procedente la tutela contra los actos administrativos de contenido particular y concreto, pero en muchas ocasiones se abusa de ese garantismo constitucional para usar la Acción de Tutela, cuando en realidad no hay una supuesta afectación a los derechos constitucionales fundamentales y se puede acudir a otros medios.

Es decir, la acción de tutela fue establecida en la Constitución como un procedimiento preferente y sumario para proteger los derechos fundamentales, por ende sólo si se llegare a comprobar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz a los derechos amenazados o vulnerados, la tutela podrá ser procedente.

Debido a lo ocurrido ante la restitución del Alcalde Gustavo Petro, nace el interés de estudiar si realmente era procedente la acción de tutela para el reintegro a su cargo, y el abuso en el uso de la acción de tutela por parte de un gran cúmulo de personas que pretendían que se reintegrara al cargo como Alcalde al señor Petro, permitiendo un uso indiscriminado de la Tutela alterando su real objeto cuando existen otras medidas de actuación, en provecho de la evolución garantista del derecho sustancial sobre el formal.

Este ensayo pretende exponer brevemente un recorrido sobre el origen del concepto el garantismo, una pequeña exposición de la Acción de Tutela y su procedencia excepcional contra los actos administrativos de contenido particular y concreto, la descripción del caso de reintegro como Alcalde al señor Gustavo Petro, en razón al abuso en el uso de la acción de tutela por parte de un gran cúmulo de personas que pretendían que se reintegrara el cargo como Alcalde, permitiendo el uso indiscriminado de la tutela, desnaturalizando su objeto cuando existen otras medidas de actuación, en provecho de la evolución garantista del derecho sustancial sobre el formal.

## **Capítulo I.**

### **I.I. El Constitucionalismo, un área contemporánea y pionera de la efectivización de los derechos.**

El constitucionalismo no sólo es una conquista y legado del pasado sino tal vez el legado más importante de este siglo. Es también, y creo que ante todo, un programa para el futuro, en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido de que los derechos fundamentales incorporados por las constituciones deben ser garantizados y satisfechos concretamente: el garantismo, bajo este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, dirigida a establecer las técnicas de garantías idóneas y a asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos (Vulpiani, 2001, p.10). Y también en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrional, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.

## **I.II. Sobre las garantías y el garantismo.**

Empecemos por describir y tener claro algunos conceptos que serán de base para entender este tema de estudio; el término “Garantía” es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo (Ferrajoli, 2006).

El sentido originario del término es, sin embargo, más restringido. Por garantía se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano, dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales<sup>1</sup>.

Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese “algo” que se tutela son derechos o bienes individuales. Podría decirse pues, como primera aproximación, que un Derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas (Ferrajoli, 2008, p. 12 - 16).

El garantismo tiene por noción central o articuladora precisamente la de garantía. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Aunque el concepto de garantía tiene un origen vinculado al derecho civil, en el que existen garantías de tipo real y personal, su utilización se ha extendido a otras ramas del derecho y en particular al derecho constitucional (Ferrajoli, 1989).

Precisando el concepto general que ya se ha transcrito, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). Si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de abstención por parte de uno o más sujetos nos encontraremos ante una garantía negativa, que precisamente obliga a los sujetos obligados principalmente a abstenerse de

<sup>1</sup> El garantismo es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Su difusión se debe sobre todo a la obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructurada teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).

realizar ciertas conductas; en cambio, si el derecho subjetivo se traduce en una obligación de hacer estaremos frente a una garantía positiva, que obliga a tomar acciones o desarrollar comportamientos activos a los sujetos obligados.

Existen también, en la categorización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados (Ferrajoli, 1989). Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias. El reconocimiento de la autonomía de las garantías primarias respecto de las secundarias es importante, ya que sirve para apoyar uno de los principales postulados de la teoría garantista de Ferrajoli, aquel que consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías, postura que ha provocado un interesante debate de Ferrajoli con Riccardo Guastini.

### **I.III. El garantismo constitucional.**

La rigidez constitucional es uno de los más grandes descubrimientos del constitucionalismo del siglo XX dice Ferrajoli. En realidad es un descubrimiento reciente solamente para el constitucionalismo europeo, ya que el constitucionalismo norteamericano lo había descubierto mucho antes, al menos desde la sentencia *Marbury versus Madison*, que puso en evidencia las limitaciones del legislador frente a la Constitución y el poder de los jueces para hacer observar esas limitaciones. A partir de la rigidez constitucional se crea una esfera de la indecible, que puede tener una vertiente negativa (lo que no es decidible) o positiva (lo que no es decidible que no), dependiendo del tipo de mandatos que provengan del legislador. Lo no decidible comporta obligaciones de abstención, las cuales se desprenden por ejemplo de los derechos fundamentales de libertad. Lo no decidible que no comporta obligaciones de acción, las cuales se desprenden por ejemplos de los derechos sociales (Gascón, 2005).

## **Capítulo II.**

## II. I. La Acción de Tutela, un recurso subsidiario.

La acción de tutela<sup>2</sup>, regulada en el artículo 86 de la C.P. Así tenga carácter subsidiario frente a las acciones ordinarias, constituye el principal y más efectivo medio de protección de los derechos fundamentales<sup>3</sup>. La Constitución ordena que el procedimiento que corresponda a esta acción sea preferente y sumario<sup>4</sup>. Estas dos notas ciertamente caracterizan el procedimiento que se recoge en el Decreto 2591 de 1991, que regula la acción de tutela (Cifuentes Muñoz, 2005).

El objeto de la acción de tutela consiste en la protección inmediata de los derechos fundamentales, ante las acciones u omisiones de las autoridades o de los particulares en los casos en que determine la ley - que los vulneren o amenacen. Inclusive bajos los estados de excepción, resulta procedente la acción de tutela. La Corte Constitucional ha extendido la acción de tutela a derechos que no aparecen bajo el epígrafe de la Constitución destinado a regular los derechos fundamentales, pero que tienen este carácter por su propia naturaleza o porque, en la situación concreta, tienen una conexidad objetiva e íntima con un derecho fundamental, hasta el punto de que su no protección judicial podría acarrear la violación de estos últimos (Corte Constitucional, 1992)

Es necesario precisar que tal conexidad se ha restringido, en sentencias recientes, a situaciones en las cuales el principio de dignidad humana se vea comprometidas<sup>6</sup>, a fin de evitar la expansión de la acción de tutela hacia ámbitos ajenos a la protección judicial de los derechos constitucionales. Por otra parte, cabe distinguir entre la protección de derechos “fundamentales por conexidad”, y la defensa de derechos fundamentales que conlleve la garantía del acceso al goce de derechos económicos y sociales, en especial gracias al amparo de los derechos al debido proceso y a la igualdad de oportunidades (Charry, 2001, p. 191).

La Acción de Tutela se refiere a los derechos fundamentales de las personas; es decir,

<sup>2</sup> La Acción de Tutela tuvo su origen en la Asamblea Nacional Constituyente y su trámite de creación en la Comisión Primera de la misma, ante la cual se presentaron algunos proyectos. Es fruto de esas diversas iniciativas y de la combinación de la de los Delegados con la propuesta del Gobierno, que quería se llamase, como en México, Derecho de Amparo.

<sup>3</sup> Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquéllos, éstos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial.

<sup>4</sup> La acción de Tutela es un mecanismo de derecho procesal constitucional, con carácter específico y directo del que se puede valer toda persona, cuando los derechos fundamentales han sido violados o existe amenaza de violación o de vulneración por parte de una autoridad pública o de un particular encargado de la prestación de un servicio o actividad pública, frente a la cual se encuentre en circunstancias de subordinación.

todos aquellos derechos que son necesarios para las personas que existen antes que el Estado y están por encima de cualquier norma o ley que los reconozca. Según la Corte Constitucional, el que un derecho sea fundamental no se puede determinar sino en cada caso, según la relación que dicho caso tenga con uno u otro derecho fundamental; es decir, que la misma Constitución no menciona claramente cuáles son los derechos fundamentales que tiene cada persona si no que se refiere a como vayan resultando cada uno de estos derechos y que sean indispensables para las personas ( Corte Constitucional , SU- 783 de 2003).

## **II.II. La acción de tutela, en primer término, es procedente si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial.**

Desde este punto de vista la acción tiene carácter subsidiario. No obstante, no se puede descartar la procedencia de la acción por el sólo hecho de que en el ordenamiento se contemple una determinada acción o vía judicial para solicitar la protección de un derecho fundamental (Corte Constitucional, 1993). Se requiere, como lo ha sostenido la Corte y lo prescribe el Decreto 2591 de 1991, que el medio alternativo sea idóneo y eficaz atendidas las circunstancias en que se encuentre el demandante (Cifuentes Moñuz, 2005).

Pese a que teóricamente exista un medio de defensa alternativo, la acción de tutela puede utilizarse como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por perjuicio irremediable se entiende el que es inminente “que amenaza o está por suceder prontamente”; urgente de resolver - exige una “respuesta proporcionada a la prontitud”; grave representa “gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona” e impostergable, necesita de “respuesta adecuada, oportuna y eficaz para restablecer el derecho”<sup>5</sup>.

## **II.III. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de contenido particular y concreto.**

En reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos

<sup>5</sup> La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes. Sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley. Y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que sí puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado”. Sentencia SU-039 de 1997.

administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tiene el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca.

Así mismo se ha señalado vía jurisprudencial que sólo de manera excepcional procede la tutela para controvertir actos administrativos de contenido particular, cuando éstos vulneran derechos fundamentales y existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria la protección urgente de los mismos (Corte Constitucional, Sentencia T-548 de 2010, 2010) . En cuanto a los actos administrativos que ordenan la desvinculación de un trabajador de un empleo público, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración ha tomado la decisión de separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual desplaza a la acción de tutela dado que, como ya se dijo, tiene un carácter residual y subsidiario<sup>6</sup>.

Sin embargo, el Consejo de Estado también ha indicado que la tutela procede de manera excepcional en estos casos, cuando se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz a los derechos amenazados o vulnerados. La tutela como mecanismo subsidiario y residual, solo procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, cuando se demuestre un perjuicio irremediable, de lo contrario la tutela deviene improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial. Que entonces, la tutela no procede para solicitar el reintegro a cargos públicos, salvo que el retiro haya dejado a la persona en una situación de debilidad manifiesta o de indefensión, evento en el que procederá este mecanismo de manera transitoria.

#### **II.IV. Procedencia de la acción de tutela para debatir actos administrativos de contenido particular y concreto, específicamente para obtener el reintegro del cargo.**

<sup>6</sup> La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que en el ámbito del derecho administrativo, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que, para controvertir la legalidad de ellos están previstas acciones idóneas en la jurisdicción contenciosa administrativa, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. No obstante, la Corte ha admitido que en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la tutela se torna procedente y habilita al juez constitucional para suspender la aplicación del acto administrativo u ordenar que el mismo no se ejecute, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.



En reiterada jurisprudencia se ha establecido la improcedencia de la tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto, pues para controvertir estos actos se tiene el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa “gracias a la cual el interesado puede solicitar la suspensión provisional del acto que infringe la vulneración a los derechos cuya protección se invoca” (Corte Constitucional, Sentencia T-016 del 18 de enero de 2008, 2009). Así mismo se ha señalado vía jurisprudencial que sólo de manera excepcional procede la tutela para controvertir actos administrativos de contenido particular, “cuando éstos vulneran derechos fundamentales y existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable, de tal manera que se haga necesaria la protección urgente de los mismos”<sup>7</sup> (Corte Constitucional, Sentencia T-012 del 19 de enero de 2009, 2009). En cuanto a los actos administrativos que ordenan la desvinculación de un trabajador de un empleo público, la Corte Constitucional ha señalado que “la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración ha tomado la decisión de separarlos de los mismos, existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual desplaza a la acción de tutela dado que, como ya se dijo, tiene un carácter residual y subsidiario”.

Sin embargo, el Consejo de Estado también ha indicado que la tutela procede de manera excepcional en estos casos, cuando se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz a los derechos amenazados o vulnerados.

En relación con la censura contra un acto administrativo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha puntualizado que “un retiro del servicio no implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio o cuando a un trabajador particular se le cancela el contrato de trabajo; sería desnaturalizar la tutela si se afirmara que por el hecho de que a una persona no se le permite continuar trabajando, por tutela se puede ordenar el reintegro al cargo (Corte Constitucional, Sentencia T-016 del 18 de enero de 2008, 2009).

Solamente en determinados casos, por ejemplo cuando la persona estuviera en una situación de debilidad manifiesta, o de la mujer embarazada, podría estudiarse si la tutela es viable. De lo anterior se puede concluir, que la tutela como mecanismo

<sup>7</sup> Es necesario establecer si en el mencionado proceso disciplinario, existe un acto administrativo definitivo del cual se pueda predicar la vulneración de los derechos fundamentales, o si aun cuando no existe un acto administrativo definitivo, han sido proferidos actos de trámite dentro del proceso disciplinario, que afectan las garantías constitucionales.

subsidiario y residual, solo procede contra actos administrativos de contenido particular y concreto, cuando se demuestre un perjuicio irremediable, de lo contrario la tutela deviene improcedente por existir otro mecanismo de defensa judicial. Que entonces, la tutela no procede para solicitar el reintegro a cargos públicos, salvo que el retiro haya dejado a la persona en una situación de debilidad manifiesta o de indefensión, evento en el que procederá este mecanismo de manera transitoria.

### **Capítulo III.**

#### **III.I. La restitución de Gustavo Petro como alcalde de Bogotá, ordenada por una sala de restitución de tierras del Tribunal Superior de Bogotá.**

Dos magistrados de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá ordenaron al Presidente de la República, mediante sentencia de tutela, reintegrar al destituido alcalde de Bogotá, Gustavo Petro, a su cargo (Períodico El Nuevo Siglo, 2015).

La acción de tutela la interpuso un ciudadano que alegaba que el Presidente de la República, al no acoger las recomendaciones, que no órdenes, pues se debe resaltar que todos los pactos internacionales no son imperativos acoger sino meras recomendaciones, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a favor de Petro, le vulneró derechos fundamentales, entre ellos el de “elegir y ser elegido” y el debido proceso.

Los magistrados, invocando jurisprudencia de la Corte Constitucional, consideraron que las medidas cautelares emanadas de un organismo no jurisdiccional como la CIDH eran de obligatorias para el Estado colombiano (Períodico El Nuevo Siglo, 2015, p. 3). La Corte Constitucional, efectivamente, ha dicho eso en por lo menos cuatro sentencias. Como ha dicho, también por vía de tutela, que las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se incorporan de forma automática a nuestra legislación interna, cosa que no dicen los tratados.

Son perlas jurisprudenciales, producto del gobierno de los jueces y de cortes legisladoras que han creado en Colombia un régimen jurídico y legislativo paralelo que tiene desde hace años a Colombia en un desastroso estado de inseguridad e incertidumbre normativa y de dispersión absoluta de los criterios de certeza propios de todo Estado de Derecho. No se inventa, pues, el Tribunal Superior de Bogotá lo de la obligatoriedad de las medidas cautelares. Solo se remite a lo dicho por la máxima instancia constitucional (Períodico El Nuevo Siglo, 2015, p. 3).

Lo que sí hay que reprocharle al Tribunal es la poca consistencia jurídica con que sustentó que al ciudadano quien interpuso una de las 26 tutelas ante ese tribunal, de las que se desestimaron 23, se le violaron sus derechos a elegir.

Ese ciudadano supuestamente eligió al alcalde de Bogotá, con lo cual ejerció ese derecho fundamental. El elegido Gustavo Petro incurrió, según la Procuraduría General de la Nación, en violaciones al Código Disciplinario Único, que ameritaron su destitución<sup>8</sup>. El elegido incumplió su compromiso y rompió el vínculo con el elector. Pero si prospera esta línea jurisprudencial, ningún alcalde podrá ser destituido o sancionado, porque eso violará el derecho de sus simpatizantes a que el elegido gobierne sin molestias durante todo el período, porque si no les estarán violando sus derechos políticos (Períodico El Nuevo Siglo, 2015, p. 3).

### **III.II. Crítica de la Procedencia de la Acción de Tutela en el caso Petro.**

La Sala de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, como se indicó en el anterior título, decidió obligar al Presidente Santos a obedecer las medidas cautelares que ordenó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor del alcalde de Bogotá, Gustavo Petro. Es otra etapa más en la cual la ley colombiana es desconocida y utilizada con intención de producir efectos políticos antes que respetar las normas constitucionales que permiten sancionar a los funcionarios elegidos por voto popular, en razón a la violación del código disciplinario único.

La decisión de dos de los tres componentes de la Sala no podía ser más descabellada: por una parte, desconoce la facultad exclusiva que tiene el Ejecutivo para aplicar recomendaciones como la de la CIDH. Por la otra, pretende dar a entender que esas medidas contienen los derechos políticos, aun cuando Colombia ha demostrado que al señor Petro se le han ofrecido todas las garantías procesales y judiciales posibles. Inclusive; los magistrados llegan al extremo de afirmar que el funcionario elegido por voto popular no tenía vigilancia administrativa y sólo podía ser destituido por un juez y

<sup>8</sup> La Sala Plena de la Corte Constitucional negó por improcedente la tutela interpuesta por el alcalde de Bogotá, Gustavo Petro, con la que pretendía 'tumbar' la decisión de la Procuraduría que lo destituyó e inhabilitó para ejercer cargos públicos por 15 años tras probarle irregularidades en los contratos de aseo de la ciudad. En la tutela el alcalde hizo dos peticiones: dejar sin efectos su destitución y su inhabilidad, esta última por considerar que era excesiva. Pero el alto tribunal, con ponencia del magistrado Mauricio González, negó sus pretensiones. Frente a la destitución, el alto tribunal recordó que el Procurador está facultado para destituir servidores públicos de elección popular. Esto, además, fue ratificado en sentencias anteriores de la Corte Constitucional y se considera cosa juzgada. En cuanto a la inhabilidad, Petro argumentó que era desproporcionada, que le violaba el debido proceso y su presunción de inocencia y que la culpa gravísima que impuso el Ministerio Público no estaba probada. En ese punto, la Corte recordó que existen otros mecanismos para acceder a esas pretensiones diferentes a la tutela que de hecho ya fueron empleadas por el Alcalde.

por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (Periódico el El Tiempo, 2014, p. 1).

La determinación de la tutela afirmaba también que la destitución de Petro desconocía los derechos de los electores. Cabe preguntar si no son peores los daños causados por el funcionario a todos los habitantes de la ciudad que le entregaron para su administración. Y si en alguna parte de nuestro ordenamiento jurídico existe un precepto que excluya a algún empleado público, elegido o no, del control disciplinario de la Procuraduría General de la Nación, aprobado en su momento por el entonces senador Gustavo Petro y por ende siempre que se le quiera investigar acuda al uso excesivo de la Acción de Tutela (Periódico el El Tiempo, 2014, p. 1).

Al proferir su fallo, la Comisión de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá ha pisoteado de nuevo el ordenamiento jurídico colombiano. Y ha desconocido la multitud de sentencias proferidas por las Altas Cortes de Colombia, aprovechando que la tutela le otorga la posibilidad de intervenir en un asunto que no debería ser de su incumbencia. Es decir, ha pasado por encima de la Jurisprudencia, con argumentos políticos y no jurídicos.

Con su decisión, los dos magistrados que la aprobaron, le causan otro grave daño a la credibilidad de la justicia colombiana, además de prolongar injustamente el desgobierno que vive la capital de la República. Aunque el Procurador General ya anunció que presentará la impugnación contra la infortunada providencia ante la Sala Civil de la Corte Suprema, el daño ya está hecho. Y Colombia sigue siendo protagonista de una especie de melodrama, en el cual la tutela se convierte en la puerta para que algunos jueces desconozcan las jerarquías fijadas por la propia Constitución, y tomen decisiones de corte político.

Con esta situación es evidente el conflicto que se genera entre la ley y el gobierno de los jueces quienes parecen desconocer el espíritu y la letra de las normas creadas para dar vida a un Estado de Derecho que garantiza reglas de juego claras. Y que no ha sido creado para garantizar impunidad y más a través de medios no adecuados y sin el debido procedimiento.

#### **Capítulo IV.**

#### **Conclusiones.**

En el caso específico de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter

particular, se ha predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable como se pudo detallar en el desarrollo de este ensayo. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión. Sin embargo, el amparo constitucional es procedente en aquellos asuntos en los cuales se demuestre que pese a existir otros mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos fundamentales involucrados, éstos carecen de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

El abuso de la acción de tutela ocasiona un perjuicio a la sociedad e implica una pérdida directa en la capacidad jurídica del Estado, estancando los despachos judiciales sólo por Tutelas, pues estas deben resolverse con un carácter primordial sobre otras actuaciones es decir, se deja de atender los demás requerimientos de los ciudadanos, agregó y más como el caso concreto del reintegro del señor Petro en el que fueron interpuestas más de 185 acciones de tutela, por ciudadanos que buscaban la suspensión de las sanciones de la Procuraduría General de la Nación en contra del alcalde mayor de Bogotá.

El mandatario distrital tenía que haber utilizado otro medio de defensa existente. Desde el momento en que quedó ejecutoriada la decisión de la Procuraduría General, tenía la facultad de interponer demanda ante lo contencioso administrativo. El punto es la existencia de otro medio de defensa judicial que él debió utilizar, igualmente efectivo, teniendo en cuenta que existen unas medidas cautelares de urgencia que permiten tomar una medida de protección muy inmediata.

El garantismo constitucional, se hizo con el fin de proteger y hacer efectivos los derechos del débil, y no para abusar de las garantías que de recursos importantes y especiales como la Acción de Tutela, el medio más expedito para poner fin a un daño inmediatamente o cuando ya se ha acudido a todos los medios procesales; y lamentablemente el uso exagerado por terceros ante el caso del Alcalde Petro insistiendo en que se les había vulnerado sus derechos fundamentales del voto y elegir, con ese supuesto a revocar un acto administrativo de carácter particular que destituía al señor Gustavo Petro, cuando eso más evidenciaba un complot político y judicial, congestionando a la jurisdicción para resolver el tema y más por el gran cúmulo de Acciones interpuesta ante el caso.

Y se ha olvidado que el garantismo de Ferrajoli también enseña que existen unos límites para poder efectivizar las garantías y los derechos, no sólo por parte del Estado

sino también por parte de quien ejerce el derecho subjetivo, con el fin de crear un equilibrio procesal y se entienda que cada jurisdicción y proceso tiene sus actuaciones adecuadas, pues desgraciadamente muchos quienes dicen ejercer el derecho subjetivo con el fin de hacer valer aspectos políticos antes que respetar las normas constitucionales que permiten sancionar a los funcionarios elegidos por voto popular, en razón a la violación del código disciplinario único, sobrepasando un mandato Constitucional.

## **Bibliografía.**

Charry, J. (2001). *La Acción de Tutela*. Bogotá D.C., Colombia: Temis.

Cifuentes Moñuz, E. (2005). *La acción de tutela de Colombia*. Bogotá D.C.: Red Ius et Praxis.

Cifuentes Muñoz, E. (2005). La acción de tutela. En *Magistrado de la Corte Constitucional de la República de Colombia*.

Corte Constitucional (1992). Estado Social de Derecho ante el juez de Tutela, Sentencia T - 406

Corte Constitucional (1993). Los derechos fundamentales, Sentencia T-225 de 1993  
Recuperado el 12 de julio de 2015, de  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-225-93.htm>

Corte Constitucional (2003). La procedencia de la Acción de Tutela, Sentencia SU - 783 de 2003.

Corte Constitucional (2009). Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil., Sentencia T-012 del 19 de enero de 2009.

Corte Constitucional (2009). Corte Constitucional, Sentencia T-016 del 18 de enero de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo y M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras., Sentencia T- 012 del 19 de enero de 2009.

Corte Constitucional (2010). Sentencia T-548 de 2010, Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Tortta S.A.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta S.A.

Gascón, M. (2005). *La teoría general del garantismo. Rasgos principales*. Madrid: Carbonell Miguel y Salazar, Pedro editores.

Periódico El Tiempo (23 de abril de 2014). La CIDH destaca restitución de Gustavo Petro. *Procurador impugna este jueves fallo del tribunal. Petro dice que medidas cautelares siguen vigentes.*, pág. 1. Recuperado el 01 de agosto de 2015, de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13870015>

Periódico Nuevo Siglo. (24 de abril de 2015). Caso Petro desquicia la justicia. *Caso Petro desquicia la justicia*, pág. 3.

Vulpiani, A. (2001). *La democracia constitucional*. Buenos Aires: Editore Roma.