

Los efectos de la acción de tutela (O de los primeros albores del Estado constitucional en Colombia)

INTRODUCCIÓN

El problema de la eficacia del Derecho es quizás, junto con el de la validez, el que mayor importancia representa, para los teóricos claro está, pero y por sobre todo, para la sociedad misma. Porque la eficacia consiste, todos lo sabemos, en el poder que tiene cualquiera de las fuentes que crean derecho, de transformar el mundo, las relaciones sociales, las relaciones de poder, el perfil ideológico del Estado, las propias normas jurídicas.

¿Cuáles son los alcances de una norma constitucional, de una ley, en fin, de una disposición jurídica? ¿Cuáles los alcances de las sentencias que los jueces dictan, de los contratos, de la costumbre, de la doctrina? A esa pregunta responde el concepto y teoría de la eficacia en el Derecho.

En este opúsculo nos dedicaremos a consultar sobre los efectos de la *acción de tutela* en el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual nos es preciso establecer como primerareglabásicade comprensión: que por tal se ha comprendido la institución constitucional de garantía de los derechos constitucionales fundamentales, concebida como derecho, como proceso y obviamente como sentencia. Esta percep-

ción tridimensional, que será la estructura de este documento, nos marca el orden lógico por el cual se desenvuelve la tutela en tanto categoría jurídica eficaz.

EL CONTEXTO Y LA TESIS

En medio del pesimismo e inercia que ciertas corrientes del postmodernismo proyectan en torno del progreso del mundo, de su reconciliación con los valores universales de la convivencia, la tolerancia, la justicia y la libertad, se ha abierto paso *petit à petit*, un "nuevo" paradigma de Estado, conocido como el Estado Constitucional.

Sin pretender ahondar en la naturaleza y particularidades que la doctrina le destaca, esta concepción del deber ser del Estado ha fijado en los derechos fundamentales el valor supremo de su existencia, su justificación, su razón de ser y por consiguiente el soporte de su legitimidad. De allí por qué resulte propio al Estado constitucional el que, conjuntamente con la previsión de los derechos, se consagren igualmente en sus constituciones toda suerte de garantías y mecanismos de protección mediante los cuales sea posible realizarlos, hacerlos efecti-

vos, convertirlos en lo que llamará Lasalle letra viviente. Se trata pues de un Estado garantista, llamado a propender por el respeto de los valores supremos privilegiados por la sociedad, en cada momento histórico².

Por circunstancias, coyunturas y tendencias estructurales que no es del caso explicar en este espacio, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 acogió en buena medida: estos vientos de renovación y de esperanza, esta postura ideológica, esta concepción axiológica y teleológica del Estado, introduciendo en el ordenamiento constitucional colombiano, particularmente en su parte dogmática, una serie de conceptos, valores y categorías jurídicas propias del Estado constitucional contemporáneo.

Así pues, tras establecer los principios rectores del Estado (de la soberanía constitucional, del estado social de derecho, pluralista, democrático, participativo, descentralizado y con autonomía de los entes territoriales) y de incorporar las tres generaciones de derechos, dispuso de una serie de instrumentos normativos y judiciales encaminados a asegurar su eficacia, disposiciones con las cuales, era de esperarlo, se han generado una serie de procesos de transformación importantes, tanto de la estructura y comportamiento del Estado y de sus instituciones, como de aprehensión del propio Derecho.

La tesis de la que partimos consiste simplemente en estimar que la acción de tutela⁴ es la innovación constitucional —de las muchas previstas en la Carta de 1991— que mayor impacto, que mayor efecto ha producido tanto en el subsistema jurídico como en el sistema social colombianos, como dispositivo para la inserción del Estado constitucional, tanto por la naturaleza que la acción ha adqui-

rido en el ordenamiento, como por sus especiales características de orden procedimental y, por supuesto, por los efectos generados por las sentencias de tutela en la realidad individual y social.

1. LA ACCIÓN DE TUTELA COMO DERECHO

En términos técnicos, la acción de tutela se ha constituido en un sistema directo de control de la constitucionalidad, más extendido no sólo a los ciudadanos, sino a toda persona jurídica y natural⁵, y respecto de todos los actos, omisiones, hechos y comportamientos provenientes de autoridad, e incluso de particular, que violen o atenten contra los derechos constitucionales fundamentales.

Por esta "omnicomprensibilidad", no resulta difícil entender la razón por la cual la tutela ha superado su función mediata o instrumental y se ha convertido, simbólica y ontológicamente, en derecho y en derecho fundamental. Su propósito va más allá de procurar la integridad constitucional y la coherencia del ordenamiento jurídico respecto de la Carta fundamental, porque supera los límites del razonamiento normativo, porque al ser el principio que procura garantizar la realización de los derechos de quien la utiliza, hace que la acción penetre en el ordenamiento col) la subjetividad, humanidad y "calidez" propia de los derechos.

«La acción de tutela —ha dicho la Corte Constitucional— tiene como tal el carácter de derecho fundamental, toda vez que es el instrumento concebido por el constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse»⁶.

Y es que como se señala líneas atrás, el Estado constitucional no puede ser realidad, sin que se cuente, entre otras, con las herramientas necesarias para que el objetivo último del Estado se alcance, por lo pronto, agregamos ahora, en cada uno de los miembros que integran la comunidad, sujetos de derechos fundamentales.

2. EL PROCESO Y EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Uno de los componentes del estado constitucional que mayor interés y, sobre todo, polémica ha suscitado entre los juristas, es el relativo al enfoque del Derecho que el modelo exige, a su naturaleza, estructura y dinámica.

En efecto, el pluralismo, la tolerancia, la pretendida identidad entre el derecho formal y el derecho realidad que postula el Estado constitucional no pueden ser alcanzados sin que el Derecho supere los "asustados" rigores del positivismo y permita en su esencia, otra concepción más flexible, mansa, "blanda", en donde a partir de ciertas premisas axiológicas, de ciertos valores, los operadores jurídicos puedan decir el derecho, de conformidad con las circunstancias específicas de las comunidades involucradas, de los contextos sociales, culturales y económicos de quienes invocan justicia, de conformidad con lo que legítimamente aspiran sus receptores. Hacemos referencia, claro está, al Derecho por Principios⁷.

Esta flexibilidad apriorística que supone tal enfoque, ha comportado no solamente cambios de índole sustancial sobre la forma y contenido de las normas y los sistemas de interpretación, sino que también ha exigido una transformación en la filosofía del proceso, que toma por con-

siguiente un nuevo respiro, que se desprende de los formalismos y formulismos, que desacraliza el procedimiento como fin en sí mismo y lo reconduce a su función principal de servir de mecanismo para la definición y aplicación de los derechos.

Tales características, como veremos, son precisamente las que ilustran la naturaleza del proceso y del procedimiento de la tutela, y que nos sirven para presentarlas como un impacto inicial, un primer *but*, un primer *round*, en la "partida" —por utilizar el lenguaje menos rudo— que está por "jugarse", contra los del bando de la tradición, tiesa y autoritaria, que orienta a la administración de justicia colombiana de tiempo atrás y lastimosamente aún en la actualidad.

Principios que rigen el trámite o procedimiento de la acción de tutela

En el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 86 constitucional, decreto 2591 de 19918, decreto reglamentario 306 de 1992) se han previsto como principios del trámite de la acción de tutela los siguientes:

a) Procedimiento preferente y sumario

El artículo 15 del decreto 2591 de 1991 previó: «El trámite de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación, para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el *habeas corpus*. Los plazos son perentorios e improrrogables».

Esta preferencia en su trámite, justificada en la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por este procedimiento o,

mejor aún, en el valor que para el Estado social de derecho posee el concepto y realización de los derechos fundamentales, ha introducido una cierta jerarquía funcional en las competencias de los jueces de la República, donde resulta ser la acción de tutela el trámite por el cual deben interesarse ante todo y por sobre todo. De otra parte, se trata del proceso en el cual se han previsto los términos más restringidos para su tramitación y definición", cuyo incumplimiento acarrea sanciones de tipo penal.

Tales calidades han llevado, por razones que resultan evidentes, a que se procure tramitar por vía de la acción de tutela toda suerte de asuntos y litigios, que maquillados como mecanismo transitorio para la protección de derechos fundamentales, lo que pretenden es obviar el adelanto de los lentísimos procesos de trámite ordinario, que suelen resolver la controversia, cuando ya no cabe más que el resarcimiento de los perjuicios sufridos.

b) Informalidad

En claro contraste con lo establecido en la legislación colombiana para los procedimientos de la justicia ordinaria y contencioso administrativa, la acción de tutela es por principio informal. Varios aspectos destacan esta particularidad: de un lado, la acción puede ser interpuesta bien por la persona cuyos derechos fundamentales están siendo vulnerados o amenazados, bien por otra que actúe en su nombre.

En cuanto a los alcances de esta informalidad, sentó la Corte Constitucional en sentencia T-459 de 15 de julio de 1992: «La Constitución ha conferido la acción de tutela a todas las personas, es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo,

edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano». La persona a quien se le vulneren o amenacen sus derechos fundamentales podrá actuar por sí misma o a través de representante. No se requiere empero de apoderado judicial, esto es, del *ius postulandi*, para poder presentar la correspondiente petición, y en todo caso cuando se confiere poder, éste se presume legítimo.

A este respecto se señalaba en sentencia T-162 de marzo 20 de 1997, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz: «Uno de los principios más importantes que rige el trámite de la acción de tutela es el de la *informalidad*. Este rasgo surge de la naturaleza y finalidad misma de la acción, pues al ser la tutela el medio que confirió la Constitución Política a los ciudadanos [sic] para hacer efectivos sus derechos fundamentales, es necesario excluir el ritualismo y el tecnicismo. De hecho, al ser una acción que pueden interponer las personas sin mayores conocimientos jurídicos, es imposible exigir en su trámite formalidades que entienden y manejan sólo los expertos en derecho. Por otro lado, la protección que reclaman con tanta urgencia los derechos fundamentales, y que la tutela pretende brindar, no se puede se supeditar a la observancia de cuestiones meramente procesales...». Se trata de universalizar el acceso a la administración de justicia con el ejercicio de la acción de tutela, con el requisito único de ser sujetos de derechos constitucionales fundamentales.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no

esté en condiciones de promover su propia defensa, situación que, de presentarse, debe ser manifiesta en la solicitud (artículo 10). No obstante, la Corte Constitucional hubo de precisar que esta suerte de requisito para estimar procedente la tutela –que la persona agraviada no pueda promover su defensa– debe ser interpretado a la luz de los demás valores y principios que la Constitución establece, a fin de que no se constituya en razón suficiente para dejar de proteger derechos fundamentales que han sido vulnerados o que de manera inminente lo pueden ser.

Dijo en sentencia T-555 de octubre 23 de 1996, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz: «A juicio de la Sala, en aquellos casos en que, como en el presente, se encuentra de por medio la efectividad de un derecho fundamental con dimensiones de carácter objetivo y la violación a este derecho es manifiesta y constatable *prima facie*, el agente oficioso [...] actúa, adicionalmente, en nombre del interés general, que supera el interés individual de la persona cuyos derechos agencia. En situaciones límite de este género –violación de la no *reformatio in pejus*–, se impone la prevalencia del derecho sustancial (CP, artículo 228). La persona que en estas condiciones implora el restablecimiento de los derechos constitucionales flagrantemente conculcados, obra en ejercicio de la facultad correlativa al deber constitucional que se impone a toda persona de defender los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (CP, artículo 95-4 y 7) [...]»

«...En consecuencia, no es necesario el cumplimiento del requisito de procesabilidad contemplado en el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 [...] En efecto, este re-

quisito sólo se explica y es necesario en aquellos eventos donde los derechos sometidos a debate interesan únicamente a su titular y, por ende, éste es libre para exigir su defensa judicial o abstenerse de hacerlo. *Sin embargo, en el evento en el cual se agencien derechos ajenos que revistan, adicionalmente, un interés general o colectivo, es necesario que pueda, razonablemente, suponerse que la persona directamente involucrada no se opondría y que no exista manifestación en contrario por parte de ésta...*» (subrayado fuera del original).

Este tipo de interpretaciones, en donde el juez constitucional no hace cosa distinta que dar a la regla procedimental su dimensión e interpretación, bajo la égida exclusiva de los intereses y valores sustanciales a los que sirve, son muestra de esa revolución que en el derecho ha producido la acción de tutela.

Adicionalmente, dentro de esta informalidad, se ha previsto que la acción puede ser ejercida en todo momento y lugar, y que todos los días y horas son hábiles para interponerla. En concordancia con ello, no se establecieron límites temporales para el ejercicio de la acción, lo cual significa que no es posible predicar a su respecto la caducidad¹⁰

e) Informalidad de la solicitud

Toda vez que la solicitud puede ser presentada directamente por la persona cuyos derechos son conculcados o amenazados, la solicitud que no demanda de tutela es igualmente informal. Ella puede ser presentada verbalmente, cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad. Siendo presentada por escrito, lo podrá ser mediante memorial, telegrama o fax, y en consecuencia no requiere

de autenticación o formalismo alguno (artículo 14).

De otra parte, en la solicitud no será necesario establecer la norma constitucional infringida; sólo es menester indicar con claridad el derecho violado o amenazado, sin que ello quiera significar que la "adecuación" que el peticionario presente constriña al juez para estimar que ha sido otro el derecho fundamental vulnerado¹¹. Lo esencial es, de cualquier modo, dar a conocer los hechos que constituyen el agravio, la lesión o la amenaza de un derecho que, eso sí, ha de ser de rango constitucional y fundamental.

La Corte Constitucional en sentencia T-501 de agosto 21 de 1992, con ponencia de José Gregorio Hernández, estableció: «Ante todo debe indicarse que el papel del juez en esta materia, dado el sentido protector de la institución, no puede ser idéntico al que se cumple ordinariamente en los asuntos judiciales propios de los demás procesos [...] Corresponde a los jueces la tarea de buscar, como lo indican las normas preliminares mínimas para administrar justicia dentro de su competencia, en orden a garantizar la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Dejar de lado las vías que la ley otorga al juez para llegar a una convicción cierta en relación con el caso materia de la solicitud de tutela, equivale a convertir en ilusorio y vano un mecanismo instituido precisamente con el fin deliberado de acercar la teoría del ordenamiento jurídico a la realidad ...»

Sin embargo no deja de ser pertinente el resaltar, que al juez siempre, absolutamente, le corresponde un comportamiento de tal naturaleza¹². Es que, ¿cómo se haría posible cumplir con la función de impartir justicia, cuando se somete a las partes, a los derechos en litigio, al servi-

cio de las minucias y rigores del procedimiento? Mas ha sido sólo a través de la acción de tutela como el juez se ha visto compelido a dar cumplimiento a los principios que rigen la esencial actividad que ejerce al interior del Estado.

d) Publicidad

No es esta ciertamente una característica propia del proceso de tutela. Mas resulta oportuno destacar los matices que el principio plantea, en el contexto las demás especificidades de la acción.

En primer lugar, se ha previsto que las notificaciones de las providencias se efectuarán «por el medio que el juez considere más expedito y eficaz» (artículo 16). Lo importante, en todo caso, es que con ellas se asegure el derecho de defensa de todas las partes e intervinientes en el proceso (artículo 5 del decreto 306 de 1992).

Con todo, en razón de la inmediatez, de la sustancialidad, de la eficacia de la acción, la Corte Constitucional ha aceptado incluso la posibilidad de dar aplicación a los fallos de tutela, aunque no se haya notificado la decisión a todos aquéllos a quienes el mismo involucra. Así, en sentencia T-293 de 1994, magistrado ponente José Gregorio Hernández, se estableció:

«... El objeto de la notificación es el de asegurar la defensa de la autoridad o del particular contra quien actúa el peticionario y la protección procesal de los intereses de terceros que puedan verse afectados. «En cuanto alude específicamente a la persona sindicada de violar o amenazar derechos fundamentales, debe tener la oportunidad de dar sus razones e inclusive de desvirtuar lo afirmado en su contra.

«Desde luego, no desconoce la Corte que se pueden dar circunstancias especiales en cuya virtud sea imposible la

notificación pese a la diligencia del juez en operar los instrumentos idóneos tendientes a lograr ese propósito. Por ello, no puede excluirse la hipótesis de un fallo que se imponga proferir aun sin notificación en un determinado caso, ante la verdadera imposibilidad de llevar a cabo dicha diligencia, dada la necesidad de cumplir el término inexcusable de que dispone el juez para resolver y teniendo en cuenta el imperativo de que prevalezca el derecho sustancial, particularmente si se establece que la dilación puede representar el inminente o irreversible daño de los derechos fundamentales en peligro, o en aquellos eventos en que la violación del derecho es tan protuberante y manifiesta que se requiere conceder la tutela de manera urgente e inaplazable. No otra cosa resulta de los artículos 2º, 86 y 228 de la Carta».

No significa lo anterior que la acción de tutela pueda considerarse una excepción del principio sustancial y procesal de respeto al derecho de defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 constitucional. Es más, cuando en la revisión de las sentencias ha podido determinar que durante el trámite de la acción no se han adelantado las diligencias tendientes a poner en conocimiento de la autoridad o del particular contra quien se ejerce el amparo, de la iniciación del procedimiento o de su definición mediante fallo, la Corte Constitucional ha declarado la nulidad de lo actuado y ha ordenado reiniciar el proceso a partir del momento en el cual se ha configurado el vicio. Ocurre que la notificación no puede convertirse en razón suficiente para impedir al juez la aplicación de la providencia que ordena la protección del peticionario, ante la violación indiscutible o la amenaza inminente de

sus derechos constitucionales fundamentales.

e) Prevalencia del derecho sustancial

No obstante que en el artículo 228 constitucional se contempló como principio de la administración de justicia¹³ la prevalencia del derecho sustancial, sólo ha sido asumida, comprendida, asimilada y mal que bien aplicada, a instancias de la acción de tutela. Y no es para sorpresas pues, como se ha visto, todos los elementos que la integran, toda su estructura de una u otra forma conducen a ello.

Este principio, podría decirse, es la piedra angular del nuevo paradigma del Derecho al que se ha hecho referencia, pues hace radicar en los derechos, en las finalidades subjetivas (individuales, colectivas y sociales), en los verdaderos intereses de las partes, la razón de ser de la administración de justicia, del proceso, de todos los actos, ritualidades, formas y términos que se han dispuesto en las normas de procedimiento. Lo anterior obliga entender, conduce a que las normas que rigen los procesos (los actos, etapas, requisitos y términos) estén siempre interpretadas, bajo estas premisas axiológicas de comprensión, y en esa medida no puedan constituirse en impedimento para la realización de los derechos.

Pero también la prevalencia del derecho sustancial viene a ser una consecuencia lógica de la adopción del modelo del Estado social de derecho, o del Estado constitucional, donde se han dispuesto como fines de la organización los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. Tales propósitos requieren de las autoridades que administran justicia, el privilegiar en la tramitación de los asuntos de su compe-

tencia, precisamente la definición de justicia en el caso concreto, para lo cual se deberá como nunca hacer uso de todas sus facultades y poderes en búsqueda de la verdad material, a la vez que frente a todos los obstáculos que puedan afectar la sustancia del proceso, así como la satisfacción de los intereses de la sociedad y, claro, de las partes.

No es superfluo -aunque lo debiera ser- añadir que el principio no comporta como *a priori* la posibilidad, o peor aún, la facultad de desconocer los trámites y procedimientos establecidos en la ley¹⁴. Se trata sencillamente de encontrar la justa medida, el punto de equilibrio en el cual la regla procedimental se constituya en instrumento del debido proceso, mas no en su única finalidad; se trata de interpretar las disposiciones que regulan el juicio, a la luz del derecho sustancial y de los demás valores constitucionales que en su derredor se encuentran en juego.

f) La celeridad

No obstante que este principio ha sido contemplado en la Constitución y en la ley estatutaria (artículos 224 y 4 respectivamente) como de la administración de justicia, para el caso de la tutela se ha previsto de manera expresa y vertical que sus plazos son perentorios e improrrogables (artículo 15) y que su incumplimiento puede acarrear sanciones de tipo penal (artículo 53).

En cuanto al principio como tal, en su momento la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-037 de febrero 7 de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa: «...El derecho fundamental de acceder a la administración de justicia implica necesariamente que el juez resuelva en forma imparcial, efectiva y prudente

las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento. Para lograr lo anterior, es requisito indispensable que el juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que el legislador define. Por ello, esta corporación ha calificado, como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración del justicia, el "derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos"».

Siendo este predicado connatural de todo proceso judicial, en la acción de tutela se convierte en exigencia inevitable, deducible de la eficacia, de la inmediatez y, en ese orden, de la naturaleza de bienes que se protegen a través suyo, previstos como finalidad esencial del Estado.

g) Eficacia y economía

Producto de los anteriores atributos, la economía y la eficacia procesales se constituyen en los principios que en su realización, han tenido mayor trascendencia en el mundo del Derecho. Analicemos sus distintas manifestaciones:

1. *Las medidas provisionales para proteger el derecho.* Se ha previsto en la ley que con la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, podrá suspender la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Igualmente, podrá dictar de oficio o a petición de parte cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a los mismos propósitos o a evitar que se produzcan otros daños (artículo 7). En este sentido, la acción de tutela, aun sin

que se haya dictado sentencia, puede surtir efectos sobre el ordenamiento jurídico, sobre las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares en los casos previstos en la ley. Las medidas cautelares no son, por supuesto, extrañas a los procesos en los que se protegen derechos de rango legal; sin embargo, lo que se destaca aquí es la inmediatez de su decreto, así como la libertad de apreciación y disposición que le es entregada al juez para tales efectos¹⁵.

2. *Las pruebas en la tutela.* El juez podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación del derecho (artículo 18). De igual forma, la decisión sobre la acción de tutela ejercida, se tomará una vez el juez se encuentre convencido respecto de la situación litigiosa, aunque no -se hayan practicado las pruebas solicitadas (artículo 22).

No es posible dejar pasar de largo disposiciones tan audaces y por lo mismo tan peligrosas. En nuestro régimen jurídico ha imperado desde 1971 el sistema de la sana crítica, con el cual el juez puede determinar tras la apreciación de las pruebas de cualquier naturaleza que se hayan recaudado en el proceso, si encuentra, si está persuadido, de que el Derecho corresponde o a la parte activa o a la de quien lo contradice. En este sentido aunque el juez es libre, aunque son su inteligencia y su corazón los que en últimas van a determinar la verdad del proceso, se hace menester la existencia de las pruebas en el proceso. De tal suerte, no resulta un artificio entender que en el caso de la acción de tutela no se ha hecho cosa distinta que reiterar la aplicabilidad

del sistema, sólo que fortalecido, "enardecido", otra vez en razón de los asuntos materia del proceso.

En este orden, precisaba la Corte Constitucional en sentencia T-321 de agosto 10 de 1993, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz: « ... Dicha autorización [la prevista en el artículo 18] tiene lugar única y exclusivamente cuando existe, dentro del proceso, al menos una prueba de la cual se pueda inferir violación o amenaza del derecho fundamental invocado, inferencia que si bien compete realizar exclusivamente al juez del conocimiento, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, ha de ser apta para sustentar las consideraciones del fallo, en armonía con el valor que pueda lógicamente asignárseles a los distintos elementos probatorios allegados al proceso.

«El juez de tutela [...] está sujeto a las mismas reglas que rigen la práctica, valoración y apreciación de las pruebas de los demás procesos. Lo que ocurre es que en los procesos de tutela, no está sujeto a los estrictos y precisos límites fijados en la ley para cada uno de ellos, como al cumplimiento de las exigencias formales allí establecidas, de manera que una vez obtenidos todos los elementos de juicio que considera suficientes para definir el caso, sin recurrir a averiguaciones innecesarias, impertinentes e inconducentes, puede proceder a tutelar el derecho o a denegar la petición, sin exceder los límites temporales fijados por la Constitución y la ley».

Consideración diferente llevaría al absurdo de estimar que con dicha acción, en pos de la protección de todos los derechos fundamentales, se negaría *in situ* el que sostiene el sistema de administrar justicia en un Estado de Derechos, el del debido proceso.

Por lo demás, el sistema probatorio inquisitivo, el *procedat iudex ex officio*, el «vaya el juez más lejos que las pruebas que pidan las partes», implantado formalmente como el régimen común desde 1971⁶, aunque su desconocimiento se ha institucionalizado por los jueces de la República con base en todo tipo de argumentos, en la acción de tutela resulta imperativo, tanto por la falta de ritualidades, por la carencia del *ius postulandi*, por el nuevo paradigma del Derecho que se impone desde dentro del proceso, está el juez como nunca en la obligación de asistir al peticionario y también en su caso a la autoridad o al particular presuntamente causantes de la violación o amenaza del derecho, de llenar las carencias probatorias que por su incapacidad o ignorancia hayan dejado en cuanto a los hechos.

3. *La tutela como mecanismo transitorio*. Una de las condiciones para la procedencia de la acción de tutela consiste en que la persona cuyos derechos se vulneran o amenazan no posea otro medio de defensa judicial, a menos que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (artículo 6, numeral 1, y artículo 8).

En el desarrollo jurisprudencial, el primer supuesto de hecho aquí enunciado planteó el principio de la *subsidiariedad de la acción de tutela*, por cuanto se entendió que la misma no podía ser ejercida sino en el evento de que la persona afectada, no contara con instrumento judicial distinto. Empero, tal condición ha sido matizada, comoquiera que la existencia de otros medios de defensa judicial pueden no ser condición suficiente para desecharse la procedencia de la acción de tutela.

Así por ejemplo, en sentencia T-100 de marzo 9 de 1994, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, expresó la Corte:

«La regla general de la procedencia de la acción de tutela indica que cuando se da la violación o amenaza de un derecho fundamental, y el titular del derecho violado o amenazado cuenta con un medio de defensa judicial diferente a la tutela, ha de preferirse ese otro medio de defensa y, la acción de tutela sólo procede como "mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (artículo 86 constitucional).

«Sin embargo, parece razonable exigir que el otro medio de defensa judicial para la protección del derecho violado o amenazado, sea al menos tan eficaz para la defensa del derecho como es la tutela; en caso contrario, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en vía procesal preferente, pues no sólo el juez de tutela sino toda la rama judicial y el Estado, tiene como fin esencial de su actuación y razón de su existencia: "...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"

«...[Así], cuando el juez de tutela halle que existe otro mecanismo de defensa judicial aplicable al caso, debe evaluar si, conocidos los hechos en los que se basa la demanda y el alcance del derecho fundamental violado o amenazado, resultan debidamente incluidos todos los aspectos relevantes para la protección inmediata, eficaz y completa del derecho fundamental vulnerado, en el aspecto probatorio y en el de decisión del mecanismo alterno de defensa. Si no es así, si cualquier aspecto del derecho constitucional del actor, no puede ser examinado por el juez ordinario a través de los procedimientos previstos para la protección de los derechos de rango meramente legal, entonces, no sólo procede la acción de tutela, sino

que ha de tramitarse como la vía procesal prevalente ... »

y no es para menos, pues la acción de tutela se constituye en el mecanismo principal para la defensa de los derechos fundamentales.

De otra parte, el artículo 8 *in fine* ha previsto que cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción también podrá ejercerse conjuntamente con la de nulidad y las demás procedentes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, si el juez lo estima pertinente, podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

En reciente jurisprudencia (sentencia SU-039 de febrero 3 de 1997, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional sentó una nueva doctrina en torno de la concurrencia de esta potestad del juez de tutela, *vis à vis* la del juez de lo contencioso-administrativo, en lo relacionado con la suspensión provisional de los actos administrativos. Fueron estas sus consideraciones: «...Igualmente es viable la tutela como mecanismo transitorio, cuando el interesado dispone de la acción contencioso administrativa y la suspensión provisional es procedente, por las siguientes razones:

«... La confrontación que ordena hacer el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo entre el acto acusado y las normas que se invocan como transgredidas, es de confrontación *prima facie* o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o

verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado [...]

«No fue la intención del constituyente ni la del legislador consagrar una prevalencia de la suspensión provisional sobre la acción de tutela, pues ambas operan y tienen finalidades diferentes. Por el contrario, en razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, *cierta prevalencia* sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contenciosa administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar autónomamente medidas provisionales [...]

«La acción de tutela que como se dijo antes prevalece sobre la acción contencioso administrativa, no puede quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos diferentes [...]

«La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a

las disposiciones que a nivel legal la regulan.

«El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos [...]

«La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurren a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos ...»

Hemos reproducido varios fragmentos de tan importante sentencia, no solamente con el propósito de poner de presente la relevancia que en el derecho colombiano ha adquirido la acción de tutela respecto de las demás acciones, en particular de aquéllas con las cuales los administrados contaban para atacar la actuación o la omisión ilegal o indebida de las autoridades públicas. También ha sido nuestro interés el mostrar cómo por vía de interpretación el juez constitucional plantea al juez de lo contencioso administrativo la necesidad de involucrar en el análisis al que está llamado de conformidad con la ley, la apreciación de los valores constitucionales en los que se debe inspirar, cuando actúa como juez de tutela, pero, además, cuando en

ejercicio de sus competencias ordinarias, aplica el derecho¹⁷.

4. *Imposibilidad de fallos inhibitorios.* Aunque debiera tratarse de una consecuencia inherente al derecho fundamental de la administración de justicia, y por consiguiente predicable de todo tipo de procesos, ha sido fundamentalmente en tutela donde se ha consagrado de manera expresa la imposibilidad de dictar fallos inhibitorios (parágrafo del artículo 29). Quiere decir, entonces, que las peticiones que se formulen en ejercicio de la acción deben ser tramitadas, conocidas y decididas por el juez, cualesquiera las circunstancias que el asunto plantee, para lo cual deberá esmerar tanto su libre apreciación, como los poderes de impulsión del proceso, de decreto de pruebas de oficio.

Únicamente se ha previsto, como excepción, que el asunto sea resuelto con pronunciamiento de mérito, que la solicitud al presentar irregularidades no sea corregida. Así, en sentencia T-368 de agosto 24 de 1995, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, se estableció: «...La Corte Constitucional considera que la única excepción al principio según el cual toda demanda de tutela debe conducir a un fallo de fondo es la consagrada en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991 [cuando el demandante no corrige la solicitud en el término de tres días]. Y es una excepción totalmente razonable, pues es natural que el juez pueda rechazar de plano la solicitud, en caso de que no pueda determinarse la razón que la motiva y el demandante no la corrija oportunamente. En todos los otros eventos, la demanda de tutela debe conducir a una decisión de fondo, esto es, a un fallo que conceda o niegue la petición».

En efecto, cuando se da verdadera aplicación al principio de la prevalencia del

derecho sustancial, cuando la formalidad y las ritualidades procesales dejan de ser los fines del proceso, cuando el juez debe recaudar las pruebas que no han solicitado las partes en aras de definir si ha de conceder o no la tutela impetrada, no es posible concluir el proceso con un pronunciamiento de abstención por la verificación de vicios irrelevantes, frente a la tipología de bienes e intereses que el Estado pretende proteger por la acción en comento.

3. EFECTOS DE LOS FALLOS DE TUTELA

La tutela no sólo ha constituido una revolución al interior de los estrados judiciales, en tanto impone un régimen procedimental ajeno a la tradición que le obliga al juez en todo momento a ejercer la *iurisdictio*. De igual modo –y en esto radica la base del planteamiento en tomo del cual gira este escrito– la tutela se ha convertido en el principio de la transformación del Estado y de la justicia en general, pues a través de la doctrina constitucional que con la misma se ha generado y de los alcances de los fallos de tutela, la administración, los cuerpos representativos y los jueces en toda suerte de procesos, se han comenzado a ver invitados y, por qué no decirlo, compelidos a actuar con mayor legitimidad y en Derecho.

Efecto principal: Protección de los derechos fundamentales

Los fallos de tutela tienen por objeto garantizar en la persona agraviada o amenazada el pleno goce de su derecho. De tal suerte, en las providencias que resuelven los procesos, tras la definición del derecho o derechos tutelados, se in-

cluirá la orden y definición precisa de la conducta a cumplir por parte de quien ha causado la violación, con el fin de hacer efectiva la tutela. Dicha orden puede consistir en una acción, cuando lo impugnado haya sido una denegación de un acto o una omisión, o en una omisión cuando sea una conducta, una actuación material o una amenaza la que haya dado lugar al amparo (artículos 23 y 29).

Por lo demás, para la protección del derecho tutelado se ha dispuesto también que en los fallos de tutela se provea lo necesario para evitar una nueva violación o amenaza, perturbación o restricción, e incluso en el evento de que la tutela se conceda cuando ya han cesado los efectos del acto impugnado o éste se hubiese consumado sin que fuere posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (artículos 23 y 24).

Esta es la razón por la cual, cuando el hecho ya se ha consumado o ha sido superado, la tutela resulta en principio improcedente, por cuanto la decisión del juez carece de sentido pues, o bien no logra restablecer el derecho vulnerado ni evitar su amenaza, o bien la situación que causaba uno u otro agravios ha dejado de existir¹⁸.

Igualmente, cuando la violación o la amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto (artículo 29, numeral 6). Este caso se convierte de algún modo en una suerte de tutela contra actos jurídicos, dentro

de los cuales se encuentran los actos administrativos, las convenciones colectivas de trabajadores y la propia ley.

No olvidamos por supuesto que la ley ha definido como improcedente la acción contra actos de carácter general, impersonal o abstracto (artículo 6, numeral 5). Sin embargo, toda vez que en Colombia existe el sistema de control de constitucionalidad difuso, en donde se le confiere al juez la facultad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de las normas legales que rigen la solución del asunto sometido a su conocimiento por ser contrarias a la Constitución, es posible afirmar que tal improcedencia está restringida a la hipótesis en la cual el peticionario no demuestre que con la existencia y eficacia de dicha disposición se le está violando o amenazando un derecho constitucional fundamental.

Ahora bien, la inaplicación de actos jurídicos puede servir también de base para la denegación del amparo impetrado, pues al juez de tutela sólo le obliga, además de la Constitución, la norma jurídica que se halla conforme a sus preceptos¹⁹.

En fin, el juez de tutela debe contemplar en la sentencia todos los demás efectos que sean necesarios para que se haga efectiva la protección de los derechos fundamentales amparados.

Los efectos en el tiempo

Siempre y cuando las circunstancias lo permitan, el fallo de tutela podrá ordenar el volver las cosas al estado anterior a la vulneración o amenaza del derecho fundamental conculcado. De tal manera, por lo pronto, los fallos de tutela se surten en efecto retroactivo.

Con relación a los hechos u omisiones ocurridos con anterioridad a la vigencia

de la Constitución de 1991 y que han dado lugar a la violación de derechos constitucionales fundamentales, la Corte ha señalado que no puede el juez ordenar el restablecimiento, sino en la medida en que se encuentre vigente la agresión que causa la afectación al derecho, y puede retrotraerse en sus efectos únicamente a partir del momento en que aquélla, la Carta, entró a regir. Se pronunció al respecto la Corte en sentencia T-272 de junio 23 de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero: «2. La acción de tutela fue establecida en la Constitución de 1991, y no se predica para presuntas violaciones ocurridas antes de su vigencia. Por supuesto que si *la violación* se inicia antes de la Nueva Carta pero *continúa* después de la expedición de la actual Constitución Política, entonces es viable invocar la tutela. Un acto de la Curia para corregir una prueba del estado civil (asimilable a acto administrativo) se agota con su expedición o con la preclusión de los recursos que pudieran instaurarse contra él. No es factible esperar veinte años (límite del más alto tiempo de prescripción de acciones civiles) para lograr mediante la tutela lo que no se planteó por otros medios y en su oportunidad. La siguiente jurisprudencia se refiere a la demora en la reclamación: «Encuentra la Sala que el actor, durante el término aproximado de seis años, no acudió ante los jueces con el fin de que se le protegieran sus derechos. Se presenta entonces en este caso, una situación en que existía otro mecanismo de defensa judicial que resultaba igualmente eficaz para satisfacer las expectativas del peticionario. Debe anotarse que, como se mencionó anteriormente, resulta contrario al espíritu de la acción de tutela pretender que por medio de ella, puedan

corregirse o solucionarse inconvenientes derivados de la negligencia y desinterés de las partes».

«3. Sobre la *vigencia* de la tutela ya se ha pronunciado la Corte Constitucional en numerosas oportunidades: "Los efectos de la acción de tutela no pueden desbordaren el tiempo los límites de la vigencia de la Constitución, porque este estatuto no le otorgó de manera expresa alcance retroactivo"²⁰. "Ninguna razón se tiene para admitirla cuando ya las situaciones que pueden haber dado lugar a ser consecuencia de hechos u omisiones violatorias de derechos fundamentales quedaron definidos, pues de entenderse lo contrario, se vería desvirtuada la naturaleza de la institución"²¹.

«4. Si se dice que se ha vulnerado el *debido proceso*, la presunta violación necesariamente debería ocurrir en el respectivo trámite procesal. No hay violación al debido proceso, después de que el proceso ha finalizado. Si el trámite finalizó en 1974 no pueden invocarse hechos u omisiones de tal época para sustentar la tutela en 1994. Tampoco se puede decir que como la prueba del estado civil produce permanentes efectos hacia el futuro, entonces la violación puede superar fácilmente a julio de 1991, ya que no es correcto confundir el efecto de la prueba (controvertible o anulable por otros medios judiciales diferentes a la tutela) con el debido proceso establecido en el artículo 29 de la actual Constitución. Además, no puede invocarse el artículo 29 de la Constitución de 1991 para actuaciones desarrolladas durante la vigencia de la Constitución de 1886.

«5. La *jurisdicción constitucional* se estableció en el Capítulo IV del Título 7º de la Constitución del 91, antes *no* existía esa jurisdicción. «La jurisdicción constitucional se pone en movimiento en los

eventos previstos en la Constitución, en algunos de ellos sólo se requiere de una iniciativa ciudadana —acción de inexecutable o de la petición de la persona agraviada —acción de tutela—²³. Y «La actividad judicial en materia de tutela es del resorte de la jurisdicción constitucional»: "Pues bien, si la jurisdicción es "la potestad que despliega las autoridades judiciales en ejercicio de sus funciones" (Luis Mattiroló), entonces, no habría potestad para juzgar lo ocurrido antes de la existencia de dicha jurisdicción. No desconoce esta Sala el alcance *retrospectivo* que en casos excepcionales puede tener la tutela, pero tal retrospectividad existe en cuanto permanezca la violación y ésta, en el debido proceso, se circunscribe a las etapas procesales. Sobre *retrospectividad* la Corte ha dicho: «Lo importante es que la violación del derecho sea actual, esto es, que persista al momento de resolverse la tutela»²⁵.

«6. Se corre el peligro de usurpar jurisdicción si un juez de tutela define en 1995 controversias que antes de la Constitución de 1991 correspondían (y aún corresponden) a la jurisdicción civil. Bien sea a través de un proceso de jurisdicción voluntaria (artículo 649 numeral 11, C.P.C.), o de valoración de la prueba que corresponde al Juez en cuanto sea aportada a juicio; o en procesos contenciosos en los cuales se controvierta la filiación. Además, sería absurdo invocar la tutela como mecanismo transitorio para actuaciones ocurridas hace más de veinte años. Si la Constitución de 1991, estableció que "toda persona *tendrá* acción de tutela" (hacia el futuro) cuando quiera que los derechos constitucionales *resulten* (presente) vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", no puede fijarse competen-

cia a un juez de tutela por *hechos anteriores* (pretéritos) a la vigencia de la Constitución de 1991.

«7. Si se toma bajo la óptica de la Competencia, en su aspecto *objetivo*, "conjunto de asuntos o causas en que, con arreglo a la ley, puede el juez ejercer su jurisdicción?", se tiene que la tutela, ni por la ley ni por mandato constitucional tiene efecto retroactivo, luego no puede aplicarse a situaciones ocurridas antes de la Nueva Carta, salvo la aplicación retrospectiva, pero, en el derecho fundamental del debido proceso no es lógico invocar la retrospectión, si la actuación ya finalizó»

No obstante los reparos que el razonamiento aquí planteado presenta, pues la violación del debido proceso bien puede acarrear el desconocimiento y atropello de otros derechos, oportuno es precisar que comoquiera que la vigencia de la acción opera sólo a partir del momento en que fue proferida la Constitución de 1991, los fallos en que se tutelén derechos constitucionales fundamentales cuya vulneración hubiese ocurrido desde época anterior a la Carta pero cuyas consecuencias aún se estén produciendo, sólo podrán retrotraerse en sus efectos y determinaciones a partir de aquel tiempo, pues de lo contrario se estaría atentando no solamente contra la seguridad jurídica, el principio de presunción de legalidad de las actuaciones de la autoridad y los derechos adquiridos, sino que además se estaría de algún modo imponiendo sanciones con carácter retroactivo, conducta ésta proscrita en el Estado de Derecho.

Efectos subsidiarios y accesorios

Las prevenciones

Si en el momento en que se concede la tutela hubiesen cesado los efectos del acto

impugnado o éste se hubiese consumado de forma que no fuere posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, el fallo prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, so pena de sanción de desacato y toda otra que por tal conducta pueda generarse. De igual modo se procederá en los demás casos en los que el juez lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión (artículo 24)²⁷.

La indemnización y las costas

También el legislador previó la posibilidad de que la tutela del derecho no pudiese hacerse efectiva sin que mediara el resarcimiento o indemnización de los perjuicios directamente causados por la acción u omisión arbitraria.

Sin embargo, los requisitos de procedibilidad de tal condena no permiten predicarla como un efecto propio de los fallos de tutela. Se requiere en primer lugar -precisión que parece *obvia*-, que la tutela sea concedida, de allí su carácter de accesoria; así mismo, debe tratarse de aquellos eventos en los cuales el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.

En todo caso, la orden de indemnizar se hace en abstracto y no cubre más que lo correspondiente al daño emergente ocasionado. Igualmente se ordenará el pago en costas. Su liquidación y la de los demás perjuicios procederá mediante el trámite incidental ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la competente, durante los seis meses siguientes. La con-

dena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado culpa grave o dolo de su parte.

Sobre el carácter excepcional del contenido resarcitorio del fallo de tutela, ha expresado la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-256 de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa: «El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, que consagra la posibilidad de la indemnización de perjuicios en materia de tutela, fue declarado exequible por esta Corporación [...] sobre la base de que consagró un precepto tendiente a desarrollar la natural consecuencia que se deriva de la comprobación de un daño injustificado, 'la cual no puede ser distinta del resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó'.

«A juicio de la Corte, se trata de reparar, por orden judicial, el daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar la actual y efectiva prevalencia del derecho comprometido, lo cual implica que las circunstancias legalmente previstas para que pueda caber el decreto judicial de indemnización en sede de tutela tienen un carácter altamente extraordinario, que debe ser apreciado por el juez de manera rigurosa.

«En todo caso [...] deben observarse las reglas propias del debido proceso.

«La Corte reafirma lo expresado en Sentencia T-095 del 4 de marzo de 1994 [...] en el sentido de que la 'indemnización sólo es posible decretarla si se concede la tutela', es decir, que esta medida accesoria únicamente puede darse si prospera la pretensión principal por cuanto el juez haya encontrado procedente la acción y haya concluido que las razones de hecho y de derecho por él evaluadas dan lugar a impartir una orden de inmediato

cumplimiento en cuya virtud se realicen, en el caso específico, los postulados constitucionales.

«También se estima necesario refrendar en esta ocasión lo expuesto por la Corte en fallo T-403 del 14 de septiembre de 1994 (magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo), acerca de los explícitos requerimientos que deben cumplirse para entender válida la excepcional figura de la indemnización [...] Pero no siempre que prospere una acción de tutela ha de seguirse necesariamente que en la misma providencia el juez ordene la indemnización en abstracto de los perjuicios causados. Existiendo varios medios ordinarios para alcanzar ese cometido, la norma legal mencionada es de interpretación estricta [...] Para que proceda es indispensable que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. Esta exigencia no se refiere a la defensa del derecho fundamental invocado sino a la obtención del resarcimiento del perjuicio [...] En consecuencia, si, consideradas las circunstancias del caso, el accionante tiene posibilidad de intentar la acción ordinaria enderezada a la indemnización de los daños que se le han causado, no es la tutela el medio judicial idóneo para ello, pese a haber prosperado [...]».

Juan Carlos Henao Pérez, en un interesante artículo escrito en 1993²⁸, comentaba sobre los desmanes en que había incurrido la Corte Constitucional y los jueces de tutela al decretar el pago de perjuicios causados sin que se hubiesen reunido los elementos legales previstos para su procedencia, con lo cual se estaba convirtiendo la excepcionalidad de su carácter indemnizatorio en peligroso común efecto, sin contar aquellos casos en los que parece admitir durante el incidente de liquidación, el que sean comprendidos

perjuicios de otra naturaleza (lucro cesante y daños morales, por ejemplo).

Pero, más allá de lo anterior, el citado autor estima que la posibilidad de decretar la orden de resarcir el daño emergente ocasionado con la acción u omisión de autoridad o particular debe ser suprimida, siendo estos sus argumentos: «a) La acción de tutela es preventiva, en el sentido de pretender que se suspenda la vulneración del ordenamiento jurídico, en tanto que la indemnización de perjuicios supone que la vulneración ya se consumó y que tan sólo puede compensarse en dinero ... b) Si de lo que se trata es de evitar un perjuicio irremediable que sin embargo ya tiene parte consumado, no se ve por qué la acción de tutela puede buscar compensar en dinero la parte del perjuicio ya consumado, siendo que para ese propósito existe otro medio de acción judicial, cual es por ejemplo la acción de reparación directa. e) Si de lo que se trata es de permitir el goce efectivo del derecho conculcado, debe entenderse que dicho goce se puede lograr precisamente a través de las órdenes de hacer o de abstenerse de hacer que se pueden impartir a la administración, pero nunca a través de una supuesta indemnización. d) La celeridad del proceso de tutela choca frente a la imposibilidad de indemnizar perjuicios puesto que, o estaríamos en casos de violación flagrante del derecho de defensa. e) La problemática que genera la necesidad de acudir al incidente de liquidación de perjuicios es, por decir lo menos, de difícil solución, máxime si se tiene en cuenta que en ninguna de las sentencias referidas la Corte Constitucional, como lo hace su homólogo el Consejo de Estado, ha dictado las bases para que posteriormente con ellas se realice el incidente. f) Los argumentos

para considerar que la cosa juzgada del fallo de tutela no alcanza los otros procesos de responsabilidad[...] permiten también afirmar que la indemnización de perjuicios no debe proceder en este proceso... »29.

No obstante la contundencia de sus argumentos, a nuestro juicio, bajo las condiciones previstas en la ley, la indemnización no es vicio en sí mismo de la acción, pues está llamada a ser decretada sólo en los eventos de clara arbitrariedad y en donde sea el único instrumento para garantizar el goce efectivo del derecho; es decir, cuando la obligación de hacer o de abstenerse de hacer no permitan satisfactoriamente tutelar el derecho y en tanto no exista otro medio de defensa judicial que -retomando los argumentos y matices arriba expuestos- permita con igual eficacia tal reparación. Esta hipótesis, aunque difícil de concebir, en el caso de que se verifique, permite su ordenamiento y, por consiguiente, la realización de los propósitos con que la acción fue concebida, y que no son otros que los de garantizar en plenitud, si posible, la vigencia de los derechos fundamentales. Por lo demás, ordenar en el fallo la indemnización en desmedro del derecho de defensa y el debido proceso de aquéllos a quienes obligue y afecte, si bien ha podido ser una infortunada primera versión de su aplicación por parte de los jueces e incluso de la Corte, no es más que un desatino y un error judicial perfectamente tutelable.

Ahora bien, en cuanto a la previsión normativa que ha permitido que se incluya en el incidente *post tutelis tutelorum* la posibilidad de liquidar los demás perjuicios, compartimos en un todo las consideraciones y críticas del citado y apreciado autor, pues sin lugar a dudas tal permisón legal entra a desvirtuar la naturaleza de la actuación, al admitir que se ventile

un asunto que no fue debatido en el trámite principal y que, además, no fue concebido como necesario para la protección del derecho fundamental, que es, como tantas veces se ha dicho en este lugar, el objeto materia de la acción de tutela.

Costas contra el peticionario

Cuando la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará *in abstracto* al solicitante al pago de costas, siempre y cuando se estime de manera fundada que se incurrió en temeridad (artículo 25 *in fine*), esto es, con abuso doloso de la acción, cuando se instaura de mala fe y con ello se perjudique la administración de justicia, al impedir o al obstaculizar que el acceso de otros se desarrolle normalmente",

Iniciación de otras acciones

Las anteriores consecuencias del fallo no obstan para que se dé inicio a otro tipo de acciones que para el caso sean procedentes y en las cuales se haya de determinar otro tipo de responsabilidades derivadas de la acción u omisión de quien ha vulnerado o amenazado los derechos tutelados (artículo 28).

Sentencias declarativas, restitutorias, resarcitorias

En este orden, ha de concluirse que las sentencias de tutela pueden ser de naturaleza declarativa, cuando vienen a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto, en tanto el mismo afecte o proteja derechos constitucionales fundamentales; serán igualmente restitutorias, cuando provean, en la medida en que las circunstancias del

asunto lo permitan, volver las cosas al estado anterior, como orden con la cual restablece en un todo el derecho vulnerado o amenazado. Y, finalmente, serán de naturaleza resarcitoria, cuando resulte ser este tipo de reparación la medida única a partir de la cual, sea posible el goce efectivo del derecho.

Aplicación inmediata del fallo e impugnación en el efecto devolutivo

Dadas sus características y la naturaleza de los derechos que por la acción de tutela se protegen, los fallos surten efectos inmediatos no obstante fueren impugnados (artículo 31). En este sentido, la impugnación se concede en efecto devolutivo. De igual modo, el juez que conoce en segunda instancia, una vez haya efectuado el estudio correspondiente, solicitado los informes y practicado las pruebas en el evento de estimarlo necesario, tomará la decisión que en el evento de ser revocatoria, deberá comunicarse y aplicarse por el *a quo* de inmediato. Tanto en este caso, como cuando sea la Corte Constitucional, vía revisión, la que revoque un fallo de tutela en el cual se haya ordenado realizar una conducta, dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en su cumplimiento, quedarán sin efectos (artículo 7, decreto 306/92).

Esta situación, empero, no deja de presentar dificultades, en la medida en que con el fallo de tutela pudieron haberse generado perjuicios y hasta violación de los derechos fundamentales de la autoridad o del particular contra quien se haya proferido. Por ello, corresponde al juez pronunciarse sobre el particular de manera que puedan ser corregidas las injusticias «claramente ostensibles para lograr

un punto de equilibrio entre los derechos de los sujetos procesales de la controversia»!.

Cosa juzgada relativa

Por tratarse de un asunto en el cual se debaten intereses de orden particular, sujetos a determinadas y especiales circunstancias, la sentencia de tutela constituye uno de aquellos casos en los que la cosa juzgada es relativa", de manera que la modificación de tales circunstancias entraña, por consiguiente, la posibilidad de dar lugar a una nueva violación y, así, a un nuevo proceso. De esta forma, y siguiendo al profesor Devis Echandía³³, los efectos procesal y sustancial de la cosa juzgada en tutela, su inmutabilidad y su definitividad, giran en torno del tema específico que se ha tratado en el juicio.

En cuanto a sus límites objetivos, relacionados precisamente con el objeto de la pretensión materia del proceso, con la cosa o relación jurídica respecto de la cual se aplica la fuerza vinculante del fallo, con el hecho reconocido, encontramos en el caso de que sea concedida la tutela, la orden de actuar o de omitir, de hacer o no hacer, de excepcionalmente dar, dirigida contra aquél que viola o amenaza el derecho constitucional fundamental del peticionario. Y si la providencia deniega las pretensiones, pues la declaración de que la actuación de aquél contra quien se interpuso no constituye infracción o amenaza de tales derechos.

En cuanto a la *causa petendi*, esto es, el hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión, la razón alegada por el peticionario para obtener el objeto de la pretensión, que al mismo tiempo es el fundamento jurídico

de su aceptación o negación por el juez, en la acción de tutela la constituye la existencia de un derecho fundamental en cabeza del peticionario, derecho que está siendo vulnerado o amenazado, y en donde no existe un medio de defensa judicial distinto para atacarla o, existiendo, no es eficiente, y por lo mismo hace procedente la tutela para evitar un perjuicio irremediable. La no existencia de un derecho constitucional fundamental o la presencia de otros medios de defensa judicial igualmente eficientes, para el evento en que el amparo no se decreta.

En cuanto a los límites subjetivos, como en todos los procesos, se tiene pues la identidad jurídica de las partes. Ahora bien: aunque las mismas partes y por las mismas circunstancias pueden acudir a otras instancias judiciales en el evento de que se hayan generado otra suerte de responsabilidades, lo cierto es que la decisión en lo que se refiere a los derechos fundamentales materia del trámite, resulta vinculante e inmutable, pues es esta definición la que desde el punto de vista sustancial distingue éste de los demás procesos. Pero se reitera, única y exclusivamente en este aspecto, pues extender sus alcances implicaría producir efectos de cosa juzgada sobre aspectos que no han sido objeto de controversia. En este sentido, la tutela de un derecho no debe comportar necesariamente que se declaren, en tanto se avengan precedentes otras acciones, las correspondientes responsabilidades, pues los bienes jurídicos tutelados por aquéllas y las consideraciones especiales que cada una amerita pueden legítimamente conducir a resultados procesales distintos.

Por otra parte, el transcurso del tiempo puede afectar los efectos de la sentencia, *v.gr.*, cuando se ha decretado para

evitar un perjuicio irremediable y la persona a quien se le ha tutelado el derecho no incoa las acciones a que ha lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a la decisión. Igualmente, es propio de tutela, que cuando cambian las circunstancias que la motivaron, se haga permisible su revocación o modificación.

Finalmente, en lo que atañe a su aplicabilidad en el espacio, en aras de garantizar la certeza jurídica y la *unidad* del ordenamiento jurídico, la cosa juzgada de las sentencias -entre ellas la de tutela- obliga en todo el territorio del Estado y sólo en él.

Efectos dei incumplimiento de los fallos de tutela

A fin de garantizar la eficacia de la acción y de las órdenes que el juez de conocimiento imparta a su respecto, en particular cuando tutela los derechos del peticionario, la legislación también previó como mecanismo de coerción las sanciones en las cuales incurriría la autoridad o el particular en quien recae la o las providencias que se dicten en tutela, ante su desconocimiento.

Por una parte, se ha dispuesto que la persona que incumpliere una orden de un juez proferida en el desarrollo del proceso, incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que ya se hubiesen señalado consecuencias jurídicas distintas y sin perjuicio de otras sanciones penales a que hubiere lugar (artículos 27 y 52). Por otra, se dispuso que el incumplimiento a los fallos de tutela por las partes del proceso, o el incumplimiento del juez a las funciones que le son propias en el conocimiento, trámite, decisión y ejecución de la tutela,

se constituye en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión³⁴ o en las sanciones penales a que hubiere lugar. Se observa cómo la naturaleza del desacato contemplada para la acción de tutela resulta especialmente gravosa respecto de los poderes disciplinarios que el juez tiene de ordinario para sancionar el incumplimiento a las órdenes judiciales (artículo 39 del Código de Procedimiento Civil).

Su trámite, pues, es incidental y la sanción será impuesta por el juez que conoció de la acción en primera instancia, decisión que deberá ser consultada en efecto suspensivo por el superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres días.

Sobre sus alcances, ha dicho la Corte que el desacato no solamente se verifica cuando se incumplen actos dictados durante el trámite, sino también respecto de la providencia que resuelve la acción³⁵. No se excluye, por otra parte, la posibilidad de que con la negligencia de la persona obligada por la decisión judicial se configure otro tipo de responsabilidades, a saber la disciplinaria y también la penal, las cuales en todo caso no poseen la eficacia del desacato, ni comportan necesariamente el cumplimiento de las órdenes impartidas en el fallo de tutela. De allí que la sanción de desacato en tutela constituya una de las herramientas o mecanismos dispuestos por el Legislador para garantizar la eficacia de la misma, para llevar hasta sus últimas consecuencias las órdenes judiciales con las cuales se protegen derechos constitucionales fundamentales.

En este sentido, la Corte Constitucional dijo en sentencia T-068 de 1997, magistrado ponente Fabio Morón Díaz: «Es sabido que los procedimientos y sobre

todo los constitucionales dirigidos a la protección de los derechos fundamentales, en razón de la importancia del objeto jurídico protegido, están llamados a lograr su cometido. Tratándose de la tutela ese cometido no es otro que la vigencia de los derechos fundamentales y siempre que ese objetivo no se logre por la actividad del agente a quien por orden de tutela se le impuso observar una conducta determinada, es palmario que se incurre en incumplimiento.

«La autoridad que debe ejecutar una orden judicial, plasmada en una sentencia de tutela, no cumple el propósito protector que guía el mecanismo previsto en el artículo 86 superior con la simple actitud de acomodar transitoriamente su conducta a los parámetros fijados por el juez para luego, ante situaciones que sustancialmente no han variado, tornar al comportamiento ya juzgado como violador de los derechos fundamentales.

«Es obvio que la persona en cuyo favor se decreta la protección tiene el derecho a que, mientras no se modifiquen de manera sustancial las circunstancias que el juez ponderó, el amparo que se le conceda tenga vocación de permanencia y a que no se desvirtúe su sentido sin un fundamento serio y razonable ...

«En esas condiciones, lo que surge con nitidez es que el juez conserva su competencia para adoptar el conjunto de medidas que estime indispensable para el cabal cumplimiento del fallo ...»

¿Una sentencia con efectos *inter partes*?

Desde el punto de vista jurídico, resulta obvio concluir que los fallos de tutela sólo producen efectos *inter partes*, al igual que ocurre cuando un juez de la Repúbli-

ca, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, inaplica una norma a la cual estaría sujeto el caso concreto debatido en la *litis*, por contrariar la Constitución.

Por oposición, los fallos producidos por la Corte Constitucional con motivo de la acción de inconstitucionalidad, poseen efectos *erga omnes*. Dijo en cuanto a esta temática la Corte en sentencia T-321 de agosto 10 de 1993:

«En el proceso de tutela existen dos partes, a saber: por un lado se encuentra la persona agraviada o afectada en sus derechos constitucionales fundamentales, que es quien inicia la acción, y por el otro, la autoridad pública o el particular que con su actuación u omisión ha ocasionado la vulneración o amenaza de tales derechos, es decir, aquélla contra la cual se ha invocado.

«...Así las cosas la tutela surge como una acción subjetiva de carácter personal y concreto, cuyo titular es la persona agraviada o amenazada en sus derechos fundamentales [...]

«El fin o propósito específico de la acción de tutela, aparece claramente determinado, y no es otro que el de brindar a la *persona afectada*, óigase bien, única y exclusivamente a ésta, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales que le han sido vulnerados o amenazados, por parte de una autoridad pública o de un particular.

«En consecuencia el juez a quien compete resolver la citada acción, no puede pronunciarse en forma general, impersonal y abstracta, pues su función se limita a ordenar *para el caso particular y específico, puesto en su conocimiento*, las medidas necesarias para garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho y si es pertinente, volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación.

«...Como la persona que ejerce la acción de tutela tiene tan sólo un interés individual, particular y concreto, cual es el de que se le proteja un derecho constitucional fundamental, la sentencia que la resuelva tiene ese mismo carácter, es decir, que sólo surte efectos en el caso individual y específico. La facultad del juez de tutela no le permite abarcar o comprender casos diferentes, como tampoco legislar, pues su función, se repite, se limita a proteger el derecho, ya sea ordenando hacer lo omitido, cesar las actuaciones o amenazas, o deshacer lo hecho, no más».

Es más, cuando los efectos que puede suscitar el fallo de tutela respecto de una acción incoada superan el interés de quienes la solicitaron, la misma se hace irprocedente."

Con todo, en tanto por vía de la acción de tutela se han amparado derechos colectivos como el del medio ambiente sano, teniendo en cuenta que vinculados a éstos se encuentran otros sí de naturaleza fundamental", de suerte que con su decreto se pueden ver beneficiadas personas que no incoaron la acción pero que padecen igualmente los efectos nocivos de la inacción de las autoridades o de la acción contaminante de los particulares, no cabe la menor duda que tales sentencias de tutela han superado los estrechos límites del interés subjetivo de los sujetos procesales implicados³⁸.

De igual modo, como arriba se apuntaba, cuando es concedida la tutela y los efectos del acto impugnado se hubiesen consumado sin posibilidad de restablecimiento, la prevención del fallo dirigida sobre la autoridad pública de que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito a conceder la tutela, y que de proceder de modo contrario será sancionada con desacato (artículo 24), se constituye en una

decisión judicial vinculante para la parte pasiva y relacionada con tales acciones u omisiones, pero respecto de cualquier persona, la peticionaria u otra distinta, en quien radiquen los mismos derechos.

Existe otra razón que justifica el anterior aserto, pero que por supuesto se encuentra inmersa dentro de la función de revisión que corresponde a la Corte Constitucional. Se trata de los alcances que poseen sus fallos sobre la interpretación del ordenamiento jurídico, en particular cuando se relacionan con el concepto de derechos constitucionales fundamentales.

Para el caso español, ha señalado Marc Carrillo: «Es obvio que en el control abstracto de constitucionalidad que se proyecta sobre normas de naturaleza legislativa vincule de forma *erga omnes* y que los criterios interpretativos obliguen *pro futuro* a los jueces y tribunales; también se compadece bien con la naturaleza de la jurisdicción constitucional que sus sentencias de amparo obliguen únicamente a la *[sic]* partes que integran la *litis*; sin embargo, no puede afirmarse lo mismo de la fundamentación jurídica que sirve de base a la decisión jurisdiccional. Los criterios hermenéuticos empleados por el Tribunal Constitucional para resolver un conflicto surgido tras la lesión de un derecho fundamental tienen vocación de permanencia, puesto que más allá de las particularidades específicas de la *litis* y de su resolución en favor -si es el caso- del restablecimiento del derecho lesionado, la sentencia dictada en amparo posee, en muchas ocasiones, un valor objetivo que supera la singularidad del caso planteado para afectar al conjunto del cuerpo social. Es decir, que la interpretación constitucional derivada de las sentencias que resuelven recursos de amparo presenta una *vis* expansiva que se proyecta también so-

bre la actividad jurisdiccional de los órganos dependientes del Poder Judicial»³⁹.

Otro tanto ocurre cuando el juez constitucional, y en especial la Corte Constitucional a través de la revisión de las tutelas, determina tras una suerte de juicio objetivo, la inaplicabilidad de una norma por encontrarla contraria a la Constitución. Si bien es cierto que este pronunciamiento en sentido estricto no obliga a la autoridad o al particular a dejar de hacer uso de la norma para casos distintos de aquel de la tutela, resulta que el pronunciamiento de la institución a la cual le ha sido asignada la función de velar por la supremacía e integridad de la Carta y que por lo mismo se constituye en uno de sus principales intérpretes⁴⁰, materialmente comporta para aquéllos casi que un imperativo, pues en todos los casos en que los supuestos de hecho de inferior jerarquía se configuren, la consecuencia que se le ha asignado por el Legislador o por la autoridad ejecutiva o administrativa, se conoce de antemano, resultará violatoria de los preceptos constitucionales, de su *telos*, de sus principios, de los valores y derechos que en la Carta se han establecido.

La revisión de las tutelas ante la Corte Constitucional

La trascendencia de los fallos de tutela ha sido producto, en buena medida, del trámite de revisión eventual que de los mismos realiza la Corte Constitucional. En efecto, dentro de la función esencial que le ha sido otorgada, el artículo 241 constitucional previó que la Corte Constitucional habría de revisar, en la forma que determinara la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

Así, pues, en el decreto 2591 de 1991, artículo 33, se dispuso por una parte, que todas las sentencias de tutela, fueren o no impugnadas, debían ser remitidas a la Corte Constitucional, en donde dos de sus magistrados designados para el efecto seleccionarían, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrían de ser revisadas.

En cuanto a la naturaleza de la revisión, ha dicho la Corte: «Debe recordarse que la revisión eventual por parte de esta Corte no configura una tercera instancia, pues no ha sido prevista por la Constitución para dar a las partes nueva posibilidad de atacar las determinaciones judiciales de primero y segundo grados. Su sentido y razón consisten en asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos, se elabore la doctrina constitucional y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de casos paradigmáticos, sobre el alcance de los principios, postulados y reglas de la Constitución, corrigiendo de paso, si hay lugar a ello, las desviaciones y errores provenientes de equivocadas interpretaciones y decisiones judiciales»⁴¹.

Para que tal sea la connotación de las revisiones de tutela, resulta imperativo, por supuesto, que los fallos del alto tribunal, que sus interpretaciones, sean acatados por los jueces de la República encargados de tramitar de manera directa las tutelas, en tanto doctrina constitucional.

No obstante, la norma que así lo consagraba fue declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional⁴², por considerar que con la misma se estaría con-

trariando lo establecido en el artículo 230 constitucional, según el cual «los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley».

Posteriormente, y en consonancia con lo anterior, la ley estatutaria para la Administración de Justicia, la número 270 de 1996, previó en su artículo 48, relativo al alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional, que las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

Mas la Corte, al decidir sobre la exequibilidad de esta norma, estableció la puntual interpretación que se podría dar a la misma, trastornando de nuevo el orden jurídico, al restituir prevalencia a la doctrina constitucional. Dijo en sentencia C-037 de 1996, magistrado ponente. Vladimiro Naranjo Mesa: «Por lo demás cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso ... Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que amortizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad.

Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencia] trazada por ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad».

Así, a pesar de los ires y venires del mismo supremo tribunal de lo constitucional y de las dificultades con que ha sido recibida la jurisprudencia sobre la fuerza vinculante de las revisiones de tutela, mal que bien la Corte ha logrado establecer y difundir, sin menoscabo del principio de independencia judicial, que la doctrina constitucional por ella sentada en materia de derechos fundamentales -incluido allí el de la acción de tutela- debe ser seguida por los jueces tanto en el ejercicio de sus funciones propias como cuando conocen de las acciones de tutela⁴³.

4. DE LOS EFECTOS "COLATERALES" DE LA TUTELA, O DE LAS EXTERNALIDADES

Sin temor a equivocarnos, y al unísono con la doctrina nacional progresista, liberal de libertad, pluralista y tolerante, podemos afirmar que la acción de tutela ha traído al ordenamiento jurídico, político y social colombiano una nueva concepción del Derecho y del Estado.

Porque, a través suyo, los derechos constitucionales fundamentales han ad-

quirido un lugar importante, claro está, en el lenguaje jurídico, pero también en el discurso y el coloquio de los individuos. A la manera como García de Enterría explica el aporte que a la lengua hizo la Revolución francesa y en particular, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la "tutela" se ha introducido en el argot lingüístico, no como simple idea, sino como enunciado performativo, capaz de hacer efectivo un derecho que le es propio o esencial a la persona⁴⁴. En términos coloquiales, y en particular frente a la administración, el verbo "entutelar" se ha convertido en amenaza efectiva para evitar o suspender los abusos, las inercias, las groserías en que cotidianamente y sin llegar a convertirse en casos de responsabilidad extracontractual, aquélla incurre.

De otra parte, la acción de tutela se ha convertido en la herramienta jurídica que con mayor vigor ha desarrollado y aplicado el concepto de Estado social de derecho. Así, y bajo los presupuestos y principios de tal concepción del Estado, ha sido posible amparar con la acción de tutela los derechos sociales, económicos y culturales, en la medida en que la violación o amenaza de los mismos afecte igualmente un derecho fundamental de corte individual⁴⁵. Igualmente, han sido múltiples los pronunciamientos en los cuales se han fijado las obligaciones que el Estado adquiere para con las personas, cuando es negligente, cuando desatiende las condiciones de desigualdad material que sufren ciertos grupos sociales⁴⁶.

Por esta vía, podríamos afirmar, secuencia poco a poco a desdibujar la presunta contradicción que la democracia clásica y el Estado liberal trazaron entre la libertad y la igualdad, mediante la búsqueda de la igualdad material traducida

necesariamente en la realización de ciertos derechos que comportan para el Estado antes que abstenerse, actuar, proveer, proteger, dar y hacer⁴⁷. Es decir, que comienza al fin a acercarse el día en que la vetusta e inicua distinción entre derechos individuales y sociales, como categorías para predicar o no su fundamentalidad y en consecuencia su tutela, desaparezca del mundo jurídico⁴⁸.

La administración también ha sido seriamente trastocada por los fallos de tutela, en tanto que a través suyo el derecho de petición ha dejado de darse por satisfecho con la figura del silencio administrativo, al que ella con frecuencia acudía para "dar respuesta". En efecto, la Corte ha determinado que tal derecho fundamental sólo se satisface en la medida en que se resuelva en forma clara, concreta, precisa, oportuna y conforme a derecho⁴⁹. Y por este camino ha sido posible sensibilizar a los servidores públicos, en cuanto a que es la satisfacción de los derechos de los administrados, usuarios o "clientes", lo que fundamenta y justifica la existencia de la organización a la que pertenecen.

La acción de tutela también ha permitido aumentar la legitimación democrática en sí misma y de la Rama Jurisdiccional –salvas las excepciones por todos conocidas–, comoquiera que la naturaleza de asuntos que se atienden, la sensibilidad humana y social que los mismos comportan y con la que constitucionalmente están obligados a conocer y, razón de más, la prontitud con que se absuelven las peticiones, han hecho que el ciudadano vuelva a creer en la justicia institucional. De tal manera, materialmente la organización del Estado comienza a adquirir los matices propios del Estado constitucional, en la medida en que en dicho paradigma son los jueces los protagonis-

tas principales de la realización del ser y deber ser del Estado. Porque como fue el Legislativo el que afirmó conceptualmente al Estado liberal, y el Ejecutivo al Estado interventor, está en manos de los jueces el establecimiento del Estado constitucional.

Esta cualidad, antes que reporte de la coyuntura de deslegitimidad e ingobernabilidad que en Colombia padecen en particular la figura del presidente y de los cuerpos representativos, es también producto de la transfiguración que ha sufrido el principio clásico "montesquieuano" de la separación de poderes. En la medida en que el juez constitucional, que para los efectos de la tutela son todos los jueces, debe aplicar la Constitución e interpretar el todo del ordenamiento jurídico a través suyo, en procura de que ni acto jurídico ni hecho de autoridad alguna e incluso de particular, conduzca a su lesión o amenaza, resulta inevitable la intromisión del juez en los ámbitos políticos de decisión o ejecución de las ramas legislativa y ejecutiva, así como también las potestades del propio juez ordinario en las decisiones⁵⁰.

Introducción de la interpretación constitucional en la hermenéutica jurídica

Los jueces de la República, comenzando por las altas Cortes, han sido fieles a la tradición jurídica de aplicar la ley conforme el tenor literal de sus normas, reconociendo sólo en veces su sentido histórico, y mucho menos el sociológico o el teleológico, obviando o desconociendo cualquier tipo de subjetividades contrarias al principio de igualdad frente a la ley. Celosos sí, han sido en velar por el cumplimiento riguroso y estricto de las formas, requisitos y exigencias del pro-

cedimiento, sin los cuales no queda más remedio que negar el derecho. Por consiguiente, el valor supremo de la justicia no se encuentra ni en el principio ni en el final de la actuación judicial, sino en el medio.

Con la introducción de la acción de tutela, así como con la previsión de que su conocimiento le hubiese sido asignado a todos los jueces de la República, de manera inevitable ha comenzado a difundirse la interpretación constitucional dentro de los métodos de la hermenéutica y, en esa medida, a ser utilizada por los jueces tanto en los procesos de tutela como en los litigios de su especial competencia.

En este encuentro ya hemos visto cómo el concepto de derechos fundamentales no ha podido ser limitado a una lista específica en donde sea al juez nada más que constatar que se trata de uno de ellos, para ordenar a la autoridad o al particular que deje de actuar o que actúe. La fundamentalidad de los derechos, lo han dicho la doctrina y la jurisprudencia sin cansancio, se ha de determinar en el caso concreto.

A su vez, otros elementos de la acción de tutela, otros conceptos trascendentales para su entendimiento y aplicación, como el de perjuicio irremediable, núcleo esencial del derecho fundamental, y en fin, la prevalencia del derecho sustancial, exigen del juez conocer la doble naturaleza de la norma constitucional, aprehender la significación de los valores y principios previstos en ella, descubrir su *telos*, para así resolver justamente, sin superar los límites de la *iurisdictio* o, en su defecto, sin que se cree derecho de manera ilegítima⁵¹.

Mas, como de derechos fundamentales no se trata exclusivamente en la acción de tutela y como necesariamente la

aplicación de derechos de contenido legal exige su conformidad con la Constitución, este acercamiento obligado del Juez a la Constitución ha conducido también a la aplicación de la interpretación constitucional para el entendimiento de la ley, con lo cual se marcan los derroteros para la recepción integral del nuevo Derecho⁵².

Como lo indica García de Enterría, «Partiendo del mismo aserto para la tuición encomendada a nuestro Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales, el espacio dejado por el sistema constitucional en todo el resto del Derecho a la jurisprudencia ordinaria resulta muy extenso, espacio donde los Tribunales podrán ejercer una amplia labor de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, de modo que en él se hagan presentes y operativos los valores constitucionales e institucionales que han de presidir (y no un seco legalismo, ciego a los valores de la justicia) toda su labor»⁵³.

La relativización del principio de la cosa juzgada

No obstante la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 1991⁵⁴, conforme a los cuales era posible ejercer la acción de tutela en contra de sentencias judiciales, ante el hecho incontrovertible de que los jueces mediante sus providencias también pueden vulnerar o atentar contra los derechos constitucionales fundamentales, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha venido a atenuar su posición, en el sentido de admitir que con todo y los inmutables, inmutables e inmanentes principio y valor de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, serán procedentes las tutelas ejercidas contra vías de hecho de los jueces, esto es, cuando la

arbitrariedad judicial derive en defectos judiciales de carácter absoluto.

Dijo la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia T-327 de julio 15 de 1994, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa: «Las vías de hecho riñen con el derecho fundamental al debido proceso, el cual es una forma legítima universal que no admite excepción alguna, aunque sí adecuación, a las circunstancias reales... Ahora bien, las vías de hecho no siempre dan lugar a la acción de tutela, porque, de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación, para que proceda la acción referida contra providencias que presentan en su contenido el vicio de las vías de hecho, deben concurrir los siguientes requisitos: a) Que la conducta del agente carezca de fundamento legal; b) Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial; e) Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente, y d) Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado...»

Pero no es solamente la hipótesis de las vías de hecho el caso en el cual un juez de tutela puede entrar a resolver sobre un asunto que ya había sido conocido por otro juez de la República. Como en otra parte se decía, aunque sean iguales las circunstancias de hecho que se ventilan, toda vez que los supuestos de derecho y, en ese sentido, los bienes jurídicos tutelados pueden ser distintos, no está vedado el ejercicio de la acción de tutela

y el correspondiente amparo de los derechos vulnerados o amenazados.

En este sentido, la providencia SU-342 de agosto 2 de 1995, con ponencia de Antonio Barrera Carbonell, sentó al respecto: «La jurisdicción ordinaria laboral actuó en cada proceso una pretensión procesal que tenía como causa, motivo o fundamento, el desconocimiento de normas de rango legal, particularmente del principio a trabajo igual, salario igual [C.S.T. artículo 143] La cosa juzgada que ampara dichas decisiones, obviamente no limita o inhibe el pronunciamiento del juez de tutela que corresponde a la jurisdicción constitucional y que en su misión aplica e interpreta con autoridad la Constitución y se pronuncia favorablemente sobre una pretensión que tiene su causa u origen en el quebrantamiento de los derechos fundamentales. En tal virtud, el juez de tutela no obliga la cosa juzgada que emerge de la solución de una controversia por la justicia ordinaria laboral, en la cual tanto la pretensión como la decisión han tenido fundamento o causa en normas de rango legal...»

Con la acción de tutela ha sido posible, entonces, la relativización del sacro principio de la cosa juzgada, sobre la base de valores de mayor legitimidad, a saber: la realización de los derechos fundamentales, hecho éste que a nuestro juicio representa uno de los avances más importantes de la estructura del pensamiento jurídico, hacia la consolidación del Estado constitucional y del derecho por principios.

APUNTAMIENTOS FINALES

-Señora por favor, ¿y qué de la "tutelitis" y la congestión de los despachos judiciales, qué de la carencia de criterios cla-

ros para la definición de cuáles y cuándo son los derechos tutelables, qué de la lucha entre los altos tribunales y de los titubeos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional?

Ninguna ruptura, ningún hecho trascendental, ninguna reforma importante se introduce en la vida de los pueblos sin traumatismos. La acción de tutela entre ellos no podía pasar inadvertida ni llegar sin sobresaltos a la legislación, al despacho de los jueces y al lenguaje y a la cabeza de los individuos.

Es que una sociedad que carece casi por completo de representación en las instancias decisorias del Estado y de "oreja" -rememorando a Kundera..._ por parte de sus jueces, que ha sido poco y nada tenida en cuenta para la fijación de las prioridades y en ese orden de los planes y programas que cada gobierno traza, descreída y desmotivada, desconocida en sus realidades culturales, regionales, étnicas, desfigurada por todas las formas de violencia, no es gratuito que exceda y ¿por qué no decirlo? que abuse de cualquier herramienta que el ordenamiento le atribuya para hacer efectivos sus derechos.

No podía esperarse que, tras dos siglos de tradición jurídica napoleónica de codificaciones, de exégesis y de positivismo sentados en los loables propósitos de la seguridad jurídica y la igualdad formal, fuere recibido con humildad y entera permeabilidad por los jueces, la rogada jurisdicción administrativa y por la Corte Suprema de Justicia. Es que de algún modo no podían esperarse mejores resultados, cuando la inserción de la figura operó de un momento a otro, sin que los jueces siquiera hubiesen podido asimilar la nueva Constitución, sin que hubiesen acaso oído nombrar los problemas de la soberanía y la interpretación

constitucionales, de tantas caras y expresiones de la constitucionalidad cuantas permita el pluralismo, sin que se tuviere claridad sobre el concepto y los alcances de los principios fundamentales de la Constitución, de la fuerza normativa y "performante" de sus disposiciones. Y tampoco era justo esperar que la Corte Constitucional, en su concepción jurisdiccional e interdisciplinaria y en el marco de un Estado presidencialista y convulsionado, mantuviese una absoluta coherencia en sus posturas e interpretaciones sobre la Constitución. Lo anterior, sin olvidar que para los primeros, han sido demasiados años de historia y para ésta última, apenas un lustro.

Por estas razones y, no lo niego, por la necesidad intelectual y espiritual de hallar un soporte de esperanza para el país como sociedad y como organización política, he estimado que las externalidades negativas son las menos, y para su superación, no se requieren más que ajustes en la organización de la Rama Jurisdiccional y tiempo".

Queda lo que se ha hecho, puntuales pero importantes logros, efectos de una figura jurídica que, como derecho, proceso y sentencia, ha abierto, aunque por la fachada de atrás, una puerta o si se quiere una "ventanita" -rememorando la exposición de Javier Tobo- hacia la formación del estado que todos queremos.

PS. - ¿Y del avenir?

- Vámonos, niña, pues nada, seguir creyendo, insistiendo y exigiendo a los jueces "justicia constitucional". Porque, como lo dijera Hesse, «La fuerza normativa de la Constitución se halla condicionada por la voluntad constante de los implicados en el proceso constitucional de realizar los contenidos de la Constitución. Pues-

to que la Constitución como todo orden jurídico precisa de actualización por medio de la actividad humana, su fuerza normadora depende de la disposición para considerar como vinculantes sus contenidos y de la resolución de realizar los contenidos incluso frente a resistencias... »⁵⁶

MAGDALENA CORREA HENAO
Profesora de Derecho Público
Universidad Externado de Colombia

1. No se incluye aquí ninguna distinción entre lo primario o secundario-subsidiario de las fuentes del derecho. En todo caso nos permitimos desde ya precisar que compartimos la postura según la cual no es la ley, ni tiene que serlo, la fuente primera del derecho, puesto que en el marco del Estado pluralista, a cada grupo, posición o identidad, legítimamente podrá corresponder una interpretación jurídica distinta, que hacen a la sentencia y por esa vía a la costumbre, fuentes de tal naturaleza.
2. Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.
3. Sin duda el alto nivel de representatividad y por consiguiente de legitimidad de la Asamblea, fue el que permitió que en el mismo cuerpo normativo se consagraran concepciones tan distintas sobre los perfiles del Estado y que hayan permitido determinar serios y marcados contrastes entre las partes dogmática y orgánica de la Carta. Cfr. SANDRA MORRELLI, *La autonomía territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
4. Junto con su principal aliada, la Corte Constitucional.
5. Posición de la Corte Constitucional a lo largo de toda su jurisprudencia.
6. CORTE CONSTITUCIONAL, Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-531, noviembre 11 de 1993.
7. Cfr. ROBERT ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 135-138. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Op. Cit.*, en particular el capítulo 6. La concepción ha dado igualmente relieve a las teorías de la argumentación jurídica, sobre las cuales podrá consultarse en ROBERT ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, y *Teoría del discurso y derechos hu-*

manos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

8. Toda vez que la mayor parte de la regulación de la acción de tutela se encuentra en este decreto, si de él se trata, en el texto sólo haremos referencia al artículo.

9. Así el demandante cuenta con tres días para corregir la solicitud, la autoridad ante quien se interpone la tutela cuenta con tres días para rendir informe o documentación, otros tantos cuando se requiera información adicional y, en fin, entre la presentación de la solicitud y su definición no podrán transcurrir más de diez días (artículos 17, 19, 21, y 29, decreto 2591 de 1991).

10. El decreto 2591 de 1991 había dispuesto en su artículo 11: «La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias y providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente». A su vez, el artículo 12 prescribía: «La caducidad de la acción de tutela no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación mediante otra acción, si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley». Estas normas fueron declaradas inexecutable, mediante sentencia C-543 de octubre 1 de 1992, con ponencia del magistrado Jose Gregorio Hernández.

11. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia T-501, noviembre 4 de 1994.

12. En efecto, dispone el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil: «Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes».

13. A pesar suyo, dicho principio no quedó contemplado como tal en la ley estatutaria de la Administración de Justicia.

14. La propia Constitución ha establecido en su artículo 228 que los términos procesales se observarán con diligencia y que su incumplimiento será sancionado.

15. No obstante, la Corte ha precisado que entre las medidas provisionales y el derecho por tutelar

tiene que existir un nexo de causalidad, una conexidad, de manera que resulte como indispensable para hacer efectiva la protección de los derechos vulnerados o amenazados, proveer por la suspensión del acto, por obligar a la acción (Sentencia T-162/97).

16. Cfr. ANTONIO ROCHA ALVIRA, *Derecho Probatorio*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987, pp. 49 y ss., y 76 y ss.

17. A pesar de los irreprochables fines que esta jurisprudencia perseguía, como veremos más adelante, el pronunciamiento, cuanto menos en derecho resultó ineficaz, pues los derechos que fueron tutelados se supeditaron a la decisión final del juez administrativo, que ha respondido tradicionalmente a otros conceptos y que, además, jamás se sintió obligado o inspirado por la interpretación de la Corte y, por supuesto, falló declarando válido el acto administrativo.

18. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-535/92.

19. Así, en Sentencia T-018 de enero 30 de 1995 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada entre otras en la Sentencia T-297 de 1996, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional denegó una tutela, tanto por su improcedencia formal, justificada en el hecho que los derechos nacidos de convenciones colectivas de trabajo no eran en principio tutelables a través de esta acción, sino también por su improcedencia material, en tanto los derechos convencionales reconocidos y cuya protección se impetraba a través de tutela, violaban los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. El derecho invocado consistía en la preferencia que los hijos de los trabajadores oficiales de cierta entidad pública, de suceder a su padre en caso de su muerte o retiro por antigüedad. La Corte estimó entonces que tal estipulación, resultaba contraria al Estado democrático, a los principios que rigen la función administrativa y, por sobre todo, violatorios del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

20. Sentencia T-397/93, ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

21. Sentencia T-138/93, ponente Antonio Barrera Carbonell.

22. Sentencia T-492/92, ponente José Gregorio Hernández Galindo.

23. Sentencia T-06/92, ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

24. Auto de 1 de septiembre de 1994, ponente Jorge Arango Mejía.

25. Sentencia T-164/93, ponente Alejandro Martínez Caballero.
26. *Compendio de derecho procesal*, 1985, p. 107.
27. En este evento, podría estimarse, de algún modo la sentencia de tutela puede tener *materialmente* efectos que superan el interés de las partes, toda vez que las prevenciones hacia el futuro, si se predicen de la persona a quien se le ha causado el agravio, en igual sentido serían predicables en casos análogos. Así, en estricto sentido o aplicación, la autoridad se abstendrá de actuar en tal sentido, no sólo con aquel a quien le ha sido tutelado el derecho, sino con todos aquellos frente a los cuales se presenten iguales circunstancias.
28. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, "La acción de tutela y la responsabilidad del Estado". En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa*, tomo 11, *Liber amicorum*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 229 y ss.
29. *ibid.*, pp. 272-275.
30. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Alejandro Martínez Caballero, Sentencia T-443 de octubre 3 de 1995.
31. CORTE CONSTITUCIONAL, Alejandro Martínez Caballero, Sentencia T-032, febrero 2 de 1994.
32. CORTE CONSTITUCIONAL, Jorge Valencia Arango. Sentencia T-082, marzo 1 de 1994.
33. HERNANDO DEVLIS ECHANDÍA, *Compendio de Derecho Procesal*, tomo 1, *Teoría del Proceso*. Bogotá: Editorial ABC, 1985, pp. 499 y ss.
34. Artículos 184 y 150 del Código Penal Colombiano, respectivamente.
35. Así, en: CORTE CONSTITUCIONAL, Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia C-243 de 1996.
36. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-382 de 14 de septiembre de 1993.
37. Subyace en este razonamiento y en todos aquellos que han permitido la tutela de derechos de segunda y tercera generación, la noción individual del derecho fundamental que ha prevalecido en la doctrina constitucional colombiana. Cfr. a este respecto, NÉSTOR OSUNA, "El recurso de amparo y la acción de tutela, mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales en las constituciones española y colombiana, con especial referencia al objeto protegido", Tesis doctoral, Salamanca, marzo de 1997, pp. 231 y ss.
38. Cfr. entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-415 de junio 17 de 1992, magistrado ponente Ciro Angarita Barón, T-411 de junio 17 de 1992, magistrado ponente Alejandro Martínez

- Caballero, T-067 de febrero 24 de 1993, magistrado ponente Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.
39. MARC CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 36-37.
40. Al lado, e incluso a veces por encima del legislador, cuando profiere sentencias manipulativas e incluso interpretativas, como lo destaca SANDRA MORELLI, en el interesante artículo "¿La Corte Constitucional, un legislador complementario?" (ver nota 54, *infra*).
41. Auto de agosto 1 de 1996, magistrado ponente José Gregorio Hernández.
42. En efecto, el artículo 23 del decreto 2067 de 1991 (régimen procedimental de los juicios y actuaciones ante la Corte Constitucional) disponía: «La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explícitas en la sentencia». Mediante sentencia C-131 de abril 1 de 1993, la Corte declaró inexecutable la voz subrayada.
43. En manera alguna pretendo negar el enfrentamiento que a nivel de los altos tribunales se ha suscitado con motivo de la inserción de la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, la Corte Suprema de Justicia y en particular el Consejo de Estado, en forma por demás reiterada, desconocen los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de acción de tutela y derechos fundamentales constitucionales, situación que ha sido consecuencia no de los celos institucionales, como también del hecho de que aquéllas, se hallan aún inscritas en la tradición jurídica del derecho formal y legislativo. Sobre el particular, ver SANDRA MORELLI, *La Corte Constitucional...* *Cit.* Igualmente en la investigación adelantada por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes para el Ministerio de Justicia, denominado "La Incidencia Social de la Acción de Tutela", Serie Documentos, Bogotá: Ministerio de Justicia, febrero de 1996, se destacaron como las principales "disfuncionalidades" o problemas que se han generado en torno de la inserción y aplicación de la acción de tutela, la ineficacia de los criterios jurisprudenciales definidos por la Corte Constitucional y la falta de obligatoriedad de los

- mismos con respecto a los jueces que conocen de la tutela. Con todo, no creemos que tal conflicto haya logrado menguar con significación la importancia que para el desarrollo de la figura y para la realización de los derechos fundamentales han tenido la jurisprudencia y doctrina sentadas a través de las revisiones de los fallos de tutela.
44. Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*. Madrid: Alianza Universidad, 1994, pp. 26 y ss.
45. Cfr., entre muchas, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-426 de 1992, T-505 de agosto 28 de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, T-528 de 17 de noviembre de 1995, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, T-013 de junio 17 de 1992, T-30 de febrero 2 de 1994.
46. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-533 de 1992, T-617 de 13 de diciembre de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez, T-005 de 16 de enero de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes.
47. Consúltese sobre el particular MASSIMO LUCIANI, "Sui diritti sociali", en: *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994, especialmente pp. 95 y ss.
48. Cfr. sobre el particular el completo análisis de NÉSTOR ÚSUNA, *El recurso de amparo y la acción de tutela...* *Cit.*, pp. 327 y ss.
49. Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-426, T-181, T-293, T-402 de 1992 y T-476 de 1993, entre otras muchas.
50. Esta experiencia no sólo se ha vivido en el caso colombiano, pues, como sabemos, ha sido el resultado de la creación misma del tribunal constitucional en Alemania, Italia y España, conse-

- cuencia inevitable, diríamos nosotros, de la inserción del Estado constitucional. Cfr. JOSÉ LUIS CASCAJO y VICENTE GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 79 y ss.
51. Aludimos aquí a las posibles situaciones que pueden presentarse cuando un juez dicta una sentencia: aplicar el derecho y crearlo. Cfr. MANUEL ATIENZA, *Los límites de la interpretación constitucional*, policopiado, s.m.d.
52. En este orden, se destaca la sentencia atrás en cita, SU-039 de febrero 3 de 1997, cuando la CORTE CONSTITUCIONAL llamaba al juez de lo contencioso administrativo a incluir prioritariamente dentro de la evaluación sobre la procedencia de la suspensión provisional, la confrontación de la norma acusada con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales.
53. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1984, pp. 172-173.
54. Sentencia C-543 de octubre 1 de 1992, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. Comentarios sobre tan controvertible fallo en SANDRA MORELLI, "La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?", en: *Memorias Congreso Internacional Derecho público, filosofía y sociología jurídica: perspectivas para el próximo milenio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, 1996.
55. Esperemos, por cierto, que un proyecto de reforma del decreto 2591 de 1991, inmerso dentro de la desesperada corriente de la tradición y con el que se pretende cortar a la figura espacios de debate judicial, prospere en los próximos debates.
56. KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 28-29.