

# LA TUTELA

CARLOS BETANCUR JARAMILLO  
Magistrado del Consejo de Estado

**L**a acción de tutela es nueva en nuestro derecho. Quiso el constituyente con su creación poner a disposición de todas las personas, aún las jurídicas, un mecanismo jurisdiccional de control efectivo, expedito e inmediato para la salvaguarda de sus derechos fundamentales, bien para prevenir su vulneración o para evitar que el perjuicio se torne irremediable.

## Características de la acción

Toda acción judicial implica para su operancia la definición de dos extremos íntimamente vinculados. De un lado, el juez competente; y de otro, el procedimiento para su actuación. En otros términos, no hay acción judicial sin juez ni sin procedimiento para su actuación. En otros términos, no hay acción judicial sin juez ni sin procedimiento para su actuación. El primer extremo lo debe indicar el ordenamiento constitucional o legal en forma precisa e inequívoca. Mientras esto no suceda, su ejercicio será imposible. Pero frente al segundo extremo, los códigos de procedimiento normalmente observan una mayor amplitud al señalar que a falta de una vía especial para el efecto deberá acudir al derrotero procesal ordinario que contemple el código respectivo.

En cuanto a la tutela, tan pronto empezó a regir la constitución de 1991, se cumplieron las dos exigencias. La primera, al indicar la misma carta en el inc. 1o. del art. 86 que cualquier juez sería el competente para conocer de la acción tutelar. Y frente a la segunda, el Decreto 2591 de 1991, complementado luego por el

Decreto 706 de 1992, estableció el procedimiento especial que debía cumplirse para su actuación.

Decretos éstos, antitécnicos e imprecisos, que no sólo dejaron un montón de interrogantes sin resolver, sino que crearon ciertas expectativas que no pudieron cristalizarse ni definirse, tal como la que gira en torno a si el procedimiento señalado en los antecitados decretos conforma o no un proceso especial en su sentido técnico.

La jurisprudencia del Consejo de Estado aún no se ha puesto de acuerdo a ese respecto, aunque sí se observa que la mayoría estima que ese procedimiento constituye un trámite o unas diligencias breves u sumarias que no permiten la calificación de proceso, por no presentar las notas esenciales y tipificantes de éste.

Pero al frente de esa concepción, que podríamos llamar antiprocesal, otro sector doctrinario afirma que la regulación que contempla el Decreto 2591 muestra, sin ningún esfuerzo dialéctico, un auténtico proceso especial, en el cual confluyen o se dan los elementos estructurales propios de todo proceso, como son las partes legitimadas, con sus derechos de audiencias y defensa, cargas probatorias y de alegación y recursos.

Así ese decreto señala, en desarrollo de la norma constitucional mencionada atrás, el titular o interesado, demandante de la protección o pretensión tutelar (la persona cuyo derecho haya sido vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares que señale la ley) (arts. 10 y 49); la parte pasiva, o sea a quién se le impone coercitivamente la obligación restablecedora; las conductas procesales que pueden asumir dichas partes en cuanto a pruebas, alegaciones o recursos, etc.

Estas someras ideas encuentran su respaldo en el citado Decreto 2591, que desarrolla el procedimiento que compendia la garantía del debido proceso en este campo en cuatro etapas bien diferenciadas (las mismas de todo proceso), así: a) la formativa; b) la probatoria; c) la de alegación y d) la de fallo. En este orden de ideas, observamos:

### **Etapa formativa**

En ésta el tutelista debe formular ante el juez (en principio, cualquiera que tenga superior jerárquico) una solicitud que constituye una verdadera demanda en sentido técnico jurídico, con los requisitos que señalan los arts. 14 y concordantes del Decreto 2591.

Se entiende la exigencia del superior porque las decisiones del juez de tutela podrán impugnarse siempre ante el juez que sea superior jerárquico de quien la profirió.

Así, esa solicitud deberá expresar: a) la designación de las partes; b) la acción o la omisión que la motiva (los hechos fundamentales); c) el derecho que se considera violado o amenazado (la causa petendi; la forma como quiere se le restablezca el derecho (las pretensiones); las pruebas que se acompañan para respaldar la petición de protección; y la descripción de las demás circunstancias que se consideren relevantes para decidir la solicitud.

Como se observa, *mutatis mutandis*, los enunciados son los requisitos mínimos de cualquier demanda.

Los enemigos del procedimiento tutelar como conformador de un proceso especial, apelan al argumento de la informalidad que enuncia el mismo art. 14 para concluir que por voluntad del legislador esa solicitud ni siquiera alcanza a ser una demanda en estricto sentido, ya que "la acción podrá ser ejercida, *sin ninguna formalidad o autenticación*, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito..." e incluso, por razones de urgencia o ante el hecho de que el tutelista no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente.

Aquí los que tal cosa sostienen incurren en el error de concluir que como la solicitud de protección tutelar no tiene que someterse al formalismo señalado en los códigos de procedimiento para las distintas demandas, dicha solicitud no alcanza a tener ese carácter, como si la ley hubiera señalado, en forma general, los requisitos esenciales y únicos que permitan calificar de tal manera el escrito introductorio de las diferentes acciones judiciales.

Lo de la informalidad tiene otra explicación y otros alcances, cuales son los de facilitar el ejercicio de la acción a cualquier persona, sin que tenga que hacerlo por conducto de abogado, y sin tener que agotar el tecnicismo procesal para el reclamo de sus derechos fundamentales vulnerados. No habría tenido sentido la creación de una acción, instaurable por cualquier persona, llena de exigencias y requisitos sólo posibles de cumplir por los profesionales en derecho.

En esta etapa formativa, como su nombre lo indica, se produce el entrase de la relación jurídico procesal, ya que las partes (la afectada y la responsable) se encuentran ante el juez, el cual para el efecto previamente debió notificarle a esta última la pretensión de aquélla, la cual puede consistir en una obligación de dar, hacer o no hacer. Noticia o notificación que deberá cumplirse siempre, sin excepción alguna, como paso obligado para la actuación subsiguiente.

Si bien el Decreto 2591 no exige un especial formalismo para la notificación de la demanda, como si se observa en los códigos de procedimiento (en forma personal o por edictos), como que podrá hacerse "por el medio que considere más expedito y eficaz", (art. 16), esta discrecionalidad no podrá interpretarse en el sentido de que podrá el juez cumplir o no esa exigencia procesal, ya que su omisión afectará de nulidad la actuación cumplida. Así, en acatamiento a esa discrecionalidad, esa noticia podrá darse a la parte demandada por cualquier medio que inequívocamente muestre que la información se le envió al destinatario y haga presumir su recepción, bien por oficio, telegrama, fax, télex, vía telefónica, etc.

La celeridad que la ley quiere que se le imprima al procedimiento no es excusa tampoco para eludir esa

noticia previa, máxime cuando la parte demandada es ordinariamente una autoridad pública que no puede ocultarse y es de fácil localización.

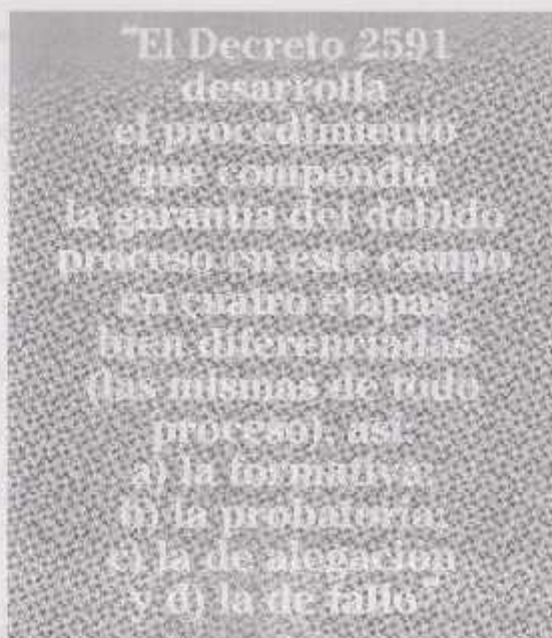
### **Etapas probatorias y de alegación**

Recibida la noticia por la persona demandada, podrá ésta presentar pruebas (la documental será la preferida, por ser ordinariamente documentada la actuación de la administración) o formular alegación para defender la conducta cumplida o señalar sus justificaciones. Nada le impedirá a la parte actora recabar sobre sus puntos de vista en esta oportunidad y si lo hace no podrá rechazar su escrito.

Trabada la relación procesal en la forma indicada atrás, el juez de tutela decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere necesarias para la definición del asunto (19, 20 y 21). Dada la brevedad de los términos, el juez tendrá que ser especialmente celoso en su diligenciamiento para evitar, por ese medio, que los fines de la tutela se pierdan en el rito procesal y se conviertan en una acción ordinaria más, de dilatada decisión. Aunque nada impide la proposición de pruebas por las partes para su práctica, lo más aconsejable es que la petición probatoria sea más de presentación documental que de simple proposición.

### **Etapa de fallo**

Cumplida la etapa probatoria, el juez deberá decidir (18 y 22). En su sentencia deberá ordenar las medidas para hacer efectiva la pretensión tutelar; medidas de ejecución inmediata que no podrán suspenderse so pretexto del recurso de impugnación que la persona



afectada haya interpuesto para ante el superior jerárquico del juez que decidió la tutela, ya que la impugnación no es suspensiva en sus efectos (art. 31). En dicho fallo el juez, luego de establecer la existencia de los hechos u omisiones que configuran la violación o demuestren la amenaza del derecho fundamental mediante los medios probatorios incorporados legalmente al proceso, aplicará el derecho en el sentido cautelar permitido para hacer cesar la violación o para impedir que la amenaza se consume.

Sentencia que, valga la explicación, no será definitiva sino temporal puesto que la solución definitiva, en la mayoría

de los casos (cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial), no podrá darla sino el juez de la acción propia.

### **Las conductas lesivas**

Tanto la constitución como la ley hablan de la acción u omisión de cualquier autoridad o de un particular que vulnere o amenace vulnerar los derechos fundamentales de una persona. Lo enunciado así es bastante genérico, por lo que habrá que entender que esas conductas corresponden a la expresión de los cometidos de los distintos órganos estatales, en los cuales vemos, de un lado, actos administrativos o de trámite y providencias judiciales; y de otro, actos o hechos materiales de ejecución, abstenciones u omisiones; y por parte de los particulares, actuaciones sujetas o no al ordenamiento jurídico y también conductas omisivas.

Esas distintas manifestaciones de conducta pueden causar lesión o amenaza a los derechos fundamentales de una persona; y es precisamente la tutela la vía para la

solución inmediata, provisoria y cautelar del conflicto producido o que está por producirse. Pero, como es obvio, no todas esas manifestaciones pueden tener una idéntica respuesta en el campo tutelar. Así, una será la respuesta o la solución frente a los actos administrativos, las providencias de las demás autoridades, sus conductas de ejecución u sus omisiones; y otra, frente a las conductas de los particulares, bien activas u omisivas, en las hipótesis que por excepción permiten la tutela, en los términos del art. 42 del Decreto 2591.

Entre las conductas que puedan lesionar los derechos fundamentales de las personas merecen especial tratamiento los actos administrativos y las providencias judiciales; los primeros, porque frente a ellos se dan tanto los controles gubernativos (recursos) como las acciones reguladas en el ordenamiento, que tienen como finalidad el restablecimiento, en forma definitiva y con fuerza de verdad legal de la lesión tanto de esos derechos fundamentales como de los que no tengan ese carácter. Y frente a las segundas, porque las providencias judiciales se dictan en los distintos procesos precisamente para la defensa o salvaguarda de los derechos conculcados por el accionar de las autoridades o de los particulares. En otras palabras, la acción de tutela frente a los actos administrativos o las providencias judiciales no puede olvidar ese ingrediente que muestra, de entrada, que en estos extremos el campo de acción de la tutela es bien restringido o excepcional, como se explicará luego, ya que al ser susceptibles de control jurisdiccional, por regla general, todos los actos administrativos, la tutela frente a éstos no podrá ejercerse sino como mecanismo transitorio y eso sólo para evitar un perjuicio irremediable (art. 86, inc. 3); y frente a las providencias judiciales, porque éstas, en principio, no darán lugar a la tutela mientras se ajusten al ordenamiento

*"No habría  
tenido sentido  
la creación  
de una acción  
instaurable  
por cualquier persona  
frente a una  
providencia  
judicial  
sólo por el hecho  
de cumplir  
por los particulares  
en derecho"*

jurídico, ya que contarán con sus propios medios de control (los recursos e incidentes procesales previstos en los códigos que regulan la actividad jurisdiccional) y sólo abrirán esa posibilidad cuando conformen una vía de hecho, por violación flagrante y grosera del ordenamiento jurídico, ya que en estas condiciones pierden en cierto sentido su alcance y naturaleza de tales y se convierten en hechos de la administración judicial, o más técnicamente, como se dijo, en vías de hecho. Aquí cabe recordar que las normas que permitían la acción de tutela contra las providencias judiciales

(arts. 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991) fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en su sentencia de 10. de octubre de 1992 (C-543).

### **La acción de tutela y el acto administrativo**

La constitución es bastante clara cuando en el inc. 3o. de su art. 86, luego de sentar la regla general de que no procederá la acción de tutela cuando la persona afectada con la acción u omisión de una autoridad pública disponga de otro medio de defensa judicial, crea como única excepción el evento en que, pese a existir un medio de defensa (la acción judicial en sentido técnico procesal), se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Y la excepción, como sucede con todas las excepciones, deberá interpretarse con sentido restrictivo. *Instaurar la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable* tiene, por definición, un alcance provisional, precautelar o preventivo, para que el perjuicio no sólo no se dé, sino para que no se torne irremediable si ya se inició. Alcance que da a entender, entonces, que si ya ese perjuicio se produjo o consumó

no podrá remediarse por la vía tutelar, sino sólo a través de la acción propia y adecuada prevista en la ley, que vendrá a ser así el mecanismo definitivo para la protección pretendida. Acción que sí podrá restablecer el derecho de la persona afectada, bien volviendo las cosas al estado anterior o bien resarciéndola por equivalencia a través de una indemnización pecuniaria.

Sucede con la tutela como mecanismo transitorio, cuando la lesión al derecho fundamental la produce el acto administrativo, algo similar a lo que ocurre con la suspensión provisional de éste (medida cautelar de raigambre constitucional), que busca evitar o que el acto llegue a producir sus efectos o impedir que los siga causando hacia el futuro; pero que, tal como lo enseña la doctrina, si ya el acto de ejecución instantánea se agotó o se consumaron sus efectos, no procederá la mencionada medida provisoria.

Se entiende esto porque sería extemporánea la solicitud que pretendiera la suspensión de un acto ya ejecutado por la autoridad; puesto que si a ello se accediera, tal como lo afirma Argañarás, la medida dejaría de ser la preventiva autorizada en la carta, para convertirse en el cumplimiento anticipado de una sentencia favorable al reclamante; e implicaría, como es obvio, el desconocimiento de la garantía del debido proceso para una de las partes, fuera de que constituiría un claro prejuzgamiento.

El art. 238 de la carta que regula la suspensión provisional confirma los anteriores asertos. No se suspende el acto administrativo en sí, sino sus efectos; y sólo podrá suspenderlo el juez administrativo como medida provisional dentro de la acción de impugnación que contra él se haya propuesto.

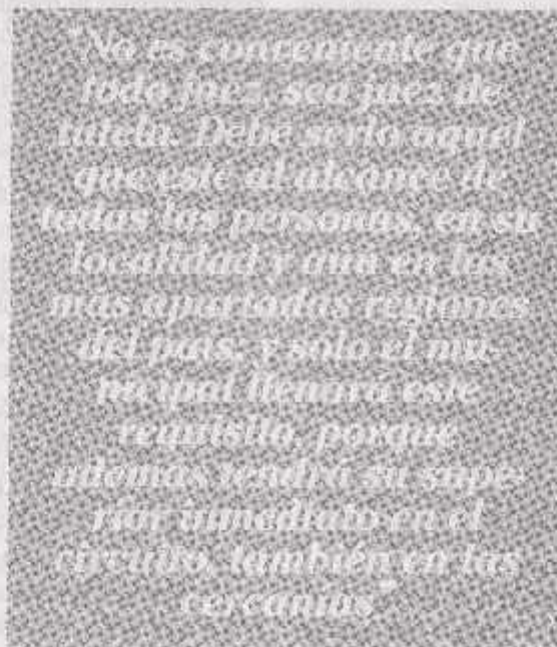
Se trae a colación la suspensión provisional porque el art. 8o. del Decreto 2591 de 1991 faculta al juez de tutela para que suspenda la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere un derecho fundamental del tutelista.

Sea lo primero observar que de acuerdo con el mencionado art. 238 *la suspensión de los efectos de los actos administrativos no podrá decretarla sino el juez de lo contencioso administrativo, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, y eso como medida provisional dentro de un proceso de impugnación de dichos actos.*

Tan restrictiva es la norma (en todo acto administrativo está implícito el interés general de la sociedad) que ningún otro juez, por otra vía judicial, así sea la de tutela, podrá suspender los efectos de tales actos. Tal suspensión sería directamente violatoria de ese art. 238 de la constitución.

En otros términos, si la persona afectada con el acto administrativo dispone de la acción de impugnación contra el mismo y en dicha acción procede la medida cautelar de la suspensión provisional e inmediata de sus efectos, como es la regla general, no podrá ningún juez, por otra vía diferente, tomar idéntica medida. De ser ello posible sería tanto como aceptar que en el derecho colombiano puedan coexistir dos formas paralelas de suspensión judicial provisional de los efectos del acto, de procedencia inmediata, cuando la constitución no acepta sino una sola.

No quiere decir lo precedente que el antecitado art. 7o. del Decreto 2591 sea a todas luces inconstitucional, porque su interpretación racional permite afirmar *que podrá suspenderlo el juez de tutela cuando lo considere*



*necesario y urgente para proteger el derecho amenazado o vulnerado, pero siempre que el acto administrativo no sea susceptible de impugnación judicial, bien porque la ley así lo disponga o porque le asigne una vía judicial ante el contencioso que no permita dicha suspensión, Vbgr., el acto que decreta una expropiación agraria o que declara extinguido el dominio de un bien rural, ya que en el proceso judicial de expropiación no se da esa oportunidad, como tampoco es posible dentro del proceso revisorio del acto de extinción.*

Lo precedente no puede desconocerse siquiera con la figura de la inaplicabilidad del acto administrativo que ha venido haciendo carrera, porque la interpretación laxa de esta figura (en mano de jueces carentes de especialización en derecho público) no sólo puede convertir la tutela en un mecanismo paralelo de administración de justicia sino en algo más grave aún: en una vía exótica a cargo de cualquier funcionario judicial que desee arrogarse el papel de juez de legalidad de los actos administrativos. Actos administrativos que, como corolario del Estado de derecho que rige en el país, poseen una presunción de legalidad sólo desvirtuable por el juez a quien la carta le ha otorgado su control, o sea el de lo contencioso administrativo. ¿Por qué inaplicar el acto administrativo, por un juez de tutela, si existe la suspensión provisional para enervar sus efectos en forma preventiva o inmediata cuando viole ostensiblemente el ordenamiento jurídico superior?

## **La acción y las providencias judiciales**

El art. 86 de la Constitución regula, como se dijo, la acción de tutela orientada a la protección inmediata de los derechos fundamentales de la persona, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Aquí el concepto autoridad es genérico y comprensivo de las que la ejercen o actúan en cualesquiera de los órganos del Estado.

Pero no obstante esto, la regla que se deja expuesta presenta un alcance diferente frente al órgano jurisdic-

cional o mejor, frente a las autoridades que administran justicia, precisamente porque es este órgano por mandato de la Carta, el encargado, en principio, a través de las vías judiciales reguladas en la ley y en forma definitiva, de la protección de los derechos conculcados a sus titulares, sean o no fundamentales.

Siendo esto así, tiene sentido racional y lógico el inciso tercero de la mencionada norma que prohíbe la acción de tutela cuando la persona afectada en un derecho fundamental suyo dispone de un medio de defensa judicial para su salvaguarda, y que sólo lo permite como mecanismo transitorio, en forma excepcional y con alcance y sentido meramente cautelar para evitar un perjuicio irremediable. La noción "mecanismo transitorio" define así el alcance de la tutela cuando exista el medio de defensa judicial y muestra cómo el constituyente no quiso por su vía acabarlo o suplantarlos.

La noción de "mecanismo transitorio" no corresponde a una fórmula retórica o carente de sentido. Ella no hace otra cosa que confirmar que para la defensa de los derechos conculcados, sean fundamentales o no, cuando exista el medio de defensa judicial, la acción de tutela no puede desconocerlo o dejarlo de lado, salvo en forma provisional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable mientras aquél se ejerce, porque el único mecanismo "definitivo" autorizado en la carta lo constituye la acción judicial apropiada (el medio de defensa judicial, en sus términos) y según el derecho lesionado.

Se entiende así la noción de mecanismo transitorio por oposición al definitivo, que no es otro que el previsto en las leyes de procedimiento para el reclamo de los derechos, o sea la acción judicial correspondiente.

Y es transitorio en la medida de que su operancia deba coexistir con el medio de defensa judicial, mientras se ejerce éste para la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado.

Obsérvese que según la redacción de ese inciso tercero del citado art. 86, el medio judicial de que dispone la persona tendrá que estar vigente cuando se formule la tutela.

Se precisa lo anterior porque si el medio judicial ya se ejerció, caducó o prescribió, según el caso, no podrá formular tutela la persona afectada. En el primer evento, por impedirlo la cosa juzgada; ni podrá hacerlo la que por desidia, ignorancia o negligencia no utilizó en su oportunidad las vías legales que le daba el ordenamiento para la protección de sus derechos. Las reglas de la caducidad o de la prescripción de las acciones, por voluntad de la ley, cierran en forma definitiva el acceso de la persona al órgano judicial. En otras palabras, el asunto se vuelve inimpugnabile jurisdiccionalmente.

Aunque existe el derecho de todas las personas para acceder a la administración de justicia (art. 229 de la C.N.), ese acceso está condicionado por la ley, no sólo en cuanto a los requisitos para hacerlo viable, sino en cuanto a su oportunidad. Oportunidad que se señala, para las acciones de contenido particular, dentro de ciertos límites temporales, en aras de la estabilidad de las situaciones jurídicas particulares y de la paz social.

Si el constituyente hubiera querido someter todas las autoridades a la acción de tutela sin excepción y sin restricciones, no habría hecho las salvedades que trae el inciso tercero de ese art. 86.

En otros términos, no sería racional ni lógico que pese a las restricciones contempladas en el inciso tercero aquí analizado, pudiera ejercerse la acción de tutela en forma general y paralela contra las providencias judiciales, como la que puede instaurarse contra los actos, hechos u omisiones de cualquiera otra autoridad. Si esa fuera la interpretación el inciso tercero a todas luces sobraría y la conducta de las autoridades judiciales frente a la tutela no tendría diferencia de trato con las de los demás órganos.

*"Aunque  
nada impide  
la proposición  
de tutelas  
por las partes  
para su práctica,  
lo más razonable  
es que la petición  
prohibida sea más  
de presentación  
documental  
que de simple  
proposición"*

Las conclusiones precedentes no parten del supuesto de la impunidad de los jueces, ni del que éstos no se equivocan ni puedan vulnerar con sus actuaciones los derechos fundamentales. Sí, pueden equivocarse y vulnerar esos derechos. Pero para el efecto, durante el trámite de los procesos, existen los medios de control adecuados establecidos en la ley procesal, incompatibles con la tutela en términos generales, cuales son, por excelencia, los recursos y los incidentes de nulidad de lo actuado. Y si la decisión final ya no es susceptible de recursos ni de nulidad, nada podrá hacerse, en principio, porque la cosa

juzgada hace intangible la decisión. El principio de la cosa juzgada más que de rango legal es de orden constitucional, ínsito e implícito en el poder definidor y definitivo que la carta le otorga a las decisiones de sus jueces. La cosa juzgada es, en síntesis, un principio general de derecho de rango constitucional que no requiere de consagración expresa en un Estado de derecho.

Pero, si la decisión final lesiona a una de las partes, por un error serio del juez, aunque no habrá acción de tutela y menos ante un juez de jurisdicción diferente a la del que decidió el proceso judicial, porque estaría afectada de inconstitucionalidad, si existen otros remedios previstos en el mismo ordenamiento con alcance indemnizatorio.

Baste pensar que cuando la carta distribuye las jurisdicciones ordinaria, contenciosa y constitucional en jueces diferentes y especializados, con sus cabezas superiores en la Corte Suprema, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional (art. 234, 237 y 241), está dando a entender que ningún juez, sin usurpar jurisdicción, podrá tomar decisiones que competen a otro. Pero tampoco quiere decir lo anterior que esa vulneración deba quedar

impune. No, en la misma carta se institucionaliza la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que les sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, incluidas, como es obvio, las judiciales (art. 90 inc. 1o.).

En otras palabras, la persona lesionada por una actuación o decisión judicial abiertamente ilegal podrá demandar en acción de reparación directa al Estado por falla en el servicio judicial (vbgr en los eventos del art. 414 del C. de P.P.), ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Fuera de lo dicho, cabe observar frente al art. 86 de la carta:

a) No habrá acción de tutela contra las providencias judiciales. La tutela no constituye un mecanismo paralelo de administración de justicia ni crea una instancia adicional o un recurso extraordinario puesto a favor del derrotado en el litigio judicial. No, eso no fue lo que quiso el constituyente.

b) No habrá acción de tutela cuando la persona afectada disponga de otro medio de defensa judicial (inc. 3o.) o cuando teniéndolo lo dejó caducar o le resultó fallido.

c) Por excepción, en la hipótesis precedente, procederá la acción de tutela como mecanismo transitorio pero sólo para evitar un perjuicio irremediable, pero en ningún evento contra decisiones judiciales.

En otras palabras, la persona que disponga de la acción judicial correspondiente no podrá reemplazarla por la acción de tutela, ni tampoco podrá instaurarla quien disponía del medio judicial y no lo ejerció en su oportunidad legal, o quien lo

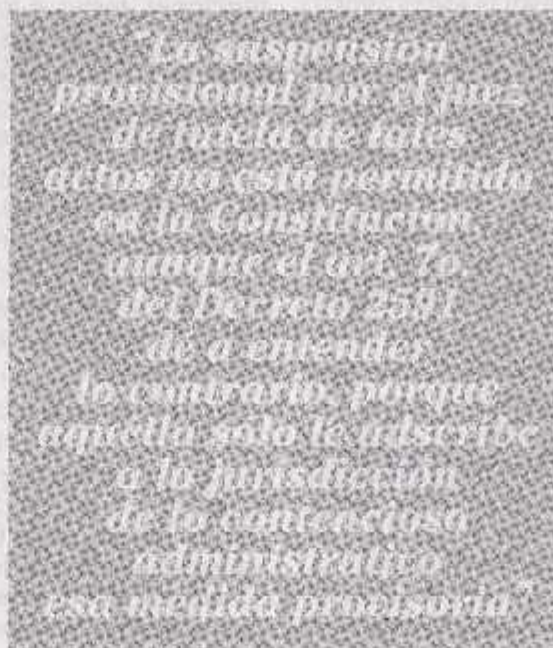
ejerció y obtuvo pronunciamiento adverso sobre sus pretensiones. La cosa juzgada no desapareció del ordenamiento jurídico colombiano.

Consagra así el antecitado art. 86 la prevalencia de la acción judicial sobre la acción de tutela. Se confirma esta regla con la salvedad que la misma norma trae en su inc. 3o., en el sentido de que sólo por excepción podrá formularse la tutela, pese a existir todavía el medio de defensa judicial, pero únicamente para evitar un perjuicio irremediable; o sea aquél que por su naturaleza no permite que las cosas puedan volver a su estado anterior.

d) Una vez culminada la acción judicial o cuando ésta esté caducada, no habrá acción de tutela porque la vía ya no sería cautelar ni el perjuicio tendría carácter de irremediable; ni tampoco cabría la acción de tutela como mecanismo definitivo porque el juez de tutela no puede impunemente desconocer la cosa juzgada.

e) Ningún juez, llámese Corte Suprema, Corte Constitucional o Consejo de Estado, so pretexto de una acción de tutela, podrá desconocer, modificar o dejar sin efecto la providencia dictada por otro juez, porque con tal decisión estaría infringiendo en forma ostensible o manifiesta no sólo el art. 86 de la carta, sino el instituto de la cosa juzgada.

Por lo demás, cabe recordar que la Corte Suprema es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234); que el Consejo de Estado es el tribunal supremo de lo contencioso administrativo (237-1); y que la Corte Constitucional es el juez superior constitucional de los asuntos adscritos a su competencia (art. 241) y que sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada (art. 243). Esta especial regulación, aún aceptando en gracia





de discusión la procedencia de la tutela contra las providencias judiciales, impediría, por sí solo, que un juez de otra jurisdicción, cualquiera fuera su rango o jerarquía, adoptara decisión que en alguna forma desconociera la decisión judicial ya tomada.

Finalmente, para reforzar lo dicho, se presentan algunos apartes de la intervención del señor constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, ponente de la propuesta contenida en el art. 86, que muestra a las claras cuál fue la intención del constituyente en este preciso campo:

*"Sesión de la Comisión  
Primera, mayo 7 de 1991*

"...Obviamente hay que proteger la figura frente a la posibilidad de que ella misma vaya diluyéndose como consecuencia de ese exceso de facilidades y de ese exceso de celeridad, para evitar que ocurra lo que ha ocurrido en otras latitudes en donde simplemente el recurso de amparo por pretender serlo todo terminó no siendo nada; tal es el caso por ejemplo de lo que sucede o de lo que ha sucedido en España; *definitivamente no puede ser un mecanismo que sirva para convertirse en una sistema paralelas de Administración de justicia; de modo que de ahí en adelante los particulares vuelven a utilizar la acción de tutela más bien que utilizar cualquiera de las acciones judiciales que hemos mencionado en estos días, consagradas bien en la Constitución y en las leyes, concretamente las acciones públicas como la constitucionalidad, la legalidad, las acciones privadas de carácter contencioso-administrativo, porque definitivamente no se trata de establecer un sistema paralelo de administración de justicia...*"

"...Con él se pretende evitar que se desencadene el conjunto de perjuicios que muchas veces son la

*"¿Por qué  
impedir  
el acto administrativo  
por un juez  
de tutela, si existe  
la suspensión  
provisional  
para efectos  
sus efectos en forma  
preventiva  
o inmediata cuando  
está ostensiblemente  
el ordenamiento  
judicial superior?"*

consecuencia de una acción antijurídica que desarrolla una autoridad en un momento determinado, buscando evitar que haya necesidad de esperar a que se haya dado por completo la acción del Estado y todas sus consecuencias negativas antes de que pueda utilizarse la llave para los recursos o los mecanismos de defensa con los que nos ha dado o nos brinda la ley; la verdad es que en Colombia, pues ha venido ocurriendo que por razón de la forma como está estructurado nuestro sistema de mecanismo de protección frente a las autoridades, es indispensable esperar a que todo haya sido consumado antes de poder acudir en busca de un camino de protección o de defensa cuando

lo lógico sería muchas veces pues lograr ponerle una especie de detente satanás a la administración antes de que la administración haga aquello malo que se ha puesto a realizar en un momento determinado".

"...Ahora bien: ¿qué consigue del juez, quien está solicitando la tutela? Consigue del juez una protección que consiste en la orden a la entidad de suspender lo que está realizando, aquello con lo que se está violando ese derecho fundamental, o de abstenerse de realizar las tareas que se aprestaba fundamentalmente, y nada más. De allí en adelante, si se suscita un litigio entre el particular y el ente público frente a quién se solicitó la tutela, ese litigio debe tramitarse por la vía judicial ordinaria. No puede ser parte del procedimiento de la tutela. *De ninguna manera. Al propio tiempo, no puede solicitarse la tutela respecto de una decisión que cuente con la fuerza de la cosa juzgada, porque naturalmente no se trata de ninguna manera, de crear una instancia adicional o un recurso extraordinario al que pueda apelarse por todos aquellos que resultan derrotados en los procedimientos judiciales*

o administrativos ya concluidos que se adelantan conforme a las leyes porque de ninguna manera puede tratarse de esto”.

*“Sesión plenaria del 5 de junio*

“No podemos, señor Presidente, seguir viviendo en un país en el cual es necesario que se haya desarrollado hasta sus últimas consecuencias la anti-juridicidad, la violación de los derechos, para sólo entonces poder acudir ante el aparato judicial a solicitar una protección, no es posible que sigamos viviendo en un mundo en el cual nadie puede detener a la administración que se apresta a realizar una actividad contraria al derecho y que simplemente se le diga a la persona: usted tranquilo, espérese a que todo se haya consumado y sólo entonces podrá intentar una acción de tipo judicial; y ello es tanto más absurdo si tenemos en cuenta que de ordinario esa justicia conseguida de esa manera, a través de las acciones judiciales tradicionales se demorará en promedio 8 años en hacerse efectivo. *Con este mecanismo lo que pretendemos es que al menos en frente de los derechos fundamentales haya la posibilidad de detener a la administración antes de que todo esté consumado, cuando aún es posible que no se hayan desencadenado todas las consecuencias de la acción del Estado o de la amenaza del Estado contrarios a derecho; tiene que quedar claro y así se está estableciendo en el proyecto, que esta acción no puede servir para que el juez declare derechos, ni para que resuelva controversias, porque entonces se habría convertido en un sistema paralelo de administración de justicia con nefastas consecuencias para todo nuestro Estado de Derecho y nuestro aparato de administración de justicia. También tiene que quedar claro que solamente podrá utilizarse este mecanismo*

*“No habrá acción de tutela cuando las providencias judiciales. La tutela no es posible, un mecanismo paralelo de administración de justicia no es una instancia adicional a un proceso ordinario, pero sí una instancia adicional al mismo proceso.”*

*cuando el afectado no disponga de otro, o transitoriamente mientras puede acudir a ese otro, por esa razón, señor presidente, el artículo es un tanto largo, no mucho pero un tanto largo y por esa razón se lo suele criticar, porque se dice de él, que es excesivamente reglamentario y que en la constitución no deben hacerse reglamentaciones;”*

Para terminar, se anota:

La instancia de la tutela, cuya importancia no desconocemos, no puede aceptarse o ser utilizada como mecanismo desestabilizador de la seguridad jurídica del sistema que sustenta el ordenamiento, ni como un mecanismo paralelo de administración de justicia. En otras

palabras, y tal como lo dijo el constituyente Esguerra Portocarrero, la tutela sólo podrá ejercerse, primero, cuando la persona lesionada o amenazada en su derecho fundamental no disponga de otro mecanismo o medio judicial de defensa; o cuando a pesar de tenerlo, tenga necesidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio o cautelar antes del ejercicio del medio judicial definitivo regulado en la ley.

### Aspecto crítico

1) La tutela, de reciente creación en nuestro derecho, muestra una deficiente regulación que amerita una pronta y eficaz reforma; reforma para que logre los efectos que se propuso el constituyente en defensa de los derechos fundamentales y que evite los desbordamientos y abusos que su utilización indiscriminada está causando en la actualidad. No es conveniente que todo juez, sea juez de tutela. Debe serlo aquél que esté al alcance de todas las personas, en su localidad y aún en las más apartadas regiones del país; y sólo el municipal llenará este requisito,

porque además tendrá su superior inmediato en el circuito, también en las cercanías. No basta hablar de cualquier juez para que todos sean competentes, porque los organismos superiores del poder judicial (las Cortes y el Consejo de Estado) no podrán en ningún evento ser jueces de la acción por carecer de superior jerárquico. Circunstancia ésta que los coloca únicamente en la posibilidad de ser jueces de impugnación.

2) Dada la división de las jurisdicciones que trae la carta, con sus respectivos órganos superiores o supremos, no es aceptable que un sector de la jurisdicción tutele el accionar de otro; y por contera contrarfe, revoque o anule sus decisiones, ya que con esa conducta estaría violando la misma carta constitucional.

Por eso se entiende y precisa que la acción de tutela no proceda contra las providencias judiciales y menos por jueces de distinta jurisdicción. En la actualidad esa prohibición no existe explícitamente y ha causado zozobra y desconcierto dentro de los administradores de justicia, ya que se han dado casos, vbrgr, en los que un juez penal deje sin efecto una sentencia electoral del Consejo de Estado o la anule, olvidando de paso que este organismo es el juez supremo de lo contencioso administrativo.

Ni siquiera la inexequibilidad de las normas que permitían en el Decreto 2591 la acción contra las providencias judiciales (arts. 11, 12, 40) resolvió el asunto en forma definitiva, porque la Corte Constitucional en su sentencia de 10. de octubre de 1992 introdujo el ingrediente de la vía de hecho, con la cual los jueces inferiores, so pretexto de la ocurrencia de este fenómeno, han seguido aplicando la prohibición, sin entender siquiera, en la mayoría de los casos, el real y restrictivo alcance de la figura aludida.

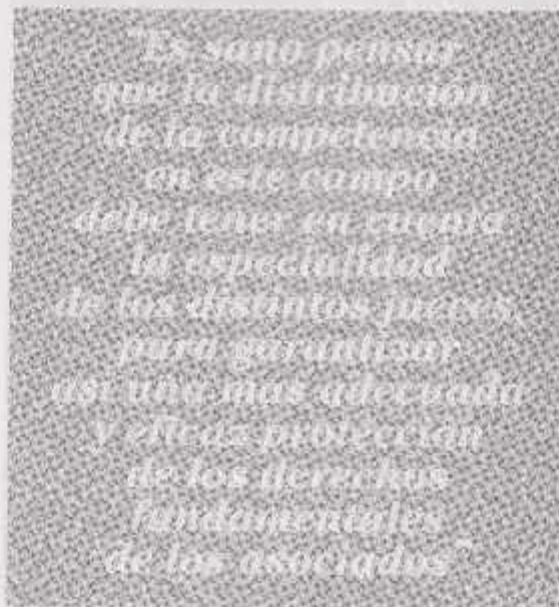
3) Frente a los actos administrativos susceptibles de acción contenciosa, la jurisprudencia tampoco ha sido afortunada, porque ha olvidado que, en principio, frente a los mismos no deberá utilizarse la tutela y menos cuando con ésta se pretenda reabrir el debate que la ejecución de los mismos haya producido luego de la caducidad de la acción propia o, lo que es más grave aún, después de su fracaso ante el juez competente.

Además, la suspensión provisional por el juez de tutela de tales actos no está permitida en la Constitución, aunque el art. 7o. del Decreto 2591 dé a entender lo contrario, porque aquéello sólo le adscribe a la jurisdicción de lo contencioso administrativo esa medida provisoria, con sujeción a los requisitos y formalidades establecidas por la ley para ese efecto (art. 238). Medida ésta también de sentido y alcance cautelar que permite la suspensión de los efectos que el acto administrativo esté causando o pueda causar.

No puede darse así una suspensión paralela, por un juez distinto al señalado en la carta, cuando ni siquiera el asunto sometido a su consideración encaje dentro de la órbita de su competencia o especialidad.

4) Tendrá que definirse, para zanjar las dudas, la índole del procedimiento y el alcance que dentro de éste tenga la garantía del debido proceso. No debe olvidarse que en la práctica, por esa misma indefinición, se están imponiendo obligaciones por el juez de tutela a las autoridades sin siquiera haberseles noticiado a éstas la iniciación de la acción en su contra; y lo que es peor, con la sola afirmación del tutelista, como si ésta tuviera alguna relevancia probatoria en nuestro derecho.

5) Aunque la acción de tutela a favor de las personas



jurídicas aparece incuestionable, existen discrepancias a nivel jurisprudencial, por lo que deberá también precisarse dicho extremo. Si bien es cierto y es obvio, estas personas no tienen los mismos derechos fundamentales que las naturales, no es menos cierto que existen derechos que les son comunes.

6) El juez de la tutela no puede ser juez de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esta responsabilidad, por la gravedad que implica y por los efectos que tiene frente al fisco, exige un manejo diferente y un debate amplio y controvertido en el cual las pruebas juegan un papel decisorio y definitivo. Así, esa responsabilidad por los actos administrativos o por los hechos u omisiones de las autoridades que lesionan los derechos de las personas, fundamentales o no, deberá fijarse sólo por el juez administrativo, previo un trámite ordinario, amplio y controvertido y no por una vía sumaria dentro de la cual difícilmente se pueden practicar todas las pruebas necesarias y menos hacerlas públicas y lograr su contradicción.

7) Finalmente, asimismo es sano pensar que la distribución de la competencia en este campo debe tener en cuenta la especialidad de los distintos jueces, para garantizar así una más adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales de los asociados. Es preocupante



observar que las personas, en forma habilidosa, están haciendo precisamente todo lo contrario. Así vemos como un juez penal municipal, por ejemplo, resulta tutelando conflictos del orden civil, comercial o contencioso administrativo, con absoluta ignorancia y hasta con desparpajo.

8) La utilización de la tutela como mecanismo transitorio exige una precisión que no está en la carta ni tiene su desarrollo en la ley, pero que tendrá que hacerlo el juez de tutela. Lo transitorio se entiende, como es obvio, por oposición al mecanismo definitivo. Vale decir, que es de efectos provisionales hasta tanto se produzca su definición "definitiva". De allí que se insista en una idea sostenida atrás: existe la tutela como mecanismo transitorio en tanto y en cuanto exista la vía judicial que permita su definición definitiva. Por esa razón cuando el juez de tutela acceda a reconocerla tendrá que indicar que sus efectos cesarán tan pronto se decida el mecanismo judicial apropiado o hasta tanto se produzca la caducidad o la prescripción de la acción judicial posible. De no hacerlo así el mecanismo transitorio sería de efectos definitivos y la tutela estaría suplantando, contra la carta misma, cualquier otro medio judicial desarrollado en la ley.

9) Por voluntad del constituyente se le otorga a la Corte

Constitucional el poder de revisión en materia de tutela. Poder que no es jerárquico, sino de adscripción de competencia, quizás en razón del control de constitucionalidad que dicho organismo ejerce como cometido propio. Se dice que no es poder en función de jerarquía porque el mencionado organismo es único y no tiene escalas o jerarquías para su funcionamiento. La jerarquía la señala la Carta y en esto los órganos superiores de la rama judicial, excepción hecha de la Corte Constitucional, no sólo son superiores dentro de su jerarquía propia y especial, sino autónomos e independientes. Basta pensar en que la Corte Suprema es el juez supremo dentro de la jurisdicción ordinaria y el Consejo de Estado lo es en lo Contencioso Administrativo.

Hecha la precisión precedente se entiende el porqué la competencia revisora de la Corte Constitucional no puede ir más allá de lo que la noción sugiere. O sea del reestudio de la decisión de tutela o de ésta y su impugnación, con el fin de confirmarla o de cambiarla por otra que se ajuste a la constitución.

Pero, y esta es otra crítica, no podrá bajo ningún pretexto darle órdenes al juez de tutela para que haga o no haga determinada cosa, ya que esto sólo se entiende frente a organismos pertenecientes a una misma jerarquía. El juez de tutela no es inferior suyo y la competencia de la Corte cuando estima que la decisión de tutela merece modificaciones, cambios o reformas, irá hasta dictar la sentencia de reemplazo, pero no más. Lo contrario podría significar un abuso de poder. La facultad revisora de la Corte hace relación a la decisión misma y no al procedimiento seguido ante el juez de tutela; por esa misma razón no podrá anular lo actuado y ordenar que en la sede de aquél se rehaga el procedimiento. Las competencias son de derecho estricto y no permitirán interpretación analógica. Además, la misma ley estatutaria de la administración de justicia reafirma la independencia de los jueces en forma que no deja margen a dudas. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias. (art. 5o. Ley 270 de 1996).