

A PROPÓSITO DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN COLOMBIA: UN BALANCE GENERAL 1991 – 2011

Juan Manuel Charria Segura

jmcharriasegura@hotmail.com

Recebido em 20/09/2013

Aprovado em 15/10/2013

SUMÁRIO: 1. Introducción 2. Posición de la asamblea nacional constituyente 3. Fundamentos normativos 4. Concepto 5. Características 5.1. Informalidad 5.2. Eficacia 5.3. Preferencial 5.4. Subsidiaria o residual 5.5. Inmediatez 5.6. Celeridad 5.7. Sumaria 5.8. Impulso oficioso 5.9. Gratuita 5.10. Irrepetible 5.11. No suspendible 6. Aspectos procesales de la tutela 6.1. Sujeto activo 6.2. Sujeto pasivo 6.3. Competencia 6.4. Otros aspectos procesales 6.4.1. Medidas preventivas 6.4.2. Presunción de veracidad 6.4.3. Indemnización y costas 6.4.4. Cumplimiento del fallo de tutela e incidente de desacato 6.4.5. Temeridad 7. Conclusiones. Bibliografía general

RESUMEN

Teniendo en cuenta que la acción de tutela es una de las más importantes instituciones de la Constitución de 1991, el artículo presenta sus fundamentos normativos, conceptualización, características, aspectos procesales y conclusiones, a propósito de la tutela en el intervalo 1991-2011. En desarrollo de esos temas, se destacan tanto las cualidades como los defectos que, en la práctica, ha tenido la aplicación de la acción de tutela en el país, observando la necesidad de reformar algunos aspectos de la misma, sin eliminar el sentido, alcances y propósitos de esta acción constitucional. Pensando en la evolución de esta institución, en el intervalo señalado, quisiera destacar su alcance político, jurídico y sobretodo social. Son claros sus beneficios en cuanto a: la preferencia por la persona humana y sus derechos fundamentales; un acercamiento a la administración de justicia y la búsqueda de protección de los más débiles. La tutela ha permitido que las personas

ABSTRACT

Taking into account that the action of tutela is one of the most important institutions of the Constitution of 1991, this article presents its conceptualization, characteristics, procedural aspects, normative basis and conclusions regarding its application during the period 1991-2011. It highlights the qualities and flaws of the implementation of the action of tutela in the country, noting the need to reform some of its aspects, without changing the meaning, scope and purpose of this constitutional action. After analyzing the evolution of this institution, in the specified period, the article emphasizes its political, legal and above all its social scope. Are clear its benefits in regard to: preference for human beings and their fundamental rights; an approach to the administration of Justice and the quest for the protection of the weaker. The tutela has allowed people to seek protection in a judge without waiting for cumbersome procedural steps with illusory

busquen en un juez la protección sin esperar trámites procesales muchas veces engorrosos que hacen ilusoria su efectividad. En el ejercicio de la acción de tutela, se han presentado errores que han desbordado su sentido y alcance. Tal es el caso en que los fallos deben ser cumplidos inmediatamente, sin esperar el resultado de la segunda instancia. Ante la situación vigente, es conveniente impulsar, una reforma a la reglamentación de la tutela para impedir excesos. Deseo anotar que la jurisdicción y competencia, en un Estado de derecho, deben ser determinadas por la Constitución y la ley, y no a través de una norma reglamentaria como lo es el Decreto 1382 de 2000.

PALABRAS CLAVE

Acción, tutela, Constitución, derechos fundamentales, procesal y Corte Constitucional.

effectiveness. In the exercise of the action of tutela, there have been mistakes that have exceeded its meaning and scope. Such is the case in which the rulings must be met immediately without awaiting the outcome of the second instance. Given the existing situation, it is worth promoting a reform of the regulatory protection to prevent excesses. I must insist that the jurisdiction and competence, in a State of Law, must be determined by the Constitution and the law, and not through a regulatory standard such as the Decree 1382 of 2000.

KEYWORDS

Action, Tutela, Constitution, Fundamental Rights, Litigation and Constitutional Court.

1. INTRODUCCIÓN

En la celebración de los 20 años de la Constitución Política, sin lugar a dudas la institución más importante y de mayor trascendencia política, jurídica y social, consagrada en la Constitución de 1991, es la acción de tutela. Como lo ha expresado el expresidente de la Corte Constitucional Juan Carlos Henao Pérez, la tutela es la “*vedette*” de la Carta fundamental.

El presente artículo responde al siguiente problema objeto de investigación: ¿Cuál es el balance general de la acción de tutela y las debilidades más significativas, después de 20 años de haberse institucionalizado? Absuelto el problema anterior, la elaboración termina con unas conclusiones que permiten observar: logros alcanzados por la acción de tutela; dificultades en su aplicación; y propuestas para solucionarlas.

Con la institucionalización de la tutela, en Colombia se consagró un instrumento jurídico para la protección de derechos fundamentales, logrando el acceso a la administración de justicia mediante un procedimiento informal, sencillo, ágil y eficaz.

El trabajo está integrado por siete partes, así: La primera, es la introducción. En segundo lugar, está la posición de la Asamblea Nacional Constituyente frente al tema. En tercer lugar, me ocupo de los fundamentos normativos. En cuarto lugar, está el desarrollo de su conceptualización. En quinto lugar, me ocupo de sus características. En sexto lugar, se analizan los aspectos procesales de la tutela; y en séptimo lugar encontramos las conclusiones. Finalmente esta la bibliografía.

2. POSICIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

Al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, se presentaron diversos proyectos en torno al tema. Unos, la asemejaban al recurso de amparo mexicano por el carácter sencillo y sumario del procedimiento. La competencia se radicaba en los jueces y se esperaba que fuera cercana a las personas, pero sin estudiar el trasplante en la estructura constitucional vigente, donde se podían presentar duplicados de instrumentos procesales, creando un sistema paralelo de administración de justicia. Además, se debe señalar que el juicio de amparo mexicano es un conjunto de remedios procesales bajo una denominación. Por lo tanto, en Colombia o se reemplaza todo el sistema de garantías o ambos operarán paralelamente, si la tutela se asemejaba al amparo mexicano.

Por lo anterior, es que el doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero tiene la idea de tener un instrumento procesal propio para solucionar, en casos concretos, la violación de derechos que no alcanzaba a cubrir nuestro sistema judicial tradicional de garantías. A su vez, se destaca que la tutela es especial, residual y subsidiaria, como características principales de esta acción. En ese sentido, el proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución No. 81 define la acción de tutela así:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar de los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, sean ellos individuales o colectivos, cuando quiera que estos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel frente a quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Tal decisión, que siempre deberá cumplirse en forma inmediata, podrá luego ser impugnada por la parte interesada ante el correspondiente Tribunal Contencioso Administrativo.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o administrativo, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e irreparable mientras puede acudir al ejercicio de aquel y se tramitará mediante

un procedimiento sumario que garantice su eficacia y prontitud. No puede transcurrir más de 10 días entre la fecha de la solicitud de tutela y la de su decisión.

Esta acción no procederá con situaciones consumadas o irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada.

También habrá acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave e indirectamente el interés colectivo. (Esguerra, 1991).

Con algunas variantes, este proyecto es la base de lo que actualmente es el artículo 86 de la Constitución Política en relación a la consagración de la acción de tutela, diferenciándola del juicio de amparo mexicano y del recurso de amparo español.

3. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

En el orden constitucional y legal se señala lo siguiente entorno a la acción de tutela: Artículo 86 de la Constitución política:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, 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.

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

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

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

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

Luego, en virtud de lo estipulado en el literal b) del artículo 5 transitorio de la C.P., se expide el Decreto Estatutario 2591 de 1991 cuyo origen son las facultades extraordinarias otorgadas por el constituyente de 1991. Esta norma, a su vez, ha sido reglamentada mediante los decretos 306 de 1992 y 1382 de 2000.

Deseo destacar lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el sentido y alcance de la presente acción. En la sentencia C-155^a de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz, señala:

“Como ha tenido oportunidad de advertirlo en varias oportunidades esta Corporación, la Acción de Tutela prevista por el artículo 86 de la Constitución, es un instrumento específico y directo de carácter procesal y de naturaleza residual previsto por la Carta para asegurar a todas las personas la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que aquellos sean violados o resulten amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o, en los casos definidos por el legislador, cuando la amenaza o violación provenga de la acción o la omisión de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quien el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

En este sentido, su consagración constitucional parte de la base dogmática de carácter orgánico y funcional, según la cual aquella sólo procede cuando el peticionario no cuente con un instrumento judicial ordinario para obtener la defensa específica de su derecho constitucional fundamental, salvo el caso de que se presente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Su naturaleza es típicamente judicial y permite a los beneficiarios de la misma acudir de manera directa ante todos los jueces para efectos de obtener una resolución u orden con dicho carácter, enderezada a la efectiva e inmediata protección del derecho de aquella índole, que se encuentra amenazado o violado en las condiciones advertidas. Con dicha acción se pretende complementar las competencias de los jueces para efectos de que no exista ningún ámbito de las relaciones jurídicas de las personas que se encuentre por fuera de la protección y el amparo judicial efectivo, en vista de la necesidad de superar los tradicionales modelos de organización y funcionamiento de las estructuras jurisdiccionales propias de nuestra experiencia histórica e institucional.

Se trata de una sustancial redefinición, de carácter constitucional, de las competencias de los jueces, que pone en contacto a dichos funcionarios con las disposiciones de la Carta y que hacen parte del catálogo de los derechos constitucionales fundamentales, los que por su alta estima y valor para los elementos básicos del Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, reclaman el establecimiento y desarrollo de instrumentos como el de la Acción de Tutela.

No bastaba, pues, para el desarrollo de la Constitución y para la protección de los derechos fundamentales, el establecimiento de las tradicionales competencias de los jueces que en adelante son fortalecidas por las vías ordinarias, sino que se hacía necesario incorporar un instrumento de las dimensiones de la citada acción, para permitir una permanente y dinámica lectura judicial de la Carta, con sus consecuencias garantísticas, lo más aproximada a la realidad de los conflictos y para acercar a la Constitución con sus verdaderos y más necesitados destinatarios.

Además, por las propias definiciones constitucionales, dicha acción ha de ser objeto de una regulación legal o si fuere necesario, de su desarrollo jurisprudencial, con características especiales e inderogables, como las de la preferencialidad y la sumariedad, para efectos de asegurarle su virtualidad como instrumento de protección inmediata de aquellos derechos.”

4. CONCEPTO

En cuanto a la acción de tutela, se pueden abordar diferentes ámbitos en donde se ha planteado su concepto. Por una parte, doctrinariamente, algunos autores como Esguerra Portocarrero han sostenido que la acción de tutela “Es un mecanismo de protección de las libertades públicas, consistente en la orden perentoria que un Juez imparte a la autoridad pública o particular que ha lesionado o amenace con lesionar uno de los derechos fundamentales de una persona, de modo que actúe o se abstenga de hacerlo en determinada forma” (Esguerra, 2004).

A su vez, Néstor Raúl Correa Henao la define de la siguiente manera: “Es una acción judicial autónoma de origen constitucional para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales en los casos en que no exista otro remedio judicial”. (Correa, 2001).

Así mismo, Manuel Fernando Quinche Ramírez señala que es “una acción constitucional, de carácter judicial, establecida por la Carta de 1991 cuyo objetivo es el de proteger de manera inmediata los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa que resulte eficaz, salvo el caso de configuración del perjuicio irremediable, evento en el cual opera como mecanismo transitorio” (Quinche, 2010).

Por otra parte, la Corte Constitucional ha sostenido que “La acción de tutela se erige en garantía orientada a la protección de los derechos fundamentales. Es decir, un mecanismo práctico con suficiente aptitud para hacer efectivos los términos teóricos en que se concibe el texto constitucional, pero no lo es menos que el de acudir a la acción de tutela es, en sí mismo un derecho fundamental cuyo ejercicio no puede ser negado a persona alguna. (Naranjo, 1997).

Personalmente, considero “que la acción de tutela se puede definir como un mecanismo extraordinario creado por la Constitución de 1991 para la defensa de los derechos fundamentales, cuando estos sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o un particular en algunos casos, mediante un procedimiento preferente y sumario siempre que no haya otro mecanismo de defensa judicial para defender tales derechos, salvo que se presente un perjuicio irremediable”. (Charria y Murcia, 1999).

5. CARACTERÍSTICAS

En el ordenamiento jurídico colombiano no existía una figura que permitiera la protección de los derechos fundamentales en caso de ser vulnerados. Fue hasta la Asamblea Nacional Constituyente, y en especial Juan Carlos Esguerra Portocarrero, cuando se propuso crear un instrumento procesal propio diferente en diversos aspectos del juicio de amparo mexicano y que buscara la protección de derechos cuya finalidad no podía ser alcanzada por el sistema judicial tradicional de garantías.

La doctrina ha señalado varias características de la tutela, entre las cuales figuran: la eficacia, la sencillez, la informalidad, la subsidiariedad, la preferencial, la gratuidad, ser sumaria, de impulso oficioso, irrepetible y no suspendible. Estas al ser desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, han permitido que su uso sea frecuente por las personas en la reclamación de los derechos fundamentales, que le han sido vulnerados o amenazados por parte de autoridades públicas o particulares, ya sea que la naturaleza del tema sea civil, laboral o penal, etc.

Observemos que la tutela procede incluso, contra providencias judiciales cuando se presenten las causales genéricas de procedibilidad tales como los defectos sustantivo, fáctico, orgánico, procedimental, decisión judicial sin motivación, desconocimiento del precedente, error inducido y violación directa de la Constitución.

Precisemos a continuación, las características enunciadas. Invito al lector a observar las múltiples relaciones existentes entre cada una de ellas.

5.1. INFORMALIDAD

La tutela se rige por el principio de informalidad lo que implica que ella no está sujeta a exigencias de forma que normalmente son utilizadas en otros procedimientos, como en los casos de las demandas ordinarias civiles, laborales, contencioso-administrativas, etc. En ese sentido, el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 señala lo siguiente:

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

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial o telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito para los cuales se gozara de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. El Juez deberá atender inmediatamente al solicitante, sin poner en peligro el poder efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, y ordenar al secretario levantar el acta sin formalismo alguno.”

Sobre el principio de informalidad la jurisprudencia ha expresado lo siguiente:

“En efecto, la acción de tutela fue creada por el constituyente para que cualquier persona que se sienta afectada o amenazada en sus derechos fundamentales pueda acudir ante un juez en procura de obtener la protección efectiva de los mismos. Es un instrumento que se encuentra al alcance de todos y que no exige formalismos o rigorismos procedimentales.

Esa informalidad supone que la persona que se sienta lesionada en sus derechos puede acudir directamente a interponer la acción, sin que se le exija ser abogado o tener conocimientos jurídicos.

El juez no puede exigir requisitos como si se tratara de una demanda o de un recurso, o incluso declarar la improcedencia de la acción porque en el escrito respectivo se haya señalado como infractor del ordenamiento constitucional a un sujeto distinto al que realmente ha vulnerado o amenazado los derechos, y menos por la ausencia de un simple formulismo jurídico o procedimental. El juez constitucional debe dar primacía al derecho sustancial y recordar que toda exigencia que pretenda limitar o dificultar el uso de la acción de tutela, su trámite o su resolución, fuera de las simples condiciones plasmadas en la Constitución y en la ley, desconoce la Carta Fundamental.” (Sentencia T-379 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que la informalidad es una de las características esenciales de la tutela, pues gracias a ella los requisitos exigidos en su presentación son mínimos, en los cuales no existe formalidad alguna e incluso se

puede presentar verbalmente y no es necesario actuar por medio de apoderado. A diferencia de las acciones ordinarias como las demandas laborales, civiles, penales, contencioso administrativas..., en las cuales se exigen determinados requisitos consagrados en los diferentes códigos de procedimiento tales como el C.P. Civil, el C.P. del Trabajo y la Seguridad Social, el C.P. Penal o el Código Contencioso Administrativo.

5.2. EFICACIA

Es un principio en virtud del cual el juez tiene amplios poderes para que la tutela sea el instrumento con el cual se pueda asegurar la protección de los derechos fundamentales. Por esta razón, el juez tiene amplios poderes como órdenes, sanciones por desacato y todas aquellas medidas que conduzcan a asegurar la finalidad de la acción y a que el cumplimiento de sus decisiones se haga efectivo.

En lo que respecta a la tutela, en las diversas áreas del derecho ha sido una herramienta exitosa en la protección de los derechos fundamentales, por tratarse de un procedimiento sencillo y ágil, lo que lo hace preferible frente a una acción ordinaria civil, laboral..., cuyo trámite puede tardar varios años en las dos instancias (Juez Civil, Laboral, Administrativo..., Tribunal Superior del Distrito Judicial en sus diferentes salas o Tribunal Administrativo) sumando, si fuere el caso, la decisión que pueda provenir de las Altas Cortes tales como la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado.

Lo anterior, ha generado que en la práctica la acción de tutela se haya convertido en una herramienta con mayor eficacia que las acciones ordinarias, incluso con la realización del principio de la oralidad el cual ya se aplica en materia penal y laboral, y está en prueba en los juzgados civiles.

Para complementar las reflexiones anteriores revisemos los aportes de las siguientes sentencias:

“En la hipótesis de existir un medio de defensa judicial distinto de la acción de tutela para proteger uno de tales derechos, como pudiera ser aquí el caso del derecho al trabajo, ello no implica necesariamente que la eficacia protectora de tal instrumento se extienda a los demás derechos en virtud de un singular fenómeno de absorción que conduciría a la exclusión de la acción de tutela. Cuando lo cierto es, precisamente, lo contrario. Que una correcta aplicación del principio de la efectividad de los derechos determina que la protección otorgada a ellos sea tan inmediata y efectiva, al menos como la que les ofrece la tutela.

Es claro entonces, que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 de la Carta debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que hoy le reconoce la Carta a la acción de tutela. No basta, pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior a la de la acción de tutela”. (Sentencia T-222 de 1992 M.P. Ciro Angarita Baron).

Revisemos ahora, el aporte del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz:

“En atención a las circunstancias descritas, se concluye que pese a la existencia en abstracto de medios judiciales ordinarios, la acción de tutela se justifica en razón de su eficacia y efectividad para amparar a una menor enfrentada a una situación que exige un remedio dotado de estas características. Sobre este particular ha sostenido la Corte Constitucional: “La apreciación en torno a esa idoneidad del medio de defensa compete al juez, cuya evaluación debe recaer sobre los hechos que le son conocidos de manera directa dentro del proceso correspondiente, bien porque resultan de las pruebas aportadas por el solicitante, ya porque se concluyen o derivan de las que de oficio considere pertinente practicar habida cuenta de las características que ofrece la situación planteada.

Allí reside cabalmente uno de los elementos esenciales que configuran la delicada tarea encomendada por la Carta Política a quienes componen la Rama Judicial del Poder Público, de cuya aptitud y adecuado criterio jurídico se desprende grave responsabilidad en la administración del mecanismo que nos ocupa, bien por conceder la tutela sin que fuere procedente cuando existen otros medios adecuados a la defensa del derecho, ora por negarla con un criterio ajeno a la realidad cuando las circunstancias del caso requerían de su diligente acción para garantizar el imperio de la Carta y la realización de su contenido material encarnado en el derecho concreto que ha sido objeto de vulneración o amenaza.

De lo dicho resulta que el juez de tutela está obligado al conocimiento integral de la Constitución y a la aplicación de su preceptiva en todos aquellos casos librados a su definición, sin dejar de lado su comprensión universal, coherente y armónica del ordenamiento jurídico, a fin de establecer con criterio ponderado si el asunto de que se trata cae dentro de los límites fijados por el artículo 86 de la Carta o escapa a sus disposiciones.

Desde luego, esa ubicación teórico-jurídica sería completamente inútil si la resolución judicial se produce de espaldas a los hechos respecto de los cuales se ha pedido. Como ocurre en todo proceso -con mayor razón en los de esta clase- el juez de tutela tiene la misión de conocer de manera completa los acontecimientos que configuran la situación sobre la cual recaerá su fallo, los factores actuales que en ella influyen, así como los antecedentes que mejor la ilustran, para todo lo cual se hace indispensable su intermediación, su presencia próxima a ese

campo fáctico y, por ende, la práctica de las pruebas indispensables para acceder a la convicción personal que habrá de anteceder a su sentencia”¹. (Sentencia T-378 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

5.3. PREFERENCIAL

El sostener que la acción de tutela tiene un tratamiento preferencial, implica que el Juez deba tramitarla de manera preferente a cualquier otro proceso, salvo que se trate del habeas corpus, de acuerdo con el artículo 86 de la C.P. y el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991. Por lo tanto, los jueces laborales, civiles, penales..., deben aplicar este principio en los asuntos que conozcan sus despachos.

5.4. SUBSIDIARIA O RESIDUAL

Esta característica hace posible el reconocimiento de la viabilidad y preferencia de los recursos ordinarios y su agotamiento antes de acudir a la acción de tutela.

Notemos que al existir las acciones ordinarias y ejecutivas, consagradas en los diferentes ordenamientos procesales, no habría lugar al uso de la acción de tutela pues, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, la tutela es improcedente en el pago de sumas de dinero o para resolver controversias contractuales derivadas de contratos civiles, comerciales, laborales, administrativos... En este sentido, existen varios pronunciamientos que señalan lo siguiente:

“De manera reiterada esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable². Una de las exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, es la subsidiariedad la cual se torna en una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales, por vía excepcional.

¹ Corte Constitucional Sentencia T-593 de 1992, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.

² Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004; SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000, y la T-225 de 1993 en las que se sentaron las primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004 y la sentencia T-827 de 2003.

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Ante la existencia de tales mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional³. De allí que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales deba haber agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto⁴. El fundamento del principio de subsidiariedad de la tutela pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador⁵, y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes⁶ en los procesos judiciales.

Por lo anterior, la tutela no puede ser concebida como un medio para desplazar otros mecanismos jurídicos de protección o para usurpar competencias ordinarias⁷, sino que se debe entender como una acción que puede “fungir como recurso orientado a suplir los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias presenta el orden jurídico en materia de protección de derechos fundamentales”⁸. El juez de tutela, en consecuencia, no entra a reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley⁹, especialmente si los mecanismos no han sido utilizados ni ejercidos por las partes, conforme a las atribuciones y competencias legales¹⁰.

Así, el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial, resulta ser no sólo un requerimiento de diligencia exigible a los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales¹⁰, sino un requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de defensa, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración, la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa, circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en cada caso concreto.

Empero, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela¹¹, porque como se dijo, el medio judicial debe ser idóneo y eficaz para la defensa de los derechos

³ Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002.

⁴ Corte Constitucional. Ver Sentencias T-441 de 2003; T-742 de 2002. y T-606 de 2004.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-622 de 2001.

⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-543 de 1992; T-567 de 1998; T-511 de 2001; SU-622 de 2001 y T-108 de 2003...

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-038 de 1997.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-116 de 2003

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005.

fundamentales¹². En ese orden de ideas, si el juez constitucional constata que el otro medio de defensa no resulta conducente para la protección efectiva de los derechos invocados, al no asegurar, por ejemplo, la eficacia necesaria para su defensa real, el fallador puede válidamente garantizar la protección preeminente y efectiva de los derechos fundamentales, admitiendo la procedencia en estas circunstancias, de la acción de tutela.

El juez constitucional debe observar si las otras acciones legales traen como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados en la situación puesta en su conocimiento, evento en el que, de resultar afirmativa la apreciación, la tutela resultará en principio improcedente. En cambio, si el juez determina que el mecanismo de defensa judicial aparentemente preeminente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados, la tutela puede llegar a ser procedente.

Adicionalmente, si el medio de defensa alternativo resulta ser idóneo y eficaz, o incluso insuficiente, pero se configura ciertamente la existencia de un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales de quien invoca su protección, por lo tanto sea necesaria una actuación inminente del juez constitucional, la tutela deberá proceder como mecanismo transitorio¹³.

Es así como la jurisprudencia¹⁴ ha aceptado que en aquellos eventos en que se establezca que el ordenamiento jurídico tiene previsto un medio ordinario de defensa judicial, es deber del juez constitucional resolver dos cuestiones: i) determinar si el medio judicial alterno presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales; ii) si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.” (Sentencia T-227 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo).

Anotemos entonces que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela es subsidiaria. Es decir, que no es procedente cuando existen o son eficaces otros medios de defensa judicial de carácter ordinario. Lo anterior se ha convertido en un argumento jurídico de defensa para los accionados sosteniendo que la acción de tutela no es el mecanismo para resolver controversias contractuales como es el caso de los contratos civiles, comerciales, laborales ..., y el pago de sumas de dinero tales como perjuicios, precios por concepto de compraventas, arrendamientos, acreencias laborales como salarios, prestaciones sociales, etc.

¹² Corte Constitucional. Sentencias T-626 de 2000; T-585 de 2002; T-315 de 2000; T-972 de 2005 y T-822 de 2002.

¹³ Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia T-972 de 2005 y en la Sentencia T-229 de 2006...

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2005.

Pero esta característica de la subsidiariedad, tiene una excepción. Ella consiste en conceder la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 que señala lo siguiente:

“Tutela como mecanismo transitorio: Aun 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 anterior, el Juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente solo 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 meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de este.

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 los demás precedentes ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En estos casos el Juez, si lo estima procedente, podrá ordenar que no aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.”

Entonces, es claro que hay situaciones en las cuales a pesar de existir otro medio de defensa judicial, la acción de tutela resulta procedente. En este caso, demostrando por el accionante la ocurrencia del perjuicio irremediable o la afectación del mínimo vital.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para el reconocimiento y pago de sumas de dinero aplicando lo consagrado en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 siempre que se presente un perjuicio irremediable, el cual debe ser demostrado por el accionante en la tutela.

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado las características del perjuicio irremediable así:

“El perjuicio debe ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética.

Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución.

El perjuicio debe ser grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente.

La urgencia y la gravedad determinan que la tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna.” (Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Concluamos entonces que la jurisprudencia constitucional acepta la procedencia de la acción de tutela, a pesar de la subsidiariedad, como mecanismo transitorio, siempre y cuando se demuestre un perjuicio irremediable.

5.5. INMEDIATEZ

Por regla general, la acción de tutela puede ser interpuesta en cualquier tiempo de acuerdo a lo señalado por la Constitución y la ley. Sin embargo, el principio de inmediatez es establecido por parte de la jurisprudencia constitucional como requisito de procedibilidad, para evitar que luego de un largo tiempo, de acaecida la vulneración del derecho fundamental, se presente la acción de tutela. Recordemos que ella se concibe como una herramienta cuya finalidad es la protección oportuna e inmediata de los derechos fundamentales de acuerdo a lo señalado por los artículos 86 C.P. y 3 del Decreto 2591 de 1991. Entonces, la jurisprudencia ha señalado que, en cada caso concreto, el juez de tutela decidirá si se ha cumplido o no con este requisito. Si no se cumple con la inmediatez, se desvirtuaría este mecanismo que es la protección inmediata de derechos fundamentales. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“Adicional a lo anterior y de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de la inmediatez constituye otro de los requisitos de procedibilidad de la tutela¹⁵, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Con este requisito se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

¹⁵ Cfr. Sentencia T-575 de 2002.

Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política. En efecto, allí se define que uno de los ingredientes principales de la tutela es *la protección inmediata* de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, 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 establezca la ley. Así pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.

Bajo tales presupuestos, desde sus primeras sentencias la Corte ha reconocido a la inmediatez como característica inherente a este mecanismo de defensa constitucional.

Así en la sentencia SU-961 de 1999, la Corte advirtió que la inexistencia de un término de caducidad no significa que la acción de tutela pueda interponerse en cualquier tiempo. Y agregó: “la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo esta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos. Ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción” (Sentencia T-530 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio).

Y en la Sentencia T-680 de 2010, el Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, argumentó con precisión:

“Antes de asumir la solución del problema jurídico planteado, es necesario efectuar algunas aclaraciones en torno al principio de inmediatez, referente al tiempo dentro del cual debe ejercerse la acción de tutela, para que pueda abordarse la concesión del amparo solicitado. Estas consideraciones resultan relevantes para determinar la procedencia o no de la acción, al punto que de no cumplirse este requisito, resulta superfluo analizar las demás circunstancias de las que dependería la prosperidad del amparo frente al caso concreto.

La acción de tutela fue instituida por la Constitución de 1991, como un mecanismo judicial subsidiario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en ciertas circunstancias, en cuanto no tengan protección eficaz y oportuna en otra jurisdicción.

La Corte tiene establecido que si bien puede ejercerse en cualquier tiempo, ello no significa que el amparo proceda con completa independencia de la demora en la presentación de la petición¹⁶. Concretamente, ha sostenido que la tutela resulta improcedente cuando la demanda se interpone después de transcurrido un lapso irrazonablemente extenso, desde la fecha en que sucedieron los hechos o viene presentándose el hecho vulnerador que la parte accionante estima afecta sus derechos fundamentales.

Dentro del mismo, si entre la ocurrencia de la alegada conculcación de derechos y la presentación de la acción de tutela transcurre un lapso considerable, es entendible que se infiera una menor gravedad de la vulneración invocada, por lo cual no es razonable brindar, ante esos hechos, la protección que caracteriza este medio de amparo, que ya no sería inmediato sino inoportuno.

A esta consideración la Corte Constitucional ha añadido otras no menos importantes, como las relacionadas con la seguridad jurídica, que reclama la pronta resolución definitiva de las situaciones litigiosas y el interés de terceros, cuya situación podría verse injustamente afectada por el otorgamiento tardío de la protección constitucional al peticionario, cuando éste no la reclamó dentro de un término razonable.

Concerniente al hecho que corresponda al juez evaluar dentro de qué tiempo es razonable ejercer la acción de tutela en cada caso concreto, esta corporación ha señalado que corresponde igualmente a aquél valorar las circunstancias por las cuales el solicitante pudiera haberse demorado para interponer la acción, de acuerdo con los hechos de que se trate. Así, de manera excepcional, la tutela ha procedido en algunos casos en los que ella se ha interpuesto tardíamente, cuando el servidor judicial encuentra justificada la demora.

Queda establecido entonces que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corte, la acción de tutela resulta improcedente cuando se interpone de manera extemporánea, esto es, después de haber transcurrido un lapso considerable desde la ocurrencia del hecho vulnerador, que da lugar a la solicitud de protección, siempre que no medien razones que frente a las circunstancias del caso concreto lo justifiquen.”

La importancia de la comprensión del concepto de la inmediatez como presupuesto en la acción de tutela, implica entender las consecuencias de orden jurídico, económico y social de presentar tutelas luego de varios años de afectación de los derechos fundamentales, así como la amenaza al principio de seguridad jurídica. Si por ejemplo, existen fallos que resolvieron controversias y los mismos, después de varios años, son objeto de una acción de tutela, se podría ver afectada

¹⁶ Cfr. Sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991.

la seguridad jurídica la cual tiene consecuencias económicas y sociales, tales como la disminución de la inversión extranjera... Por ello, considero que este punto es fundamental en relación con el debate planteado en la reforma a la justicia.

Tengamos en cuenta que la carencia de la inmediatez es un argumento importante en la defensa de los diversos intereses que se defienden en el trámite de las acciones de tutela.

5.6. CELERIDAD

La acción de tutela es un mecanismo que se resuelve en corto tiempo, pues su decisión se define en un término de diez días, cosa que no sucede en las acciones ordinarias civiles, laborales y penales...

La celeridad tiene como fundamento la naturaleza de la acción de tutela y es con base en ella que se considera su agilidad con el fin de lograr una máxima protección de derechos fundamentales. Por ello es que, generalmente, en su parte resolutive en las acciones de tutela se establecen órdenes cuyo cumplimiento debe darse en un término de 48 horas, haciendo que el accionado ejerza su derecho de defensa en lapsos muy breves y deba allegar la información que le sea requerida.

5.7. SUMARIA

La tutela tiene agilidad en su trámite, decisión y cumplimiento. Es decir, que no es necesario practicar demasiadas pruebas, sino que por la premura del tiempo, tanto su trámite, decisiones y su cumplimiento, no necesitan de mayores pruebas al respecto.

5.8. IMPULSO OFICIOSO

Significa que el Juez es el que impulsa el trámite de la acción, desde su inicio hasta su culminación, máxime si la decisión debe proferirse en un término de corta duración como lo es de 10 días hábiles en primera instancia y 20 días hábiles en la segunda.

5.9. GRATUITA

Esta característica es fundamental en el trámite de la acción de tutela, pues la misma es de gran peso popular y social por lo que no existe erogación de dinero

para presentarla. Ahora bien, si se contrata abogado, se cancelarán los honorarios pactados por la gestión y, eventualmente, se podrían presentar pago de costas, sobretodo en el caso de temeridad.

5.10. IRREPETIBLE

No se pueden presentar dos acciones de tutela por los mismos hechos y derechos sin justificación alguna a la luz del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 y de la jurisprudencia constitucional que señala:

“En esa medida, en lo referente a la acción de tutela el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, hizo referencia a la actuación temeraria, a fin de evitar el abuso de esta acción constitucional, así como el hecho de alcanzar una relación honesta y transparente entre la administración y los administrados. En tal medida la aludida norma señala que se configura la temeridad cuando *“sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”*, por lo cual corresponde al Juez de Tutela rechazarla o decidir desfavorablemente todas las solicitudes.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa en señalar que el juez constitucional al momento de valorar si se encuentra frente a una situación como la descrita debe tener en cuenta tres requisitos determinantes: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto; (iv) ausencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio de la acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia. Surgiendo como consecuencia en caso de que llegue a configurarse la temeridad, el rechazo o la decisión desfavorable de todas las solicitudes de tutela, teniendo el juez la posibilidad de imponer las sanciones a que haya lugar¹⁷.

¹⁷ Sobre los requisitos de tripe identidad y ausencia de argumento válido, este Tribunal Constitucional, en la sentencia de unificación 713 de 2006 sostuvo: “8. Para deducir que una misma demanda de tutela se ha interpuesto varias veces, con infracción de la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable acreditar: // (i) La **identidad de partes**, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición persona de natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. // (ii) La **identidad de causa petendi**, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. // (iii) La **identidad de objeto**, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. // (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción. Esta ha sido la posición reiterada y uniforme de esta Corporación, a partir de la interpretación del tenor literal de la parte inicial del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: *“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”*.”

Entonces, le corresponde al Juez de Tutela, a fin de brindar una protección de los derechos fundamentales, verificar los aludidos presupuestos, siempre partiendo de la disposición constitucional que supone presumir la buena fe en las actuaciones de los particulares, atendiendo a las particularidades del caso.

Así las cosas, estas situaciones obligan a hacer una valoración flexible respecto de la condición temeraria de la tutela, teniendo en cuenta que adoptar una posición estrictamente procedimental, en el sentido de verificar la existencia de unos requisitos sin establecer las particularidades del caso, puede resultar lesivo de cara a alcanzar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales” (Sentencia T- 556 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Con la temeridad se busca evitar el abuso en el ejercicio de la tutela. Es decir, que se presenten varias acciones de tutela por lo mismo sin justificación alguna. Por lo tanto como, lo señala la jurisprudencia constitucional, se trata de sancionar la mala fe del accionante en la presentación de varias acciones de tutela, congestionando con ello la administración de justicia. Por ello al elaborar una acción de tutela se debe incluir un ítem que señale el juramento donde conste que no se ha presentado otra tutela por los mismos hechos y derechos.

5.11. NO SUSPENDIBLE

La acción de tutela no puede suspender el trámite. Es decir, debe fallarse de fondo salvo que se presente una fuerza mayor o vacancia judicial..., pues la esencia de la acción es la protección de los derechos fundamentales y por lo tanto el Juez de tutela está obligado a tramitarla y fallarla de una manera pronta y de fondo.

6. ASPECTOS PROCESALES DE LA TUTELA

En este acápite se estudiarán los aspectos procesales mas significativos de la acción de tutela, tales como el sujeto activo, el sujeto pasivo, la competencia, el cumplimiento de los fallos y el desacato.

6.1. SUJETO ACTIVO

La titularidad de la acción es de cualquier persona que la puede ejercer por si mismo o por quien actúe en su nombre de acuerdo con lo consagrado en los artículos 86 C.P. y el 10 del Decreto 2591 de 1991 que señala lo siguiente:

“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 si misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos 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.”

Es decir, que la tutela puede ser presentada por cualquier persona que sienta que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados. Dentro del concepto de persona, se incluyen a las personas naturales y jurídicas. En este sentido, se debe destacar la posibilidad de presentar acciones de tutela por un grupo de personas, siempre que se vulneren los mismos derechos fundamentales, diferenciando de las acciones populares o de grupo que buscan la protección de los derechos colectivos.

En el caso de las personas naturales, la tutela se puede presentar directamente o por medio de representante. Ejemplo: niños. Sujetos tales como los indígenas, reclusos, jueces..., también son titulares de esta acción.

Aplicando el principio de informalidad se debe anotar que la acción de tutela no necesita ser presentada por abogado titulado sino que es opcional, la persona la puede presentar directamente.

De otro lado, está la *agencia oficiosa* en la cual una persona natural acude ante una autoridad judicial para hacer valer los derechos de quien se encuentra en imposibilidad de hacerlo; se necesita demostrar la indefensión del interesado. Ejemplo: desplazamiento forzado.

En cuanto a las personas jurídicas, la jurisprudencia ha señalado que tanto las públicas y privadas son titulares de la acción de tutela, pues es claro - como lo ha sostenido la Corte Constitucional - que las personas jurídicas son titulares de determinados derechos fundamentales tales como el debido proceso, igualdad, habeas data, buen nombre, petición... (Véanse las Sentencias T-411 de 1992, SU-182 de 1998, SU- 91 de 2000).

Se observa que la acción de tutela es muy amplia en cuanto al sujeto activo, lo que no sucede con las acciones ordinarias tales como las civiles, laborales, contencioso administrativas..., que requieren de una cualificación del titular de la acción.

6.2. *SUJETO PASIVO*

Este tema es de gran significación en lo que respecta a la acción de tutela, pues las entidades públicas -en todos los casos- son sujeto pasivo de las acciones de tutela, independientemente de si pertenecen a cualquier rama del poder público (legislativa, ejecutiva o judicial). En cuanto a las entidades privadas, la acción de tutela procede de acuerdo a los casos señalados en los artículos 86 de la C.P. y 42 del Decreto 2591 de 1991, que son los siguientes:

Si el particular presta un servicio público como el caso de la educación, la salud, los servicios públicos domiciliarios, la banca...

En segundo lugar, si el particular o solicitante se encuentra en un estado de subordinación e indefensión frente al accionado. En este punto, se da cabida a la interposición de la acción de tutela en materia laboral teniendo en cuenta que el componente de la subordinación hace parte de los elementos esenciales del contrato de trabajo de conformidad con lo estipulado en los artículos 22 y 23 del C.S.T. Por lo tanto, los trabajadores tendrán legitimación para interponer la acción mencionada.

En cuanto a la subordinación, ella ha sido definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “la sujeción a la orden, mando o dominio de uno.” (Real Academia Española, 1970) Complementariamente, el Código Sustantivo del trabajo en sus artículos 22 y 23 modificados por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, no define la subordinación; únicamente la establece como un elemento esencial del contrato sosteniendo que el trabajador debe actuar bajo la continua dependencia o subordinación del empleador. Es decir, que la subordinación se manifiesta en la facultad del empleador de dar órdenes al trabajador e imponerle los reglamentos pertinentes.

Al expedirse la Constitución de 1991, en virtud de la cual Colombia es un Estado Social de Derecho, se señala el respeto de los derechos fundamentales. Es decir, que el poder subordinante del empleador se encuentra limitado no solo por las normas laborales sino por los preceptos constitucionales, en especial los derechos fundamentales del trabajador. Si estos son vulnerados por el empleador, el trabajador puede acudir al mecanismo de la acción de tutela como instrumento de protección consagrado en el artículo 86 de la C.P. y en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 (Molina, 2006).

A su vez, sobre la subordinación, la jurisprudencia constitucional señala lo siguiente:

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, si no el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquel.

Los poderes del empleador para exigir la subordinación del trabajador, tienen como límite obligado el respeto por la dignidad del trabajador, por sus derechos fundamentales. Igualmente se encuentran limitados por las normas contenidas en los convenios y tratados internacionales relativos a los derechos humanos en materia laboral, de conformidad con la Constitución, que prevalecen en el orden interno e integran, como lo observó la Corte, el bloque de constitucionalidad¹⁸⁹”.

Entonces, la subordinación además de ser un elemento esencial del contrato de trabajo, es un presupuesto fundamental que legitima a los trabajadores para interponer acciones de tutelas contra particulares. Incluso tratándose de extrabajadores puesto que ellos se encuentran en estado de indefensión, y tanto la subordinación como la indefensión, son elementos sustanciales de acuerdo a lo señalado por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional en múltiples sentencias entre las cuales están las siguientes:

“La Corte Constitucional ha definido el alcance de las expresiones subordinación e indefensión en lo que refiere a la procedencia de la acción relacionada en los numerales 4º y 9º del artículo anteriormente citado. En ello ha señalado una serie de casos en los que a todas luces el juez de tutela está llamado a efectuar un estudio de fondo del caso que le es propuesto. Son aquellos en los que es clara la relación de subordinación del demandante frente al demandado, tales como la del empleado respecto del empleador, del alumno en relación con los órganos directivos de los centros educativos y de los copropietarios y residentes frente a los diversos órganos de dirección y administración de la propiedad horizontal. Subordinación se define como “sujeción a la orden, mando o dominio de alguien” y, en el ámbito que nos ocupa se asimila a la potestad que, derivada de la Ley o de una relación contractual entre las partes del proceso, implica la existencia de una relación jurídica de dependencia.

¹⁸ Corte Constitucional sentencia C-386 del 2000 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell. Esta posición es reiterada en otros fallos como las sentencias C-1110 del 2001 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, C-934 del 2004 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño...

En relación con el estado de indefensión, ha definido esta Corporación que esta situación se presenta, de manera general, cuando el demandante no tiene posibilidades ni de hecho ni de derecho para defenderse de una agresión injusta por parte del demandado.

En conclusión, la acción de tutela procederá contra los particulares cuando se presente alguna de las causales contempladas en el artículo 42 del Decreto-Ley 2591 de 1991. En relación con la procedencia de la tutela contra particulares por encontrarse el solicitante en estado de indefensión, esta Corporación ha asumido un criterio amplio, que observa a la situación concreta del demandante frente al demandado, para establecer si existe o no tal indefensión” (Sentencia T-377 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería). En el mismo sentido, es recomendable estudiar la Sentencia T-84 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha diferenciado *la subordinación y la indefensión*, tal como se refleja en la sentencia T-116 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, sosteniendo que:

“Fundamentalmente, la principal diferencia entre los dos escenarios radica en el origen de la dependencia entre los sujetos. Si el sometimiento se presenta como consecuencia de un título jurídico nos encontraremos frente a un caso de subordinación y contrario sensu si la dominación proviene de una situación de hecho, podremos derivar la existencia de una indefensión.”

“Teniendo en cuenta que la indefensión debe ser evaluada en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias de hecho, la jurisprudencia ha establecido como subregla que el juez constitucional es el encargado de dar contenido a este concepto. A partir de ello esta Corporación ha definido líneas de jurisprudencia en donde se indican a manera de ejemplo los diferentes casos en donde es posible establecer la existencia de una dependencia de facto y, en consecuencia, ha determinado la procedencia de la tutela entre particulares.”

“En conclusión, esta Corte ha establecido que tratándose de una situación de indefensión, ésta se debe valorar conforme a las circunstancias de hecho presentes en el proceso que permitan inferir una desventaja ilegítima que vulnera los derechos fundamentales. De acuerdo a las condiciones propias y personales del peticionario se debe calcular el grado de sumisión y la suficiencia y efectividad que le brindarían otros medios de defensa judicial”.

En materia de *subordinación*, además de lo que se presenta en materia laboral, también se da frente a entidades financieras, conjuntos residenciales, discriminación sobre acceso a sitios públicos...

En relación con la *indefensión* la misma se define cuando la persona ofendida se encuentra desamparada, sin medios físicos o jurídicos de defensa o no puede repeler la vulneración del derecho fundamental. (Sentencia SU-62 de 1999).

En tercer lugar, si la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo sin que se deje de distinguir la acción de tutela de las acciones populares o de grupo. En cuarto lugar, están las tutelas contra medios de comunicación para que se rectifique lo informado.

Por lo tanto: estos casos reflejan las posibilidades de que se presente una acción de tutela frente a particulares. Una vez analizados los sujetos activo y pasivo de la tutela, se procede a estudiar el tema de la competencia.

6.3. COMPETENCIA

La Constitución Política señala que la competencia para conocer una acción de tutela está a cargo de los jueces sin importar la materia que se ventile por medio de ella. Sin embargo, la Carta Magna no se ocupó de consagrar las precisiones referentes a la competencia. Estos parámetros se fijaron por medio del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

El Decreto 2591 de 1991 en su artículo 37 expone:

“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 amenaza que motivaron la presentación de la solicitud.

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar (Constitución Política de Colombia, 2011).

A su vez la Corte Constitucional en la sentencia C-54 de 1993 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, se revisa la constitucionalidad del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y se señaló:

“La facultad otorgada por la Constitución para determinar la competencia en materia de tutela es a través un decreto con fuerza de ley como lo es el 2591 de 1991; cosa distinta es lo que ocurrió después con la expedición del Decreto 1382 de 2000”.

En esta primera etapa, es claro que a la luz de las normas señaladas cualquier juez de la República podía conocer de las acciones de tutela sin tener en cuenta su especialidad con la limitante de que se debía tener en cuenta el lugar donde ocurriere la violación y la amenaza que motivan la presentación de la solicitud. Es

decir, lo que se conoce como factor territorial de competencia, que explicaremos más adelante, y que la competencia es a prevención, donde todos los jueces son competentes. De suerte que el que primero conozca la acción, excluye a todos los demás de acuerdo a las disposiciones citadas.

A su vez, autores tales como el profesor Germán Valdés Sánchez señala que los derechos fundamentales no pueden corresponder a una especialidad sino que están por encima de ella. Sin embargo, la mayoría de los derechos son encuadrables en un contexto jurídico específico lo que permitiría que, en cada caso, se pudiera acudir al Juez que por su formación y especialidad pueda tener un mejor conocimiento de los elementos con los cuales debe adoptar la decisión correspondiente. Por ejemplo, las materias que son propias del campo laboral, deberían ser conocidas por un funcionario de esta área, puesto que tiene los elementos necesarios para decidir (Valdés, 1992).

Por lo anterior, considero que es viable establecer una jurisdicción constitucional a través de una reforma Constitucional o por una ley que regule este tema, determinando las competencias a los diferentes jueces y no como se hizo con el Decreto 1382 de 2000 que es de naturaleza reglamentaria. Tal jurisdicción especial constitucional, hace que sean jueces especializados los que conozcan de las acciones públicas, como es el caso de la tutela en aras de proteger los derechos fundamentales, teniendo como órgano de cierre la Corte Constitucional. Además, se deben crear criterios para la selección de las tutelas en la Corte, evitando que al utilizar la facultad discrecional se incurra en arbitrariedades e injusticias.

La propuesta de crear una jurisdicción especial para el trámite de las acciones de tutela, conduciría a la especialización de las definiciones de carácter constitucional y evitar la dispersión y contradicción en las decisiones sobre las acciones.

Lo anterior evitaría, por ejemplo, que jueces que no conozcan las normas laborales profieran fallos en materia laboral al conocer de las tutelas, pues en varias ocasiones es claro el desconocimiento de los jueces penales o civiles en materia laboral, o jueces laborales conociendo temas civiles o comerciales, produciendo una gran confusión en los diversos operadores jurídicos.

Entonces, se propone crear una jurisdicción especial en materia de tutela o que la competencia se determine de acuerdo a la especialidad y a los derechos fundamentales alegados. Ello se podría hacer a través de una reforma constitucional sobre el artículo 86 de la Constitución y no por vía de decreto como el 1382 de 2000 que a pesar que el Consejo de Estado no lo anuló, en sentencia del 18 de Julio de 2002 M.P. Camilo Arciniegas Andrade, en mi concepto es inconstitucional de acuerdo a lo expresado por la Corte Constitucional (Auto N° 71 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Además, en la práctica, no solucionó las dificultades mencionadas anteriormente.

Notemos entonces que, con la creación de una jurisdicción especializada constitucional, se evitaría la congestión de los despachos judiciales.

La doctrina, a este respecto, señala que el “Gobierno Nacional quiso racionalizar y desconcentrar el conocimiento de las acciones de tutela, con el fin de lograr un reparto geográfico equitativo de este mecanismo, ante la congestión en las Altas Cortes y expide el Decreto 1382 de 2000. En teoría, al Decreto se le pueden hacer cuestionamientos, tanto jurídicos como de conveniencia. Desde el punto de vista jurídico, no parecería ser muy constitucional el hecho que el Presidente de la República pudiese intervenir la competencia de la rama judicial, así se le llame reparto. Esa materia es del resorte del legislador por medio de una ley estatutaria. La inconveniencia radica en el hecho de que no se logró descongestionar significativamente la carga de trabajo de las altas cortes (Correa, 2009).

Desearía enfatizar que el Decreto 1382, a mi juicio, es inconstitucional pues vulnera los artículos 31, 86 y 152 de la C.P. y por ello varios jueces y Tribunales, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 4 C.P, comenzaron a inaplicar el Decreto 1382 de 2000. Es así como la Corte Constitucional, en múltiples autos tales como los números 85, 87, 89, 94, 118, 119 y 120 del 2000, lo inaplica por inconstitucional y utiliza directamente la Constitución.

En ejercicio de su labor, la Corte emite una providencia muy importante sobre este tema, que es el auto 71 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, que le otorga efectos inter pares. Significa que si la Corte en la parte resolutive de sus providencias decide inaplicar una norma y aplica la Constitución, la resolución adoptada tiene efectos sobre todos los casos semejantes. Por lo tanto, en este caso se ordena a todos los jueces de la República inaplicar el Decreto 1382 de 2000, hasta que el Consejo de Estado resolviera las demandas presentadas contra dicha norma.

Las razones esgrimidas en esta providencia son claras; las comparto plenamente, pues vulnera el artículo 86 de la C.P. ya que limita la competencia a determinados funcionarios judiciales cuando la Constitución dice que se podría presentar la tutela ante cualquier juez. De otro lado, vulnera la reserva de ley estatutaria de acuerdo con el literal a) del artículo 152 de la C.P., cuya competencia es del Congreso de la República para reglamentar este tema. Y finalmente, modifica aspectos consagrados en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 excediendo la potestad reglamentaria, pues el Decreto 1382 de 2000 es un Decreto Reglamentario mientras que el 2591 de 1991 es un Decreto con fuerza de ley. Por lo tanto, el primero tiene una jerarquía inferior al segundo, ya que este último es un reglamento cuyos postulados no podían exceder lo consagrado en el Decreto - Ley. Además, el Decreto 1382 fija unas reglas de competencia que deben ser objeto de regulación de leyes o normas con fuerza de ley. Recordemos finalmente, que la Corte es el máximo intérprete de la Constitución y máxime en materia de derechos fundamentales y de acción de tutela.

6.4. OTROS ASPECTOS PROCESALES

A continuación, me ocuparé de exponer otros aspectos procesales relacionados con la acción de tutela.

6.4.1. Medidas preventivas

El juez de tutela podrá adoptar medidas previas de todo orden para la protección del derecho; se exige conexión entre la medida adoptada y la protección cautelar. Cada juez, en el caso concreto, suspenderá la aplicación del acto que amenace o vulnere el derecho de oficio o a petición de parte. Se busca que la amenaza no se convierta en violación del derecho fundamental y si esta se produce, no sea más gravosa. El juez busca no hacer ilusorio el efecto del fallo a favor del demandante. (Auto 55 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Lo anterior, en aplicación del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991. En este sentido, la Corte, en el auto 133 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, señala:

“Al resolver las solicitudes de medidas provisionales formuladas con anterioridad al caso presente, la Corte Constitucional ha precisado que procede adoptarlas en estas hipótesis: (i) cuando resultan necesarias para evitar que la amenaza contra el derecho fundamental se convierta en una violación o; (ii) cuando habiéndose constatado la existencia de una violación, estas sean necesarias para precaver que la violación se torne más gravosa¹⁹

En principio, las medidas provisionales se dirigen a la protección del derecho del accionante, mediante la suspensión del acto específico de autoridad pública, administrativa o judicial - o particular, en determinados casos -, que amenace o vulnere su derecho (inciso 1º del artículo transcrito). Sin embargo, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, se encuentra habilitado el juez para dictar “*cualquier medida de conservación o seguridad*” dirigida, tanto a la protección del derecho como a “*evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados...*” (inciso final del artículo transcrito). También las medidas proceden, de oficio, en todo caso, “... *para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante*”, estando el juez facultado para “*ordenar lo que considere procedente*” con arreglo a este fin (inciso 2º del artículo transcrito).

La medida solicitada se subsume en el supuesto previsto del inciso 4º del artículo 7º del Decreto 2591 de 1991, al dirigirse a precaver posibles “*daños*” relacionados con los hechos que originaron la tutela, como lo podría ser el patrimonio de una de las partes del proceso de tutela en cuestión. Igualmente, puede aludirse al inciso 2º del artículo citado

¹⁹ Al respecto, ver entre otros, los Autos A-040A de 2001 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), A-049 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz), A-041A de 1995 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y A-031 de 1995 (MP: Carlos Gaviria Díaz).

para invocar la medida provisional, a fin de evitar que un eventual fallo a favor del solicitante de la cautela devenga en ilusorio. Y la Corte considera que se encuentran fundados los argumentos expuestos por el peticionario y el coadyuvante, pues la situación jurídica de liquidación que afecta a algunas de las sociedades que integran la parte demandada, hace procedente la adopción de medidas provisionales de protección.”

6.4.2. Presunción de veracidad

De acuerdo con los artículos 19 y 20 del decreto 2591 de 1991, la parte accionada cuenta con un término de 3 días para informar lo que le conste de los hechos para ejercer su defensa aunque en la práctica los jueces otorgan 24 o 48 horas para contestar las acciones de tutela. Esta situación, a mi juicio, vulnera el debido proceso y la igualdad de las partes, pues mientras los accionantes tienen todo el tiempo para presentar las acciones de tutela, los accionados tienen poco tiempo para ejercer su derecho de defensa lo cual produce un desequilibrio entre las partes. En este aspecto la jurisprudencia señala lo siguiente:

“El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, dispone que las entidades accionadas tienen la obligación de rendir los informes que les sean solicitados en desarrollo del proceso de tutela dentro del plazo otorgado por el juez, por lo que si dicho informe no es rendido dentro del término judicial conferido, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano la solicitud de amparo, salvo que el funcionario judicial crea conveniente otra averiguación previa. En este último evento, se decretarán y practicarán las pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión de fondo, pues como se ha señalado en otras oportunidades²⁰.

La presunción de veracidad fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere informaciones²¹ y estas autoridades no las rinden dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades referidas.

En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que “La presunción de veracidad consagrada en esta norma [Art. 20 Dec-ley 2591/91] encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales, y en la obligatoriedad de las providencias judiciales, que no se pueden desatender sin consecuencias, bien que se dirijan a particulares, ya que deban cumplirlas servidores o entidades públicas”²².

²⁰ Cfr. sentencias T-392 de 1994; T-644 de 2003; T-1213 de 2005; T-848 de 2006.

²¹ Artículo 19 Decreto 2591 de 1991

²² Cfr. Sentencia T-391 de 1997.

Adicionalmente, la Corte ha establecido que la consagración de esa presunción obedece al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela y se orientan a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales y el cumplimiento de los deberes que la Carta Política ha impuesto a las autoridades estatales (artículos 2º, 6º, 121, 123 inciso 2º de la Constitución Política)²³. (Sentencia T-661 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

6.4.3. Indemnización y costas

En el artículo 25 del decreto 2591 de 1991, se ordena la indemnización por el daño emergente, ya que a pesar de que la tutela no fue creada para el pago de indemnizaciones, excepcionalmente, se condena a su pago siempre que se cumplan los siguientes requisitos. En primer lugar, que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para cobrar los perjuicios. En segundo lugar, que la violación del derecho sea manifiesta; y en tercer lugar, que sea arbitraria y que sea necesaria para asegurar el goce del derecho.

El juez debe establecer con precisión en que consistió el perjuicio: la razón para su resarcimiento; el goce efectivo del derecho fundamental; el acto que dio lugar al perjuicio, y el nexo causal entre la acción del agente y el daño consumado. Se condena al daño emergente que es el perjuicio o pérdida.

La Corte ha sostenido:

“Por último, respecto de la solicitud hecha por representantes de los peticionarios, encaminada al reconocimiento de la indemnización de perjuicios y costas dentro del proceso. En efecto, en su sentencia T-151 de 2002, esta Corte dijo: “Ciertamente es que el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 señala que cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, en el fallo que conceda la tutela el juez de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso.

No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que para que el juez pueda ordenar la indemnización del daño, deben concurrir varias condiciones: que se conceda la tutela; que no se disponga de otro medio judicial para obtener el resarcimiento del perjuicio; que la violación del derecho haya sido manifiesta y sea consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria; que la indemnización sea necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho; que se le haya garantizado el debido proceso a quien resulte condenado y, en particular, que haya tenido la posibilidad de controvertir las pruebas.”²⁴ (Sentencia T-588 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería).

²³ Sentencia T-633 de 2003.

²⁴ Al respecto, ver también Sentencias T- 1121 de 2003 y SU- 256 de 1996

6.4.4. *Cumplimiento del fallo de tutela e incidente de desacato*

El fallo de tutela debe cumplirse donde se requiera al superior del responsable para que se cumpla con él, abriéndole un proceso disciplinario al renuente. El juez debe adoptar todas las medidas para el cumplimiento de su definición que, generalmente, es de primera instancia y excepcionalmente de revisión. El juez debe velar para que el cumplimiento sea completo, donde se ejercen las competencias y facultades para hacer respetar las órdenes. La Corte Constitucional no tiene competencia para hacer cumplir las órdenes pero la jurisprudencia constitucional ha permitido -en algunos casos- que Ella cumpla esa función.

Es importante distinguir el cumplimiento del fallo de tutela, al incidente de desacato. El primero, tiene una responsabilidad objetiva y el segundo, subjetiva; el cumplimiento del primero, es obligatorio; y el del segundo incidental – disciplinario; el cumplimiento es de oficio impulsado por el interesado, y el desacato es solo por petición de parte.

El desacato no puede modificar el contenido de la orden proferida o redefinir el alcance de la protección concedida. El juez debe circunscribirse a las órdenes; no puede reabrir el debate de fondo. El desacato es sancionatorio y se tramita como un incidente; la sanción podrá ser objeto de consulta.

El desacato es una sanción para cumplir los fallos de tutela. El juez que tramita el incidente debe verificar a quien estaba asignado el cumplimiento, el término de ejecutar la orden, las razones del incumplimiento, y si existe o no responsabilidad subjetiva. El trámite de desacato se adelanta de acuerdo al debido proceso, con la práctica de pruebas...; si se vulnera esto, resultará procedente la acción de tutela por ser el debido proceso un derecho fundamental.

En el orden legal las normas correspondientes son los artículos 27 y 52 del decreto 2591 de 1991. A nivel jurisprudencial podemos revisar las siguientes sentencias:

“En tanto mecanismo para la protección urgente de derechos fundamentales, la acción de tutela cuenta con instrumentos dirigidos a garantizar su cumplimiento e imponer sanciones de índole disciplinario cuando se comprueba la responsabilidad subjetiva en la omisión de satisfacer la orden judicial de protección de los derechos invocados. La jurisprudencia constitucional, fundada en los preceptos legales contenidos en el Decreto Ley 2591 de 1991, distingue entonces entre la actividad judicial tendiente a obtener el cumplimiento del fallo de tutela y el incidente de desacato.

El cumplimiento de la sentencia de tutela se deriva de lo previsto en el artículo 27 del Decreto 2591/91, que establece un procedimiento detallado para garantizar que, una vez proferido el fallo que ampara derechos fundamentales, resulte efectivamente cumplido. En primer término prevé que una vez emitido el fallo, debe cumplirse sin demora por parte de la autoridad responsable del agravio. Si ello no sucede, el juez se dirigirá al superior de dicha autoridad “para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinaria contra aquél”.

En caso que persista el incumplimiento en las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez de tutela “ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiera procedido conforma a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.”

Estas acciones operan, en los términos de la misma normatividad, sin perjuicio que (i) el juez de tutela pueda sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan la sentencia; (ii) se declare la responsabilidad del funcionario incumplido; (iii) el juez de tutela establezca los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantenga su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza; y (iv) se proceda contra la autoridad pública, si las acciones y omisiones en que incurrió generaren responsabilidad (Art. 28, Decreto 2591/91).

Como se observa, el procedimiento para el cumplimiento del fallo busca otorgar poderes ampliados al juez de tutela, dirigidos a garantizar el cumplimiento material y objetivo de la orden de protección de los derechos invocados. Este trámite es distinto al incidente de desacato, instituto regulado por el artículo 52 del Decreto 2591/91, norma que dispone que “la persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a las que hubiere lugar. || La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.” (Sentencia T-123 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

El incidente de desacato, de acuerdo con su formulación jurídica, es un procedimiento que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio y, en consecuencia, adquiere determinadas características definitorias, como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional sobre la materia²⁵:

²⁵ Para este análisis se reiteran las reglas sintetizadas en los fallos T-459/03 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y, en especial, T-171/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

La imposición de la sanción debe estar precedida de un trámite incidental, que garantice la eficacia del derecho al debido proceso de la autoridad contra quien se ejerce. Por ende, el juez que conozca del desacato deberá adelantar un procedimiento en el que se: (i) comunique al incumplido sobre la iniciación del incidente de desacato, con el fin de darle la oportunidad para que informe la razón por la cual no ha dado cumplimiento a la orden y presente sus argumentos de defensa. En dicho informe, el responsable podrá alegar dificultad grave para cumplir la orden, pero solo en el evento en que esta sea de imposible cumplimiento, lo cual debe demostrar por cualquier medio probatorio; (ii) practiquen las pruebas que se le soliciten al juez de conocimiento, al igual que aquellas que considere conducentes y pertinentes para adoptar la decisión; (iii) notifique la providencia que resuelva, son indispensables para adoptar la decisión; y, en caso de que haya lugar a ello, (iv) remita el expediente en consulta ante el superior.

Si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela, por parte de la autoridad responsable, la Corte ha reconocido que dicho trámite también puede incidir en la satisfacción de lo ordenado y, por ende, en la protección de los derechos fundamentales de quien invocó el derecho. Así, se ha considerado por esta Corporación que

“... el principal propósito de este trámite se centra en conseguir que el obligado obedezca la orden impuesta en la providencia originada a partir de la resolución de un recurso de amparo constitucional. Por tal motivo, debe precisarse que la finalidad del mencionado incidente no es la imposición de una sanción en sí misma, sino que debe considerarse como una de las formas de buscar el cumplimiento de la respectiva sentencia²⁶.”

Puesto que se trata de un procedimiento disciplinario, el incidente de desacato está cobijado por las garantías que el derecho sancionador prodiga al disciplinado. Entre ellas, la necesidad que se demuestre la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Por ende, para declarar el desacato de la autoridad responsable, no basta con que se compruebe la omisión, sino que esta debe ser atribuible al sancionado. Sobre el particular, la jurisprudencia ha insistido en que

“... el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción

²⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-171/09.

adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos.(...) En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo²⁷”.

La exigencia de responsabilidad subjetiva para la declaratoria del desacato significa, del mismo modo, que el juez de tutela deberá abstenerse de imponer la sanción cuando se demuestre que la obligación derivada de la orden de tutela no ha sido determinada o que a la autoridad responsable no se le ha dado la oportunidad de cumplirla, a pesar de actuar de buena fe.

Es con base en estas consideraciones que la jurisprudencia constitucional ha fijado las diferencias existentes entre el incidente de desacato y el cumplimiento de la sentencia de tutela. Para la Corte, estos dos procedimientos se diferencian en que (i) el cumplimiento es obligatorio, hace parte de la garantía constitucional; el desacato es incidental, se trata de un instrumento disciplinario de creación legal; (ii) la responsabilidad exigida para el cumplimiento es objetiva, la exigida para el desacato es subjetiva; (iii) la competencia y las circunstancias para el cumplimiento de la sentencia se basan en los artículos 27 y 23 del Decreto 2591 de 1991. La base legal del desacato está en los artículos 52 y 27 ejusdem. Es decir que en cuanto al respaldo normativo, existen puntos de conjunción y de diferencia; y (iv) el desacato es a petición de parte interesada; el cumplimiento es de oficio, aunque puede ser impulsado por el interesado o por el Ministerio Público²⁸”.

Entonces, de acuerdo con la jurisprudencia existe una gran diferencia entre el cumplimiento de los fallos de tutela y los incidentes de desacato.

De otro lado, a mi juicio, el hecho que los fallos de tutela se deban cumplir independientemente del resultado de la impugnación, trae consecuencias desfavorables como se observa por ejemplo en materia laboral que en numerosas ocasiones se obliga a reintegrar a una persona, protegiendo el principio de estabilidad reforzada y al pago de acreencias laborales en primera instancia, y en segunda instancia el fallo es favorable a la empresa. Entonces, pregunto: ¿qué sucede con lo pagado al trabajador? ¿Se podrá recuperar ese dinero?

Considero que es muy difícil recuperarlo por lo que el no esperar al fallo de segunda instancia, trae consecuencias desfavorables que, a mi juicio, van en contra de lo que es el postulado de la justicia.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-458/03 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Desafortunadamente los artículos 27 y 52 del decreto 2591 de 1991, adolecen de fallas como la enunciada. A ese respecto, las citadas normas señalan: Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 así:

“Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere cumplido con el procedimiento conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El Juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente reestablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

A su vez los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991, prescriben:

Artículo 52: “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”

Artículo 53: “El que incumpla el fallo de tutela o el Juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual hubiera sido parte.”

El fallo de tutela debe cumplirse inmediatamente dentro del término señalado por el Juez de tutela que generalmente es dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, independiente si el mismo se ha impugnado o no.

Estas situaciones se presentan por lo expresado en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, en relación al cumplimiento inmediato de la tutela, independientemente del resultado de la impugnación. Además, por lo señalado en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, en relación con la posibilidad de iniciación por parte del trabajador de un incidente de desacato, contra el empleador por incumplimiento del fallo de tutela, que puede tener como consecuencia que el Juez que conozca del desacato sancione al empleador con arresto y multa que, en el caso de las empresas, recaerían en cabeza del representante legal.

Adicionalmente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato y el juez deberá tomar las medidas necesarias para que se hagan efectivos y tramitar el incidente de desacato, si lo solicita el accionante (Corte Constitucional pronunciamientos tales como T- 458 de 2003, T- 744 de 2003, Auto 178 de 2005, T- 465 de 2005, T-1113 de 2005, y Autos 45 y 57 de 2007).

Entonces, al analizar las disposiciones legales y la jurisprudencia, se concluye que lo aconsejable es cumplir los fallos de tutela de manera inmediata, independiente del resultado en la segunda instancia o de la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, para evitar incurrir en sanciones por desacato o delitos sancionados por la ley penal.

Ahora, si se espera al fallo de segunda instancia, para cumplir la orden de tutela, es una posición muy riesgosa para el empleador pues, en primer lugar, el fallo puede confirmar o no la sentencia de tutela; y en segundo lugar, se podría producir la sanción por desacato ante el incumplimiento del fallo, en el término concedido por el Juez de tutela.

6.4.5. Temeridad

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 señala:

“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.

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

Este tema es de relevancia por cuanto se sanciona a quienes utilizan la tutela de manera abusiva, evitando que se presenten varias acciones por los mismos hechos, derechos..., ante varios jueces, por lo que al momento de presentarlas se exige que se ostenten bajo juramento. Además, se señala qué sucede si esta conducta es ejercida por los abogados independiente de las sanciones disciplinarias a que haya lugar (ley 1123 de 2007- Estatuto del abogado).

Considero acertado que el Decreto 2591 de 1991 haya consagrado la temeridad, para evitar el exceso y abuso en el ejercicio de este mecanismo constitucional. Al respecto la jurisprudencia señala lo siguiente:

“Con el propósito de determinar los eventos en que la acción de tutela se torna temeraria, esta corporación en sentencia T-868 de 2007²⁹ resumió los presupuestos de su configuración, así: “(i) identidad de partes, (ii) identidad de hechos, (iii) identidad de derechos invocados y (iv) que la tutela haya sido interpuesta nuevamente sin causa justificada.”

En similares términos, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad fáctica y de derechos invocados en relación con otra acción de tutela; (ii) identidad de demandante, en cuanto la otra acción de tutela se presenta por parte de la misma persona o su representante; (iii) identidad del sujeto accionado, (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción³⁰.

Así, la temeridad es una utilización impropia de la acción de tutela; en sentencia T-1215 de diciembre 11 de 2003, M . P. Clara Inés Vargas Hernández, esta corporación señaló en relación con dicha figura:

“La jurisprudencia constitucional ha estimado que la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio de buena fe, asumiendo una actitud indebida para satisfacer un interés individual a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin tener razón se instaura nuevamente una acción de tutela.

Teniendo en cuenta que la buena fe se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades públicas, la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso”. (Sentencia T-151 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

²⁹ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Cfr. T-1204/08, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁰ Cfr. T-883 de agosto 9 de 2001, M . P. Eduardo Montealegre Lynett, entre muchas otras.

Como se observa, la jurisprudencia ha procedido a señalar algunas condiciones para que prospere la temeridad en la interposición de varias acciones de tutela, para evitar que se abuse de este mecanismo constitucional, afectando el derecho a la administración de justicia.

En este acápite se han destacado algunos de los aspectos procesales de la acción de tutela, sin desconocer que existen otros como el caso de la notificación de las providencias, la impugnación y la selección eventual de tutelas para revisión en la Corte Constitucional...

7. CONCLUSIONES

Para culminar el presente artículo, me permito exponer a continuación un conjunto de reflexiones conclusivas que, siguiendo el hilo conductor de la investigación, facilitan observar los grandes logros alcanzados con la acción de tutela; algunas de las dificultades presentadas en su aplicación; y propuestas específicas para solucionarlas.

7.1. Siguiendo al profesor Esguerra Portocarrero en su artículo “La tutela en la Constitución de 1991” (El Tiempo, 20 de Junio de 2011) se señala que la “tutela es una muy afortunada síntesis de lo mejor de esa Constitución, de los principios y valores cardinales que ella realizó; de su visión mas profunda, pero a la vez mas descomplicada de la sociedad, el individuo y el Estado, de su rotunda toma de partido por la persona humana y por su dignidad, de su compromiso con la causa de la “verdad verdad”, de los derechos de la gente, de su preocupación por el control efectivo de los excesos, de las arbitrariedades, de las inercias y de las indolencias de poder, de su opción por lo real sobre lo formal, por la protección al mas débil, en una palabra sería la ética de la Constitución de 1991 (Esguerra, 2011),”

Desearía enfatizar que la acción de tutela trae estos beneficios: la preferencia por la persona humana y sus derechos fundamentales; un acercamiento a la administración de justicia; la búsqueda de protección de los mas débiles como el caso de los niños, mujeres, desplazados, indígenas... Todas estas virtudes son producto de esta acción constitucional que, a mi juicio, es la institución mas importante de la Constitución de 1991.

7.2. La acción de tutela procede frente a autoridades públicas y entidades privadas, en determinados casos, entre los cuales se encuentra el estado de subordinación e indefensión del accionante en relación con el accionado o si el particular presta un servicio público o si la conducta de este afecta gravemente el interés colectivo de conformidad con los artículos 86 C.P. y 42 del decreto 2591 de 1991. Lo anterior, nos indica que la tutela procede contra cualquier autoridad

pública que vulnere derechos fundamentales y contra ciertos particulares como medios de comunicación, empleadores, conjuntos residenciales, bancos, empresas de servicios públicos domiciliarios, etc.

7.3. Dentro de las características de la tutela se destacan la sencillez e informalidad; que puede ser presentada por cualquier persona para la protección de los derechos fundamentales, en cualquier tiempo y ante cualquier juez. Su trámite es preferente y sumario; es eficaz, eficiente y rápido; y su decisión es de inmediato cumplimiento. Es decir, que la tutela ha permitido que las personas busquen en un juez la protección de los derechos fundamentales sin esperar trámites procesales muchas veces engorrosos que hacen ilusoria la efectividad de los derechos fundamentales.

A mi juicio, la visión del derecho en Colombia ha cambiado radicalmente con esta institución, ya que la misma ha permitido que las diferentes ramas del derecho se hayan constitucionalizado como es el caso del derecho penal o el derecho laboral (derecho al trabajo, asociación sindical, igualdad, estabilidad reforzada...) y la seguridad social, a través de la fundamentalización de los derechos sociales, económicos y culturales por conexidad con derechos fundamentales o autónomamente, como el caso del derecho a la salud.

Ahora bien, a pesar que la Constitución previó unos límites a su uso, como el caso de la subsidiariedad, residualidad e inmediatez, es decir que no procede al existir otros medios de defensa judicial, salvo el caso del perjuicio irremediable o que la tutela se debe presentar en unos plazos razonable u oportunos, los jueces se han excedido en conceder la tutela -en múltiples casos- cuando existen otros medios de defensa judicial sin que el actor demuestre, en ningún caso, el perjuicio irremediable si no que se limita a hacer apreciaciones subjetivas sin prueba alguna.

Como lo reconoce el doctor Esguerra Portocarrero, “ha habido errores, ha habido excesos, pero el balance de los 20 años de la tutela es muy favorable para hacer realidad el estado social de derecho”. Se han presentado errores que desafortunadamente han desbordado el sentido y alcance de la tutela, como el caso que los fallos deben ser cumplidos inmediatamente sin esperar el resultado de la segunda instancia.

Otro problema es la notificación, al hacerla por cualquier medio. Este procedimiento puede vulnerar el debido proceso del accionado. Complementariamente, está la dificultad de tiempo para contestar las tutelas. El decreto 2591 de 1991, habla de tres días, pero muchos jueces otorgan 12, 24, 48 horas para allegar la información, lo cual constituye un desequilibrio entre accionante y accionado, pues si bien se busca que la tutela sea rápida, eficaz, sumaria..., el trámite de la misma no puede vulnerar derechos fundamentales del accionado.

En síntesis: considero que es necesaria una reforma a la tutela, sobretodo en su reglamentación, pues existen vacíos legales que han permitido que los jueces, al aplicar esta acción incurran en excesos, generando un desequilibrio en contra de la parte accionada.

7.4. En cuanto a la competencia, el hecho de que la tutela pueda presentarse ante cualquier juez, sin que se tenga en cuenta la especialidad del mismo, ha permitido que en muchas ocasiones jueces penales, civiles... conozcan y fallen tutelas sin tener el conocimiento necesario de los temas laborales, lo que ha facilitado la presentación de múltiples acciones de tutela por parte de los trabajadores. Nótese que al no tener la especialidad y conocimiento de los temas, al fallar las tutelas, hace que en muchas ocasiones se cometan arbitrariedades y excesos.

El tema de la competencia en materia de tutela ha sido muy discutido por la doctrina y la jurisprudencia, llegándose a presentar posiciones encontradas entorno a este, pues desde el artículo 86 C.P., que decía que la tutela se presentaba ante cualquier juez; luego, el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 que desarrolló un poco el tema, y principalmente el decreto 1382 de 2000 que consagró reglas de competencia. Ello originó debate y discusión, pues se aprecia cómo, desde su expedición, este decreto fue inaplicado por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos, incluso expidiendo el auto 71 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) donde se señaló los efectos inter pares en virtud de los cuales este decreto se inaplicaba en casos semejantes, hasta que el Consejo de Estado determinó su constitucionalidad y legalidad, a través de la sentencia proferida el 18 de Julio de 2002 (M.P. Camilo Arciniegas Andrade).

A pesar del fallo proferido por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, sobre el Decreto 1382 de 2000, este ha sido posteriormente inaplicado de acuerdo a providencias del Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en especial cuando se abstienen de tramitar tutelas presentadas contra sus fallos, como es el caso de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Deseo reiterar mi posición, expuesta en el libro Reflexiones Constitucionales II, en el sentido que el Decreto 1382 de 2000 es abiertamente inconstitucional por la violación manifiesta de los artículos 31, 86, 152 de la C.P, así como el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. Lo correcto, a mi juicio, es reformar la C.P. o expedir una ley estatutaria que desarrolle este tema. Recordemos que, este decreto estableció unas reglas de competencia y no simplemente de reparto; discrepo con la Corte Constitucional, que ha señalado reiteradamente que este decreto definió unas reglas de reparto.

Por su importancia, la jurisdicción y competencia, en un Estado de derecho donde existe una rama judicial independiente, autónoma e imparcial, las reglas deben ser determinadas por la Constitución y la ley, y no a través de una norma reglamentaria como lo es el Decreto 1382 de 2000. Adicionalmente, de acuerdo a la doctrina, la mencionada norma no consagra simples reglas de reparto sino que consagra normas que determinan la competencia en materia de tutela.

Así como en los Códigos de Procedimiento civil, penal, laboral... existe un capítulo referente a la competencia que está determinada por la Constitución o por la ley como en tales códigos, así debería ser en materia de tutela y no como se efectuó a través de una norma reglamentaria.

Además, se debe expedir una reglamentación legal de la competencia en materia de tutela, para evitar que las Altas Cortes se abstengan de tramitar tutelas, con las consecuencias de seguir con el llamado choque de trenes, el cual es inconveniente para el país.

7.5. La falta de reglamentación clara de la acción de tutela, ha tenido como consecuencia el denominado choque de trenes entre las Altas Cortes, generando un problema de inseguridad jurídica que afecta la economía y la inversión extranjera. Anotemos que, si un juicio ordinario, luego de 5 o más años, es favorable a una compañía ¿Cómo se explica que en diez días se pueda dejar sin efecto un fallo de casación con el cual finaliza un juicio ordinario civil, laboral, o penal o una sentencia del Consejo de Estado?

En ese sentido, ha sido la jurisprudencia la que ha señalado los requisitos para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, a partir de la vía de hecho y la teoría de los defectos – sustantivo, orgánico, fáctico y procedimental hasta la actualidad con las causales genéricas de procedibilidad que son los cuatro defectos señalados, mas el error inducido, violación de la Constitución, decisión judicial sin motivación y desconocimiento del precedente.

Entonces, no es la Constitución, ni la ley la que reglamentan el tema, sino que es la jurisprudencia constitucional, en sus sentencias, lo cual genera inseguridad jurídica.³¹

7.6. En cuanto al cumplimiento inmediato de los fallos de tutela, sin tener en cuenta la decisión del juez de segunda instancia, es posible visualizar la problemática que se presenta en aquellos casos en los que el juez de tutela, dentro del término establecido, ordena en primera instancia el reintegro o el pago de

³¹ Para una ampliación al tema véase el texto del profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez en su libro “Vías de hecho-acción de tutela contra providencias judiciales”.

sumas de dinero como las acreencias laborales y luego se presenta una impugnación cuyo resultado es una revocación de lo ordenado por el A Quo. Esta situación genera una inseguridad para el que perdió en primera instancia, como lo es el empleador, haciendo que deba cumplir una serie de órdenes que, en la práctica, resultan contradictorias. Es por ello que cabe plantear la posibilidad de adecuar las órdenes de acuerdo a las posibilidades jurídicas. Por ejemplo, sujetar el reintegro del trabajador o el pago de sumas de dinero, al agotamiento de la impugnación aplicable al fallo de tutela o al vencimiento del término en que es posible interponerla.

Por ello se considera oportuno reformar los artículos 86 de la Constitución y 27 del Decreto 2591 de 1991 para efectos que el fallo de tutela fuera de obligatorio cumplimiento al surtirse por lo menos la segunda instancia, salvo que no se presente impugnación, lo cual, a mi juicio, equilibraría en el trámite de la tutela la posición de accionantes y accionados.

7.7. Otro aspecto de gran relevancia es el desequilibrio de las partes en materia de tutela, ya que mientras los accionantes no tienen un término de caducidad para presentarla, los accionados cuentan con un tiempo mínimo para contestar las tutelas de 1, 2 o 3 días máximo o a veces 4, 6, 8, 10, 12 horas, lo que a en mi opinión, genera un claro desequilibrio a favor de los accionantes. Por ello debe reglamentarse este aspecto, para generar un equilibrio entre las partes.

7.8. Considero que la tutela ha sido la institución más importante de la Constitución de 1991, en sentido y alcance político, jurídico y sobretodo social. Ella ha permitido a los ciudadanos la protección de sus derechos fundamentales sin que los mismos se queden en letra muerta o escritos en la Constitución y haciendo realidad el Estado Social de Derecho, consagrado en el art 1 de la Constitución Política. No olvidemos que, las constituciones anteriores no contaban con un mecanismo de esta envergadura para la protección de los derechos fundamentales.

Ahora bien, considero que el gobierno, en su intención de presentar un proyecto de reforma constitucional de reforma a la justicia, debe proponer algunas modificaciones a la acción de tutela, sin quitarle su espíritu de mecanismo de protección de derechos fundamentales, como las que hemos planteado; no solamente en relación con la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, como lo expresó el Ministro del Interior y Justicia Germán Vargas Lleras, sino en general en la reglamentación de esta acción constitucional que, sin lugar a dudas, ha constituido un gran avance en la protección de los derechos de las personas para que exista un mayor equilibrio entre los accionantes y los accionados.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

CHARRIA SEGURA, Juan Manuel. (2012). **Reflexiones constitucionales II**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. (pp. 59-98; 99-126). Bogotá.

_____ y Murcia Vargas, Andrés Camilo. (1999). **El principio fundamental de igualdad en el derecho laboral**. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. (2001). **Derecho Procesal de la acción de tutela**. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá.

ESGUERRA Portocarrero, Juan Carlos. (1991). Gaceta Constitucional. N°24. “**Proyecto de Acto Reformatorio**” N° 81. Marzo 20 de 1991. (pp. 3-4) Bogotá.

_____. (2004). **La Protección Constitucional del Ciudadano**. Legis Editores S.A. (pp. 102-106). Bogotá.

_____. (2011). “**La tutela en la Constitución de 1991**”. Periódico El Tiempo. Junio 20 de 2011. Bogotá.

LEGIS Editores S.A. **Constitución Política de Colombia**. (2011). Edición comentada. Bogotá.

MOLINA, Carlos Ernesto. (2006). “**Evolución del concepto de subordinación en el derecho laboral colombiano**” en: Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia. Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Bogotá.

NARANJO MESA, Vladimiro. (1997). **Teoría constitucional e instituciones políticas**. Editorial Temis S.A. Bogotá.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. (2010). **Derecho Constitucional Colombiano**. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. (pp. 241) Bogotá.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**. (1970). Tomo VI. Decimonovena Edición. Madrid.

VALDÉS SÁNCHEZ, Germán. (1992). “**La Acción de Tutela**”. Revista Derecho Social. No. 33: Colegio Especializados en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Bogotá.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

AVENDAÑO MURILLO, Germán Enrique. (2009). **La constitucionalización de los principios laborales**. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá.

BULLA ROMERO, Jorge Enrique. (2010). **El derecho de petición**. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá.

CABANELLAS, Guillermo. (1968). **Compendio de derecho laboral**. Tomo I. Editorial Omeba. Buenos Aires.

GARCÍA, Manuel Alonso. (1973). **Curso de derecho del trabajo**. Ediciones Ariel. Barcelona.

GONZÁLEZ CHARRY, Guillermo. (1970). **Derecho del Trabajo**. Editorial Temis S.A. Bogotá.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. (1995). **Compendio de Derecho Laboral**. Editorial Leyer. Bogotá.

HERNÁNDEZ, José Gregorio. (2001). **Poder y constitución**. Legis editores. Bogotá.

ISAZA CADAVID, Germán. (2009). **Derecho laboral aplicado**. Editorial Leyer. Bogotá.

JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. (2010). **Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano**. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

LEGIS EDITORES S.A. **Código Sustantivo del Trabajo de Colombia**. (2011). Bogotá.

MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. (2005). **Evolución y tendencias de las relaciones laborales en Colombia**. Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Bogotá.

MORALES MOLINA, Hernando. (1973). **Curso de derecho procesal civil**. Parte General. Editorial ABC. Bogotá.

OSTAU DE LAFONT De León, Francisco Rafael. (2006). **Tratado de derecho del trabajo**. Tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.

YOUNES MORENO, Diego. (2005). **Derecho constitucional colombiano**. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.

Juan Manuel Charria Segura

jmcharriasegura@hotmail.com

Abogado javeriano. Especializado en derecho sustantivo y contencioso constitucional en la Pontificia Universidad Javeriana y en derecho laboral y seguridad social en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Miembro del Colegio de Abogados Especializados en derecho del trabajo y seguridad social siendo su Vicegobernador actual, y del Comité Editorial de la Revista Tutela acciones populares y de cumplimiento. Ha sido profesor de las facultades de derecho de las universidades Javeriana, Tadeo Lozano, Sabana y Libertadores. Gerente General de Charria Segura Abogados Asociados. Consultor.