

## LA ACCIÓN DE TUTELA Y LOS MEDIOS JUDICIALES ORDINARIOS DE DEFENSA DE LOS DERECHOS

Néstor Raúl CORREA HENAO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primera parte: el carácter subsidiario de la acción de tutela*. III. *Segunda parte: las excepciones al carácter subsidiario de la tutela*.

### I. INTRODUCCIÓN

Por medio de esta ponencia me permito intervenir en calidad de participante en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional.

El objetivo de este escrito es dar cuenta, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, de las relaciones entre la acción de tutela colombiana y los medios judiciales ordinarios de defensa de los derechos fundamentales de las personas.

En Europa, la tutela o amparo existe en numerosas Constituciones, destacándose los casos alemán<sup>1</sup> y español,<sup>2</sup> por cuanto ellos sirvieron de fuente material para el constituyente colombiano de 1991. En América el derecho de amparo, como señala Dueñas, “existe en Guatemala desde 1879, en El Salvador se estableció en 1886, en Honduras en 1894, Nicaragua en 1911, Panamá en 1941, Costa Rica en 1946. En el derecho

<sup>1</sup> El artículo 93, apartado 1, número 4, de la ley fundamental alemana dice que el Tribunal Constitucional Federal conoce: “de los recursos de queja por inconstitucionalidad, que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en el artículo 20, inciso 4; o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104”.

<sup>2</sup> El artículo 53.2 de la Constitución española afirma: “cualquier ciudadano podrá reclamar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1 del Capítulo 2 ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

mexicano existe desde 1857...”. En Uruguay también existe. En Argentina se expidió el 18 de octubre de 1966 la Ley sobre Acción de Amparo. Y en Brasil se conoce como *mandato de segurança*.<sup>3</sup> En Perú y Venezuela también existe el amparo. A nivel internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, la consagra en su artículo 8o., el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966, presenta una redacción similar en su artículo 2.3. La Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica,<sup>4</sup> afirma en su artículo 25.1 que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”.

La acción de tutela en Colombia es una acción judicial autónoma, de origen constitucional, para la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales, en los casos en los que no exista otro remedio judicial, es decir, es una institución subsidiaria o accesorio.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución.<sup>5</sup> El Decreto 2591 de 1991 desarrolla este precepto constitucional.<sup>6</sup>

3 Dueñas Ruiz, Óscar José, *Procedimiento en la tutela y control constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, pp. 256 y 257.

4 Del 22 de noviembre de 1969, aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos, en San José de Costa Rica.

5 Dice este artículo: “Artículo 86. 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 aquél 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 aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

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

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

6 Los artículos 6o. y 8o. reglamentan la tutela transitoria en los siguientes términos:

Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela.

La acción de tutela no procederá:

Tal vez la incidencia más significativa de la Constitución colombiana de 1991 es la creación de una nueva cultura jurídica en materia de protección de derechos fundamentales. En efecto, con la introducción de la acción de tutela se establece la posibilidad de que los jueces protejan los derechos en eventos que hasta el momento no eran objeto de preocupación judicial. Además la obligatoriedad de los jueces de velar por la aplicación efectiva de los derechos y la eliminación de la idea de derechos meramente programáticos tiene consecuencias importantes para el ordenamiento jurídico. Una de ellas consiste en que los jueces y sus interpretaciones adquieren un papel creativo de producción jurídica.

De otro lado, se han interpuesto en Colombia más de medio millón de acciones de tutelas en la primera década de existencia de este mecanismo de protección de derechos, lo que hace entrar en línea de cuenta esta pregunta: ¿en qué condiciones es posible que se generen tantas tutelas? Frente a esto hay que señalar en primer lugar que las numerosas tutelas indican que en Colombia hay una grave y recurrente violación de los derechos de las personas.<sup>7</sup> La tutela es como un espejo del país.

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (la sentencia C-018 de 1993 de la Corte Constitucional declaró constitucional esta norma. Y la sentencia C-531 de 1993 declaró inexecutable la continuación de este numeral, que decía: “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante indemnización)...”.

Artículo 80. 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 anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los afectados de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de los demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso (todo este artículo fue declarado constitucional en la sentencia C-018 de 1993).

<sup>7</sup> En Colombia hay en promedio 30.000 homicidios al año, que corresponden a 77 muertos por cada 100.000 habitantes. Aquí se practican la mitad de los secuestros del

Esta idea no es novedosa y debe ser motivo de preocupación. Mientras que en 1997 se presentaron 33.907 tutelas, en el año 2000 se instauraron 175.288, lo que implica un crecimiento del 516% en sólo tres años. La escalada paramilitar, guerrillera, oficial y la delincuencia común están generando condiciones invivibles. Los colombianos se aferran hoy a la tutela como el ahogado a una rama. Segundo, y en relación con lo anterior, en un país como Colombia, de tanta violencia y tanta exclusión política y económica, la existencia de una herramienta que hiciera de válvula de escape de los conflictos cotidianos de la gente era una prioridad nacional. La tutela es un instrumento de paz. Tercero, el alto número de tutelas presentadas muestra que en Colombia hay un malestar por la oferta de justicia. El abuso de la tutela, conocido como “tutelitis”, no es otra cosa que un síntoma de ese malestar de la cultura judicial. Y cuarto, ha habido una enorme congestión de trabajo en las Altas Cortes debido a las numerosas tutelas que allí se tramitan.

El plan de trabajo de esta comunicación es el siguiente: en una primera parte se estudia el carácter subsidiario o accesorio de la acción de tutela y en la segunda parte se abordan las excepciones a ese carácter subsidiario de este mecanismo.

## II. PRIMERA PARTE: EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

### 1. *Noción general*

Para que proceda la acción de tutela en Colombia se exigen tres presupuestos de procedibilidad: *primero*, que el derecho involucrado sea un derecho constitucional fundamental; *segundo*, que ese derecho se haya amenazado o vulnerado por acción u omisión de un agente estatal y excepcionalmente por un particular; y *tercero*, como exigencia negativa y formal, es necesario que no haya otro medio defensivo de orden legal. Es por eso que se afirma que la tutela es un mecanismo subsidiario o accesorio.

mundo. Y al lado de esta violencia extrema, existen cotidianas y permanentes expresiones menores de violación de los derechos constitucionales fundamentales.

Ahora bien, cuando no existe otro medio de defensa judicial, la acción de tutela surge como un mecanismo con un espacio propio y único. Cuando una persona decide recurrir a ella, no debe enfrentarse al dilema de ¿qué acción presentar? Si la tutela es el camino para la protección del derecho, ella es entonces el único camino para la protección del derecho. Si había otros medios de defensa judicial, entonces era porque no procedía la tutela. En otras palabras, del hecho de que la acción de tutela sea subsidiaria no se sigue que ella opere después de los otros medios de defensa sino sólo que, no habiendo otro medio defensivo de orden judicial,<sup>8</sup> la tutela pasa a ocupar el lugar de instrumento único, principal y directo de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Así lo ha señalado la Corte Constitucional: “cuando no existe medio judicial distinto para buscar la eficacia del derecho atacado o amenazado, surge la acción de tutela como *única* medida a disposición del titular de aquél... Allí reside su importancia en el contexto de las instituciones vigentes: en que otorga una salida a la que no conducen los mecanismos ordinarios”.<sup>9</sup>

Además de único, la acción de tutela es una figura autónoma. Ella tiene su propia personalidad, que no se confunde con ningún otro medio de defensa judicial.

Sin embargo, ello no implica la tutela sea extraña a la regulación jurídica tradicional, pues en algunas facetas la tutela puede tener alguna coincidencia accidental con otra rama del derecho procesal. A continuación se exploran algunas comparaciones entre la tutela y los mecanismos judiciales ordinarios de defensa de los derechos, desde el punto de vista procesal:

- La tutela es dispositiva sustancial como en civil, pues la persona puede desistir.
- La tutela es necesaria como en penal, y no contingente como en civil, pues la acción siempre nace.
- La tutela es inquisitiva como en penal, que no acusatoria, pues el juez impulsa de oficio.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-024 de 1996.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-221 de 1993. En el mismo sentido véase el fallo T-247 de 1993, T-106 de 1993, T-314 de 1994 y T-024 de 1996.

- La tutela es dispositiva procesal como el civil,<sup>10</sup> pues la persona tiene la carga de la prueba, así sea sumaria.
- La tutela no se rige por la presunción de inocencia, pues a falta de pruebas adicionales, los solos dichos del actor podrían bastar para fallar en contra del demandado, como en laboral.
- La tutela se rige por la favorabilidad, como en penal y laboral, pues en caso de duda el juez debería inclinarse por amparar el derecho.
- La tutela se rige por la *reformatio in pejus*, a diferencia del civil, penal y laboral, y a semejanza de la consulta en penal, pues el superior puede empeorar la situación del impugnante único.
- La tutela puede fallarse *ultra petita* y *extra petita*, como en laboral, pues el juez puede conceder algo no pedido o más de lo pedido por el actor.
- La tutela se refiere en principio a asuntos contra el Estado, o contra el particular que se relaciona con algo público, como en el administrativo.
- La tutela puede acabarse por una especie de conciliación, como en laboral, civil y parte del administrativo.

## 2. *Los entrecruzamientos entre tutela y medios ordinarios de defensa*

La acción de tutela tiene limitaciones. Ella es accesoria o subsidiaria, como se indicó anteriormente, lo cual significa que la tutela no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, salvo, se repite, el caso de la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, *la tutela no procede en lugar de, además de, al tiempo con o después de los otros medios de defensa judicial*. No. La tutela sólo procede *a falta de* esos otros instrumentos defensivos de orden judicial. La Corte subrayó desde 1992 el carácter accesorio de la tutela desde la célebre sentencia sobre tutela en materia de providencias judiciales.<sup>11</sup> Desde entonces ha confirmado esta línea jurisprudencial, pero con un criterio expansivo de las excepciones.

<sup>10</sup> Cfr. Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Editorial Librería del Profesional, 1998, p. 39.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

Es requisito del medio alternativo de defensa, para que desplace la tutela, que sea judicial, pues si ese otro medio es administrativo, como por ejemplo los recursos en la vía gubernativa, la tutela es procedente. Así lo señala el propio artículo 86 de la Constitución y lo reitera el artículo 9o. del Decreto 2591 de 1991. La Corte Constitucional también confirma esta afirmación: “la existencia de mecanismos administrativos para la defensa de derechos fundamentales violados o amenazados, en nada afecta la procedencia de la acción de tutela”.<sup>12</sup>

Este carácter subsidiario de la acción de tutela *es esencial, formal y negativo*: es esencial porque sin él la tutela no vive; es formal porque no proviene de la naturaleza de las cosas sino de la imposición del constituyente; y es negativo porque consiste en que algo no se presente.

Además, del hecho de que la tutela sea subsidiaria tampoco se sigue que ella sea un medio “extraordinario” de defensa de los derechos, como lo ha sostenido la Corte Constitucional.<sup>13</sup> Lo accesorio no es extraordinario, esto es, no es des-comunal o fuera de lo común o de otro grupo distinto a lo ordinario. En el mismo orden de ideas, *lo subsidiario no es sinónimo de residual*, como lo ha afirmado también la Corte,<sup>14</sup> pues la tutela, siendo subsidiaria, no es residual, ya que ella no es lo que queda después de descartar, por improcedentes, las demás acciones previstas en el ordenamiento. Igualmente creo que, no obstante ser supletoria, la tutela *no es marginal*, como la ha llamado también la Corte en el mismo fallo que se acaba de citar. La tutela en importancia se halla incluso por encima de los otros medios de defensa.

Ahora bien, me he permitido sistematizar las diferentes modalidades en las que la tutela puede entrar en fricciones con los restantes medios judiciales previstos por el ordenamiento jurídico. Al respecto se pueden identificar cinco posibilidades, como se estudia a continuación.

### A. *La tutela no reemplaza otros medios de defensa judicial*

La acción de tutela no procede *en lugar de* otros medios de defensa judicial, o sea que no los reemplaza, suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio (eficaz e idóneo) para la

12 Corte Constitucional, Sentencia T-350 de 1996, T-020 de 2.000 y T-533 de 1996.

13 Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 1993.

14 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente por su carácter accesorio. Ello implica un cierto conocimiento del menú de acciones procesales por parte de los operadores jurídicos. Es por eso en parte que se ha abusado de este mecanismo de protección, pues la gran base social y popular que recurre a diario a la tutela no tiene por qué ser experta en derecho procesal. Son los jueces los llamados entonces a poner los mojonos de esta acción. En otras palabras, la denominada *tutelititis* es en parte el precio que hay que pagar por esta dimensión subsidiaria de la acción de tutela. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela “no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece —con la excepción dicha— la acción ordinaria”.<sup>15</sup> Esta tesis ha sido reiterada en centenares de pronunciamientos de la Corte.<sup>16</sup>

En palabras de Néstor Osuna, la persona “debe analizar si existe algún cauce procesal en que tal situación pueda ser dirimida (cualquiera de los procesos civiles, laborales, contencioso administrativos, etcétera, que las leyes consagran) y sólo en cuanto no encuentre, en ese repertorio, un medio de defensa para su derecho, puede acudir subsidiariamente a la acción de tutela”.<sup>17</sup>

### B. *La tutela no adiciona otros medios de defensa judicial*

La acción de tutela no procede *además de o al tiempo con* otros medios de defensa judicial, o sea que no es simultánea, paralela, complementaria o adicional de los otros medios de defensa, ni duplica o coexiste con ellos. A diferencia del caso anterior en donde se puede presentar ignorancia del espectro de acciones judiciales posibles, aquí el punto consiste probablemente en el abuso del derecho a acceder a la administración de justicia, pues si la persona ya tiene un proceso judicial caminando o en curso, no puede alegar que desconocía los otros medios

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

<sup>16</sup> *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia T-331 de 1997, así como T-106 y 354 de 1996, SU-087 de 1999, T-414 de 1998 y T-119 de 1997.

<sup>17</sup> Osuna, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos, estudio comparativo Colombia-España*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 44.

de defensa cuando adicionalmente recurrió a la tutela. Tales abusos, cuando se comprueben, deben ser sancionados. La Corte Constitucional ha sostenido desde sus inicios que “la acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto”.<sup>18</sup> Tal postura ha sido reiterada.<sup>19</sup>

### *C. La tutela no es instancia adicional luego de haber ejercido otros medios*

La acción de tutela no procede *después de* haber ejercido los otros medios de defensa judicial, o sea que no se vuelve una instancia adicional a la segunda o única instancia de un proceso ordinario, ni tampoco se convierte en un recurso extraordinario, como la casación, la revisión o la súplica. Los procesos normalmente tiene dos instancias y excepcionalmente una única instancia, de conformidad con el artículo 31 de la Constitución. Terminada esa o esas instancias, mediante sentencia en firme o auto equivalente, el caso termina y la tutela no puede reabrir la discusión. Si la sentencia de única o segunda instancia tiene recursos extraordinarios, se deben ejercer éstos —que constituyen otro medio de defensa judicial— y no la acción de tutela, que, se repite, es subsidiaria. Tampoco procede en principio la tutela luego de ejercer y agotar los recursos extraordinarios, porque, como se indicó, se reabriría así la discusión. De lo contrario, pues, se violarían los siguientes principios o derechos: el principio del *non bis in idem*, la cosa juzgada, el derecho a acceder (y terminar de acceder) a la administración de justicia y la independencia judicial. Desde luego, este punto tiene una excepción en la denominada vía de hecho, que autoriza la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pero este caso, que es excepcional. La Corte Constitucional ha establecido desde 1992 que “si la Constitución dispone que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo hecho —*non bis in idem*—, con esa garantía procesal resulta incompatible la posibilidad de intentar acciones de tutela contra sentencias ejecutoriadas, toda vez que ello representaría la reapertura

18 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

19 Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 1996.

del proceso culminado”.<sup>20</sup> Esta postura jurisprudencial también ha sido consistente.<sup>21</sup>

### *D. La tutela no es un recurso contra providencias de otros procesos*

La acción de tutela no procede *como recurso contra* una decisión judicial adoptada en otro proceso, o sea que no es un recurso ordinario más, como una reposición o una apelación. A diferencia del subgrupo precedente, en el que el proceso se terminó, aquí el proceso está en curso y continúa su trámite. Los recursos extraordinarios, por lo mismo, encajan en el capítulo anterior, no en éste. Las providencias judiciales tienen pues recursos de reposición y apelación, que son los cauces normales y adecuados para atacar una decisión judicial. Estos recursos son naturalmente “judiciales”, y por tanto desplazan la tutela que es accesorio. La acción de tutela no puede pues reemplazar, alternar o duplicar esos medios “judiciales” de impugnación de las providencias judiciales. La Corte desde su génesis ha establecido que:

...cuando se ha tenido al alcance un medio judicial ordinario y, más aún, cuando ese medio se ha agotado y se ha adelantado un proceso, no puede pretenderse adicionar al trámite ya surtido una acción de tutela... En el sentir de esta Corte, nadie puede alegar que careció de medios de defensa si gozó de la oportunidad de un proceso y menos todavía si tomó parte en él hasta su conclusión y ejerció los recursos de que disponía.<sup>22</sup>

Esta línea jurisprudencial ha sido igualmente consistente.<sup>23</sup> Al respecto Arenas precisa que “los jueces en su actividad desarrollada en el trámite de la acción de tutela, no actúan como superiores jerárquicos de los funcionarios”.<sup>24</sup> En síntesis, si la providencia que se pretende atacar constituye una vía de hecho, no procede la acción de tutela sino que lo que opera es justamente ese otro medio de defensa judicial, o sea el recurso ordinario en el proceso respectivo.

20 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

21 Corte Constitucional, Sentencia T-077 de 1996.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

23 Corte Constitucional, Sentencias T-01 de 1999 y SU-087 de 1999.

24 Arenas Salazar, Jorge, *La tutela una acción humanitaria*, 2a. ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993, p. 149.

### E. *La tutela no es el último recurso luego de haber prescrito el otro medio*

La acción de tutela *no revive términos vencidos*, o sea que no procede como última tabla de salvación ante el acaecimiento de la prescripción o caducidad de una acción judicial. La tutela en efecto no remedia descuidos procesales ni ampara la incuria o el descuido de una persona que ha dejado vencer los plazos para interponer las acciones ordinarias. La Corte desde un principio ha señalado que si “el interesado se abstuvo de utilizar los mecanismos a su disposición, tampoco puede acudir a la institución de la tutela como última tabla de salvación de sus pretensiones, por cuanto ello implica el alegato de su propia incuria contra el principio universalmente aceptado y desvirtúa el carácter subsidiario de la acción”.<sup>25</sup> Esta postura jurisprudencial también ha sido reiterada, con una salvedad o matiz: la Corte ha indicado que si se dejó vencer el término para interponer un recurso por parte de un menor de edad (por tanto indefenso), esta regla no aplica y la tutela procede.<sup>26</sup>

## III. SEGUNDA PARTE: LAS EXCEPCIONES AL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA

Los límites de la acción de tutela tienen a su vez limitaciones, lo que comporta un retorno a la regla general, de suerte que ella procede cuando se presenta uno de estos dos casos: cuando el otro medio de defensa judicial no es eficaz y cuando se interpone la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable, como se estudia en los renglones siguientes.

### 1. *La eficacia del otro medio de defensa*

Si el otro medio de defensa judicial, llamado a desplazar la tutela, existe teóricamente pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho constitucional fundamental, él no logra excluir la tutela y ésta es entonces viable. En otras palabras, si la garantía de los derechos es me-

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-077 de 1996.

ramente retórica o formal, pero en la vida real esa garantía deja expósito al derecho, tal garantía no desplaza pues a la tutela. Entonces la existencia de otro medio de defensa judicial es necesaria pero no suficiente para desplazar la tutela, el otro medio de defensa debe ser doblemente calificado: debe ser eficaz y, adicionalmente, tan eficaz como la tutela, o, como dice la Corte, que la protección sea “al menos, como la que ofrece la tutela”.<sup>27</sup> La razón de ser de lo anterior reside en el hecho de que la Constitución, como consecuencia de establecer un Estado social de derecho, ha fijado como uno de sus altos valores y principios la protección efectiva de los derechos de las personas (artículo 2o., CN). Esta exigencia de eficacia hace que la tutela sea una protección judicial reforzada.

De paso se señala que sobre las normas meramente retóricas, pero que no son eficaces, el profesor Mauricio García ha elaborado un importante estudio denominado “la eficacia simbólica del derecho”.<sup>28</sup>

Esta cualidad del otro medio de defensa judicial no es de origen normativo sino jurisprudencial. La Corte Constitucional en 1992 creó esta exigencia cuando afirmó:

...en otros términos, en virtud de lo dispuesto por la carta del 91, no hay duda que ‘el otro medio de defensa judicial’ a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata.<sup>29</sup>

Ahora bien, como la tutela es en principio más eficaz que cualquier otro medio de defensa judicial, por su brevedad, informalidad y por los amplios poderes del juez para impartir órdenes (la *injunction*<sup>30</sup> anglosajona), de ello no se sigue que la acción de tutela desplazará siempre a

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-222 de 1992. En el mismo sentido véase T-003 de 1992, T-256 de 1995, T-175 de 1997 y T-1004 de 1999. Sobre la eficacia de las acciones contenciosas véase T-388 de 1998 y SU-961 de 1999.

<sup>28</sup> García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 1992.

<sup>30</sup> El *writ of injunction* consiste en la facultad del juez para impartir una orden y obligar a una persona a hacer o no hacer determinada conducta: es *mandatory injunction* si su contenido es positivo, y es *preventive injunction* si tiene contenido negativo.

ese medio alternativo de defensa. De aceptarse lo contrario, no habría en el sistema judicial colombiano sino tutela. Las acciones ordinarias desaparecerían forzosamente. Se trata de exigir en cada caso concreto una eficacia razonable, normal, cuando culmine la acción judicial que está llamada a excluir la tutela.

Además, en ningún caso se trata de un fenómeno de tiempo. Si así fuese, ninguna acción judicial, excepción hecha del *habeas corpus*, es tan breve como la tutela. Por consiguiente el otro medio de defensa judicial puede ser más demorado que una tutela (siempre lo será), a condición de que, cuando termine, la sentencia tenga la virtualidad de proteger el núcleo esencial del derecho en ciernes, y de protegerlo bien, tan bien como lo haría una tutela.

Según la Corte, cuando existe otro medio judicial de protección pero es ineficaz, la tutela procede normalmente como mecanismo transitorio, que no como tutela ordinaria o directa. Al efecto, la Corporación señaló: “la tutela procede únicamente cuando no existen otros medios de defensa judicial a través de los cuales se pueda solicitar la protección de los derechos fundamentales que se considera vulnerados, o cuando el medio judicial alternativo es claramente ineficaz para la defensa de esos derechos. En el último caso procede la tutela, ordinariamente como mecanismo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio irremediable”.<sup>31</sup>

## 2. *La tutela transitoria*

La segunda limitación a la limitación, o sea un regreso a la regla general sobre la procedencia del amparo, es la tutela transitoria orientada a evitar un perjuicio irremediable, de conformidad con el artículo 86 de la carta y los artículos 6-1 y 8o. del Decreto 2591 de 1991.

Puede afirmarse que hay dos clases o modalidades de tutela: la tutela normal o definitiva y ésta, la transitoria. A continuación se estudian las características de la tutela transitoria.

¿Qué es perjuicio irremediable? Inicialmente el numeral 1o. del artículo 6o. del Decreto 2591 de 1991 señalaba que “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. Esta noción era desarrollada por el artículo 1o. del Decreto 306 de 1992. Esta definición de perjuicio irremediable

31 Corte Constitucional, Sentencia T-119 de 1997.

fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en 1993, con el fin de liberar la irremediabilidad del concepto de indemnización patrimonial y conferirle más bien un carácter de tipo abierto, que le deje más campo de maniobra a la labor judicial.<sup>32</sup> Entonces, a falta de ley, ¿cuándo un perjuicio es irremediable? La Corte responde que es irremediable el perjuicio que reúna cuatro características: que sea inminente, urgente, grave e impostergable.<sup>33</sup> También la Corte ha indicado que no hay lugar a tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable si el daño ya está consumado, pues en ese caso no habría nada que evitar.<sup>34</sup>

El perjuicio irremediable es aquella violación inminente y grave a un derecho fundamental, que una vez acaecida no es susceptible de restituir las cosas al estado anterior. Si esto es así, las características del perjuicio irremediable son tres, a mi juicio: inminencia, gravedad e imposibilidad de restitución.

Por otra parte hay que destacar el hecho de que la tutela transitoria parte de la premisa según la cual existen ciertamente otros medios de defensa judicial. Si así no fuese, la tutela no sería transitoria sino principal. En este sentido la Corte ha establecido que:

...tratándose de la segunda modalidad de la acción de tutela —cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable—, el dato legal, esto es, la existencia de un medio judicial ordinario no es *óbice* para que la persona pueda instaurarla. Por el contrario, el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio legal de defensa.<sup>35</sup>

En consecuencia tutela transitoria y principio de subsidiariedad son incompatibles. Así lo ha contemplado la Corte Constitucional, cuando sostuvo que “un error judicial frecuente al interpretar el alcance de la tutela como mecanismo transitorio es el de aplicarle el principio de subsidiariedad que rige la acción de tutela ejercida en forma principal”.<sup>36</sup>

Ahora bien, la Corte ha introducido elementos de ruptura en esta línea jurisprudencial, que impiden extraer conclusiones firmes. Por ejemplo,

32 Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 1993.

33 Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1993. En el mismo sentido véase T-197 de 1996.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-346 de 1996.

35 Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 1993.

36 Corte Constitucional, Sentencia T-047 de 1993.

en 1999 la Corte negó una tutela transitoria con el siguiente argumento:

...por estar actualmente tramitándose un recurso de casación dentro del cual a la Corte Suprema le compete examinar si se respetaron las garantías y si se incurrió o no en nulidad, ha surgido un medio alternativo a la tutela que obliga a esperar la decisión del juez de casación que vigila el cumplimiento del ordenamiento jurídico y que por tal razón, para el caso concreto, es juez constitucional.<sup>37</sup>

Según este fallo, la tutela transitoria no opera si un recurso de casación se encuentra en trámite, pues ello configura “un medio alternativo a la tutela”. Pero si justamente la tutela transitoria y partía del presupuesto de que ese otro medio existía —la casación—, no se entiende porqué la Corte aplica el principio de subsidiariedad.

De otro lado, cuando se trata de tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable, el fallo que la concede tiene un doble límite temporal, a saber: el primer límite consiste en que si la persona que se ganó una tutela transitoria no interpone el otro medio de defensa judicial dentro de los cuatro meses siguientes al fallo de tutela, cesan los efectos de éste. Es como una condición resolutoria: si no demanda oportunamente, se pierde lo ganado con la sentencia. El tiempo es consecuente con la caducidad contenciosa de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>38</sup> Empero, hay que atenuar esta afirmación: la Corte ha dicho que si el otro proceso judicial no puede interponerse oportunamente por razones ajenas al peticionario, el juez de tutela puede no señalar término alguno para interponer ese otro proceso.<sup>39</sup> Con ello se introduce una excepción, que convierte una tutela temporal en una tutela definitiva. El segundo límite consiste en que si la persona beneficiada con una sentencia de tutela transitoria efectivamente demanda en forma oportuna, los efectos del fallo de tutela cesarán cuando el juez del nuevo proceso falle de fondo. En este caso la sentencia de este proceso podrá confirmar o revocar el fallo de tutela. Ahora si el proceso dura cinco o diez años, los efectos del fallo de tutela se extenderán durante todo este tiempo.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-542 de 1999.

<sup>38</sup> Código Contencioso Administrativo, artículo 136, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-048 de 1995.

Por último, si una persona presenta una demanda de tutela como definitiva, pero el juez que conoce de ella advierte que era transitoria, él puede y debe de oficio otorgarle este carácter. Lo anterior es una aplicación en sede de tutela del conocido principio *iura novit curia*,<sup>40</sup> de amplia aplicación en la responsabilidad contencioso-administrativa. La Corte Constitucional ha sostenido, en efecto, que no se puede negar un amparo transitorio por el simple hecho de que el demandante no lo haya expresado así en su escrito.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Al juez se le dan los hechos y él da el derecho. El juez adecua las pretensiones al cauce legal correspondiente, corrigiendo los errores del demandante.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-554 de 1995.