

## EL RÉGIMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA COLOMBIANA

Néstor OSUNA PATIÑO  
Juan Carlos UPEGUI MEJÍA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve justificación de la clasificación tripartita de las causales de procedencia de la acción de tutela*. III. *Causales genéricas de procedencia de la acción de tutela*. IV. *Causales de procedencia de la acción de tutela contra particulares*. V. *Causales específicas de procedencia contra decisiones judiciales*. VI. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Constitución de 1991, varios asuntos jurídico-políticos se transformaron en el Estado colombiano. Uno de ellos es, sin asomo de duda, el relacionado con la reciente idea, en las culturas jurídicas latinoamericanas, del llamado “derecho procesal constitucional”.<sup>1</sup>

\* Profesores de derecho constitucional. Colombia.

<sup>1</sup> Sobre el tema la literatura es abundante y las aproximaciones variadas. En Colombia, desde 1994, Ernesto Rey Cantor le propuso a la doctrina local el siguiente concepto: “El derecho procesal constitucional es un conjunto de principios y normas jurídicas contenidas en la Constitución y la ley, que regulan los procesos constitucionales y los procedimientos constitucionales, cualquiera que sean los órganos encargados de preservar con justicia la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos humanos”. Varios autores, en Ferrer Mc-Gregor, E. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, p. 2959. Gozáini propone a su vez el siguiente: “la ciencia procesal constitucional se explica a partir de la relación que existe entre el proceso y la Constitución; vale decir, cómo se aplican las garantías judiciales de la norma fundamental en los procesos entre partes”, en Gozáini, Osvaldo, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Calzón, 2006, p. 9.

La creación de una jurisdicción especializada en asuntos constitucionales, aunada al reconocimiento de una generosa serie de acciones propias de lo “constitucional”, le imprimieron a la disciplina un impulso denodado y sin precedentes en el constitucionalismo colombiano. Esta situación ha supuesto también un reacomodo en el sistema de control del poder y de garantía de la libertad, como notas definitorias de todo Estado constitucional; no sólo en términos de la eminencia política que han cobrado los jueces constitucionales<sup>2</sup> para efectos de proteger derechos en casos concretos, modificar injusticias crónicas y generalizadas, alterar las funciones “ordinarias” de la administración, corregir políticas públicas o modificar el contenido de las leyes, sino también, en términos de perfeccionamiento del régimen jurídico de los derechos fundamentales y de los derechos colectivos, tanto en los aspectos sustantivos como en los procesales, merced a una práctica sostenida de creación jurisprudencial de derecho.

Por otra parte, la importancia de la conexión entre los aspectos procesales y los sustantivos en el plano de lo constitucional ha sido, por fortuna, una nota característica de la emergencia del “derecho procesal constitucional” en Colombia. Normas constitucionales y legales han prescrito, sin avaricia, la efectividad de los derechos constitucionales y la prevalencia del derecho sustantivo.<sup>3</sup> Hasta el momento es posible aceptar que esa

<sup>2</sup> El sistema de control de constitucionalidad en el estado colombiano es difuso. Esto es así por dos razones: a) la existencia de la figura de la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4o. de la Constitución), que es obligatoria para todos los jueces y supone que, en caso de incompatibilidad entre una norma de la Constitución y otra norma, el juez debe inaplicar esta última; y b) la existencia de múltiples acciones constitucionales, y en especial, la tutela (para la protección de los derechos fundamentales, artículo 86 de la Constitución) y la popular (para la protección de los derechos colectivos, artículo 88 de la Constitución) que son tramitadas por todos los jueces (los ordinarios y los de lo contencioso administrativo) en procesos de dos instancias.

<sup>3</sup> El artículo 2o. de la Constitución de 1991 establece: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...” A su vez, el artículo 228 establece: “La administración de justicia es función pública. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”. Por su parte el artículo 3o. del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, establece: “Principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principio de publicidad, prevalencia del derechos sustancial, economía, celeridad y eficacia.” Asimismo, el artículo 5o. de la Ley 472 de 1998, reglamentaria de las acciones populares para la defensa de los derechos colectivos, establece: “Trámite. El trámite de las acciones reguladas en esta ley se desarrollará con fun-

doble voluntad, del constituyente y del legislador, ha sido honrada con fidelidad por la Jurisprudencia.

En este escrito buscamos apuntalar estos elementos característicos del constitucionalismo colombiano contemporáneo (la eminencia política del juez, la transformación del sistema de control del poder y de garantía de la libertad, la creación jurisprudencial del derecho, y la intensa conexión entre los aspectos sustantivos y procesales del derecho constitucional) en un punto concreto del régimen jurídico de la acción de tutela: la procedencia de la acción. Para estos efectos hemos reagrupado los eventos o causales de procedencia en tres grupos: *a)* las causales genéricas de procedencia; *b)* las causales de procedencia contra particulares, y *c)* las causales específicas de procedencia contra decisiones judiciales.

Consideramos que la valoración de la procedencia en cada uno de estos eventos ofrece elementos para una intensa reflexión desde lo filosófico, lo político y lo jurídico. De estas conexiones intentaremos dar cuenta durante el desarrollo del escrito.

## II. BREVE JUSTIFICACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LAS CAUSALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Constitución de 1991 estuvo inspirada, entre muchos factores, por la urgencia de superar la difícil situación relacionada con un deplorable déficit histórico en materia de reconocimiento, respeto, garantía y promoción de los derechos humanos. Años de autoritarismo, de bloqueo en el sistema político, de profundización de las desigualdades y, en general, de las más variadas formas de violencia, llevaron al pueblo colombiano a replantear algunas de sus instituciones jurídico-políticas. Fruto de esta reflexión, acompañada por el diálogo con las culturas constitucionales foráneas, terminó por perfilarse un interesante y mestizo sistema de garantías de la Constitución. Este sistema fue conformado por tres grandes elementos: las garantías normativas, las garantías judiciales, y las garantías institucionales de control. En algunos aspectos estas garantías replican las conquistas del constitucionalismo occidental: rigidez constitucional, independencia judicial, acciones judiciales especiales para la defensa de

damento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia...”.

los derechos fundamentales, *ombudsman*, etcétera. En otros, dichas garantías tienen una impronta propia y obedecen a la particularidad del desenvolvimiento del constitucionalismo colombiano.

Entre los elementos singulares, y para aterrizar el discurso en el tema que nos convoca, está el diseño procesal de la acción de tutela. Nos interesa destacar tres de esos elementos: *a)* que todos los jueces de la República tienen jurisdicción para resolver acciones de tutela, en un proceso que se surte en dos instancias; *b)* que sobre algunas decisiones de tutela, la Corte Constitucional ejerce el poder discrecional de revisión para, entre otros efectos, fijar la jurisprudencia en la materia, y *c)* que la acción de tutela fue diseñada como un mecanismo genérico para la defensa de los derechos fundamentales subjetivos frente a cualquier tipo de persona sea pública o privada (con algunos límites) y frente a cualquier evento, acto, hecho u omisión (de la administración, de la judicatura, de ciertos particulares). A pesar de que estas notas definitorias merecen ser precisadas, y no será éste el espacio para ello, su enunciación nos permite esbozar, al menos, un principio de razón respecto de la clasificación tripartita propuesta.

En primer lugar, la acción de tutela contra las autoridades públicas (del Ejecutivo y de la administración) aparece como la regla general; en eso se respeta el origen histórico de los derechos fundamentales, entendidos alguna vez como libertades públicas, como derechos de defensa contra el Estado; pero su consideración general no se restringe solamente a estas hipótesis, y cualifica también las siguientes. En segundo lugar, la acción de tutela contra particulares aparece como una consecuencia de la asimetría en la distribución del poder y de la pérdida de la lógica de paridad o de horizontalidad entre los particulares. El poder empresarial y la concurrencia de los particulares en la prestación de servicios públicos son evidencia suficiente. En tercer lugar, aparece la acción de tutela contra decisiones judiciales, también inspirada en la misma idea del control del poder público, incluso cuando éste es detentado por la judicatura. En este punto la reflexión jurídico-política no ha estado exenta de difíciles tensiones, ni de los celos respectivos entre las distintas cortes que ostentan, y han ostentado, una importante dosis de poder en el marco institucional del Estado colombiano. Después de esta breve justificación, entramos en materia.

### III. CAUSALES GENÉRICAS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Una aproximación elemental a las causales genéricas de procedencia de la acción de tutela nos lleva a identificar dos tipos de reglas: las reglas en sentido positivo, que definen los elementos que deben concurrir para que la acción de tutela sea procedente, y las reglas en sentido negativo, que definen algunos eventos en los cuales la acción de tutela es improcedente.

Las reglas en sentido positivo suponen la identificación de al menos cinco elementos que se desprenden directamente del artículo 86 de la Constitución:<sup>4</sup> *a*) titularidad del derecho; *b*) legitimación procesal informal; *c*) carácter fundamental del derecho; *d*) conducta activa u omisiva que suponga la existencia de una amenaza o una vulneración al derecho, y *e*) finalidad de protección inmediata del derecho.<sup>5</sup>

Las reglas en sentido negativo están señaladas en el artículo 60. del decreto ley 2591 de 1991, e indican algunos eventos especiales de improcedencia, a saber: *a*) cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, con la excepción: de que la acción se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; *b*) cuando para la

<sup>4</sup> El artículo 86 de la Constitución dispone: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

<sup>5</sup> Las clasificaciones sobre estos elementos varían en la doctrina local, así por ejemplo, Alfonso Vanegas Castellanos los reagrupa bajo la rúbrica de los “criterios de procedencia sustancial”, entre los que reconoce: “la situación de hecho, la conducta de acción o de omisión que afecta el derecho fundamental ...la identificación del o de los derechos vulnerados, ...la incidencia de la acción u omisión en la lesión o amenaza, y ...el objeto o intención que mueve al interesado...”. Vanegas, Alfonso, *Teoría y práctica de la acción de tutela*, Bogotá, Dike, 2006, p. 134.

protección del derecho se pueda invocar el hábeas corpus; c) cuando se persiga la protección de derechos colectivos, con la excepción: de evitar un perjuicio irremediable; d) cuando la violación del derecho originó un daño consumado, y e) cuando se intente contra actos de carácter general y abstracto.

A estas reglas en sentido negativo hay que agregar una de carácter jurisprudencial, relacionada con el llamado principio de inmediatez: la acción de tutela sólo procede cuando exista una relación de oportunidad, en términos temporales, entre la amenaza o la vulneración y la protección eventual del derecho. En este sentido, los efectos de actos u omisiones, que alguna vez tuvieron la entidad de vulnerar derechos, no pueden ser conjurados después de transcurrido un término razonable.<sup>6</sup> Esta posición jurisprudencial le ha permitido al juez constitucional manejar con flexibilidad el tema de la oportunidad, pues la acción de tutela no está sometida a un término de caducidad, pero su ejercicio no puede desvincularse de su función primordial: la protección inmediata de los derechos fundamentales, ni tampoco puede desfigurar su naturaleza procesal: servir de mecanismo subsidiario de naturaleza típicamente cautelar.

La aplicación de las reglas que integran las causales genéricas de procedencia no ha estado exenta de problemas; intensísimos debates se han cernido sobre su correcta aplicación. En el presente escrito nos concentraremos en describir brevemente dos de esos debates, los relacionados con: a) la legitimación procesal informal, y b) la excepción a la improcedencia de la tutela, cuando la misma se emplea como mecanismos transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pese a la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales

### 1. *La legitimación procesal informal*

La legitimación procesal en la acción de tutela está caracterizada por la informalidad. Nota definitoria que deriva directamente del artículo 86

<sup>6</sup> Sobre el punto, por ejemplo José Barreto ha precisado que “la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela...”. Barreto Rodríguez, José, *Acción de tutela, teoría y práctica*, 3a. ed., Bogotá, Legis, 2001, p. 333.

de la Constitución, reforzada por el decreto ley que lo reglamentó,<sup>7</sup> y que ha conocido un importante impulso en la jurisprudencia. La legitimación procesal se configura por alguna de las siguientes cinco vías: *a)* el ejercicio directo de la acción, sin necesidad de abogado o de representante legal, por parte del titular de los derechos fundamentales que se vean amenazados o vulnerados; *b)* el ejercicio directo de la acción por parte de representante legal, en el caso de personas jurídicas, menores, incapaces absolutos, interdictos, etcétera; *c)* el ejercicio por interpuesta persona mediante la figura del apoderamiento, caso en el cual el apoderado necesariamente debe ser abogado; *d)* la presentación de la acción por parte de un agente oficioso, bajo circunstancias especiales, y *e)* la presentación de la acción por parte del defensor del pueblo o de su delegado en el nivel local.

Este abanico de posibilidades tiene varios elementos notables, los cuales son: *i.* cualquier persona, sin distinción de edad, sexo o nacionalidad, puede interponer acciones de tutela directamente; *ii.* la prueba de la existencia de la representación legal está caracterizada también por la informalidad y puede ser sumaria; *iii.* si el actor decide acudir a un tercero para la defensa de sus derechos, éste debe ser necesariamente abogado,<sup>8</sup> sin embargo, los poderes que este último allegue al expediente se presumirán auténticos (en este sentido, no se requiere el reconocimiento de firmas ante notario o autoridad competente);<sup>9</sup> *iv.* la agencia oficiosa no supone la existencia previa de una relación formal (contractual o de parentesco)

<sup>7</sup> El artículo 14 del Decreto Ley 2591 de 1991, es emblemático: “Contenido de la solicitud. Informalidad. ...La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente...”.

<sup>8</sup> Así lo determinó la Corte, a pesar de que no existía una disposición expresa en la materia, en la sentencia T-550 de 1993. Entre las razones aducidas están la responsabilidad institucional que supone el acto de apoderamiento judicial y la sanción del artículo 38 del Decreto Ley 2591 de 1991, sobre ejercicio temerario de la acción de tutela, que aplica solamente para los apoderados, solo bajo el entendido de que estos sean abogados en ejercicio.

<sup>9</sup> En efecto, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, establece: “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

entre el agente oficioso y la persona agenciada, sin embargo, en estas hipótesis es necesario: que el agente oficioso manifieste que actúa en tal condición, que se pueda establecer por cualquier medio que el titular del derecho no está en condiciones físicas, mentales o culturales para promover su propia defensa, y que la demanda sea ratificada por el agenciado, cuando esto sea posible según los hechos del caso,<sup>10</sup> y v. en el caso de acciones de tutela interpuestas por el defensor del pueblo (o por el personero municipal delegado), éste será, junto con el titular de los derechos afectados, parte en el proceso; la procedencia en estos eventos supone la existencia de una petición expresa y previa de cualquier persona respecto del eventual ejercicio de la acción, salvo que el afectado se encuentre en situación de desamparo o indefensión.<sup>11</sup>

La habilitación procesal del defensor del pueblo, o de sus delegados en los niveles locales, es una particularidad del sistema de garantías institucionales y de control de los derechos fundamentales en Colombia. La figura del ombudsman en Colombia, además de bifurcarse en los cuerpos que integran el Ministerio Público (Defensoría y Procuraduría), se compone bajo una serie importante de competencias específicas relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y colectivos; entre ellas, destacamos la relacionada con la activa intervención que les impone la ley y la Constitución en diferentes procesos judiciales, en especial en los relacionados con el ejercicio de acciones constitucionales.<sup>12</sup>

## *2. La tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*

La existencia de esta excepción a la improcedencia de la acción en aquellos casos en que existen otros recursos o medios de defensa judicia-

<sup>10</sup> Sobre estos requisitos se pronunció la Corte Constitucional con profundidad en la sentencia T-531 de 2002.

<sup>11</sup> Estas hipótesis fueron consideradas en el Decreto Ley 2591 de 1991, en cuyo artículo 46 se establece: “Legitimación. El Defensor del Pueblo podrá sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión”.

<sup>12</sup> La definición de las competencias más importantes del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo) tienen rango constitucional, como puede apreciarse, entre otros, en los artículos 257 y ss. de la Constitución.

les se justifica por dos características del diseño constitucional de la acción de tutela: la subsidiariedad, que supone una suerte de confianza en los otros mecanismos judiciales de protección (que deben estar inspirados también por el principio de eficacia de los derechos fundamentales) y la dimensión cautelar, bajo la idea de que la acción de tutela funciona como un mecanismo de protección inmediato ante la urgencia que supone la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales.

No obstante, la propia Constitución sometió la subsidiariedad y la oportunidad de la intervención cautelar a la necesidad de que el ejercicio de la acción se persiga con el fin de “evitar un perjuicio irremediable”. La definición del perjuicio irremediable ha sido sede de interesantes debates; de hecho, el ensayo de una interpretación auténtica por parte del legislador delegado fue declarado inconstitucional al encontrarse que supeditaba el perjuicio a una valoración monetarista, concepción extraña al tipo de intereses que involucran los derechos fundamentales.<sup>13</sup> Ante la necesidad de definir en qué circunstancias se presentaba una amenaza de “perjuicio irremediable”, la Corte, por vía de doctrina,<sup>14</sup> entró a precisar el asunto, y consideró que un caso semejante suponía la concurrencia de cuatro elementos: *a)* la inminencia del perjuicio; *b)* la urgencia de las medidas requeridas para conjurarlo; *c)* la gravedad del perjuicio, y *d)* la impostergabilidad de la tutela. Postura jurisprudencial que se ha mantenido inalterada hasta la fecha.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> En efecto el inciso segundo del numeral primero del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991, disponía: “Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. Este aparte fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 1993.

<sup>14</sup> Esta doctrina fue fijada en la histórica sentencia T-223 de 1993.

<sup>15</sup> Esto se puede advertir en varias de las últimas sentencias en que la Corte se ha pronunciado sobre el punto, como por ejemplo, el caso de la sentencia T-580 de 2006, donde la Corte considera que en los hechos del caso no se verificaron las históricas hipótesis, y por tanto, decidió declarar la improcedencia de la acción de tutela. A pesar de su persistencia, esta doctrina ha sido blanco de merecidas críticas, como la formulada por Néstor Raúl Correa, para quien la “configuración” de la Corte “no es feliz”, por las siguientes razones: “Primero, no se trata de una definición sino de una enumeración de características. Segundo, la definición de inminente corresponde más a perjuicio cierto, que es un concepto diferente, pues lo inminente es un fenómeno de tiempo y lo cierto es un fenómeno probatorio o de certeza. Tercero, se confunden las características del remedio, pues una cosa es la configuración de la violación del derecho y otra es la reparación al mismo. Cuarto, se concentró en el perjuicio y dejó de lado lo irremediable.” Así, en Co-

Una vez que el juez verifica que están satisfechas estas condiciones, debe continuar con el examen sobre el fondo del asunto, que por lo general estará estrechamente relacionado con la valoración de los elementos del “perjuicio irremediable”. Si encuentra que hay mérito para conceder la tutela, su orden estará mediada por la modalidad del carácter transitorio. Esto significa que la orden de amparo debe permanecer vigente hasta que sea resuelto el recurso o se surtan los efectos del mecanismo judicial ordinario y principal. Si la acción ordinaria no ha sido promovida aún, el juez supeditará la vigencia de su orden de amparo a su ejercicio; si pasados cuatro meses no es incoada la acción ordinaria, la orden de amparo pierde vigencia.<sup>16</sup>

Sobre la modalidad transitoria también se han presentado debates interesantes, en especial el relacionado con la posibilidad (o la obligación) de que el juez de tutela adecue la solicitud de amparo según los hechos del caso. Sobre el punto, la Corte Constitucional ha sido enfática en defender la informalidad de la acción, así como el principio de eficacia de los derechos fundamentales. Según estas consideraciones, la no invocación expresa en la solicitud de amparo de la modalidad “transitoria” no puede conducir a la improcedencia *per se* de la acción, sino que existe para los jueces de tutela un deber oficioso de adecuar la solicitud a la modalidad pertinente, ya sea como mecanismo transitorio o definitivo.<sup>17</sup>

rrea Henao, Néstor, *Derecho procesal de la acción de tutela*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2001, p. 123.

<sup>16</sup> Como lo dispone el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991, “La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no se instaura, cesarán los efectos de este”.

<sup>17</sup> Sobre el punto, en la sentencia T-961 de 2002, consideró la Corte: “...la protección constitucional de los derechos fundamentales, una vez ejercida la acción de tutela, no puede hacerse depender de la invocación o no del mecanismo tutelar como transitorio, como si se tratara de un requisito *sine qua non* para la protección efectiva de los derechos involucrados. En efecto, si el juez constitucional advierte que la parte actora no invoca el amparo en alguna de las modalidades en que se concede (de manera transitoria o de manera definitiva), y a su vez encuentra que existen razones de hecho que según el caso indiquen la vulneración de los derechos fundamentales, deberá por virtud del principio de

Un último punto sobre la cualificación del perjuicio irremediable guarda especial proximidad con el modelo del Estado social, adoptado por la Constitución de 1991, donde advertimos una intensa relación entre los elementos sustantivos de los derechos fundamentales y los aspectos procesales de la acción de tutela. En una importante decisión, la Corte Constitucional perfiló la doctrina de los llamados “sujetos de especial protección”; bajo una lectura sistemática de la Constitución advirtió que la existencia y el reconocimiento de ciertos grupos de personas que se encuentran en situaciones particulares, debido a factores de tipo físico, mental o económico, social, etcétera (menores, adultos mayores, discapacitados, mujeres en estado de gravidez, desplazados, indigentes, etcétera.) suponía también una serie de deberes especiales respecto a la protección de sus derechos. En últimas, la Corte reformula, desde la perspectiva de los sujetos, el principio de la igualdad material. Para el caso, la importancia de esta doctrina se tradujo en una revaloración de la forma de concebir el “perjuicio irremediable”, como elemento del régimen de procedencia de la acción de tutela. De tal forma que, en adelante, toda vez que una persona considerada por la Constitución como “sujeto de especial protección”, instaure una acción de tutela como mecanismo transitorio, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado con laxitud, sobre todo en materia probatoria, atendiendo la situación particular del solicitante.<sup>18</sup>

informalidad, adecuar la orden de tutela según existan o no los otros mecanismos judiciales para su protección, pero jamás declarar la improcedencia de la acción, bajo el simple argumento de que la parte actora no invocó la protección en uno o en otro sentido”.

<sup>18</sup> Sobre el punto, la Corte en la sentencia T-1316 de 2001 consideró: “...algunos grupos con características particulares, como los niños o los ancianos, pueden llegar a sufrir daños o amenazas que, aún cuando para la generalidad de la sociedad no constituyen perjuicio irremediable, sí lo son para ellos, pues por encontrarse en otras condiciones de debilidad o vulnerabilidad, pueden tener repercusiones de mayor trascendencia que justifiquen un “tratamiento diferencial positivo” ...Lo anterior explica entonces por qué, tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto”.

#### IV. CAUSALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES

Junto a unas causales genéricas de procedencia de la acción de tutela, el Constituyente de 1991 previó la posibilidad de que los particulares estuvieran obligados de manera directa por los derechos fundamentales. Para ello no fueron necesarias intensas reflexiones desde el punto de vista filosófico-político, tampoco hubo necesidad de acudir a artificios teóricos como los del “efecto horizontal” de los derechos fundamentales, propio de las culturas europeas.<sup>19</sup> La valoración política del Constituyente es simple: los particulares también están obligados por la Constitución y por los derechos fundamentales, y esta opción se concreta en una disposición específica: la que prevé la procedencia de la acción de tutela, como mecanismo genérico para la protección de los derechos fundamentales, contra los particulares.

El último inciso del artículo 86 de la Constitución es contundente: “la ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión”. Pero además, el desenvolvimiento jurisprudencial de esta disposición ha sido exitoso; tres circunstancias nos permiten afirmarlo: que la propia Constitución fijó tres eventos de procedencia directa, limitando con ello la competencia del legislador; que el catálogo de los eventos de procedencia ha sido ampliado por el legislador, y, finalmente, que la Corte Constitucional ha garantizado, por vía de control abstracto y de revisión de tutela, que “los requisitos” de procedencia no se hubieran convertido en un palo en la rueda del principio de eficacia de los derechos fundamentales.

A pesar de la apertura del régimen, en este punto, es importante resaltar que la procedencia de la acción de tutela contra particulares supone la cualificación del sujeto obligado. No en todos los casos los derechos fundamentales son oponibles entre particulares mediante el ejercicio de la acción de tutela. Si esto fuera así no tendríamos necesidad de hablar de unas “causales especiales de procedencia”, y la clasificación propuesta

<sup>19</sup> Sobre el punto véase Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; *op. cit.*, nota 1, pp. 2443 y ss.

sería inútil. Por eso es pertinente indicar que en el diseño de este régimen se invierte la regla: la acción de tutela sólo procede en ciertos y determinados eventos definidos por la Constitución y por la ley mediante un listado cerrado o *numerus clausus*. Estas causales específicas, en términos procesales, permiten identificar quiénes están legitimados en la causa por la parte pasiva, y, por tanto, quiénes están obligados por los derechos fundamentales en el marco del ejercicio de la acción de tutela.

Tales hipótesis están previstas en el artículo 42 del decreto Ley 2591 de 1991, y son las siguientes: *a*) cuando se trate de personas encargadas de la prestación de los servicios públicos de educación y de salud, así como de los servicios públicos domiciliarios; *b*) cuando se trate de personas que violen o amenacen violar los derechos relacionados con la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, y la trata de seres humanos; *c*) cuando se trate de personas que manejen bases de datos, una vez ejercido el hábeas data y este no haya sido satisfactorio; *d*) cuando se trate de personas que publiquen informaciones inexactas o erróneas que se resistan a rectificar en condiciones de eficacia; *e*) cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas, y *f*) cuando se trate de personas respecto de las cuales el peticionario esté en situación de subordinación o de indefensión.

La elección de estas causales revela una intensa valoración filosófico-política sobre distintos aspectos, resaltamos tres: *i*) el de las relaciones subyacentes de poder. Lo cual supone una remozada reflexión sobre el clásico binomio inspirador del constitucionalismo: poder-libertad. Estas causales de procedencia concretan de manera técnica la necesidad histórica de control (del poder) y de garantía (de la libertad); notas básicas del constitucionalismo; *ii*) el de la conformidad con el modelo de constitución económica adoptado. En la medida en que el constituyente adoptó un modelo económico de libre mercado, que incluye la libertad de competencia en las actividades de prestación de servicios públicos, y la libertad en el mercado de trabajo, también valoró, simultáneamente, la importancia de reconocer los derechos fundamentales como verdaderos límites reales (no imaginarios, ni teóricos) de tales actividades, y *iii*) el de la importancia social y política de la información, como un bien cuyo monopolio no corresponde al Estado. La inclusión de causales específicas de procedencia contra particulares encargados del manejo de información, ya sea mediante el uso de medios de comunicación de masas, o gracias a la disposición de centrales de información personal sistematiza-

da, supone una reflexión sobre las dinámicas propias de la sociedad de la información, incluidos sus riesgos y amenazas, ya sea para el bloqueo del sistema político, ya para el pleno goce de los derechos fundamentales.

La remozada visión de los derechos fundamentales como elementos para el control del poder privado, y la incorporación de los contenidos éticos de los derechos fundamentales en las prácticas del mercado y de la sociedad de la información han supuesto una mejora sustantiva en el lugar de estos derechos en los discursos jurídicos y políticos de la sociedad colombiana. Esto, a su vez, ha desembocado en una paulatina constitucionalización de las relaciones entre particulares (en donde anteriormente el derecho constitucional no tenía lugar) bajo los contenidos regulativos históricos de los derechos fundamentales.

Por último, nos interesa destacar, entre los desarrollos prácticos más notables de este régimen de procedencia, los siguientes: *a*) la protección especial del derecho a la salud (en todos sus componentes: consulta, diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, tratamientos, y receta de medicinas) en el marco del sistema de seguridad social en salud;<sup>20</sup> *b*) la protección especial de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones escolares privadas, no sólo del derecho a la educación, sino también de los derechos al libre desarrollo de la personalidad de los menores, al debido proceso sancionatorio escolar y a la intimidad, honra y buen nombre de los educandos; *c*) la protección especial de ciertos derechos asociados a las relaciones laborales privadas, como los derechos a la maternidad, algunas prestaciones sociales y en casos críticos, el pago oportuno de los salarios, y, por último, *d*) la protección especial del derecho al buen nombre, a la intimidad y al hábeas data, en el contexto de la sociedad de la información, frente a prácticas agresivas de comunicación difícilmente controlables, y a manejos oportunistas o indebidos de todo tipo de información personal.

#### V. CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDENCIA CONTRA DECISIONES JUDICIALES

Por último, nos ocupamos de las causales específicas de procedencia contra decisiones judiciales. La historia de estas causales ha conocido un

<sup>20</sup> El sistema de seguridad social en salud en Colombia es mixto, que concurren a la prestación del servicio público, tanto personas jurídicas de derecho público, como particulares (artículos 48 y 49 de la Constitución, desarrollados por la Ley 100 de 1993).

camino accidentado como pocos.<sup>21</sup> Es aún (junio 2007) uno de los temas que más polémica suscita entre jueces, legisladores y académicos, y donde el debate no está exento del celo que implica la reserva del poder. Además de este succulento ingrediente, el tema de la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales descansa sobre elementos de la tradición jurídica colombiana muy resistentes a la transformación filosófico-jurídica que supuso la entrada en vigencia de la Constitución y su sistema axiológico. La reserva sobre la autonomía judicial, una visión conservadora de la seguridad jurídica, y la indefinición respecto a la existencia de un órgano de cierre del sistema han condimentado el escaso entendimiento logrado sobre el punto.

La posibilidad de que la acción de tutela procediera contra decisiones judiciales estaba prevista en el decreto 2591 de 1991, y, en principio, el propio texto del artículo 86 de la Constitución la consideraba como una alternativa del todo posible. No obstante, mediante una histórica sentencia, la Corte Constitucional, en una decisión (4-3),<sup>22</sup> decidió declarar inexecutable tales artículos, cerrando la puerta de la procedencia. Sin embargo, en la parte motiva de la sentencia, la propia Corte abrió una pequeña claraboya: la posibilidad de que la acción de tutela procediera contra las “actuaciones de hecho” de los funcionarios judiciales. Este pequeño tragaluz que parecía un simple *obiter dicta* ante la impronta de la decisión de inexecutable, inspirada en la defensa de los principios de autonomía e independencia judicial, del valor de la cosa juzgada, y de la eminencia de la seguridad jurídica, fue convirtiéndose con el paso de los años en un verdadero boquete. La idea de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales cobró un impulso inusitado con la acuñación de la llamada doctrina de la vía de hecho judicial hacia el año 1994. Un concepto traspolado del derecho administrativo, que supone la

<sup>21</sup> Una buena reconstrucción de la historia de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, así como de los argumentos que han caracterizado el debate puede verse en Botero Marino, Catalina, “Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Anuario Precedente*, Cali, Icesi, 2002. Igualmente en Quinche Ramírez, Manuel, *Vías de hecho Acción de tutela contra providencia*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

<sup>22</sup> Desde su integración, en febrero de 1992, y durante el primer año de sesiones, la Corte Constitucional estuvo integrada por siete magistrados, dos menos que los actuales nueve. Lo que explica que en este asunto la mayoría simple, regla para la toma de las decisiones de dicha Corte, fuera de cuatro votos.

cualificación de la decisión judicial, como una no decisión, en la medida en que la misma se aparta de manera total del derecho en que debe soportarse y al que le debe su condición.

La Corte Constitucional con el paso de los años, y ante la verificación de injusticias supinas, vulneraciones insoportables de los derechos fundamentales, y necesidad de unificar criterios en materia de derechos fundamentales en puntos de conocimiento de las otras jurisdicciones (ordinaria y administrativa), ha consolidado la doctrina de la vía de hecho, a partir de otra teoría: la de los llamados “defectos”. Esta teoría, indicada por primera vez en un decisión de 1994, enlistó, en cuatro, los posibles errores que podían engendrar una “vía de hecho judicial”: cuando la decisión no se fundamenta en las normas sustantivas aplicables al caso (defecto sustantivo), cuando no se fundamenta en pruebas debidamente practicadas y valoradas (defecto fáctico), cuando se produce pretermitiendo una etapa procesal (defecto procedimental), y cuando se profiere por un juez incompetente (defecto orgánico).

Hacia 2003 la continua reflexión jurisprudencial sobre la doctrina de la “vía de hecho” y sobre la llamada “teoría de los defectos” condujo a la Corte a examinar la materia desde la perspectiva de la procedencia de la acción. Este matiz, en la perspectiva asumida, intentó reconfigurar el entendimiento de la complejidad del problema en términos jurídico-políticos, bajo una lectura puramente procesal del fenómeno. Aceptando como hecho bruto la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales en casos específicos y extraordinarios (ya bajo la idea de una supuesta vía de hecho, o aplicando la teoría de los defectos), la Corte optó por red denominar tales hipótesis después de un estudio sistemático de su jurisprudencia, bajo el entendimiento de que las mismas constituían, sin más, causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Esta postura fue adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia T-441 de 2003, en donde consideró: “La acción de tutela procede contra decisiones judiciales que violen derechos fundamentales, como se desprende de la Sentencia C-543 de 1992. Este es el criterio básico que subyace a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. ...A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede (*sic*) identificarse diversas situaciones genéricas de violación de la Constitución que autoriza la procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales, incluidas las sentencias”. Reiterada entre otras en las sentencias T-461, T-462, T- 589 y T-685 de 2003.

Estas causales son las siguientes:

- a) Desconocimiento de las normas sustantivas y procesales de rango legal o infralegal en que debía fundarse.
- b) Graves falencias en el soporte fáctico.
- c) La inducción en error del funcionario judicial.
- d) Insuficiente motivación.
- e) Desconocimiento del precedente judicial, cuando el mismo ha sido invocado en el proceso.
- f) Violación directa de la Constitución, cuando ésta es evidente, o cuando el juez omite aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una solicitud expresa.

Las ventajas dogmáticas de estas causales especiales de procedencia son varias, resaltamos al menos tres: *a)* supone el abandono del problemático concepto de “vía de hecho”, que supone una descalificación de las decisiones judiciales y una peligrosa proximidad con distintos regímenes de responsabilidad (el disciplinario, e incluso el penal). Esto permite relajar las tensiones entre las diferentes jurisdicciones, y ofrece condiciones para una lectura más fiel de los fenómenos jurídicos; *b)* permite poner de nuevo el acento sobre el objeto primordial de la acción de tutela: la protección efectiva y oportuna de los derechos fundamentales. En la medida en que traslada a la procedencia los posibles juicios sobre la ilegalidad o la arbitrariedad de la decisión judicial cuestionada, y deja para más adelante, para la discusión de fondo, el asunto relacionado con la vulneración de los derechos fundamentales. En este punto, la herramienta de las causales de procedencia permite distinguir, en algunos eventos, los asuntos propiamente legales de los estrictamente constitucionales. Esto favorece el respeto de la autonomía judicial y de las competencias de los jueces ordinarios, y salva la acción de tutela de un uso indebido o indiscriminado, y *c)* descansa sobre uno de los postulados jurídico-políticos de la Constitución de 1991: todo poder debe estar sometido a un sistema de controles, mediado por un sistema de garantías, incluso, el Poder Judicial.<sup>24</sup> Con esto se disuelve la idea de un improcedencia general de la ac-

<sup>24</sup> La ampliación de estos argumentos puede verse en Upegui Mejía, Juan Carlos, “Acción de tutela contra providencias judiciales, la superación del concepto de vía de he-

ción de tutela contra decisiones judiciales, sin que se rompa la unidad axiológica de la constitución que supone la necesidad de proteger la autonomía y la independencia judicial, y la cosa juzgada, gracias a la idea de la excepcionalidad, y de una formulación positiva, restringida a ciertos y determinados eventos, de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

## VI. CONCLUSIONES

El régimen de procedencia de la acción de tutela en Colombia está diseñado bajo la idea de que dicha acción constituye un mecanismo general y comprensivo para la defensa de los derechos fundamentales. Su inspiración se soporta en dos postulados básicos del constitucionalismo contemporáneo: el control del poder, de todo tipo, y la necesidad de un sistema eficaz de garantías para los derechos. En el caso de las causales generales de procedencia se concentran los requisitos procesales básicos del ejercicio de defensa judicial de los derechos fundamentales; esto supone que tales requisitos deben concurrir en todo caso, incluso cuando la acción de tutela se promueva contra particulares o contra decisiones judiciales. En el caso de las causales de procedencia contra particulares, la reflexión jurídico-política está orientada por la verificación de la existencia de fuerzas poderosas en el seno de la sociedad y por la decisión deliberada de someterlas a la ética de los derechos fundamentales, independientemente de la naturaleza de esos centros de poder privado: económico, mediático, fáctico. En este punto luce como evidente la especial conexión entre los elementos procesales de la acción de tutela y una valoración sustantiva de la libertad y de la eficacia de los derechos fundamentales. Finalmente, en el caso de las causales de procedencia contra decisiones judiciales, se recrea la pericia y el ingenio de la jurisprudencia para generar un marco dogmático, anclado en conceptos típicos del derecho procesal constitucional, para resolver situaciones que al estar asociadas a la vulneración de los derechos fundamentales, así sea por parte de los miembros de la judicatura, no pueden quedar al margen del sistema de control del poder como nota característica del Estado constitucional.

cho”, en *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.