



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

13.

MANUAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE TUTELA

Febrero de 2015

Documentos Especializados
*de la Agencia Nacional
de Defensa Jurídica del Estado*

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Comutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

Ministerio de Justicia y del Derecho
www.minjusticia.gov.co

Ministro de Justicia y del Derecho
Yesid Reyes Alvarado

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
www.defensajuridica.gov.co

Dirección General
Adriana María Guillén Arango

Dirección de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica
Diana Fajardo Rivera

Dirección de Defensa Jurídica (E)
Juanita López Patrón

Dirección de Gestión de la Información
Mariana Martínez Cuéllar

Secretaría General
Isabel Abello Albino

Equipo Técnico
José Rodrigo Vargas del Campo
Diana Fajardo Rivera
Lina María Mogollón Aristizábal

1^a Edición
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Carrera 7 No. 75-66, Bogotá D.C.
Teléfono: 2558955

ISSN: 2339-417X

CONTENIDO

PRÓLOGO	6
INTRODUCCIÓN.....	7
I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA.....	8
A. Constitucionalización del derecho	8
B. Los principios como estructura normativa imperante en la Constitución.....	9
C. Características de la acción de tutela.....	10
D. Facultades del juez constitucional	11
II. REQUISITOS PARA PRESENTAR LA DEMANDA.....	14
A. Determinación de la competencia.....	14
1. Factor territorial.....	14
2. Factor orgánico	16
3. Pautas para la resolución de conflictos de competencia	16
B. Legitimación.....	18
1. Por activa.....	18
a. Directamente	20
b. Representante judicial.....	20
c. Agente oficioso.....	21
d. Ministerio público.....	22
2. Por pasiva.....	23
C. Contenido de la demanda	25
1. Acción u omisión que amenaza o vulnera un derecho fundamental.....	25
a. Acción u omisión.....	25
b. Derecho fundamental.....	26
c. Amenazado o vulnerado	27
2. Juramento.....	28
III. ETAPAS PROCESALES ANTES DEL FALLO.....	30
A. Poderes oficiosos del juez.....	30
1. Solicitud de pruebas e informes	30
2. Vinculación de partes, terceros y coadyuvancia	30
3. Impedimentos	31
4. Medida provisional.....	32
B. Primera providencia	36
1. Contenido	36

a. Remisión por competencia	36
b. No admisión	36
c. Admisión	37
2. Notificación.....	37
C. Contestación de la demanda.....	39
D. Nulidades antes del fallo	40
IV. ASUNTOS DE FONDO	43
A. Procedencia de la acción de tutela	43
1. Cumplimiento de los requisitos esenciales: legitimación por activa, pasiva, determinación de la acción u omisión que amenaza o vulnera un derecho de carácter fundamental.....	44
2. Inmediatez	46
3. Subsidiariedad.....	48
a. Existencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz: al interior de un proceso determinado y en el marco del derecho procesal en general.....	48
b. La configuración de un perjuicio irremediable	52
c. Otras razones de improcedencia.....	54
4. Carencia actual de objeto.....	57
a. Daño consumado.....	57
b. Hecho superado.....	59
c. Carencia actual de objeto propiamente dicha.....	59
5. Desistimiento.....	60
6. Temeridad.....	61
7. Causales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.....	63
8. Tutela contra tutela.....	66
B. Prosperidad de la acción de tutela	67
1. Verificación de la afectación de un derecho fundamental	68
a. Prueba de la conducta presuntamente vulneradora de derechos.....	68
2. Contenido obligacional-determinación del daño antijurídico.....	70
3. Requisitos para que prospere la tutela contra una providencia judicial	70
a. Defecto orgánico	71
b. Defecto procedimental	71
c. Defecto fáctico.....	72
d. Defecto sustantivo	73
e. Defecto por error inducido	74
f. Defecto por decisión sin motivación.....	75
g. Defecto por desconocimiento del precedente	75
h. Defecto por violación directa de la Constitución	76
C. Sentencia.....	76
1. Contenido de la sentencia.....	76
2. Ordenes	76
V. ETAPAS PROCESALES POSTERIORES AL FALLO.....	80

A. Notificación del fallo	80
B. Impugnación.....	80
C. Trámite de revisión	81
1. Proceso de selección.....	81
2. Contenido de los fallos de revisión.....	82
3. Notificación.....	82
D. Insistencia	83
VI. ACTUACIONES POSTERIORES AL FALLO	85
A. Cumplimiento	85
B. Desacato	87
C. Nulidad	90
D. Aclaración.....	92
CONCLUSIONES	95

PRÓLOGO

La Ley 1144 de 2011 creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado con dos objetivos centrales: estructurar la política de prevención del daño antijurídico y defender y proteger los intereses litigiosos de la Nación, en procesos donde esté involucrada una entidad de la administración, la conducta de un servidor público o un acto proferido por una autoridad del orden nacional. En concordancia con lo anterior, el Decreto 4085 de 2011 le asignó a la Agencia la función de formular políticas, coordinar la defensa y ejercer la representación de los intereses litigiosos de la Nación.

Consciente de ello, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado presenta este Manual con el fin de ofrecer un acercamiento teórico al proceso constitucional de tutela y brindar herramientas prácticas de defensa a los abogados de las entidades públicas para guiar su actuación tanto como parte demandante como parte demandada.

El Manual contiene la contextualización acerca del origen, la finalidad y las características de la acción de tutela; la descripción de los requisitos para presentar la demanda; la explicación de los momentos procesales antes del fallo; el análisis de los asuntos de fondo relacionados con la procedencia y la prosperidad de la acción de tutela, la sentencia y las etapas procesales posteriores a ésta. Al mismo tiempo, con el desarrollo de cada uno de estos apartes, se resaltan los puntos relevantes y se recomiendan actuaciones para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación.

De este modo, con este documento se pretende mejorar el conocimiento en los aspectos procesales y sustanciales propios del ejercicio de la acción de tutela por parte de los abogados que ejercen la defensa del Estado, lo que a su vez, se espera, garantizará el ejercicio de la defensa dentro de los parámetros óptimos de calidad y eficiencia

Adriana María Guillén Arango
Directora General

INTRODUCCIÓN

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en adelante ANDJE, tiene entre sus objetivos estructurar la política de prevención del daño antijurídico y defender y proteger los intereses litigiosos de la Nación, en procesos donde esté implicada una entidad de la administración, la conducta de un servidor público o un acto proferido por una autoridad del orden nacional. Para el desarrollo de ésta finalidad, el Decreto 4085 de 2011 asignó a la ANDJE la función de formular políticas, coordinar la defensa y ejercer la representación de los intereses litigiosos de la Nación.

En la ejecución de sus funciones, la ANDJE, a través de la Dirección de Políticas y Estrategias, evaluó los intereses litigiosos de la Nación en el proceso constitucional de tutela. De dicho estudio concluyó que la Nación se abstiene de presentar solicitudes en procura del amparo de sus derechos fundamentales y cuando es requerida por presuntamente amenazar o vulnerar esta clase derechos, las entidades demandadas tienden a no contestan la solicitud; lo hacen de manera extemporánea o lo alegado en el proceso requiere del conocimiento de los parámetros procesales y sustanciales de este mecanismo constitucional, puesto que por lo general no solicitan pruebas, no contestan la solicitud de informes, no impugnan la decisión desfavorable, no solicitan su revisión ni insisten en su selección, entre otras actuaciones.

En el marco de competencia de la acción de tutela, es posible que el proceso concluya con órdenes que generen un gasto para la administración, ya sea por el pago de una suma determinada de dinero -casos excepcionales- o por la ejecución de acciones que implican un gasto de funcionamiento a la entidad demandada, lo que de manera notoria influye en la planeación financiera de la entidad.

Conforme con lo anterior, la ANDJE basándose en el estudio presentado por el Doctor José Rodrigo Vargas del Campo presenta este Manual con el fin de ofrecer un acercamiento teórico al proceso constitucional de tutela y brindar así herramientas de defensa prácticas a los abogados de las entidades públicas para guiar su actuación tanto como parte accionante como parte accionada.

El Manual analiza los elementos procesales de la acción de tutela, las facultades de las partes y del juez, los criterios para determinar la procedencia y la prosperidad de una demanda de tutela y las etapas procesales que se pueden derivar del fallo. Lo anterior a partir de las normas contenidas en la Constitución, la ley y los reglamentos y el alcance que de éstas ha definido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En el desarrollo del documento se evidencian puntos relevantes y se recomienda actuaciones para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación. Con todo, es pertinente indicar que con la presentación de los lineamientos generales de esta acción constitucional, se busca también incentivar a los litigantes a proponer estrategias de defensa, por cuanto las aquí señaladas corresponden a los pronunciamientos judiciales que hasta el momento se han generado respecto del alcance de este mecanismo de defensa judicial.

I. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Con el objetivo de comprender el alcance de la acción de tutela es importante tener en cuenta que la misma surge en la Constitución, norma jurídica que pretende ser aplicada de manera directa y que busca, precisamente con el establecimiento de este mecanismo el cumplimiento de tal finalidad.

De los contenidos constitucionales, la acción de tutela pretende garantizar de manera específica los derechos fundamentales, los cuales a su vez están creados como principios. La textura abierta de los principios implica la necesidad de recurrir a diversos métodos de interpretación, con el fin de dotarlos de contenido respecto de su alcance, causas de violación y consecuencias jurídicas.

La acción de tutela pretende amparar los derechos fundamentales frente al Estado, al ser el garante de su efectividad; y para ello ofrece un procedimiento asequible, sumario e informal para todo aquel que considere afectado sus derechos; y le otorga al juez poderes excepcionales en procura de conseguir dicha finalidad.

Con base en lo expuesto, a continuación se desarrollan brevemente las ideas relacionadas con la constitucionalización del derecho, la interpretación de los principios, el Estado como garante de los derechos fundamentales, las características de la acción de tutela y las facultades excepcionales del juez constitucional.

A. Constitucionalización del derecho

La Constitución Política de 1991 establece que Colombia es un Estado social de derecho¹ y dispone, entre los fines del Estado, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes allí consagrados². La Constitución es el referente de la actuación estatal, su articulado conformado en buena parte por principios y derechos constituyen normas jurídicas que deben ser aplicadas de manera preeminent³ tanto por las autoridades públicas⁴ como por los particulares.

Con el fin de hacer real la garantía de la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, el ordenamiento jurídico no sólo cuenta con la jurisdicción constitucional⁵ y la acción pública de inconstitucionalidad y de tutela, sino también con el deber⁶ de todas las autoridades públicas, incluso de los jueces de la República, de aplicar directamente la Constitución sobre normas de inferior jerarquía que la contraríen. Es así como, a través de diversos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha aplicado los derechos y principios

¹ Artículo 1 de la Constitución Política.

² Artículo 2 de la Constitución Política.

³ El artículo 4 de la Constitución Política dispone que “*la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*”.

⁴ En la sentencia C-539-11 la Corte Constitucional reiteró que el sometimiento de las autoridades al imperio de la ley, significa, conforme con los artículos 2 y 4 el sometimiento al imperio de la Constitución. De este modo, las autoridades tienen el deber de interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y el precedente judicial constitucional y en este sentido tienen el deber de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar los principios, valores y derechos constitucionales.

⁵ Conforme con el artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es el órgano judicial encargado de proteger la integridad y la supremacía de la Constitución, y la interpretación que haga de ella resulta vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales.

⁶ Este deber conlleva que los jueces están obligados a analizar los argumentos relacionados con la excepción de inconstitucionalidad, tienen la obligación de advertirla (T-808-07) y de resolver acerca de su procedencia cuando es alegada o insinuada (T-357-02, T-461-03, T-249-06).

consagrados en la Constitución sobre normas legales que los desconocían, en casos relacionados por ejemplo con el derecho a la pensión⁷, educación⁸, salud⁹, movilidad¹⁰, entre otros.

De esta forma, la Carta Política de 1991 estableció diversos mecanismos para que sus normas, las cuales contienen principios y derechos, se aplicaran de manera directa y armónica en el ordenamiento jurídico.

Además, se ha de ver que conforme con el artículo 2º de la Constitución Política¹¹ al Estado, por medio de sus autoridades, le corresponde garantizar los derechos de los asociados. En armonía con lo anterior, los servidores públicos tienen el deber de actuar conforme con la Constitución y la ley¹², y cumplir con el mencionado objetivo.

En este sentido, el incumplimiento del deber de garantizar los derechos fundamentales implica que, en el marco de una acción de tutela, las instituciones Estatales sean las primeras llamadas a su satisfacción. En otros términos, las acciones u omisiones de los servidores públicos pueden configurar conductas que atenten contra los derechos fundamentales, trasgrediendo con ello su deber esencial de protegerlos, de allí que sea susceptible de ser demandados por no garantizar los derechos a su cargo como lo son los derechos a la salud, la educación, la pensión, entre otros.

B. Los principios como estructura normativa imperante en la Constitución

La Constitución Política está compuesta por disposiciones normativas con forma de principios, a diferencia de la ley cuya necesidad de detalle implica que las normas estén configuradas como reglas.

Así, las reglas y los principios tienen una estructura diferente¹³. Las reglas proveen un supuesto de hecho determinado y una consecuencia jurídica igualmente explícita que le sigue. Las reglas son concretas, se aplican todo o nada y a partir de ellas es posible predecir una decisión. Las reglas no colisionan, por cuanto ante una aparente contradicción, alguna de las dos necesariamente resulta inválida ya sea por la aplicación de criterios de norma especial o posterior, entre otros.

Ejemplo:

Todo aquel que no presente los alegatos de conclusión, será sancionado.

Juan no presentó los alegatos de conclusión.

Juan debe ser sancionado.

Por su parte, los principios son generales y por ende su contenido impide anticiparse a la decisión o acción a seguir. El principio suministra las razones a favor de una u otra decisión. Si colisionan dos principios, se aplica aquel que tenga mayor peso en la situación en concreto. Los principios son entendidos como mandatos de optimización, esto es, ordenan realizar algo en la

⁷ SU-132-13.

⁸ T-546-13, T-933-13, entre otras.

⁹ T-499-09, T-301-14, entre otras.

¹⁰ T-823-99.

¹¹ *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

¹² Artículos 6, 121 y 123 de la Constitución Política.

¹³ Alexy, Robert, Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica, (Trad. De Manuel Atienza), Doxa 5 (1988).

mayor medida posible, por ende pueden ser cumplidos en diversos grados dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Ejemplo:

Toda persona tiene derecho a la defensa.

Juan fue representado en un proceso judicial por una persona que se hizo pasar por abogado.

En aras de garantizar el derecho a la defensa de Juan, la conclusión podría ser anular el proceso judicial.

La Constitución Política se fundamenta en principios como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, entre otros, los cuales se expresan en normas con textura abierta que requieren de una concreción en cada caso, para lo cual se puede recurrir a diversos métodos de interpretación como el sistemático o finalista, o técnicas como la ponderación, el test de igualdad, entre otras.

De este modo, la Constitución Política es una norma que exige un constante ejercicio hermenéutico en aras de establecer su sentido en busca de la efectividad de los fines, principios, valores y derechos allí consagrados¹⁴.

C. Características de la acción de tutela

Bajo el anterior contexto, la acción de tutela, prevista en el artículo 86 de la Constitución Política¹⁵ y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, responde al interés de crear un mecanismo para garantizar judicialmente los derechos considerados de carácter fundamental, por medio del control de las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, mediante un procedimiento asequible, informal, preferente y sumario.

La acción de tutela en si misma tiene carácter fundamental dentro de la estructura del ordenamiento jurídico, toda vez que es *“el instrumento concebido por el Constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse”*¹⁶.

La acción de tutela permite constitucionalizar el litigio, ampliar el campo de la interpretación constitucional y obligar a los jueces a referirse directamente a la Constitución. Esto es, judicializa la Norma Superior e invita al análisis de los derechos constitucionales en los casos donde no llega la acción legislativa ordinaria ni la de la administración para garantizar esos

¹⁴ C-539-11.

¹⁵ Constitución Política, 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 aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

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

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

¹⁶ C-531-93.

derechos¹⁷. De este modo, la acción de tutela promueve la primacía de la Constitución, la interpretación unificada, la garantía de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

Según las normas que regulan la acción de tutela¹⁸, ésta se rige en su forma por el principio de informalidad; en su esencia por el principio de prevalencia del derecho sustancial, y en su parte procesal, específicamente por lo preferencial y sumarial. Todos estos principios y las normas que los desarrollan pretenden hacer efectiva la finalidad del mecanismo constitucional de tutela de protección de los derechos fundamentales vulnerados.

El principio de *informalidad*¹⁹ de la acción de tutela implica la ausencia de ritualismo en la presentación de la demanda. Así, para dar inicio a este proceso es suficiente con expresar de manera clara, verbal o escrita y sin necesidad de apoderado, la acción o la omisión que la motiva, el derecho afectado y el nombre de la autoridad pública o del órgano autor de la amenaza o vulneración.

Por su parte, el principio de primacía del derecho sustancial alude a que solo son exigibles en el trámite de tutela los postulados descritos en la Constitución y en la ley. Por ende, toda exigencia que pretenda limitar el uso de la acción de tutela con la imposición de requisitos que no son propios de esta acción o que son excesivos dado su carácter informal, desconoce el acceso a la administración de justicia. Es por ello que el juez, en virtud de este postulado, tiene el deber de remover los obstáculos formales e interpretar la demanda sin perjuicio de las garantías procesales de las partes²⁰.

Finalmente, el carácter preferencial, conforme con el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991²¹, se refiere a que la autoridad judicial debe dar prelación al trámite de la acción de tutela en relación con los otros procesos ordinarios que cursan en el despacho judicial; y lo sumarial se traduce en que entre la solicitud de tutela y la resolución de la misma, en sede de primera instancia, no deben transcurrir más de 10 días hábiles. Es así como en el trámite de tutela es improcedente la admisión de incidentes o recursos²²; las órdenes deben cumplirse en un término breve²³ y la notificación debe ser expedita y eficaz²⁴.

D. Facultades del juez constitucional

¹⁷ C-155A-93.

¹⁸ Artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

¹⁹ El artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 establece que: “En la solicitud de tutela se expresará, con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante.

No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, 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. El juez deberá atender inmediatamente al solicitante, pero, sin poner en peligro el goce efectivo del derecho, podrá exigir su posterior presentación personal para recoger una declaración que facilite proceder con el trámite de la solicitud, u ordenar al secretario levantar el acta correspondiente sin formalismo alguno.

²⁰ T-1015-06.

²¹ Artículo 15 del Decreto 2591 de 1991: Trámite preferencial. La tramitación de la tutela estará a cargo del juez, del presidente de la Sala o del magistrado a quien éste designe, en turno riguroso, y será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de habeas corpus.

²² A-394A-10, A-270-02.

²³ C-483-09, Su-058-03.

²⁴ Artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Bajo el mismo postulado de la efectividad de los derechos fundamentales, el juez que conoce de una acción de tutela tiene, en el proceso, amplias facultades, que en algunos escenarios pueden llegar a ser obligatorias, en aras de conseguir dicho objetivo.

El papel activo del juez se justifica por dos razones esenciales. La primera se basa en que, debido a su carácter informal, la acción de tutela la puede presentar cualquier persona independiente de su edad, origen, raza, nivel económico, social o profesional; y la segunda se sustenta en la pretensión de no hacer ilusorio el amparo que pretende esta acción constitucional²⁵.

Conforme al Decreto 2591 de 1991, el juez de tutela está facultado para solicitar la corrección de la demanda (artículo 17), pedir informes a las autoridades demandadas, a otras entidades o al peticionario (artículo 19 y 20), integrar debidamente el contradictorio, ordenar pruebas, suspender el acto que amenace o vulnera derechos fundamentales (artículo 7), levantar el acto de suspensión, indagar acerca de la situación de hecho que dio origen a la petición de amparo, las circunstancias en las que se encuentre el accionante, es decir, todo aquello que permita conseguir la efectividad de los derechos fundamentales.

Asimismo, el juez tiene la facultad de fallar *extra y ultra petita*, pues “*tratándose de la protección de derechos fundamentales, es permitido ir más allá de lo pedido para eficazmente poner fin a la situación que dio origen a la vulneración o amenaza contra aquellos*”. De este modo, el juez puede amparar derechos que no fueron expresamente invocados, adoptar medidas u órdenes no solicitadas, o conceder más allá de lo pretendido por el accionante²⁶.

La Corte Constitucional desde sus inicios ha dejado claro que el papel del juez en tutela no es igual al del juez ordinario, pues a aquel le corresponde buscar la información necesaria para administrar justicia y garantizar el acceso al mecanismo creado con el fin de acercar los derechos reconocidos en la Constitución a la realidad²⁷.

En este sentido en el proceso de tutela no son válidos los argumentos que sí podrían aducirse en el marco de un proceso ordinario, tales como que el juez sólo puede considerar lo expuesto en la demanda original²⁸, o que el juez debe rechazar la demanda o negar el amparo por hallar discrepancia entre lo expuesto en la demanda y lo previsto en la diligencia de ampliación, o que el juez debe negar las pretensiones de la demanda, por cuanto la parte no probó los hechos de manera adecuada, entre otras similares.

Al contrario, en el proceso de tutela cualquier información allegada, incluso en sede de revisión, hace parte integral de los elementos para definir el asunto puesto a su consideración, y el juez tiene el deber de resolver la controversia en su integridad así deba ampliar el debate constitucional y vincular a otras entidades.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar y recomendar lo siguiente:

²⁵ T- 501-92, T- 288-97.

²⁶ T-425-12.

²⁷ T- 501-92.

²⁸ T-535-98

Relevante:

1. Las autoridades públicas tanto administrativas como judiciales tienen el deber de hacer efectivo los mandatos de la Constitución y tienen la función, por regla general, de satisfacer los derechos de sus asociados.
2. La estructura normativa de la Constitución Política se basa en principios, esto es, en mandatos de optimización cuyo contenido respecto de su alcance, las conductas que los vulneran y las órdenes para su protección, se determinan luego de un proceso de interpretación.
3. La acción de tutela pretende hacer efectiva la garantía de los derechos fundamentales de los asociados y en función de este interés, el juez tiene poderes oficiosos para la configuración del litigio y para fallar *ultra y extra petita* de ser el caso.
4. En la presentación de la acción de tutela, es suficiente con expresar de manera clara, verbal o escrita y sin necesidad de apoderado, la acción o la omisión que la motiva, el derecho afectado y el nombre de la autoridad pública o del órgano autor de la amenaza o vulneración.
5. Solo son exigibles en el trámite de tutela los postulados descritos en la Constitución y en la ley. Por ende, toda exigencia que pretenda limitar el uso de la acción de tutela con la imposición de requisitos que no son propios de esta acción o que son excesivos dado su carácter informal, desconoce el acceso a la administración de justicia.

En virtud de lo anterior, se recomienda:

1. Utilizar la acción de tutela para solicitar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.
2. Contestar e intervenir en el proceso de tutela teniendo en cuenta el deber de interpretar los postulados constitucionales y la facultad oficiosa del juez, cuyos poderes y marco de interpretación distan de los procesos ordinarios.

II. REQUISITOS PARA PRESENTAR LA DEMANDA

La presentación de la demanda de tutela exige claridad acerca de la autoridad judicial competente para conocerla, la persona afectada y la que fue causante de la vulneración, y la presentación propiamente dicha de la solicitud de tutela ante la autoridad competente.

A. Determinación de la competencia

Conforme con el artículo 86 de la Constitución Política, todos los jueces de la República, sin distinción jerárquica y con excepción de los jueces de paz, la jurisdicción indígena y la penal militar²⁹, son competentes para conocer de una demanda de tutela. Esta competencia comprende a todas las autoridades públicas, unipersonales y pluripersonales a quienes la Constitución Política y la ley asignaron la función de administrar justicia³⁰.

Todos los jueces, como autoridades públicas, tienen el deber en primer lugar de proteger derechos fundamentales y aplicar la Constitución y en segundo lugar el deber de conocer de las demandas de tutela independientemente de su jerarquía y especialidad (civil, laboral, penal o contencioso administrativa)³¹. Así, en virtud de una demanda de tutela el juez cuya especialidad es penal, puede conocer, en acción de tutela, la solicitud de protección de derechos correspondientes al ámbito laboral, como podría ser el reconocimiento de una indexación pensional.

La Constitución Política de 1991 y el Decreto 2591 de 1991 determinó como únicos criterios para asignar la competencia en el proceso de tutela: el factor territorial y el factor orgánico.

1. Factor territorial

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991³² dispone que, a prevención, son competentes para conocer de una demanda de tutela los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurrió la amenaza o vulneración, o donde se producen sus efectos. Asignación de competencia que se ajusta a la finalidad de suministrar instrumentos razonables para contribuir con la eficacia de los derechos y de los mecanismos que los garantizan³³.

La acepción '*a prevención*' significa que "*cualquiera de los jueces que sean competentes, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución y el 37 del Decreto 2591 de 1991, está autorizado para conocer de la acción de tutela, independientemente de la especialidad que haya sido el escogida por el actor*"³⁴.

Lo anterior, ha sido el fundamento para que la jurisprudencia de la Corte Constitucional derive las siguientes **reglas** que guían la atribución de **competencia** en materia de tutela. Veamos:

²⁹ Conforme con el artículo 221 de la Constitución Política su competencia se restringe al conocimiento "*de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicios activo, y en relación con el mismo servicio*" y forman parte de la Fuerza Pública y no de la Rama Judicial (T-186-98).

³⁰ C-186-98.

³¹ T- 413-92

³² Artículo 37. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

³³ C-054-93.

³⁴ A-061-11.

- a) El domicilio del demandante puede ser considerado como un factor para determinar la competencia, si éste es el lugar donde se están produciendo los efectos de la amenaza o violación del derecho fundamental³⁵.
- b) El lugar donde ocurrió la vulneración puede ser diferente al de la sede del ente que presuntamente amenaza o viola los derechos fundamentales.
- c) El sitio donde se producen los efectos del acto violatorio, es decir, el lugar donde se presentó, ocurrió o repercutió la vulneración que se busca proteger, no necesariamente coincide con el lugar donde fue expedido dicho acto³⁶.
- d) Cuando varios jueces pueden ser competentes es necesario verificar si el accionante ha elegido una jurisdicción o especialidad en particular. En este caso, el juez competente será el elegido, por cuanto la libertad del actor, siempre que se ajuste a los parámetros de competencia establecidos, merece protección por parte del ordenamiento jurídico³⁷.
- e) En el evento en que un juez de la República decida que no es competente conforme con el factor territorial, deberá remitir la acción de tutela a quien lo sea.

Ejemplo:

En el Auto 222 de 2012 la Corte Constitucional definió que el juez de Girardot era el competente para conocer de una acción de tutela *“en razón a que en dicha localidad la entidad demandada terminó la relación laboral con el accionante y se está produciendo los efectos de la vulneración de los derechos fundamentales, al ser el sitio donde el actor reside y la localidad mencionada para recibir notificaciones según consta en la demanda de tutela”*. Añadió que si bien en Bogotá está la sede de la sociedad demandada y fue el lugar donde se expidió el acto que causó la vulneración, el accionante en uso de su libertad escogió la ciudad de Girardot, lugar donde se producen los efectos de la acción censurada, para presentar su solicitud de tutela.

Definida la competencia en función del factor territorial, el ordenamiento jurídico estableció, en el Decreto 1382 del 2000³⁸, las siguientes **normas de reparto** en las cuales es determinante la naturaleza jurídica de la entidad demandante. Así:

- a) Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Administrativos y Consejos Seccionales de la Judicatura, conocen en primera instancia de la acción presentada contra cualquier autoridad pública del orden nacional.
- b) Los Jueces del Circuito o con categoría de tales, en primera instancia, conocen de la acción de tutela presentada contra cualquier organismo del sector descentralizado por servicios del orden nacional u autoridad pública del orden departamental.
- c) Los jueces municipales en primera instancia conocen de la acción de tutela presentada contra cualquier autoridad pública del orden distrital o municipal y contra los particulares.
- d) Cuando la acción de tutela se promueva contra un funcionario o corporación judicial por el ejercicio de funciones jurisdiccionales, ésta le será repartida al respectivo superior funcional del accionado. Y si se dirige contra la Fiscalía General de la Nación, se repartirá al superior funcional del juez al que esté adscrito el fiscal accionado.

³⁵ A-103-13.

³⁶ Autos 025-97, 095-06, 125-09, 227-09, 188-11, entre otros.

³⁷ A-030-07, 131-09, 227-09, 079-10, entre otros.

³⁸ Mediante sentencia del 18 de junio de 2002 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo se abstuvo de declarar la nulidad del Decreto 1382 de 2000, y consideró de manera expresa que establece reglas de reparto y no de competencia.

- e) Las tutelas contra la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura -Sala Jurisdiccional Disciplinaria-, serán repartidas a la misma Corporación y se resolverá por la Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de conformidad con el reglamento de cada institución.
- f) En el evento en que la acción de tutela se dirija contra más de una autoridad, y éstas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas señaladas³⁹.

2. Factor orgánico

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 dispone que en *"las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar"*. Al respecto, en sentencia de constitucionalidad C- 940 de 2010, la Corte Constitucional condicionó el alcance del referido artículo en el entendido de que si no existe juez del circuito en el lugar donde se configura la amenaza o la vulneración, la demanda de tutela podrá interponerse ante cualquier juez del lugar, quien deberá remitirla al correspondiente juzgado del circuito, quien comunicara sus actuaciones a través del juzgado que remitió la actuación.

En esta misma providencia, se definió que la asignación de la competencia a los jueces del circuito, busca que la determinación del alcance del derecho a la libertad de expresión sea analizada por autoridades judiciales de cierto nivel jerárquico, al tratarse de un elemento esencial en un Estado democrático.

3. Pautas para la resolución de conflictos de competencia

Un conflicto de competencia se genera cuando dos autoridades judiciales rechazan el conocimiento de una demanda de tutela o solicitan su conocimiento⁴⁰. En principio, la autoridad llamada a resolver este conflicto, es el superior funcional común de las autoridades judiciales en disputa⁴¹, en caso de no existir este superior, la competencia la asume la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁴² y de manera excepcional y residual la Corte Constitucional⁴³.

La jurisprudencia constitucional con base en las reglas antes expuestas relacionadas con el alcance de los factores de asignación de competencia y las reglas de reparto en materia de tutela, ha definido lo siguiente:

- a) Sólo se configura un conflicto de competencia cuando se desconoce el factor orgánico o territorial.

³⁹ A-170-08.

⁴⁰ A- 135-03

⁴¹ Artículo 139 de la Ley 1564 de 2012 *"Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones"*.

⁴² Numeral 6 del artículo 256 de la Constitución Política y numeral 2 del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 *"Estatutaria de la Administración de Justicia"*.

⁴³ La atribución de la competencia a la Corte Constitucional se fundamenta en que la acción de tutela hace parte de la jurisdicción constitucional, al igual que los jueces cuando conocen de esta acción a si pertenezcan formalmente a otra jurisdicción. En este sentido, al ser la Corte Constitucional el órgano máximo de esta jurisdicción, es la competente funcional para resolver los asuntos relacionados con el tema. Además, en virtud de los principios de celeridad, eficacia, acceso a la administración de justicia y respeto de los derechos fundamentales que gobiernan la acción de tutela, la Corte Constitucional puede resolver los conflictos puestos a su consideración suscitados entre autoridades que tengan un superior jerárquico común, por cuanto su actuación evita la dilación en resolver el asunto de fondo, que se deriva de remitirlo a la autoridad que legalmente competente.

- b) Si la discusión se centra en normas de reparto, se trata entonces de un conflicto *aparente* de competencia, por lo que una equivocación en la aplicación de las reglas de reparto no autoriza a los jueces de tutela a declararse incompetente⁴⁴.
- c) Sólo se analiza las reglas de reparto, si el mismo se hizo de manera grosera, arbitraria o caprichosa⁴⁵.
- d) Los jueces no pueden promover conflictos de competencia en materia de tutela bajo el supuesto de que la oficina judicial no repartió la acción acorde con la especialidad escogida por el actor⁴⁶, por cuanto si bien existe la libertad de escogencia, esto no es óbice para demorar el trámite de la acción de tutela⁴⁷, cuando todos los jueces están habilitados para conocer de esta acción constitucional.
- e) Cuando varían las entidades demandadas en el trámite de tutela, esto es, cuando la tutela es admitida respecto de una entidad del orden descentralizado y posteriormente se vincula a una entidad del orden nacional, este cambio en la parte pasiva no impide que el juez continúe con la competencia para conocer el asunto⁴⁸. En otros términos, no está justificada la remisión de la competencia a otro juez, cuando el conocimiento lo asumió un juez. Lo anterior, en virtud del principio de *perpetuatio jurisdictionis* que implica que la competencia a prevención no puede ser alterada luego de que la misma ha sido radicada en un despacho judicial y éste asumió su conocimiento⁴⁹.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar y recomendar lo siguiente:

Puntos relevantes:

1. El procedimiento de la acción de tutela tiene la característica de ser preferente, sumario e informal y se rige por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.
2. La competencia para el conocimiento de una demanda de tutela la tiene el juez o tribunal del lugar i) donde ocurrió la amenaza o vulneración, o ii) donde se producen sus efectos.
3. En el trámite de acción de tutela no es procedente la recusación de la autoridad judicial. Solo procede la declaración de impedimento, por parte del funcionario competente, conforme con las causales previstas en el ordenamiento procesal penal.

Recomendaciones:

Para presentar la demanda de tutela o para alegar la falta de competencia del juez que no estaba facultado para su conocimiento, se debe determinar el lugar donde ocurrió la amenaza o vulneración, o donde la misma está produciendo sus efectos.

⁴⁴ Auto 178-09.

⁴⁵ Así por ejemplo, la Corte Constitucional en el Auto 135 de 2003 conoció de un conflicto positivo de competencia entre Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En este decidió remitir a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de la acción de tutela, por cuanto la misma se presentó contra una decisión adoptada por la Sala de Casación Penal de esa misma Corporación, y conforme con las reglas de reparto esta sería la entidad encargada de resolver el asunto.

⁴⁶ Auto 061 de 2011

⁴⁷ Las reglas y sub-reglas expuestas previamente, se pueden confrontar en las siguientes providencias: A-319 de 2006, A-073 de 2007, A-223 de 2007, A-260 de 2007, A-038 de 2008, A-076 de 2008, A-127 de 2008, A-157 de 2008, A-170 de 2008, A-277 de 2008, A-020 de 2009, A-038 de 2009, A-053 de 2009, A-075 de 2009, A-078 de 2009, A-109 de 2009, A-125 de 2009, A-126 de 2009, A-131 de 2009, A-132 de 2009, A-178 de 2009, A-231 de 2009, A-196 de 2011.

⁴⁸ A-059-11, A-035-04, A-055-07.

⁴⁹ A-257-06.

B. Legitimación

1. Por activa

El artículo 86 de la Constitución Política indica que “*toda persona*” podrá presentar acción de tutela. Respecto de la noción de persona, el Código Civil establece que existen: las personas naturales y las jurídicas⁵⁰; que la persona natural es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición⁵¹; y la persona jurídica es un ente ficticio capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente⁵².

De acuerdo con estas nociones, cuando el artículo 86 de la Constitución Política se refiere a que toda persona puede presentar una acción de tutela alude tanto a las personas naturales como a las jurídicas. Esto es, le atribuye a ambos entes la facultad de reclamar ante los jueces la protección de derechos fundamentales.

Para presentar una demanda de tutela por una persona natural no es necesario estar en uso de los derechos políticos, la misma puede ser presentada tanto por menores⁵³ como por extranjeros⁵⁴ o por personas privadas de la libertad. Sólo se requiere que el derecho esté inescindiblemente ligado a la dignidad humana y a los atributos propios del ser humano inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad.

De este modo, la atribución de los derechos fundamentales es diferente cuando se trata de personas naturales o personas jurídicas. La naturaleza de las personas jurídicas impide el ejercicio de algunos derechos que por esencia le corresponde a las personas naturales tales como el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte⁵⁵, la prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁵⁶, el derecho a la intimidad personal y familiar⁵⁷, el derecho a la honra⁵⁸, el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵⁹,

⁵⁰ Artículo 73 del Código Civil.

⁵¹ Artículo 74 del Código Civil.

⁵² Artículo 633 del Código Civil.

⁵³ En la sentencia T-1220 de 2003 la Corte Constitucional definió que los menores pueden presentar directamente las acciones de tutela en procura de la defensa de sus derechos fundamentales. Empero se ha de ver en el marco de todos los recursos procesales que tiene a su disposición, si existe una violación o amenaza a los derechos fundamentales de los menores, que haga imperioso el amparo constitucional. El caso era una acción de tutela de un hijo contra uno de sus padres.

⁵⁴ En la tutela T- 1088-12 la Corte Constitucional estableció que la acepción “*toda persona*” “no establece diferencia entre la persona natural o jurídica, nacional o extranjera y, por tanto, legitima a todo titular de un derecho fundamental amenazado o lesionado, para solicitar su restablecimiento ante los jueces de la República”. Además, el artículo 100 Superior, otorga a los extranjeros “los mismos derechos civiles” que se conceden a los nacionales, por lo que los extranjeros son titulares de este mecanismo de defensa, en armonía con lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta, según el cual a nadie se le puede discriminar por razón de su “*origen nacional*”. Lo anterior se señaló en el marco de una acción de tutela presentada por un brasileño que solicitaba la protección del derecho a la salud, el cual consideraba afectado tras negarle un trasplante de hígado que requería.

⁵⁵ Artículo 11 de la Constitución Política.

⁵⁶ Artículo 12 de la Constitución Política.

⁵⁷ Artículo 15 de la Constitución Política.

⁵⁸ Artículo 21 de la Constitución Política.

⁵⁹ Artículo 16 de la Constitución Política.

el derecho a la seguridad social⁶⁰, el derecho al trabajo y al mínimo vital⁶¹, el derecho al voto, entre otros.

Por su parte, los derechos de las personas jurídicas son aquellos que están estrechamente ligados a su existencia, a su actividad y al núcleo de las garantías que el orden jurídico le ofrece⁶². En este sentido, tienen, por ejemplo, derecho al debido proceso, a la defensa, a la inviolabilidad del domicilio y a los documentos privados, a la libertad de asociación, al acceso a la administración de justicia⁶³, a la información, a la igualdad, al habeas data, al buen nombre, entre otros⁶⁴. Y precisamente, por ser titular de estos derechos, tienen, asimismo, la facultad de ejercer las acciones judiciales para procurar su defensa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido que las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías: una directa y la otra indirecta⁶⁵. La vía directa se constituye cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino porque actúan por sí mismas; y la vía indirecta cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.

Es un requisito esencial que los sujetos a favor de quien se presenta la acción estén determinados o sean determinables⁶⁶, por cuanto lo que se pretende es la *"garantía de derechos subjetivos constitucionalizados"*⁶⁷.

En el campo de la administración estatal, las personas jurídicas son la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas por la ley⁶⁸, así como los departamentos, distritos y municipios, las entidades descentralizadas territoriales, las asociaciones de municipios y las áreas metropolitanas⁶⁹, entre otros.

⁶⁰ Artículo 48 de la Constitución Política.

En la sentencia T-092-07 la Corte reiteró que las personas jurídicas no tienen derecho a la seguridad social. En esa ocasión, una entidad promotora de salud presentó una acción de tutela para el amparo del derecho a la seguridad social y solicitaba la devolución de los dineros cancelados por concepto de impuestos. Frente a lo anterior, se consideró que de llegarse a presentar una vulneración a la seguridad social, serían los usuarios de la EPS los facultados para interponer las acciones respectivas y como así no sucedió ni se probó la incapacidad de éstos para interponerla de manera oficiosa, las pretensiones no pueden prosperar.

⁶¹ T-799-09; Su-1193-00, entre otras.

⁶² T-799-09, Su-182-98, entre otras.

⁶³ Artículo 229 de la Constitución Política.

⁶⁴ T-362-05, T-265-13.

⁶⁵ Su-447-11, C-003-93 y T-441-92.

⁶⁶ En diversos pronunciamientos, se ha declarado la improcedencia de la acción de tutela al no estar determinados los sujetos afectados por la acción u omisión que se alega. Así, en sentencia T-065 de 2013 la Corte Constitucional consideró que era improcedente la acción de tutela presentada contra el Ministerio de Transporte al disponer en una circular con carácter general que a los vehículos particulares no podrá exigírseles la revisión técnico mecánica durante 6 años contados a partir de la fecha de matrícula. Lo anterior, por cuanto (i) el actor persigue exclusivamente la protección de intereses difusos de personas indeterminables, sin demostrar alguna relación real con un derecho fundamental; (ii) para proteger derechos colectivos puede acudir a otras acciones judiciales y no busca impedir un perjuicio irremediable; y (iii) persigue la protección de derechos supuestamente conculcados por una circular que tiene carácter general, abstracto e impersonal". En este sentido, uno de los argumentos que sustentó la improcedencia de la acción de tutela fue que la protección buscada por el actor correspondía a intereses difusos de personas indeterminables, es decir, no se demostró que existiera una relación de causalidad entre el derecho colectivo amenazado y el derecho subjetivo del accionante, como para acudir a la acción de tutela como mecanismo de protección. En igual sentido, T-078 de 2004 y T-557 de 2012.

⁶⁷ T-896A-06, T-078-04, T-049-08.

⁶⁸ Artículo 80 de la Ley 153 de 1887

⁶⁹ En sentencia C-1096 de 2001 se señaló que: "En el nivel territorial coexisten diferentes personas jurídicas de derecho público, las cuales obedecen a lógicas distintas de organización. Unas corresponden a la organización política del Estado (las entidades territoriales), algunas a la descentralización por servicios (entidades descentralizadas) y otras al resultado de la asociación entre entidades territoriales (asociaciones de municipios, áreas metropolitanas y regiones administrativas y de planificación) y todas ellas cuentan con su propia personalidad jurídica, la cual apareja consigo el reconocimiento de autonomía administrativa, autoridades y patrimonio propios".

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 regula el asunto concerniente a la legitimación por activa y al respecto señala que:

"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.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".

Del artículo transscrito se infiere que la acción de tutela puede ser presentada directamente por la persona afectada, a través de un representante legal, por quien agencia derechos ajenos o por el Ministerio Público. Veamos:

a. Directamente

En principio, la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales es quien está legitimada para presentar acción de tutela, al ser la titular del derecho afectado y por cuanto la solicitud de amparo, debe provenir del ejercicio de su derecho a la autonomía, libre albedrío y autodeterminación⁷⁰.

Una entidad estatal como persona jurídica está facultada a presentar demanda de tutela cuando resulten vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales. El ejercicio de este derecho de postulación lo puede hacer el representante legal de la entidad y de manera excepcional, funcionarios distintos a éste con la condición de que así lo dispongan las normas que definen la estructura funcional de la institución⁷¹.

Diversas instituciones estatales han ejercido este derecho de postulación. A saber, en la sentencia T-265 de 2013 la Corte Constitucional analizó una demanda presentada por la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, al considerar vulnerados sus derechos al debido proceso, por cuanto esta autoridad judicial ordenó en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el reintegro de un oficial de la Policía Nacional que había sido retirado del servicio activo por la causal "llamamiento a calificar servicios".

Asimismo, en el auto 265 de 2002 la Corte Constitucional declaró la nulidad de todo lo actuado en un proceso de tutela a partir del auto que no admitió la impugnación contra el fallo de primera instancia presentada por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES-. Fundamentó su decisión en que las normas que conforman la estructura de la institución asignaban al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICFES, funciones de representación judicial, aspecto que no fue valorado por los jueces de instancia.

b. Representante judicial

⁷⁰ T-1020-03. En este sentido, y a manera de ejemplo, el juez de tutela debe ser cauteloso para concluir si existe coacción en un menor para presentar la acción de tutela.

⁷¹ A-265-02, T-267-09, entre otros.

El ejercicio de la acción de tutela a través de apoderado implica el cumplimiento de las reglas generales de la asignación de poder previstas en el ordenamiento procesal colombiano. Lo anterior en virtud de la regla general de que en los asuntos no regulados expresamente por el Decreto 2591 de 1991, se debe acudir a las reglas generales del ordenamiento procesal, siempre que no desnaturalicen los principios esenciales que orientan la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha señalado los **siguientes parámetros** para la presentación de la tutela a través de apoderado judicial:

- (i) Es un acto formal, por tal razón el mandato judicial debe efectuarse por escrito.
- (ii) Este escrito tiene el nombre de poder, el cual, acorde con el Decreto 2591 de 1991, se presume auténtico.
- (iii) Este poder debe ser especial, es decir, en el escrito debe observarse claramente el mandato judicial para interponer la acción de tutela. En este sentido, no es válido un poder otorgado para un asunto diferente a la acción de tutela⁷².
- (iv) A quien se le otorga el poder o mandato judicial, debe ser un profesional del derecho en ejercicio, por cuanto el ejercicio de esta acción exige una responsabilidad y una garantía de que quien apodera puede actuar de acuerdo con la ley y responder por su gestión⁷³.

Asimismo, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado puede presentar directamente acción de tutela en procura de la protección de los intereses patrimoniales del Estado, siempre que la entidad pública afectada en sus derechos fundamentales, le otorgue poder para ello⁷⁴.

c. Agente oficioso

La agencia oficiosa es la posibilidad que ofrece el ordenamiento jurídico para que una persona presente a nombre de otra una demanda de tutela, por cuanto esta última no se encuentra en condiciones de acudir directamente al juez⁷⁵. En este supuesto, la procedencia de la acción está supeditada a que quien dice ser agente oficio, debe manifestar que actúa de esta forma y probar que el afectado se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden actuar directamente.

El fundamento de la agencia oficiosa se centra en el deber de solidaridad social base del ordenamiento jurídico interno⁷⁶. La aplicación de esta figura generalmente se da en sujetos considerados como de especial protección constitucional, debido a su condición de debilidad manifiesta.

Así, a manera de ejemplo, en la sentencia de tutela T-760 de 2012 se consideró procedente la acción de tutela, presentada por quien como agente oficioso de dos personas víctimas del desplazamiento forzado, pertenecientes a una étnica indígena, y quienes no sabían el idioma castellano, ni tenían formación académica y además padecían de VIH, solicitaba el amparo de sus derechos a la familia y a la identidad cultural, presuntamente vulnerados por el ICBF al declarar en adoptabilidad sus dos hijas.

⁷² T-695-98, T-451-06, entre otras.

⁷³ T-648-13, T- 1020-03, T-550-93, T-457-97, T-695-98, T-452-01, entre otras.

⁷⁴ Artículo 610 de la Ley 1564 de 2012.

⁷⁵ Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

⁷⁶ T-1075-12.

d. Ministerio público

La acción de tutela también puede ser presentada por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales a nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo o indefensión⁷⁷. El Defensor del Pueblo será considerado parte en el proceso⁷⁸.

La anterior facultad concuerda con los artículos 118 y 282 de la Constitución Política que establecen que la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo *“la defensa, promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos, principalmente de quienes se encuentran en condiciones de debilidad manifiestan o presentan dificultades para afrontar la defensa de sus derechos”*⁷⁹.

Así, en sentencia T-1020 de 2005 se consideró procedente la acción de tutela presentada por un Personero a nombre de quien se encontraba en estado de indefensión y además había recurrido a la personería para solicitar la presentación de esta acción. Por el contrario, en la sentencia T-462 de 1993 se declaró improcedente la acción de tutela formulada por el Personero Municipal a nombre de los empleados de la administración del municipio a quienes no se les había pagado los salarios causados por su trabajo. La razón de la improcedencia se sustentó en que *“no se advertía el desamparo o la indefensión”* de los trabajadores, quienes a su vez tampoco habían solicitado a la personería su intervención.

Es necesario aclarar que el ejercicio de la acción de tutela por parte de los representantes públicos no se sustenta en una relación de mandato, de allí que no se deba cumplir con los requisitos previstos cuando se actúa por medio de apoderado judicial. El ejercicio de la acción de tutela se basa en las funciones asignadas por la Constitución a favor de quienes se encuentren en situación de desamparo o indefensión⁸⁰.

De igual manera, la Procuraduría General de la Nación, entidad parte del Ministerio Público, también puede presentar acciones de tutela, facultad que, si bien no está prevista expresamente en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, se infiere de la función general asignada por la Constitución de proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, defender los intereses de la sociedad, e intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales en aras de proteger el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales⁸¹. De esta manera, se reconoció en la sentencia T-293 de 2013 en la cual se consideró que *“si desde el punto de vista del debido proceso constitucional, el Procurador o sus agentes pueden interponer las acciones judiciales que consideren necesarias para proteger los derechos ajenos o el interés público, no existe razón constitucional para que no pueda hacerlo a través de la acción de tutela”*.

Conforme con lo expuesto, se concluye que está legitimado para presentar una demanda de tutela:

- a) El directamente afectado en sus derechos fundamentales.

⁷⁷ Artículo 46 del Decreto 2591 de 1991.

⁷⁸ Artículo 47 del Decreto 2591 de 1991.

⁷⁹ En la sentencia T-690 de 2010 la Corte analizó una acción de tutela presentada por el defensor del pueblo en nombre de los internos e internas del establecimiento penitenciario de alta y mediana seguridad de Valledupar. En esta providencia consideró que la población interna se encuentra en estado de indefensión y desamparo en razón de su situación de reclusión; y que con la presentación de la demanda de tutela, el defensor está actuando a favor de los intereses de los internos en aras de mejorar sus condiciones y los internos son determinables. En igual sentido se pueden ver las sentencias: T- 126-09, T-896A-06.

⁸⁰ T-1020-05.

⁸¹ Numerales 2, 3 y 7 del artículo 277 de la Constitución Política.

- b) La persona que dice actuar como agente oficioso y probó la situación de debilidad en la que se encuentra el sujeto directamente afectado y que le impide ejercer por el mismo la acción.
- c) Quien actua como apoderado judicial y allega el escrito en donde consta dicho mandato.
- d) El Ministerio Público en los asuntos de su competencia

2. Por pasiva

El artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela se dirigirá “*contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior*”.

Las autoridades públicas a las que hace referencia este artículo son “*todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares*”. En otros términos, son “*aquellos servidores públicos llamados a ejercer, dentro del ordenamiento jurídico que define sus funciones o competencias, poder de mando o decisión, cuyas determinaciones, por tanto, afectan a los gobernados*”⁸².

La legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la demanda de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental⁸³, esto es, de ser la persona que con su acción u omisión causó la trasgresión a los derechos⁸⁴. Empero, no es necesario que la acción de tutela se dirija contra el representante legal de la entidad, basta con que se presente contra el funcionario que con su acción u omisión vulneró o amenazó el derecho cuya protección se invoca.

La informalidad de la acción de tutela permite que, en el evento en que el demandante no tenga claridad acerca de la autoridad que vulneró sus derechos, el juez, en el marco del principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal, deba conformar debidamente el contradictorio y vincular de manera oficiosa a las entidades o servidores públicos que considere. Esta vinculación se puede realizar en cualquier instancia del proceso, sin embargo, cuando en el expediente no se logra acreditar la legitimación por pasiva, la acción de tutela debe ser declarada improcedente.

La vinculación en el proceso de tutela puede efectuarse en sede de revisión sólo cuando la premura de la protección de los derechos fundamentales así lo requiera⁸⁵. Si no es así, entonces se debe declarar la nulidad del proceso de tutela para vincular a la entidad correcta y de esta forma respetar su derecho a la doble instancia⁸⁶.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar y recomendar lo siguiente:

⁸² T-501-92.

⁸³ T-1015-06.

⁸⁴ T-938-12.

⁸⁵ A-349-08.

⁸⁶ A-257-06.

Puntos relevantes:

1. Las personas naturales y jurídicas están facultadas para presentar acción de tutela por la presunta vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.
2. La atribución de los derechos fundamentales es diferente cuando se trata de personas naturales o personas jurídicas.
3. Los sujetos a favor de quien se presenta la acción estén determinados o sean determinables.
4. La acción de tutela puede ser presentada por la persona afectada, por su representante judicial, por un agente oficioso o a través del Ministerio Público.
5. La persona directamente afectada en sus derechos fundamentales es quien está legitimada para presentar acción de tutela, al ser la titular del derecho afectado y por cuanto la solicitud de amparo, debe provenir del ejercicio de su derecho a la autonomía, libre albedrío y autodeterminación
6. El ejercicio de la acción de tutela a través de apoderado implica el cumplimiento de las reglas generales de la asignación de poder previstas en el ordenamiento procesal colombiano.
7. El agente oficio debe manifestar que actúa de esta forma y probar que el afectado se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden actuar directamente.
8. La acción de tutela también puede ser presentada por el Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales a nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo o indefensión.
9. La legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la demanda de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, esto es, de ser la persona que con su acción u omisión causó la trasgresión a los derechos.
10. La falta de legitimación por activa y pasiva genera la improcedencia de la acción de tutela. En todo caso, antes de dicho pronunciamiento el juez de tutela en uso de sus poderes oficiosos puede subsanar dichas falencias.

Recomendaciones:

1. Se debe determinar de manera clara la persona afectada en sus derechos fundamentales y la legitimación de quien presenta la acción de tutela.
2. Es posible excepcionar la falta de legitimación por pasiva, cuando la entidad demandada no ha realizado alguna conducta, ya sea por acción u omisión, que genere la amenaza o vulneración a un derecho fundamental.
3. Es importante tener claridad acerca de los deberes generales y específicos que tiene una determinada entidad estatal en aras de satisfacer derechos fundamentales, por cuanto sólo se configura una omisión cuando no se ejecuta una conducta que se debe realizar.
4. Algunas veces la satisfacción de derechos fundamentales requiere de una acción conjunta entre varias entidades estatales. Si ello es así, se debe indicar de manera clara al momento de contestar la demanda el marco de acción de cada una de las entidades involucradas.

C. Contenido de la demanda

1. Acción u omisión que amenaza o vulnera un derecho fundamental

Debido a su carácter informal, en la presentación de la demanda de tutela únicamente se requiere narrar los hechos de los cuales se deriva la presunta amenaza o vulneración, señalar los derechos que se consideren amenazados o vulnerados e identificar y de ser posible, la persona autora de dicho agravio⁸⁷.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la demanda de tutela procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere un derecho fundamental. De este texto, se desprenden tres elementos: el primero la necesidad de que exista una acción u omisión; el segundo que dicha conducta amenace o vulnere un derecho, y el tercero que el derecho afectado sea fundamental.

La satisfacción de estos elementos permite concluir la certeza de una amenaza o vulneración en una determinada persona y adoptar una medida para proteger el derecho afectado. Así, estos requisitos son esenciales, por cuanto de ellos se deriva la orden de actuar o de abstenerse de hacerlo para proteger un derecho fundamental.

De esta forma, es esencial que esté probada la afectación de un derecho fundamental a unas determinadas personas. La acción de tutela no se instituyó así para dar solución a una situación objetiva, socialmente problemática de la cual se derive la afectación a un derecho fundamental, por cuanto ello es natural en toda sociedad, de allí la función del Estado de, por medio de políticas públicas, superar o transformar esa situación mediante los organismos encargados y capacitados para ello, lo cual no puede suplirse por medio de una acción constitucional que busca dar una orden precisa para superar un hecho concreto que vulneró o amenazó un derecho fundamental⁸⁸.

Al respecto, la Corte Constitucional ha definido que *“la afectación objetiva y general de garantías constitucionales, (...), no es presupuesto fáctico apto para edificar sobre él una solicitud de amparo, en la medida en que esta acción está destinada a la protección de los derechos fundamentales de las personas individualmente consideradas”*⁸⁹.

Conforme con lo anterior, enseguida se explicará brevemente los elementos antes señalados:

a. Acción u omisión

El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que *“la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”*.

De lo anterior se desprende la necesidad de que exista una conducta, sea por acción o por omisión, de una autoridad o de un particular que se concrete en una amenaza o vulneración. La conducta debe ser real, no puede ser eventual ni presunta. Lo anterior, por cuanto es un elemento esencial en la demanda de tutela, por ser precisamente necesaria para justificar una

⁸⁷ C-483-08.

⁸⁸ T-557-12

⁸⁹ T-404-04, T- 557-12.

orden contra una autoridad. Esto es, sin la existencia de un acto no se puede generar una orden que lo censure y lo modifique.

En otros términos, la acción de tutela parte de una conducta de la autoridad demandada, pues sólo a partir de ella se puede ordenar una actuación; permitir lo contrario vulneraría el derecho al debido proceso de los sujetos pasivos, ya que el peticionario en vez de acudir directamente a la autoridad garante de sus derechos, presentaría una demanda de tutela con lo cual no sólo se vulnera el debido proceso de la autoridad demandada sino que con dicha actuación se desconocen los trámites ordinarios dispuestos en el ordenamiento jurídico para la garantía de sus derechos⁹⁰.

A manera de ejemplo, en sentencia T-424 de 2011 la Corte Constitucional declaró improcedente una demanda de tutela en la que se solicitaba el pago de una licencia de maternidad de quien no había dado a luz y por ende tampoco había solicitado su pago a la entidad demandada. En dicha oportunidad, la Corte consideró que el derecho a la licencia de maternidad no se había causado y que la acción de tutela es una herramienta de protección de los derechos fundamentales que no está diseñada para la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.

b. Derecho fundamental

La acción de tutela busca la protección de los derechos fundamentales. El carácter fundamental de un derecho se deriva de su vinculación inherente con la dignidad de la persona, esto es, que su satisfacción es (i) esencial para la persona, (ii) se deriva de la Constitución Política y (iii) es susceptible de ser individualizado. Estos tres elementos implican a su vez que el derecho fundamental pueda ser exigible judicialmente de manera inmediata.

Si bien, la Constitución Política⁹¹ explícitamente señala como derechos fundamentales los previstos entre los artículos 11 y 41⁹², de una lectura sistemática de la Constitución, lo definido por la Asamblea Constituyente, el Decreto 2591 de 1991⁹³ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁴, se concluye que dicho título es sólo indicativo, por cuanto por fuera de este listado existen otros derechos de rango fundamental como los derechos de los niños (Art. 44) y los derechos previstos en instrumentos internacionales que ingresan al ordenamiento nacional en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad⁹⁵ y que hacen relación generalmente al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

⁹⁰ T-084-09, T-883-08, T-013-07, T-066-02, Su-975-03.

⁹¹ Capítulo 1 Título 1 de la Constitución Política.

⁹² El derecho a la vida (Art. 11); a la integridad personal (Art. 12); a la igualdad (Art. 13); al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14); a la intimidad y al habeas data (Art. 15); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16); a la libertad personal en todas sus formas (Art. 17); a la libertad de conciencia (Art. 18), a la libertad de cultos (Art. 19), de expresión y de información (Art. 20); a la honra y al buen nombre (Art. 21); a la paz (Art. 22); al de petición (Art. 23), de libre circulación (Art. 24); al trabajo (Art. 25); la libertad de escoger profesión y oficio y de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra (Art. 26); la libertad de enseñanza y cátedra (Art. 27); a ser libre (Art. 28); al debido proceso (Art. 29); al habeas corpus (Art. 30); a la doble instancia (Art. 31); a no declarar contra sí mismo (Art. 33); no ser sometido a las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación (Art. 34); al derecho al asilo (Art. 36); a las libertades de reunión y manifestación (Art. 37); el derecho a libre asociación (Art. 38); a constituir sindicatos (Art. 39); y a los derechos políticos (Art. 40). Conforme con el artículo 85 de la Constitución Política “*son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40*”.

⁹³ Artículo 20. Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

⁹⁴ En sentencia C-018-93 la Corte Constitucional definió que este precepto se *inscribe perfectamente en un sistema axiológico que pretende por un Estado social de derecho flexible y dinámico, abierto a proteger cada vez más las aristas de la dignidad humana*. Y reitera que el carácter fundamental de un derecho está ligado a que sea esencial para la persona.

⁹⁵ Los artículos 93, 94 y 214 de la Constitución Política regulan los aspectos relacionados con el bloque de constitucionalidad.

De igual manera, existen derechos que han sido considerados como fundamentales y que expresamente no se encuentran en la Constitución como la seguridad personal⁹⁶, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional⁹⁷, al agua⁹⁸, el medio ambiente⁹⁹, entre otros.

Asimismo, pueden ser considerados como derechos fundamentales los derechos sociales, económicos y culturales, los cuales si bien son considerados como de carácter prestacional, adquieren el rango de fundamental siempre que estén desarrollados en la ley y se encuentren en conexidad¹⁰⁰ con un derecho de dicho carácter. Así, se han declarado como fundamentales por conexidad, el derecho a la salud, a la pensión, a los servicios públicos domiciliarios (alcantarillado, luz), entre otros. Empero, la falta de desarrollo legal, en lo que atañe con los derechos civiles y políticos no se podrá alegar para impedir su protección¹⁰¹ (artículo 41).

c. Amenazado o vulnerado

La acción u omisión debe concretarse en una amenaza o en una vulneración, la cual debe recaer directamente en la persona afectada, no es válido así alegar una afectación transitiva o en consecuencia. Si no se comprueba una amenaza o vulneración la acción de tutela debe ser declarada improcedente¹⁰².

La vulneración requiere de una verificación objetiva de que efectivamente se produjo un daño en la persona por la afectación de sus derechos fundamentales. La ocurrencia de esta afectación debe estimarse de manera empírica¹⁰³. Por su parte, la amenaza se configura cuando ésta tiene la potencialidad de afectar los derechos fundamentales; la amenaza debe ser cierta y no eventual y debe ser actual, inminente y próxima¹⁰⁴.

En la sentencia T- 349 de 1993 la Corte Constitucional definió que existía una amenaza al derecho fundamental de la inviolabilidad de correspondencia de un interno, por cuanto una funcionario del establecimiento penitenciario del lugar donde el accionante estaba recluido, tenía la función de leer las cartas que llegan para los internos en cumplimiento del literal h del artículo 56 del Decreto 1817 de 1964, el cual establece entre las funciones de los Directores de Establecimientos Carcelarios *“leer o hacer leer por un empleado, bajo su responsabilidad, toda la correspondencia recibida o enviada por los presos (...).”*

En esta sentencia, también se definió que la amenaza a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones:

- “a) puede estar referida a las circunstancias específicas de una persona respecto al ejercicio de aquél;*
- “b) a la existencia de signos positivos e inequívocos sobre el designio adoptado por un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho;*

⁹⁶ En términos de vivienda T- 199-10.

⁹⁷ Mujer embarazada T- 406-12, discapacitada T- 050-11, entre muchas otras.

⁹⁸ T-764-12, T-273-12, T-616-10

⁹⁹ T-608-11, T-851-10.

¹⁰⁰ T-571-92.

¹⁰¹ Artículo 41 del Decreto 2591 de 1991.

¹⁰² T-1619-00, T-579-97.

¹⁰³ T-439-92, T-134-10.

¹⁰⁴ T- 349-93, 1619-00, 1206-01.

c) estar representada en el desafío de alguien (tentativa), con repercusión directa sobre el derecho de que se trata; también puede estar constituida por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho;

d) pueden corresponder a una omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se acreciente un riesgo;

e) se configure por la existencia de una norma -autorización o mandato- contraria a la preceptiva constitucional, cuya aplicación efectiva en el caso concreto sería en sí misma un ataque o un desconocimiento de los derechos fundamentales. En este último evento, la utilización del artículo 86 de la Carta se cristaliza en la inaplicación del mandato o autorización inconstitucional en el caso particular, con arreglo al artículo 4º de la Carta, siempre y cuando se cumpla el requisito de la incompatibilidad entre los dos preceptos.”

2. Juramento

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991¹⁰⁵ establece el deber de prestar juramento respecto del hecho de no haber interpuesto otra tutela por los mismos hechos y derechos. Este rito procesal, es ajeno a todo contenido religioso y “es empleado como un simple arbitrio legislativo para poner al juramentado de presente la obligación de observar una buena fe especialísima en la manifestación de la verdad y para derivar una responsabilidad penal en caso de que llegue a faltar a ella”¹⁰⁶.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar y recomendar lo siguiente:

Puntos relevantes:

1. La demanda de tutela debe narrar los hechos de los cuales se deriva la vulneración, señalar los derechos que se consideren amenazados o vulnerados, determinar la persona afectada y, de ser posible, la causante del agravio.
2. Se requiere del cumplimiento de tres elementos: el primero la necesidad de que exista una acción u omisión; el segundo que dicha conducta amenace o vulnere un derecho, y el tercero que el derecho afectado sea fundamental.
3. El carácter fundamental de un derecho se deriva de su vinculación inherente con la dignidad de la persona, esto es, que su satisfacción es (i) esencial para la persona, (ii) se deriva de la Constitución Política y (iii) es susceptible de ser individualizado.
4. La acción u omisión debe concretarse en una amenaza o en una vulneración, la cual debe recaer directamente en la persona afectada, no es válido así alegar una afectación transitiva o en consecuencia. Si no se comprueba una amenaza o vulneración la acción de tutela debe ser declarada improcedente
5. El escrito de la demanda de tutela debe tener el requisito del juramento en el sentido de que no ha presentado otra demanda de tutela con la misma pretensión.

Recomendaciones:

¹⁰⁵ Artículo 37: “(...) El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio”.

¹⁰⁶ C-616-97.

1. El contenido de los derechos fundamentales obedece a un ejercicio de interpretación que debe darse en cada caso concreto. El elemento esencial del derecho fundamental es todo aquello que está inescindiblemente ligado a la dignidad de la persona.
2. El campo de acción de las entidades estatales está dado por la Constitución, leyes, decretos y reglamentos, de allí que para valorar la violación de un derecho fundamental por omisión, se debe tener en cuenta este contenido obligacional.

III. ETAPAS PROCESALES ANTES DEL FALLO

Una vez presentada la demanda de tutela, las actuaciones procesales que le siguen son la decisión por parte del juez acerca de su admisión y de ser el caso la declaratoria acerca de su impedimento, la vinculación de terceros y el decreto de pruebas o de una medida provisional. Igualmente, el juez debe notificar la admisión de la demanda y remitir copia de la misma a la parte accionada, y resolver, si así lo amerita, asuntos relacionados con una posible nulidad.

A. Poderes oficiosos del juez

1. Solicitud de pruebas e informes

Por regla general a las partes en el proceso de tutela, al igual que sucede en cualquier proceso judicial, le corresponde probar lo alegado. Sin embargo, en materia de tutela dicho principio adquiere un tamiz menos exigente al tratarse de accionantes en estado de debilidad, pues en estos casos se ha permitido que la parte accionante pruebe en la medida de lo posible¹⁰⁷ y que el juez decrete de oficio las pruebas pertinentes. Lo anterior, en armonía con el principio de primacía del derecho sustancial sobre el formal y con el fin de garantizar efectivamente los derechos fundamentales.

Así, conforme con los artículos 19¹⁰⁸ y 21¹⁰⁹ del Decreto 2591 de 1991 el juez competente para conocer de la violación o amenaza de un derecho puede requerir a las partes o a terceros con el fin de que suministren informes esenciales para la resolución del asunto y envíen la documentación que estimen pertinente donde consten los antecedentes del caso bajo estudio.

El plazo para remitir la información puede ser de uno (1) a tres (3) días, según lo fije el juez de acuerdo con el fondo del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación. Los informes que se remitan como resultado de la solicitud del juez se entenderán presentados bajo juramento y en el evento que lo considere indispensable, también podrá solicitar información adicional.

No obstante la brevedad del plazo anterior, se debe recordar que en cualquier momento del proceso, las partes pueden solicitar y se pueden decretar de oficio o por petición de parte las pruebas necesarias y pertinentes para la resolución del asunto. El juez puede decretar pruebas para determinar la legitimación por activa, por pasiva, el hecho causante de la vulneración, la vulneración misma o la amenaza según corresponda, incluso se puede solicitar informes a quien no está vinculado formalmente al proceso, en busca de los elementos indispensables para garantizar los derechos fundamentales que pretende amparar la Constitución Política.

2. Vinculación de partes, terceros y coadyuvancia

¹⁰⁷ T-600-09, T-265-10, entre otras.

¹⁰⁸ El artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “el juez podrá requerir informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y pedir el expediente administrativo o la documentación donde consten los antecedentes del asunto. La omisión injustificada de enviar esas pruebas al juez acarreará responsabilidad. El plazo para informar será de uno a tres días, y se fijará según sean la índole del asunto, la distancia y la rapidez de los medios de comunicación. Los informes se considerarán rendidos bajo juramento”.

¹⁰⁹ En el mismo sentido, el artículo 21 establece que “si del informe resultare que no son ciertos los hechos, podrá ordenarse de inmediato información adicional que deberá rendirse dentro de tres días con las pruebas que sean indispensables. Si fuere necesario, se oirá en forma verbal al solicitante y a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, de todo lo cual se levantará el acta correspondiente de manera sumaria. En todo caso, el juez podrá fundar su decisión en cualquier medio probatorio para conceder o negar la tutela”.

El trámite de tutela debe asimismo garantizar los derechos a la defensa y al debido proceso. En este sentido, cuando se advierta que un tercero puede resultar afectado por una sentencia en un proceso de tutela, se debe notificar de su admisión, so pena de ser declarado nulo el procedimiento¹¹⁰.

Así, en un proceso de tutela donde se censure una actuación judicial, se debe no sólo notificar a la autoridad judicial demandada sino también a las personas que fueron parte del proceso objeto de reproche constitucional, por cuanto ellos pueden verse afectados con un cambio en la decisión que se censura¹¹¹.

Ahora bien, en el evento en que se advierta que unos terceros legítimamente interesados no fueron notificados de la admisión de la demanda de tutela y no se ha proferido el fallo en primera instancia, es posible solicitar su vinculación al proceso. Si ya existe una sentencia, los terceros afectados pueden solicitar la nulidad del fallo o su vinculación al proceso. La vinculación en este último evento procede siempre y cuando las circunstancias lo ameriten o estén en riesgo derechos fundamentales de personas en estado de debilidad manifiesta. Lo anterior en armonía con los principios de celeridad y economía procesal, por cuanto la declaratoria de nulidad afectaría en mayor medida los derechos fundamentales. En todo caso, en esta vinculación se debe garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de quienes se vinculan¹¹².

Por otra parte, el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 señala que *“quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”*.

La ANDJE conforme con el Decreto 4085 de 2011¹¹³ de manera discrecional ejecuta la función de dar instrucciones para interponer una demanda de tutela en los casos procedentes y, cuando lo estime conveniente, coadyuva en las acciones de tutela interpuestas por las propias entidades.

3. Impedimentos

El artículo 39 del Decreto 2591 de 1991 establece que el juez deberá declararse impedido cuando concurran las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal so pena de ser sancionado disciplinariamente; y agrega que en ningún caso será procedente la recusación¹¹⁴.

Las figuras de la recusación y el impedimento pretenden proteger los principios de independencia e imparcialidad en la administración de justicia. Su accionar, ya sea por petición de parte o de oficio, busca que el juez se aparte del proceso al configurarse algunos de los supuestos de hecho previstos en el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal¹¹⁵, los cuales

¹¹⁰ T-1009-99

¹¹¹ A-004-02.

¹¹² T-587-07.

¹¹³ Artículo 6 numeral 3.

¹¹⁴ En armonía con este artículo, el artículo 80 del Acuerdo 5 de 1992- Reglamento Interno de la Corte Constitucional- establece que *“en la revisión de acciones de tutela no habrá lugar a recusación; las causales de impedimento serán las previstas en el Código de Procedimiento Penal. El Magistrado deberá declararse impedido, so pena de incurrir en las sanciones penales y disciplinarias correspondientes. En dichos procesos conocerá del impedimento el resto de los Magistrados de las Salas de Selección, Revisión o Plena, según el caso. En el evento de esta discusión se observará el trámite contemplado en el artículo 27 del Decreto 2067 de 1991. Podrán recusar la persona renuente y el Procurador”*.

¹¹⁵ Artículo 56. Causales de impedimento. Son causales de impedimento:

fueron considerados por el legislador como circunstancias que atentan contra los principios señalados. Estas causales, ha definido la jurisprudencia, son taxativas y de interpretación restrictiva por ser normas de orden público.

Según la Corte Constitucional, el no permitir recusar al juez en el proceso de tutela se ajusta al principio de celeridad que guía esta acción constitucional, por cuanto ésta debe resolverse en un término sumario y de manera prioritaria¹¹⁶. En todo caso, la finalidad de esta figura se conserva al establecer el deber del juez de declararse impedido cuando sea el caso.

4. Medida provisional

El artículo 7 del Decreto 2591 de 1991 señala que:

“Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

-
1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.
 2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
 3. Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.
 4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.
 5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.
 6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.
 7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.
 8. Que el fiscal haya dejado vencer el término previsto en el artículo 175 de este código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.
 9. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.
 10. Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
 11. Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.
 12. Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.
 13. Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.
 14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.
 15. Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso.

¹¹⁶ T-800-06, A-131-04.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado".

La medida provisional es una decisión preventiva que adopta el juez con el propósito de salvaguardar de manera inmediata un derecho fundamental o evitar que se agraven los daños causados con la acción u omisión violatoria.

El auto que la decide debe expresar la necesidad y la urgencia de la medida para proteger el derecho fundamental en discusión y la orden debe dirigirse ya sea a suspender la aplicación de un acto o a ordenar la ejecución de otro en aras de evitar la afectación de un derecho. De este modo, se requiere una conexidad directa entre la medida provisional y el derecho fundamental que se alega como vulnerado. En todo caso, la adopción de una medida provisional es independiente de la decisión final.

La decisión respecto de una medida provisional puede adoptarse en virtud de una petición de parte o ser decretada de oficio, ya sea en el auto admisorio de la demanda de tutela o en cualquier momento procesal antes del fallo de cualquier instancia incluida la sede de revisión. Si la solicitud de la medida provisional pretende suspender un acto dentro de un proceso judicial, dicha declaratoria solo procede, si este acto de manera ostensible, evidente e indudable entraña la comisión de una vía de hecho que lesionan derechos fundamentales; el requisito de la conexidad entre la orden y la violación de derechos debe ser estricto, pues se trata de invadir la órbita ordinaria del juez y lesiona su autonomía funcional (artículo 228 de la Constitución Política)¹¹⁷.

Decretada la medida provisional, se notificará a la persona contra quien se presentó la solicitud y a los terceros interesados de manera inmediata y por el medio más expedito. Contra este auto, no proceden recursos¹¹⁸. Sin embargo se puede solicitar el levantamiento de la medida provisional para evitar la configuración de un perjuicio cierto e inminente¹¹⁹.

Dentro de las medidas provisionales que ha dictado la Corte Constitucional en sede de revisión se encuentran:

- (i)** El restablecimiento inmediato del servicio de acueducto¹²⁰.
- (ii)** La puesta en marcha de un plan de acción para evitar situaciones de desastre en las riveras de un río¹²¹.

¹¹⁷ En la sentencia T-100-98 la Sala Quinta de Revisión decidió no acceder a la solicitud de suspensión de la diligencia de entrega. Consideró que una vez "analizadas las pruebas que obran en el expediente bajo estudio, esta Sala estima que la ejecución de la diligencia de entrega no entraña, a primera vista, el desconocimiento de un derecho legalmente adquirido -tal como lo alega el actor-, pues no es claro que una sentencia ejecutoriada haya dispuesto la entrega del inmueble al peticionario. Tampoco vislumbra la Sala la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que estima el peticionario podría causarse si desaparece el establecimiento de comercio denominado 'ENOS', pues su existencia actual es, precisamente, dudosa, ya que el inmueble se entregó a la propietaria arrendadora, y funcionaba -para el momento en que se ejecutó la diligencia de entrega- un establecimiento de comercio denominado 'MALABAR'".

¹¹⁸ A-089-10, A- 287-10.

¹¹⁹ En Auto 111 de 2010 la Corte Constitucional ordenó mantener la medida de suspensión que había sido decretada, por cuanto los argumentos expuestos por la parte no desvirtuaba lo que había fundado el auto de suspensión.

¹²⁰ T-023-95.

¹²¹ T-269-96 y T-270-96.

- (iii) Se ordena la suspensión de los efectos de un fallo judicial para la protección inmediata de la intimidad de un menor¹²².
- (iv) Se ordena suspender un fallo judicial, por cuanto está en contravía de decisiones tomadas por la Corte Constitucional y puede afectar a terceras personas y vulnerar el orden jurídico¹²³.
- (v) Se ordena la suspensión del llenado de un embalse hasta tanto no se salvaguarden los derechos fundamentales de una minoría indígena¹²⁴.
- (vi) Se ordena la práctica de un tratamiento médico¹²⁵.
- (vii) Se ordena la suspensión provisional de una diligencia de remate¹²⁶.
- (viii) Se ordena suspender la convocatoria pública para un contrato estatal en aras de proteger unas minorías¹²⁷.
- (ix) Se ordena la suspensión de la reelaboración de listas de un concurso notarial¹²⁸.
- (x) Se ordena suspender una orden de captura contra un sujeto de especial protección¹²⁹.
- (xi) Se ordena suspender los efectos de una sentencia del Consejo de Estado en aras de preservar el interés público¹³⁰.
- (xii) Se ordena suspender la licitación pública de un relleno sanitario¹³¹.
- (xiii) Se ordena suspender los efectos de un fallo del Consejo de Estado para prevenir posibles daños¹³².
- (xiv) Se ordena suspender el pago de indemnizaciones hasta tanto no se dicte sentencia de fondo¹³³.
- (xv) Se ordena suspender el pago de acreencias laborales hasta tanto no se dicte sentencia de fondo¹³⁴.
- (xvi) Se ordena suspender orden de cierre de una vía pública¹³⁵.

Diversas entidades estatales han solicitado la adopción de una medida provisional con el fin de evitar una vulneración mayor a los derechos fundamentales alegados, este es el caso, del Consejo de Cúcuta, la Gobernación de Nariño, entre otras.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar y recomendar lo siguiente:

Puntos relevantes:

1. El juez puede decretar pruebas de oficio, vincular a las partes y a terceros y decretar medidas provisionales.
2. El accionante tiene la carga de probar lo alegado en la medida de lo posible.
3. El juez tiene la facultad de decretar pruebas de oficio y requerir a las partes o a terceros para determinar la legitimación por activa, por pasiva, el hecho causante de

¹²² T-412-95.

¹²³ T-500 -95.

¹²⁴ T-652-98.

¹²⁵ A- 166-06.

¹²⁶ A-035-07 y A-148-11.

¹²⁷ A-150-09.

¹²⁸ A-244-09.

¹²⁹ A-072-09.

¹³⁰SU-447-11.

¹³¹ T-091-10.

¹³² A-380-10.

¹³³ A-207-10.

¹³⁴ A-241-10.

¹³⁵ A-262-11.

la vulneración, la vulneración misma o la amenaza según corresponda, incluso puede solicitar informes a quien no está vinculado formalmente al proceso, en busca de los elementos indispensables para garantizar los derechos fundamentales que pretende amparar la Constitución Política.

4. Cuando se advierta que un tercero puede resultar afectado por una sentencia en un proceso de tutela, se debe notificar de su admisión, so pena de ser declarado nulo el procedimiento.
5. El juez de tutela deberá declararse impedido cuando concurran las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal so pena de ser sancionado disciplinariamente.
6. La medida provisional es una decisión preventiva que adopta el juez con el propósito de salvaguardar de manera inmediata un derecho fundamental o evitar que se agraven los daños causados con la acción u omisión violatoria.

Recomendación:

1. En el trámite de tutela la entidad pública podría solicitar al juez de tutela que notifique todas las providencias que profiera en el trámite judicial, en especial las relacionadas con el decreto de pruebas y la vinculación de terceros a través de un correo electrónico.
2. Sí la parte demandada no allega las pruebas para fundamentar su pretensión, el juez, en virtud de sus poderes oficiosos, puede requerir dicha prueba. De allí que la defensa centrada en *“atenerse a lo probado”* no es adecuada en todos los casos, ya que está sujeta a la facultad del juez, el cual se guía bajo el principio de la protección de los derechos fundamentales.
3. La información que solicita el juez en el marco de una acción de tutela no es un dato aislado. Con dicho requerimiento se pretende determinar si existió o no una vulneración a un derecho fundamental. Luego es una oportunidad para defenderse.
4. Si bien el proceso de tutela se rige por el principio de celeridad, podría solicitarse la suspensión del proceso, por un término estrictamente necesario, mientras se alleguen las pruebas necesarias y pertinentes para adoptar una decisión conforme con la realidad, o solicitar expresamente el traslado de la pruebas.
5. Se puede vincular a terceros en cualquier momento del proceso en procura de la garantía de los derechos fundamentales y siempre que se respete el derecho a la defensa.
6. Terceros pueden intervenir en coadyuvancia. En términos institucionales lo puede hacer la ANDJE y la Defensoría del Pueblo. Para que intervenga la ANDJE es necesario por regla general solicitar su intervención y lo hace de manera oficiosa de manera excepcional cuando se trate de procesos en los que se advierta un riesgo para el patrimonio público.
7. En la solicitud de una medida provisional es esencial demostrar su necesidad a fin de evitar la configuración de un daño mayor en los derechos fundamentales. *Contrario sensu*, si lo que se pretende es levantar una medida provisional se debe demostrar que no existe riesgo de afectación a los derechos fundamentales.
8. Las entidades públicas pueden procurar una política de notificación por medios electrónicos.

B. Primera providencia

Presentada la demanda de tutela el juez debe proceder a pronunciarse acerca de su admisión y para ello debe verificar:

- a) Si es competente para conocer el asunto puesto a su consideración.
- b) Si se alude explícitamente a la existencia de la acción u omisión que vulneró o amenazó un derecho fundamental de una persona determinada.
- c) Si la parte accionante está legitimada para presentar la demanda de tutela.
- d) Si la parte accionada es la adecuada, por cuanto tiene correspondencia con los hechos producto de la vulneración.
- e) Si se prestó el juramento que exige la norma.

1. Contenido

a. Remisión por competencia

Si revisados los elementos que determinan la competencia, a saber: el lugar donde ocurrió la amenaza o vulneración o donde se producen sus efectos; el juez decide que no es el llamado a conocer del asunto, debe remitirlo inmediatamente al juez competente y notificar dicha actuación a la parte demandante.

En este escenario, es importante señalar que ningún Juez o Tribunal pueden determinar *a priori* contra quien se dirige la acción de tutela y de esta manera fijar *motu proprio* la regla de reparto, pues los responsables de la vulneración de los derechos fundamentales se determinan en la sentencia¹³⁶. Además, así como puede estar de más una entidad demandada, también puede verse la necesidad de vincular a otras entidades, y en todo caso, el factor de la entidad demandada no es determinante para la competencia, salvo si se trata de un medio de comunicación.

b. No admisión

Si analizados los siguientes cuatro elementos (b, c, d, e) el juez determina la existencia de alguna falencia, debe proferir un auto en el que exprese las deficiencias y otorgar tres (3) días a la parte accionante para que subsane lo allí señalado.

La facultad de no admitir una acción de tutela encuentra su fundamento en el artículo 17 del Decreto 2591 de 1991¹³⁷ y se sustenta precisamente en la necesidad de que los elementos esenciales estén determinados para que proceda la acción de tutela, por lo que esta actuación no contradice las características de preferente y sumario que tiene el proceso de tutela.

¹³⁶ A-059-11, A-055-07, A- 156-09.

¹³⁷ Artículo 17. Corrección de la solicitud. Si no pudiere determinarse el hecho o la razón que motiva la solicitud de tutela se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de tres días, los cuales deberán señalarse concretamente en la correspondiente providencia. Si no la corrige, la solicitud podrá ser rechazada de plano. Si la solicitud fuere verbal, el juez procederá a corregirla en el acto, con la información adicional que le proporcione el solicitante.

Si en los tres días dados para subsanar no se corrige la demanda de tutela, la misma será rechazada. La Corte Constitucional ha definido que “*el rechazo de la solicitud de tutela tiene un carácter excepcional, restrictivo, y no obligatorio para el juez de tutela que conoce del caso concreto*” y sólo procede cuando la tutela “*a) no ofrece claridad, b) la situación no fue corregida por el actor en su oportunidad y, c) el fallador llegó al convencimiento que ni siquiera haciendo uso de sus poderes y facultades podrá esclarecer la situación de hecho objeto de la acción*”¹³⁸.

Si el juez considera que la solicitud debió tramitarse a través de otra acción constitucional debe expresarlo con argumentos jurídicos en el fallo de tutela y por ende no tiene competencia para transmutar la solicitud de protección de derechos fundamentales en otra garantía constitucional¹³⁹.

c. Admisión

Satisfechos los requisitos señalados o subsanadas las falencias indicadas, el juez debe proferir un auto por medio del cual admite el conocimiento de la acción de tutela y ordena que a la entidad accionada le sea notificada su admisión y se le allegue copia de la demanda de tutela. Una vez el juez avoque el conocimiento de la acción de tutela conforme con las reglas de reparto, se entiende radicada la competencia de acuerdo con el principio de perpetua jurisdicción.

En el mismo proveído y en virtud del poder oficioso del juez, se puede vincular a terceros interesados, a otras personas que pueden ser consideradas como partes, reconocer personería jurídica, solicitar la práctica de pruebas y decidir sobre la solicitud de medida provisional o decretarla de oficio de considerarla procedente.

2. Notificación

El artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 establece que “*las providencias que se dicten se notificarán a las partes o intervenientes, por el medio que el juez considere más expedito y eficaz*”. Por su parte, el artículo 5 del Decreto 306 de 1992¹⁴⁰ dispone que “*todas las providencias que se dicten en el trámite de una acción de tutela se deberán notificar a las partes o a los intervenientes (...) El juez velará porque de acuerdo con las circunstancias, el medio y la oportunidad de la notificación aseguren la eficacia de la misma y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa*”.

Las características del medio como “*expedito*” y “*eficaz*” hacen referencia a que el medio no dilate innecesariamente el trámite y a que la persona a quien deba notificarse tenga conocimiento real de la providencia. En todo caso, prima la eficacia sobre la facilidad¹⁴¹. Con ello se cumplen los dos objetivos fundamentales de la notificación de la acción de tutela: la celeridad y el respeto del derecho de defensa¹⁴².

Es un medio expedito y eficaz la notificación personal, si ésta no se logra es posible acudir a la notificación mediante comunicación por correo certificado o por cualquier otro medio tecnológico, siempre y cuando exista certeza de que el correo no fue devuelto¹⁴³, o en otros

¹³⁸ C-483-08.

¹³⁹ A- 119-08.

¹⁴⁰ “Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991”.

¹⁴¹ Véase, entre otras, el auto 007 de 1998.

¹⁴² Tales definiciones fueron recogidas, entras otras, en las siguientes providencias: A-022-96; T-112-05.

¹⁴³ En sentencia T-459 de 2003 se señaló: “... *Esa notificación, como las de las demás providencias que se dicten dentro del curso del proceso, ... no requiere ser personal, pues se puede hacer por telegrama o por otro medio que resulte ser expedito y que, en el caso de la*

términos que fue recibido por la parte. De todas maneras, es indispensable que la notificación se realice en el menor tiempo posible.

Se ha afirmado, por ejemplo, que un despacho comisorio no es uno de los medios más expeditos y eficaces para notificar al demandado de la iniciación de un proceso de tutela. Ciertamente, los despachos comisorios son sometidos a reparto, luego el funcionario competente avoca conocimiento y posteriormente práctica lo encomendado. En este orden de ideas, no pareciera ser uno de los medios a que se refiere el Decreto 2591 de 1991¹⁴⁴.

Uno de los medios expeditos para realizar la notificación personal, puede ser por medio del correo electrónico, facultad que dispone el Código General del Proceso¹⁴⁵, en virtud del principio de que en *"en todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información"*. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-980 de 2010 dispuso que *"en el marco de los diferentes tipos de notificación dispuestas por el legislador, la que se realiza por correo, incluido el electrónico, representa un mecanismo adecuado, idóneo y eficaz, que garantiza el principio de publicidad y el debido proceso, porque es una manera legítima de poner en conocimiento de un determinado proceso o actuación administrativa, a los sujetos interesados"*.

Por otra parte, la notificación se puede efectuar por medio de curador ad litem¹⁴⁶, o por conducta concluyente¹⁴⁷, la cual se configura cuando la parte a quien se pretendía notificar se pronuncia de manera expresa respecto de la demanda o del auto que la admitió a trámite.

Conforme con lo expuesto, la notificación debe lograr la comparecencia y la vinculación efectiva de la parte demandada y en casos determinados verificar que efectivamente recibió la comunicación. La notificación materializa el principio de publicidad y permite ejercer el derecho a la defensa y a la contradicción, sin ella el proceso debe declararse nulo¹⁴⁸.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar y recomendar lo siguiente:

Puntos relevantes:

1. Una vez presentada la demanda de tutela, el juez constitucional para proferir el auto admisorio debe determinar: a) si es competente para conocer el asunto puesto a su consideración; b) si se alude explícitamente a la existencia de la acción u omisión que vulneró o amenazó un derecho fundamental de una persona determinada; c) si la parte accionante está legitimada para presentar la demanda de tutela; d) si la parte accionada es la adecuada, por cuanto tiene correspondencia con los hechos producto de la vulneración y e) si se prestó el juramento que exige la norma.

sentencia, asegure su cumplimiento. Incluso aún en el evento en que dicha notificación no se realice por parte del juez, pero la persona llamada a cumplir el fallo se acerque al despacho y se notifique por conducta concluyente...

¹⁴⁴ Tal regla es visible, entre otras, en la sentencia T-101 de 1995.

¹⁴⁵ Ley 1564 de 2012.

¹⁴⁶ A-252-07.

¹⁴⁷ En lo que ataña a la conducta concluyente, en sentencia T-463 de 1994 se consideró que *"no puede negarse que si el acusado ha sido advertido sobre la instauración de la acción por haber participado en la práctica de pruebas o en diligencias ordenadas o practicadas por el juez de conocimiento a propósito de la demanda y ha podido enterarse de las razones esgrimidas por el quejoso y defenderse de ellas, el propósito que cumple la notificación ha sido alcanzado, no importa que se haya producido sin la ejecución formal de un acto específicamente denominado 'notificación', como acontece cuando el conocimiento que tiene el demandado sobre la existencia del proceso se perfecciona por su conducta concluyente, que justificadamente es reconocida por la ley como una manera de establecer que el sujeto queda notificado"*.

¹⁴⁸ A-073-05.

2. Satisfechos los requisitos señalados o subsanadas las falencias indicadas, el juez debe proferir un auto por medio del cual admite el conocimiento de la acción de tutela y ordena que a la entidad accionada le sea notificada su admisión y se le allegue copia de la demanda de tutela.
3. El auto de admisión debe ser notificado de forma expedita y eficaz.

Recomendación:

1. Como el trámite de la acción de tutela es célere, se sugiere al apoderado de la entidad estatal que suministre un correo electrónico, a efectos de que le sean notificadas de este modo, todas las providencias que se expidan en el marco del proceso, entre las que se encuentran las que decretan pruebas, vinculan a terceros y decretan medidas provisionales.
2. En el ejercicio de la defensa, es importante señalar cuando recibió la comunicación y adjuntar prueba de ello, para efecto de determinar que la respuesta a la demanda de tutela está dentro del término.
3. La acción de tutela tiene una lógica procesal diferente, que permite la primacía del derecho sustancial sobre el formal, de allí que se deba ser consciente del poder oficioso del juez para suplir las deficiencias en la demanda, y pueda por ejemplo vincular a una entidad que no fue demandada o decretar pruebas que no fueron solicitadas.

C. Contestación de la demanda

La contestación de la demanda de tutela es la oportunidad que tiene la entidad demandada para pronunciarse acerca de la solicitud de protección, argüir sus argumentos relacionados con la procedencia y prosperidad de amparo, allegar pruebas, solicitar pruebas, vincular a otras entidades y el decreto de medidas provisionales. Es el escenario fundamental de defensa, por cuanto en este proceso no existe etapa de alegatos de conclusión, ni otra semejante, debido precisamente a la celeridad en la que debe ser fallada esta clase de demandas.

Los términos para contestar la demanda son cortos generalmente de 48 horas, por cuanto el juez tiene 10 días hábiles para proferir la sentencia de primera instancia. La demanda de tutela puede ser contestada tanto por el representante legal de la entidad accionada, como por cualquier funcionario que tenga relación con el asunto base de la acción constitucional, siempre que exista una clara garantía del derecho a la defensa, a la contradicción y al debido proceso de la persona jurídica de derecho público¹⁴⁹.

Así, en sentencia T-155 de 2000 la Corte Constitucional definió que *“la entidad demandada fue enterada debidamente acerca de la iniciación del proceso de amparo -mediante vinculación de uno de sus empleados-, y que tuvo la oportunidad de defenderse debidamente, con independencia de que el funcionario o empleado hubiese o no tenido la representación legal de la institución”*¹⁵⁰. En la contestación de la demanda de tutela se debe determinar de ser el caso, el poder para representar la entidad, ya sea por ser el representante legal o por ser el funcionario encargado del estudio del caso objeto de análisis. En la parte de fondo, el primer elemento que se debe esbozar es el relacionado con la procedencia, esto es, si la parte demandante está legitimada por activa, si la entidad notificada está legitimada por pasiva, entre otros que se harán

¹⁴⁹ T-456-09, T-155-00.

¹⁵⁰ Posición reiterada en la sentencia T 471-01.

específicos en el siguiente capítulo. Así como los argumentos relacionados con la prosperidad del amparo.

La contestación se debe enmarcarse dentro de la finalidad propia de la acción de tutela y debe tener presente el papel activo del juez, el cual puede decretar pruebas, solicitar informes y vincular a terceras personas.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar y recomendar lo siguiente:

Punto relevante:

1. La contestación de la demanda de tutela es la oportunidad que tiene la entidad demandada para pronunciarse acerca de la solicitud de protección, argüir sus argumentos relacionados con la procedencia y prosperidad de amparo, allegar pruebas, solicitar pruebas, vincular a otras entidades y el decreto de medidas provisionales. Es el escenario fundamental de defensa, por cuanto en este proceso no existe etapa de alegatos de conclusión, ni otra semejante.

Recomendaciones:

1. En la contestación de la demanda se deben analizar los elementos fundamentales para determinar la procedencia y la prosperidad del amparo. Así como solicitar pruebas, la vinculación de terceros y el decreto de medidas provisionales.
2. Es importante realizar una defensa de fondo, por cuanto el juez de tutela tiene el poder de dictar cualquier orden en aras de configurar los elementos para la procedencia del amparo.
3. Cuando se vinculan múltiples entidades, es importante solicitar la desvinculación y señalar expresamente la entidad que tiene la obligación más determinada, esto es, más concreta y exigible respecto de la satisfacción de derechos.
4. Si el juez no determina expresamente la desvinculación, la entidad demandada debe estar pendiente de todo el proceso judicial.
5. Sería conveniente Instruir a los jueces acerca de los costos que implica la vinculación innecesaria a un proceso judicial.

D. Nulidades antes del fallo

El Decreto 2591 de 1991 no establece específicamente causales de nulidad en el proceso de tutela. Sin embargo, ante falencias en el trámite de tutela es posible acudir al Código General del Proceso, siempre y cuando no se desnaturalice la acción, esto es, no se afecten sus características primordiales.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 133 del Código General del Proceso establece las causales para declarar nulo todo o parte de un proceso¹⁵¹. De las causales allí señaladas sólo

¹⁵¹ Artículo 133. *Causales de nulidad: El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia; 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia; 3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad*

algunas aplican al proceso de tutela y otras son ajenas a su esencia. En este segundo supuesto está por ejemplo *cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión*.

Así, en el primer evento es posible declarar la nulidad cuando una persona no fue debidamente vinculada a dicho trámite, pues dicha actuación vulnera no solo el principio de publicidad sino igualmente, el debido proceso, los derechos a la defensa y a la contradicción¹⁵². Empero, esta nulidad puede subsanarse antes de que se profieran los fallos de tutela, ya sea en sede de instancia o de revisión, mediante la notificación del auto admsirio de la demanda de tutela, el envío de la copia de la demanda y el establecimiento de un plazo para su contestación.

Ahora bien si, surtidas las etapas procesales se evidencia que la declaratoria de la nulidad no afecta en mayor medida los derechos fundamentales del demandante y que asimismo la parte que no fue vinculada requiere del respeto al derecho a la doble instancia, se debe proceder a decretar la nulidad de todo el trámite de tutela desde el auto admsirio de la demanda y ordenar notificar a dicha persona la admisión de la demanda, para de este modo garantizar el ejercicio del derecho a la defensa¹⁵³.

Esta falta de notificación debida a la parte o a un tercero interesado se puede estructurar por ejemplo cuando: a) no se notifique la acción de tutela a personas ausentes perfectamente determinadas o determinables¹⁵⁴ y b) no se notifique a un tercero con un interés legítimo en la decisión de tutela¹⁵⁵.

Asimismo se estructura una causal de nulidad parcial cuando no se notifica o no se hace en debida forma el fallo de tutela. En este evento se debe declarar la nulidad de las actuaciones posteriores al acto de notificación del fallo¹⁵⁶.

De igual manera se estructura una nulidad del proceso cuando, por ejemplo el juez no era competente para producir la decisión, ya sea por desconocer las reglas de atribución de competencia¹⁵⁷ o porque el juez de segunda instancia profirió la sentencia cuando el recurso de impugnación fue presentado de manera extemporánea¹⁵⁸.

Existe la posibilidad de alegar la nulidad de en un proceso de tutela antes de dictado el fallo. En este caso, es necesario que la solicitud de nulidad se presente de manera previa a que se profiera la sentencia de tutela. Dentro de las causales de nulidad previas a que se dicte la

debido; 4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder; 5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria; 6. Cuando se omite la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado; 7. Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación; 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admsirio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado. Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admsirio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código. Parágrafo: Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece.

¹⁵² A- 165-11.

¹⁵³ Cfr. entre otras, A-040 de 1998, A-262 de 2001, A-269 de 2001, A-004 de 2002, A-132 de 2005, A-132^a de 2007, A-195^a de 2008, A-364 de 2010, A-025^a de 2012.

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Auto 021 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Autos 011 de 1997,075 y 079 de 2001, 007 y 231 de 2002 y 054 de 2006. Sentencia T-1009 de 1999.

¹⁵⁶ Al efecto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias: A-009-95, T-247-97, A-262-01, A-269-01, A-051-02, A-132-05, A-364-10.

¹⁵⁷ A-297-01.

¹⁵⁸ A-308-10.

sentencia se encuentran: (i) la indebida integración del contradictorio, (ii) la falta de notificación, (iii) la falta de competencia, y en general cualquier violación al debido proceso¹⁵⁹.

Conforme con lo expuesto es pertinente recomendar lo siguiente:

Puntos relevantes:

Para determinar las causales de nulidad en el proceso de tutela es posible acudir al Código General del Proceso, siempre y cuando no se desnaturalice la acción, esto es, no se afecten sus características primordiales.

Recomendaciones:

Presentar solicitud de nulidad en el evento en que la entidad no sea notificada del auto admisorio de la demanda de tutela o de los fallos de instancia; o cuando se advierta que el juez que asumió el conocimiento del asunto no es el competente; o se observe la falta de vinculación de un tercero afectado.

¹⁵⁹ A-165-08, A-289-07, A-132-07, A-283-08, A-007-98, SU-913-09, A-035-02, A-128-11, A-056-06, T-1009-99, A-196-11.

IV. ASUNTOS DE FONDO

Una vez presentada la demanda de tutela, admitido su trámite, notificado a las entidades demandadas y recopiladas las pruebas necesarias, pasa el juez constitucional a dictar sentencia. El primer análisis que se efectúa es acerca del cumplimiento de los requisitos de procedencia, superado dicho estudio se pasa a decidir si prospera el amparo constitucional.

El primer elemento que se debe analizar cuando se decide presentar o contestar una demanda de tutela, es si ésta cumple con los requisitos de procedencia. El análisis de la procedencia de la demanda de tutela busca la satisfacción de requisitos procesales que permitan concluir que está dado el camino para que el juez pueda adoptar una decisión de fondo.

En este escenario, los elementos que se deben considerar están relacionados con el cumplimiento de los requisitos esenciales de la demanda de tutela, la inmediatez y la subsidiariedad. De igual forma, se determina si el juez es el competente para el conocimiento del asunto, si la persona que presentó la demanda está legitimada para ello y si la autoridad demandada es la responsable de la amenaza o vulneración a un derecho fundamental. Asimismo, se analizan la configuración de figuras como la carencia actual de objeto, el desistimiento, la temeridad, y el cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad cuando se trata de una demanda tutela contra providencia judicial.

De este modo, si no se cumple alguno de estos requisitos, la demanda de tutela es inadecuada, pues no permite pasar a efectuar un análisis de fondo, y conduce a la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela. Si se cumplen con los requisitos señalados, se pasa a analizar si prospera el amparo constitucional.

Así, el segundo elemento que se debe analizar es si la acción de tutela tiene vocación de prosperar, para ello se debe verificar la afectación o amenaza a un derecho fundamental, para lo cual es esencial la prueba de la vulneración y claridad en el contenido obligacional trasgredido por la entidad demandada, y el cumplimiento de las causales específicas de procedibilidad en el caso de la acción de tutela contra una providencia judicial. El análisis de fondo debe conducir a negar o amparar los derechos fundamentales solicitados.

A. Procedencia de la acción de tutela

El análisis sobre la procedencia de la acción de tutela busca determinar si el caso puesto a consideración del juez constitucional contiene los elementos suficientes que ameriten un pronunciamiento de fondo acerca de la vulneración o no de un derecho fundamental. En otros términos, la depuración de estos elementos conduce a que finalmente el juez se centre en resolver un problema de relevancia constitucional, que le permitirá definir si existió o una vulneración a un derecho fundamental, definiendo el contenido de éste, las conductas que pueden resultar atentatorias y las órdenes apropiadas para conseguir la satisfacción del derecho.

La procedencia se analiza en cada caso en concreto y depende de la situación particular en la que se encuentre el accionante. El requisito de la procedencia cuando se trata de accionantes como menores de edad, mujeres cabeza de familia, personas en situación de discapacidad, personas de la tercera edad, miembros de grupos minoritarios como comunidades indígenas y afrocolombianas, o personas en situación de pobreza extrema, el análisis de los elementos de la procedencia, según el caso, tiende a ser menos exigente.

1. Cumplimiento de los requisitos esenciales: legitimación por activa, pasiva, determinación de la acción u omisión que amenaza o vulnera un derecho de carácter fundamental

En el acápite precedente se definió que la demanda de tutela debe cumplir con unos requisitos mínimos para su presentación. Estos elementos son: a) que quien presente la demanda de tutela esté legitimado para ello; b) que la parte demandada sea la que efectivamente por su conducta generó un daño; c) que ciertamente exista una conducta ya sea una acción u omisión; y d) que ésta haya generado una amenaza o afectación a un derecho fundamental.

De igual manera, se señaló que el juez constitucional goza de poderes oficiosos para suplir las deficiencias en la demanda de tutela. De esta forma, el juez puede requerir a la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales, vincular a las entidades que considere pertinentes, solicitar pruebas en aras de determinar la acción u omisión y la amenaza o vulneración a un derecho fundamental.

En este sentido, ha dicho la Corte Constitucional que *“en virtud de la oficiosidad e informalidad que orientan el proceso de tutela, ésta no puede ser denegada con base en argumentos de tipo formalista o en factores que pueden ser fácilmente superados por decisiones del juez constitucional, ya que, entre sus deberes se encuentra el de vincular al trámite de la acción, a todos aquellos que por disposición legal y constitucional puedan resultar comprometidos en la afectación de los derechos fundamentales del accionante o de sus representados”*¹⁶⁰.

Empero, si en uso de las facultades oficiosas del juez de tutela, no es posible suplir las falencias relacionadas con los requisitos esenciales que debe tener la demanda de tutela, la misma deberá ser declarada improcedente.

Ese fue el caso estudiado en la sentencia T-557 de 2012, en la cual se declaró improcedente el amparo solicitado, por cuanto no se logró determinar la afectación subjetiva del derecho fundamental, esto es, no se logró probar la vulneración cierta de un derecho fundamental a una persona determinada. La improcedencia en dicho caso, se sustentó en el hecho de que los jueces de instancia evidenciaron dicha falencia y la parte accionante no lo subsanó en el recurso de apelación y en sede de revisión, impidiendo de este modo un pronunciamiento de fondo por parte del juez constitucional.

Asimismo, en sentencia de tutela T-1254 de 2000 la Corte Constitucional declaró improcedente la acción de tutela presentada por un hijo a nombre de su padre. La razón central fue que en el expediente no existía prueba de la imposibilidad por parte de éste de promover la defensa de sus derechos fundamentales.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es improcedente cuando no se configura el elemento de la legitimación por activa, esto es, cuando: a) no fue presentada por el directamente afectado en sus derechos fundamentales¹⁶¹; b) la persona que dice actuar como agente oficioso no probó la situación de debilidad en la que se encuentra el sujeto directamente afectado que le impide ejercer por el mismo la acción¹⁶²; c) quien dice actuar

¹⁶⁰ T-1223-05.

¹⁶¹ T-928-12.

¹⁶² T-565-03; T-1749-00, entre otras.

como apoderado judicial no allega el escrito en donde consta dicho mandato¹⁶³ y d) el Ministerio Público actúa en asuntos que no son de su competencia¹⁶⁴.

La improcedencia por falta de legitimación por pasiva se concreta cuando, por ejemplo, se demanda a una persona que no es responsable de la conducta activa u omisiva que viola presuntamente derechos fundamentales¹⁶⁵, o en otros términos, cuando la demanda de tutela se presenta contra una persona diferente a la obligada a responder por la pretensión¹⁶⁶.

La acción de tutela es improcedente cuando previamente no se ha configurado una acción u omisión por parte de la autoridad demandada. Así, a manera de ejemplo en sentencia de tutela T- 883 de 2008 la Corte Constitucional definió que *“de los medios probatorios aportados al proceso, no se desprende que la actora haya acudido a alguna de las entidades demandadas a adelantar el procedimiento necesario para que la malformación de su hijo sea atendida, o haya ido a alguna institución privada o pública –que tenga contrato con la entidad territorial para cubrir las necesidades de la población vinculada – para que su hijo sea diagnosticado y su tratamiento iniciado. En efecto, de los mismos hechos relatados por (...) puede evidenciarse que sólo ha acudido a un médico particular, quien a su vez le recomendó un ortopedista privado. Por ende, mal podría aceptarse que se ha constituido una amenaza o vulneración por omisión o acción de parte de las entidades demandadas en el caso en concreto”*.

De la misma forma, se configura la improcedencia de la acción de tutela cuando no se configura una vulneración o amenaza a un derecho fundamental. A manera de ejemplo, en sentencia T- 504 de 2012 la Corte Constitucional definió que *“la Empresa de Acueducto, Agua y Alcantarillado de Bogotá, no le está vulnerando ni amenazando, ningún derecho fundamental al accionante por negarle la acometida a su predio del servicio de acueducto, porque como ya se mencionó está demostrado que dicho inmueble no se encuentra habitado por ningún ser humano y se utiliza no para vivienda, sino como local comercial. Por tanto, el agua que requiere el actor “no está destinada al consumo humano”, ni “es necesaria para preservar la vida, la salud o la salubridad de las personas”*.

Conforme con lo expuesto es pertinente resaltar:

La acción de tutela es improcedente cuando no se satisface lo requisitos esenciales de la acción de tutela:

1. No se configura el elemento de la legitimación por activa, esto es, cuando: a) no fue presentada por el directamente afectado en sus derechos fundamentales; b) la persona que dice actuar como agente oficioso no probó la situación de debilidad en la que se encuentra el sujeto directamente afectado que le impide ejercer por el mismo la acción; c) quien dice actuar como apoderado judicial no allega el escrito en donde consta dicho mandato y d) el Ministerio Público actúa en asuntos que no son de su competencia.
2. No se configura el elemento de la legitimación por pasiva, pues se demanda a una persona que no es responsable de la conducta activa u omisiva que viola presuntamente derechos fundamentales, o en otros términos, cuando la demanda

¹⁶³ T-889-13.

¹⁶⁴ T-462-93.

¹⁶⁵ T-819-01.

¹⁶⁶ T-928-13.

- de tutela se presenta contra una persona diferente a la obligada a responder por la pretensión.
3. Previamente no se ha configurado una acción u omisión por parte de la autoridad demandada.
 4. No se configura una vulneración o amenaza a un derecho fundamental.

2. Inmediatz

La Constitución Política expresamente dispuso que la acción de tutela puede ser presentada en cualquier momento. Esta premisa fue el fundamento para declarar la inconstitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 que establecía un término de 2 meses para presentar una demanda de tutela contra una providencia judicial¹⁶⁷.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que si bien el artículo de la Constitución Política establece la posibilidad de presentar la demanda de tutela en cualquier momento, esta norma debe armonizarse con la finalidad misma de la acción constitucional, cual es, ser un remedio urgente en relación con el hecho causante de la vulneración, que por lo mismo busca una acción inmediata en procura de la efectividad concreta y actual del derecho amenazado o violado¹⁶⁸. Asimismo, la imposición del requisito de inmediatz se sustenta en razones de orden público que busca *“no dejar en suspenso por mucho tiempo el ejercicio del derecho o la ejecución del acto de que se trata”*¹⁶⁹.

Conforme con lo expuesto, se ha definido que el paso excesivo del tiempo puede ser indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o la poca importancia del perjuicio, de allí que, en aras de proteger la certeza del ordenamiento jurídico, en estos eventos deba ser declarada improcedente la demanda de tutela.

De manera explícita, en la sentencia SU-961 de 1999 la Corte consideró que el hecho de que no exista la caducidad de la acción de tutela, no quiere decir que la misma no deba presentarse en un plazo razonable, y definió que *“la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros”*.

De esta forma, para determinar el cumplimiento del requisito de inmediatz se debe valorar si el tiempo transcurrido entre el hecho causante de la vulneración y la presentación de la acción de tutela tiene alguna *justificación*¹⁷⁰. Para ello se deben tener en cuenta factores como:

- a) La situación particular en la que se encuentra el *demandante*, por cuanto el análisis es diferente si se trata de una persona analfabeta, de una persona desplazada por la violencia, de población indígena, afro descendiente o de un agente del Ministerio Público.
- b) El acceso del demandante a medios logísticos y profesionales.

¹⁶⁷ C-543-92.

¹⁶⁸ C-543-92.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ T-142-12, T-1028-10, Su-961-99

- c) El conocimiento del demandante de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.
- d) La facilidad del demandante para hacer uso de los mecanismos de protección.
- e) La ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito que imposibilitó al actor interponer prontamente la demanda de tutela.
- f) La existencia de un hecho nuevo y sorpresivo que cambió las circunstancias previas.
- g) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, es decir, que la afectación continúa y es actual, entre otros elementos.

Así, a manera de ejemplo, en la sentencia T-587 de 2007 la Corte Constitucional declaró improcedente la acción de tutela promovida por la Procuraduría General de la Nación contra el Consejo de Estado, por cuanto la presentó *“después de transcurrir más de un año y medio desde la fecha en que cobró ejecutoria la sentencia (...) lo que evidentemente resulta excesivo y conduciría a la improcedencia de la tutela”*.

Se consideró en dicha ocasión que *“la demora resulta injustificada, pues por la misma naturaleza de sus funciones, tanto constitucionales (art. 277) como legales, la Procuraduría General de la Nación es una entidad atenta al ejercicio de la acción de tutela, su procedencia y requisitos, conocedora de la jurisprudencia de esta Corporación en torno al tema y con amplia disponibilidad de medios logísticos y profesionales, para ejercer de manera oportuna las acciones que estime pertinentes, en defensa del orden jurídico y de los derechos fundamentales”*.

En sentencia T-1028 de 2010 la Corte Constitucional estudió el caso en el cual fue presentada una acción de tutela contra una providencia judicial expedida hace más de 2 años y cuatro meses. En dicha ocasión, consideró que *“en el expediente de tutela no se encuentra prueba que demuestre la existencia de situación alguna que haya impedido el ejercicio de la acción por parte de la accionante y que, por consiguiente, sirva como justificación válida para el retardo en la solicitud de protección al derecho presuntamente vulnerado”*.

En esta providencia se reiteró que *“la demora excesiva e injustificada para controvertir una decisión judicial, pone en tela de juicio la urgente necesidad de la protección constitucional que se puede obtener vía acción de tutela y, eventualmente, afectaría el derecho a la seguridad jurídica en caso de existir un derecho reconocido a una contraparte procesal”*. Con base en lo anterior, declaró la improcedencia de la acción de tutela, al no cumplir con el requisito de la inmediatez.

De este modo, la inmediatez se analiza en cada caso concreto, y dependiendo de las circunstancias de la accionante el juicio es más flexible o más riguroso. En todo caso, los requisitos creados jurisprudencialmente pretenden crear un marco de análisis que permita asegurar que se trata de una amenaza o violación que requiere de medidas urgentes e inaplazables.

Punto relevante:

El incumplimiento del requisito de inmediatez se define en cada caso en concreto. Para definir si existe una justificación del tiempo transcurrido entre el hecho vulnerador de los derechos fundamentales y la efectiva presentación de la demanda de tutela, se debe tener en cuenta factores como: a) la situación particular en la que se encuentra el *demandante*, por cuanto el análisis es diferente si se trata de una persona analfabeta, de una persona desplazada por la violencia, de población indígena, afro descendiente o de un agente del

Ministerio Público; b) el acceso del demandante a medios logísticos y profesionales; c) el conocimiento del demandante de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales; d) la facilidad del demandante para hacer uso de los mecanismos de protección; e) la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito que imposibilitó al actor interponer prontamente la demanda de tutela; f) la existencia de un hecho nuevo y sorpresivo que cambió las circunstancias previas; g) la permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, es decir, que la afectación continúa y es actual, entre otros elementos.

3. Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que esta acción constitucional sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La garantía de los derechos fundamentales es una función atribuida a los jueces de la república en ejercicio de las funciones asignadas por la Constitución a todas las jurisdicciones. En este sentido, la acción de tutela actúa en subsidio ante la falta, la ineficacia o no idoneidad de los instrumentos constitucionales y legales vigentes impuestos por el ordenamiento jurídico. De este modo, su finalidad no es sustituir los procedimientos ordinarios o especiales, ni suplir la negligencia de quien pudiendo hacer uso de estos mecanismos no lo hizo y se *abandonó voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos*¹⁷¹ y pretende beneficiarse de su propio descuido¹⁷².

Para determinar la subsidiariedad de la acción de tutela, es necesario en primer lugar definir si existe un medio ordinario de defensa judicial y en segundo lugar si éste es idóneo y eficaz respecto de la situación del demandante para procurar el amparo de sus derechos fundamentales¹⁷³.

a. Existencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz: al interior de un proceso determinado y en el marco del derecho procesal en general.

Para determinar la procedencia de la acción de tutela por subsidiariedad, se debe valorar si existe o no un medio de defensa ordinario; en caso de que exista se debe establecer si es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales y si el demandante tuvo oportunidad de ejercerlo.

Estos elementos son susceptibles de ser analizados en dos escenarios: al interior de un proceso determinado y en el marco del derecho procesal general. El primer contexto hace referencia a los medios de defensa judicial que se tienen una vez iniciado un proceso y el segundo alude en general a los medios de defensa judicial que ofrece el ordenamiento jurídico.

¹⁷¹ C-543-92.

¹⁷² T-051-94.

¹⁷³ T-883-08.

i. Existencia

La acción de tutela es procedente cuando no existe un medio de defensa judicial que permita analizar las pretensiones de la demanda. Un ejemplo de la no existencia de un medio ordinario de defensa fue el caso analizado por la Corte Constitucional en el que se solicita la nulidad de un acto administrativo de despido por falta de motivación. En diversas ocasiones, la Corte Constitucional consideró que la acción de tutela en esos casos es procedente, por cuanto en el ordenamiento jurídico no existe un proceso específico en el que se pueda alegar dicha causal, tanto es así que ante semejante petición, la jurisdicción contencioso administrativa ha determinado que la misma no es procedente al no estar prevista en las causales de nulidad fijadas por la ley.

Ante esta situación, la Corte Constitucional consideró que no existía en el ordenamiento jurídico una vía procesal para analizar si el despido sin motivación afectaba el derecho de defensa de la parte afectada y consideró procedente la acción de tutela. De igual manera, ha definido que es procedente la acción de tutela contra las decisiones proferidas por las autoridades de comunidades indígenas, al no existir otro medio de defensa judicial o carecer de mecanismos efectivos de protección o instancias superiores a las cuales recurrir¹⁷⁴.

ii. Idoneidad y eficacia del medio existente

Ahora bien, si se establece la existencia de un medio ordinario de defensa judicial, se debe señalar tanto por parte del juez como por la parte que alega su existencia cuál es el mecanismo judicial que se debe accionar y si éste es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales vulnerados. En todo caso, en este supuesto, esto es, frente a la existencia de un mecanismo de defensa judicial, puede proceder de manera excepcional la acción de tutela ante la configuración de un perjuicio irremediable, elemento que será analizado más adelante.

Así, se ha de ver que en sentencia T-227-10 se declaró improcedente una acción de tutela, por medio de la cual se pretendía incluir una prima técnica dentro del salario que sirvió de base para cotizar. En esta sentencia, se señaló que la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho y que las circunstancias en las que se encuentra el accionante no son suficientes para brindar una protección excepcional, por lo que la acción ordinaria resulta idónea y eficaz.

En sentencia T-031 de 2014 la Sociedad Reciclajes Generales de Colombia solicitó al juez constitucional la revocatoria de la liquidación oficial de impuestos sobre las ventas del 30 de enero del 2012. Al respecto, expuso el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional que *“la acción de tutela no resulta procedente, prima facie, para controvertir actos administrativos, pues el ordenamiento jurídico contempla los medios judiciales idóneos para hacerlo, acompañados de la solicitud de suspensión provisional, y, en consideración de que no se observa la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*.

Contrario sensu, se ha considerado procedente la acción de tutela cuando el mecanismo ordinario de defensa judicial no es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Entre los elementos estudiados para determinar la eficacia e idoneidad de los medios ordinarios de defensa se encuentran:

¹⁷⁴ T-713-11, T- 523-12.

a) La previsibilidad del resultado

Este elemento ha sido analizado por ejemplo cuando se presenta una demanda de tutela contra una sentencia del tribunal laboral que niega la indexación de la primera mesada pensional o la inaplicación del requisito de fidelidad en el sistema pensional. En estos supuestos se ha considerado que el recurso extraordinario de casación, si bien es un mecanismo de defensa judicial, el mismo no es idóneo, por cuanto es previsible que la decisión en dicha instancia sea la de confirmar la sentencia del tribunal, esto es, que sea adversa a la pretensión del accionante. De allí que dicha previsibilidad haya sido considerada como un elemento para concluir que no idóneo el recurso de casación y ser procedente la demanda de tutela.

En otros términos, la previsibilidad del resultado de un proceso mediante el uso ordinario de defensa judicial, es un elemento que permite inferir la procedencia o no de la acción de tutela. Así, se definió en la sentencia de tutela T- 199 de 2007 en la que de manera explícita se consideró que el análisis del medio alternativo de defensa implica analizar el objeto de la acción judicial y el resultado previsible, y si de estos dos elementos se infiere que el resultado es el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos, la acción de tutela es improcedente.

b) La rapidez en el desarrollo del proceso y en la adopción de la decisión

Asimismo, como un criterio para determinar la idoneidad y eficacia de los medios ordinarios de defensa judicial, se ha analizado la celeridad en la resolución del asunto. Elemento que esencialmente es analizado en armonía con la situación particular en la que se encuentra el accionante.

En sentencia T-286 de 2000¹⁷⁵ se consideró procedente la acción de tutela presentada por una madre cabeza de familia, que se encontraba en una situación económica precaria y que pretendía el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de quien fue su compañero permanente. En esta ocasión se determinó que el medio de defensa ordinario no era idóneo, por cuanto, teniendo en cuenta las condiciones particulares de la accionante, la espera del resultado de un proceso contencioso administrativo, el cual podría durar muchos años, generaría un perjuicio a la peticionaria.

c) La necesidad de un análisis riguroso de las pruebas

De igual manera, se ha definido que *“no procederá la acción (de tutela) cuando el juez tenga que adentrarse en disquisiciones y pruebas detalladas tendentes a establecer si un hecho constituye una vulneración de un derecho fundamental”*¹⁷⁶, por cuanto con ello se estaría invadiendo el ámbito de competencia de otras jurisdicciones.

d) La situación particular del afectado

Cuando el accionante es una persona desplazada por la violencia y está solicitando la protección de derechos fundamentales el hecho de someterlas a la jurisdicción contenciosa si bien es una alternativa, la misma, valorada desde el plano de la garantía de los derechos fundamentales, resulta ser ineficaz debido a la tardanza en la decisión¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Reiterada en T- 312-00.

¹⁷⁶ T- 114 de 2000, reiterada en Su- 132-02.

¹⁷⁷ Así lo expuso la Corte Constitucional en sentencia T-342 de 2013, entre otras.

e) La pretensión de la acción

En sentencia T-023 de 2011 se consideró que la acción de tutela era procedente, por cuanto el accionante solicitaba, dada su condición de discapacidad, no sólo la reparación del daño causado por la construcción de una carretera, sino también requería la construcción del acceso a su vivienda. Para la Corte Constitucional el proceso de responsabilidad extracontractual no es idóneo para conocer la segunda pretensión al no tratarse de una solicitud indemnizatoria y por ende consideró procedente la acción de tutela, en aras de proteger los derechos a la vida digna, al mínimo vital, al trabajo y a la salud alegados por el demandante.

f) Los medios de protección en el proceso judicial como por ejemplo las medidas cautelares

La idoneidad también se analiza teniendo en cuenta las medidas y acciones que se tengan dentro del proceso para garantizar, previo a una decisión definitiva, la posible afectación a los derechos fundamentales, como lo es la suspensión provisional en el marco del proceso administrativo.

g) Los demás elementos que permitan determinar que el análisis acerca de la protección de los derechos fundamentales va estar garantizada por el uso del medio ordinario de defensa.

Ahora bien, de manera específica, el Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela es improcedente para debatir actos de carácter general, impersonal y abstracto¹⁷⁸, en primer lugar por cuanto existe un medio ordinario de defensa judicial -la acción de nulidad y restablecimiento del derecho- y en segundo lugar porque por regla general estos actos no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas particulares, por lo que su sola promulgación no debe considerarse violatoria de un derecho fundamental¹⁷⁹.

Sin embargo, en el momento en que se evidencie la afectación a un derecho fundamental debido a la aplicación de un acto general, la tutela es procedente y de prosperar el juez puede, en uso de la excepción de inconstitucionalidad, no aplicar la norma en el caso concreto¹⁸⁰. Empero en este evento no se analiza la validez de la norma en general, si no la obligación que tenía el funcionario de no aplicarla en un caso concreto, en virtud de la facultad prevista en el artículo 4 de la Constitución Política.

iii. Uso del medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz

Una vez determinado que existe un medio ordinario de defensa y que el mismo es idóneo y eficaz, constituye un deber de la parte afectada accionarlo para satisfacer su pretensión, si ello no acontece, la misma pretensión no tiene vocación de procedencia en el proceso de tutela, por cuanto la finalidad de este mecanismo no es suplir la negligencia o descuido de la parte.

¹⁷⁸ Artículo 6, numeral 5.

¹⁷⁹ T-913-08

¹⁸⁰ T-040-09, T-1073-07, T- 594-06, entre otras.

Con base en el anterior postulado y a manera de ejemplo en diversas ocasiones se ha declarado la improcedencia de la acción de tutela en el evento en que por descuido del accionante, los medios ordinarios judiciales que tenían lugar no fueron accionados de manera oportuna.

Así, en la sentencia SU- 713 de 2006 se consideró que la acción de tutela era improcedente, por cuanto la sociedad accionante luego de ir a la audiencia de aclaración de pliegos, presentó acción de tutela en la que alegó la violación de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la libertad económica, a la libre competencia económica, a la buena fe y a la confianza legítima; y no presentó, pudiendo hacerlo, la nulidad del pliego de condiciones y la suspensión provisional de sus efectos. En este sentido, cuando el peticionario ha dejado vencer los términos judiciales para el ejercicio de las acciones o de los recursos ordinarios de los cuales disponía, para obtener la satisfacción de sus derechos, la acción de tutela no es el mecanismo para suplir su falta de diligencia y por esto resulta improcedente.

En el mismo sentido en sentencia T- 453 de 2000 se declaró la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto el accionante no utilizó el recurso extraordinario de casación y en sentencia T- 871 de 2011 expresamente se señaló que *“la vía de la tutela no puede revivir términos de caducidad agotados hace tiempo, pues se convertiría en un mecanismo que atentaría contra el principio de seguridad jurídica y se desnaturalizaría el propósito mismo de la acción constitucional de protección de los derechos fundamentales”*.

Puntos relevantes:

1. Para determinar la procedencia de la acción de tutela por subsidiariedad, se debe valorar si existe o no un medio de defensa ordinario; en caso de que exista se debe establecer si es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales y si el demandante tuvo oportunidad de ejercerlo.
2. Para determinar la idoneidad y eficacia en el medio ordinario de defensa se pueden analizar elementos como: a) la previsibilidad del resultado; b) la rapidez en el desarrollo del proceso y en la adopción de la decisión; c) la necesidad de un análisis riguroso de las pruebas; d) la situación particular del afectado; e) la pretensión de la acción; f) los medios de protección en el proceso judicial como por ejemplo las medidas cautelares y demás elementos que permitan determinar que el análisis acerca de la protección de los derechos fundamentales va estar garantizada por el uso del medio ordinario de defensa.

b. La configuración de un perjuicio irremediable

Determinada la existencia de un mecanismo ordinario de defensa judicial es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio si se constata la configuración de un perjuicio irremediable. Al respecto el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991 establece que:

Artículo 8º. 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 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 efectos 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 las demás precedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

El perjuicio irremediable, conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁸¹, se configura a partir del cumplimiento de los siguientes requisitos: inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad.

- a) La inminencia es la amenaza de que el perjuicio va a ocurrir o que está por suceder prontamente. No se trata de expectativas, sino de la evidencia de su presencia real en un corto plazo. La acción de tutela pretende evitar algo probable, esto es, lo que en virtud de una operación natural tiende hacia un resultado cierto y no a una mera conjeta hipotética.
- b) La inminencia genera la necesidad de adoptar medidas urgentes, esto es, de una respuesta pronta respecto de la inminencia del perjuicio.
- c) El perjuicio debe ser grave. La gravedad trata de la intensidad del daño y está ligada a la importancia de determinados bienes jurídicos.
- d) Finalmente, de la urgencia y la gravedad se deriva que la acción de tutela sea impostergable. Si se posterga, puede ser ineficaz respecto del amparo de los derechos fundamentales.

En sentencia T-808 de 2010 la Corte Constitucional analizó un caso en el cual un grupo de concejales del distrito de Buenaventura solicitaron por medio de una acción de tutela que se diera cumplimiento a la Resolución No. 3479 de 2009 que dispuso reliquidar los honorarios recibidos como cabildantes.

Al respecto sostuvo la Corte Constitucional que: “*(...) no es la acción de tutela la vía procesal idónea para lograr el pago de las sumas de dinero dispuestas por la entidad territorial demandada en la Resolución N° 3479 de 2009*”, pues “*el amparo constitucional es improcedente cuando se trata de reclamar el pago de honorarios para los concejales, resultando igualmente inviable acceder al amparo deprecado como mecanismo transitorio, teniendo en consideración que de las pruebas que reposan en el expediente no es posible deducir que los demandantes se encuentran frente a una amenaza que implique la existencia de un daño inminente*”.

Una vez determinada la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio, lo cual implica que de ser amparado los derechos, el demandante tiene la obligación de acudir dentro de los 4 meses siguientes a hacer uso del

¹⁸¹ C-531-93, entre otros.

medio ordinario de defensa. En el evento de que no lo haga, cesarán los efectos de la tutela. Contrario sensu, si acude al mecanismo ordinario, los efectos de la tutela irán hasta que en dicho proceso se dicte el fallo correspondiente.

Punto relevante:

Para considerar procedente la acción de tutela ante la existencia de un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz, se debe configurar un perjuicio irremediable, el cual se caracteriza por ser inminente y grave y requerir de medidas urgentes e impostergables.

c. Otras razones de improcedencia

i. Para el amparo de derechos colectivos

El numeral 3 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela es improcedente “cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política” y agrega, “lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable”.

La jurisprudencia constitucional ha definido los derechos colectivos como “(...) un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés (...)”¹⁸².

Respecto al alcance de los derechos colectivos, la Corte Constitucional ha establecido que éstos no son solo los que se encuentran en el artículo 88 de la Constitución Política, pues existe la “posibilidad de señalar otros derechos e intereses colectivos cuya protección sea materia de las acciones populares, en el evento en que participen de similar naturaleza y siempre que no contraríen la finalidad pública o colectiva para la que fueron concedidos”¹⁸³. Esta definición trae implícitas las siguientes características del ejercicio de una acción popular, a saber:

- i) Se trata de derechos en cabeza de un conjunto de personas, de ahí su nombre de colectivos.
- ii) No es posible, jurídicamente, hacer solicitudes particulares o subjetivas.
- iii) Cualquier persona perteneciente a la comunidad afectada puede impetrarla, es decir, en este tipo de acciones la legitimación por activa recae en cualquier miembro de la colectividad amenazada.

En estos eventos, para que la tutela proceda y prevalezca en caso de afectación de un interés colectivo, será necesario:

- (i) Que exista una conexidad entre la violación del derecho colectivo y la vulneración del derecho fundamental. Esta conexidad debe ser directa e inmediata, es decir, la

¹⁸² T-065-13.

¹⁸³ C-1062-00

afectación del derecho fundamental debe tener como causa la violación del derecho colectivo y no otra distinta.

- (ii) La amenaza o violación de los derechos fundamentales del accionante en tutela o de su núcleo familiar, esto es, que el actor debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental y que esté probada la amenaza o vulneración del derecho fundamental, esto es, que no sea hipotética o eventual.
- (iii) Que la orden que dicte el juez de tutela vaya encaminada a la protección del derecho fundamental violentado, así de manera indirecta se proteja el derecho colectivo.
- (iv) Que se acredite que la acción popular no es el mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental conculado¹⁸⁴.

En sentencia T-154 de 2013 la Corte Constitucional analizó el caso de una familia que vivía a 300 metros de distancia de la mina de carbón propiedad de Drummond Ltd. El actor alegó que la mina era explotada de manera indiscriminada, y sin control alguno, ya que realizaba labores durante las 24 horas del día. Lo precedente, afirmó, generaba ruido por el funcionamiento de las máquinas, un polvillo y material particulado disperso en el aire, lo que provocaba afecciones a la salud de quienes residían en el lugar y la contaminación de las dos fuentes de agua utilizadas para el consumo humano.

En esta ocasión, la Corte Constitucional consideró que: “*(...) es procedente la implementación tutelar de mecanismos preventivos y que en el asunto bajo estudio han de amparar la situación del actor y de su familia, y consecuencialmente de otros vecinos, al imponer los correctivos necesarios para erradicar los efectos nocivos que, para el caso, se están produciendo por el ruido y la diseminación de partículas de carbón, consiguiente a las actividades que realiza la sociedad accionada, que está afectando el interés individualizable y a la vez colectivo al ambiente sano (...)*”.

En sentencia T-081 de 2013 la Corte Constitucional analizó la demanda de tutela presentada por un grupo de padres, en representación de sus hijos menores de edad y estudiantes, que diariamente exponían sus vidas al tener que cruzar por un puente militar de un solo carril. Al respecto señaló que “*en el presente caso, la acción de tutela es procedente como recurso principal para proteger los derechos a la vida e integridad de los accionantes, en aquellas dimensiones que sean necesarias para asegurarles condiciones óptimas de subsistencia. Se podría afirmar que la naturaleza de la pretensión alegada por los peticionarios coincide con el carácter de los derechos colectivos, enunciados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, los cuales pueden ser amparados por la acción popular dispuesta en el ordenamiento jurídico para tal fin: (...) No obstante lo anterior, es palpable a la luz de los presupuestos fácticos del caso que los accionantes corren el riesgo de sufrir una afectación real a sus derechos fundamentales, asunto que impele a esta Corporación a admitir la procedencia de la acción de tutela como mecanismo principal de protección de derechos*”.

ii. Para el amparo de derechos legales

El artículo 2º del Decreto 306 de 1992 señala que “*de conformidad con el artículo 1o. del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior*”.

¹⁸⁴ SU-111-01.

Este artículo reitera la finalidad constitucional de la acción de tutela cual es el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Las discusiones que se enmarcan en aspectos eminentemente legales y que no tienen relación con los derechos fundamentales, no tienen acogida en el marco de una acción de tutela.

En este sentido, en sentencia T-026 de 2006 se declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por diversas empresas transportadoras de Cali que consideraban vulnerados sus derechos fundamentales. Alegaban que la Secretaría de Transito de dicha Municipalidad profirió unos actos administrativos, por miedo de los cuales se fijó la capacidad transportadora de las empresas de servicios público colectivo de la ciudad, en relación con los cupos mínimos y máximos de los vehículos.

Consideró el Tribunal Constitucional que la discusión en relación con los actos administrativos proferidos por la entidad demandada, se puede realizar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en un procedimiento en el cual puede solicitar la suspensión provisional del acto censurado. Agregó no se probó la existencia de un perjuicio irremediable, ni la afectación a un derecho de rango fundamental, pues la determinación de la capacidad transportadora de las empresas corresponde a una clara discusión legal que no involucra derechos fundamentales¹⁸⁵.

En sentencia T-203 de 1999 la parte accionante solicitaba el pago del impuesto predial de la vivienda que le fue asignada al ser víctima de la avalancha de Armero. Además, la firma de las escrituras, la legalización del barrio y de los servicios públicos, la devolución de los dineros adeudados por concepto de los arreglos que debieron hacerles a sus construcciones, la terminación del salón comunal y la reparación de las fallas estructurales que presentan sus viviendas.

Frente a lo anterior, se consideró que *"las pretensiones de los tutelantes van encaminadas a obtener la protección de derechos que carecen de jerarquía constitucional, pues tal es el caso de la titularización del derecho de propiedad y la indemnización de los daños materiales causados por un tercero; pero como de lo dicho se tiene que este tipo de prerrogativas, por su jerarquía, no pueden hacerse efectivas por el camino de la tutela, aquellos tendrían que acudir a las vías apropiadas de defensa para hacer sus reclamaciones"* y agregó que *"a pesar de no mediar contrato de compraventa, por ser los accionantes adjudicatarios directos de las viviendas, la reparación de las fallas estructurales de las mismas, la culminación de las obras, tanto las de refacción como las que atañen al salón comunal y la devolución de los dineros pagados por concepto de los arreglos hechos a las construcciones, son pretensiones cuya vía de reclamación está prevista en la normatividad de la jurisdicción contencioso administrativa"*.

En la tutela T- 1120 de 2002 se analizó el caso en el cual el accionante pretendía, por medio de la acción de tutela, hacer cumplir la inversión prevista en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995. En dicha ocasión, se consideró que demandante busca mediante la utilización de la acción de tutela el cumplimiento de una ley, pretensión para la cual está expresamente establecida la improcedencia de la acción de tutela.

¹⁸⁵ En el mismo sentido T- 1065-07, T-356-06.

Puntos relevantes:

1. Por regla general la acción de tutela es improcedente para el amparo de derechos colectivos. En casos excepcionales, cuando se presenta una afectación evidente a un derecho fundamental, es procedente la acción de tutela.
2. La acción de tutela es improcedentes para el amparo de derechos legales.

4. Carencia actual de objeto

La acción de tutela también puede declararse improcedente cuando no existe un objeto sobre el cual pronunciarse, esto es, lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “*carencia actual de objeto*”. Esta situación se puede configurar ante la presencia de un daño consumado, un hecho superado o la carencia actual de objeto propiamente dicha.

La carencia actual de objeto es la sustracción de materia respecto del hecho causante de la vulneración. De este modo, al no existir un objeto jurídico sobre el cual dictar una orden de salvaguarda a un derecho fundamental, cualquier decisión al respecto carecería de sentido, eficacia y justificación.

La Corte ha señalado que en los casos en que se produce una carencia actual de objeto es viable un pronunciamiento de fondo, sólo por las siguientes razones: **(i)** la declaración de violación hace parte de los derechos del afectado; **(ii)** el pronunciamiento de la Corte puede funcionar como garantía de no repetición frente al resto de las personas y **(iii)** resulta relevante para efecto de una pedagogía constitucional sobre la materia¹⁸⁶.

Así, el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “*si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere ocurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión*”.

a. Daño consumado

El numeral 4 del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela no procederá “*cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho*”.

Se está ante la carencia de objeto por daño consumado cuando “*no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela*”. La presencia del daño consumado no permite cumplir el fin esencial de la acción de tutela relacionado con la protección de manera inmediata

¹⁸⁶ T-287-13.

de derechos fundamentales, pues para el momento de proferir sentencia no había continuidad de la hipotética acción u omisión violatoria del derecho.

En sentencia T-448 de 2004 se definió que se está en presencia de daño consumado cuando, por ejemplo:

- (i) El accionante fallece y desaparecen los fundamentos fácticos que sustentaron la acción de tutela, es decir, no existe una persona natural a quien protegerle sus derechos fundamentales¹⁸⁷.
- (ii) Se ha cumplido el término de la sanción impuesta por un acto administrativo, así se demuestre posteriormente que se violó el debido proceso¹⁸⁸.
- (iii) Un trabajador es despedido y solamente tres años después interpone acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la libertad de asociación sindical, por el paso del tiempo se presenta falta de continuidad entre la acción violatoria y la vulneración¹⁸⁹.
- (iv) Se ha cumplido el término de la sanción disciplinaria, y por tanto, no tendría mayor objeto un pronunciamiento sobre la afectación de los derechos fundamentales originados con la actuación investigativa y sancionadora de la Procuraduría¹⁹⁰.

Ahora bien, expuestos los casos en que se está en presencia de daño consumado, es menester establecer los eventos que la jurisprudencia¹⁹¹, de manera pacífica, ha señalado que **no** hay lugar a declararlo:

- (i) Cuando se reclama la licencia de maternidad dentro del año siguiente al parto¹⁹².
- (ii) Cuando la Registraduría tarda en expedir la cédula de ciudadanía, por cuanto se vulneran de manera constante los derechos políticos¹⁹³.
- (iii) Cuando se verifica la vulneración de derechos fundamentales en personas sujetas al trámite de extradición y que son entregadas a la jurisdicción de otro Estado con fines judiciales¹⁹⁴.
- (iv) Cuando ante la necesidad de una intervención quirúrgica polifuncional (que puede tener varios efectos positivos) se logra determinar que uno de los propósitos de la intervención no es posible, pero los otros sí¹⁹⁵.

Como ejemplo de lo anterior, en sentencia T-287 de 2013 la Corte Constitucional analizó el caso de dos deportistas en situación de discapacidad, quienes presentaron acción de tutela contra COLDEPORTES, por considerar que dicho ente vulneró sus derechos fundamentales a una vida digna, a la recreación, al deporte y a la igualdad, al no permitirles participar en los *Juegos Paraolímpicos Nacionales*.

En relación con lo anterior la Corte Constitucional declaró la carencia actual de objeto por daño consumado y previno a COLDEPORTES “*para que analice si podría propiciarse (i) que en los próximos juegos paranacionales, los deportes que queden excluidos por no reunirse el número*

¹⁸⁷ T-253-04.

¹⁸⁸ T-758-03.

¹⁸⁹ T-733-01.

¹⁹⁰ T-873-01.

¹⁹¹ T-448-04.

¹⁹² T-999-03

¹⁹³ T-964-01.

¹⁹⁴ SU-110-02.

¹⁹⁵ T- 416-01.

mínimo exigido para contender, sean llevados a cabo como exhibición, con el fin de promoverlos y generar interés y apoyo hacia los mismos; (ii) que se desarrollen las acciones pertinentes en las regiones (a nivel municipal, distrital y departamental), para difundir la práctica del deporte en general, y del competitivo y de alto rendimiento en particular, como opción ocupacional y de inclusión social para las personas en situación de discapacidad”.

b. Hecho superado

El hecho superado por su parte se presenta cuando la acción u omisión, que causó la amenaza o vulneración ha cesado y se satisfizo lo pedido, de allí que no sea necesario un pronunciamiento de fondo. La carencia actual de objeto por hecho superado se configura “cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado”¹⁹⁶.

Las órdenes que se deben proferir cuando se configura un hecho superado dependen de las causas por las cuales la vulneración se superó. En este escenario, la improcedencia de la acción de tutela, sólo puede ser declarada cuando la superación obedeció a la voluntad del agente causante. En otros términos, si la amenaza o vulneración se superó por la orden del juez de tutela, lo procedente sería entonces confirmar la decisión del juez instancia que así lo decidió.

Así, en sentencia T-775 de 2012 se concluyó que “*la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes ha cesado, pues la prestación exigida se encuentra satisfecha en la actualidad. El servicio de salud se presta de manera continua y en las condiciones anteriores a la interposición de esta acción de tutela*”. Conforme con lo anterior se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

Por otra parte, se ha de ver que el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 dispone que ante la presencia de un hecho superado se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas de ser procedente¹⁹⁷.

c. Carencia actual de objeto propiamente dicha

En sentencia T- 559 de 2013 la Corte Constitucional declaró la carencia actual de objeto por sustracción de materia. Esta acción de tutela fue promovida por una interna que solicitaba la autorización para la visita conyugal con otra interna, la cual había sido negada por la autoridad demandada. En el curso de la acción de tutela, la accionante informó que la relación sentimental ya había concluido.

Frente a este escenario, la Corte Constitucional concluyó que “*existe una carencia actual de objeto por sustracción de materia en la acción de tutela (...), en cuanto desapareció la causa de la supuesta vulneración alegada. Nótese que el fundamento de la pretensión en la referida demanda de tutela era la relación de pareja que existía (...), por lo que al desparecer dicha relación sentimental, no tiene sentido, de ser el caso, acceder a la pretensión de visita íntima entre las dos personas involucradas. Una orden semejante sería ineficaz e inocua. Así, en este escenario, no existe fundamento para que el juez de tutela se pronuncie acerca de la pretensión principal*

¹⁹⁶ T-188-10, T- 170-09, entre otras.

¹⁹⁷ Como obiter dicta se señala que puede ser condenado por costas: T-542-06, T-727-06.

relacionada con permitir la realización de la visita íntima (...), por cuanto dicha pretensión desapareció del mundo jurídico al terminarse la relación entre estas personas, por lo que se configuró lo que la jurisprudencia ha denominado una carencia actual de objeto".

Puntos relevantes:

1. La acción de tutela puede declararse improcedente cuando no existe un objeto sobre el cual pronunciarse, esto es, lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado "*carencia actual de objeto*". Esta situación se puede configurar ante la presencia de un daño consumado, un hecho superado o la carencia actual de objeto propiamente dicha.
2. Empero la configuración de estos supuestos, no implica *per se*, la ausencia de un pronunciamiento de fondo en aras de definir el alcance de los derechos fundamentales considerados como vulnerados.
3. El daño consumado se configura cuando "*no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela*
4. El hecho superado por su parte se presenta cuando la acción u omisión, que causó la amenaza o vulneración ha cesado y se satisfizo lo pedido, de allí que no sea necesario un pronunciamiento de fondo.

5. Desistimiento

El artículo 26 del Decreto 2591 de 1991 dispone que "*el recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente*" y agrega "*cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocesal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía*".

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha definido que la solicitud de desistimiento sólo procede si no se ha proferido sentencia de tutela y está de por medio pretensiones individuales del actor. En este sentido, si se trata de situaciones que afecta un número considerable de personas y puede estimarse como un asunto de interés general el desistimiento no es posible¹⁹⁸.

Acorde con lo anterior, el desistimiento de tutela es improcedente en la etapa de revisión, por cuanto: "*i) esta etapa no es una instancia adicional dentro del proceso de tutela, por tanto, el interés de las partes no es relevante ni para adelantarla, ni para dejar de hacerlo; ii) el objetivo más importante de esta etapa, es el análisis de fondo sobre la manera como se ha interpretado y aplicado por los jueces los preceptos contenidos en el ordenamiento superior y la doctrina fijada por la Corte Constitucional en asuntos similares; y iii) la revisión es una etapa que trasciende los intereses concretos de las partes, y por tanto lo que en ella se resuelva es un asunto de interés público que incumbe a toda la colectividad*"¹⁹⁹.

¹⁹⁸ A-314-06,A-163-11, T-507-11.

¹⁹⁹ T-129-08

Punto relevante:

La acción de tutela puede declararse improcedente ante el desistimiento de la parte demandante, siempre que no se haya proferido sentencia de tutela y esté en debate las pretensiones individuales del actor.

6. Temeridad

La actuación temeraria es regulada por el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 en los siguientes términos:

Artículo 38. Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.

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

La Corte Constitucional definió que la actuación temeraria debe ser controlada en aras de lograr la efectividad y agilidad en el funcionamiento del Estado, pues su ocurrencia implica una pérdida directamente proporcional en la capacidad judicial del Estado para atender los requerimientos del resto de la sociedad civil²⁰⁰. En este sentido, dada la finalidad de la acción de tutela, su ejercicio se debe asumir con transparencia y honestidad, y no estar sujeta al querer del demandante de accionarla cuando estime conveniente con ocasión a hacer efectivo sus derechos²⁰¹.

Conforme con lo anterior, la Corte Constitucional consideró que es razonable que por una actuación temeraria se establezca como sanción disciplinaria la suspensión de la tarjeta profesional del abogado y que no es contrario a la Carta Política el pago de las costas procesales a cargo del responsable de la violación o del peticionario que incurrió en temeridad, pues es una consecuencia lógica y equitativa en el marco de procesos judiciales²⁰².

Asimismo, el establecimiento de la temeridad como causal de improcedencia está en armonía con el principio de cosa juzgada constitucional, que implica concluir o culminar el litigio propuesto, al tener la providencia judicial el carácter de inmutable, vinculante y definitiva²⁰³.

Para que se configure una actuación temeraria es necesario determinar si existen dos acciones similares, esto es, si se presentan dos acciones con:

1. identidad de partes;

²⁰⁰ C-054-93.

²⁰¹ C- 155A-93.

²⁰² C-543-92.

²⁰³ C-774-01.

2. identidad de hechos;
3. identidad de pretensión y
4. ausencia de hechos o razones jurídicas que justifiquen la interposición de la nueva tutela o modifiquen de manera relevante el problema jurídico ya analizado por la jurisdicción constitucional²⁰⁴.

Contrario sensu, no se configura una actuación temeraria cuando no existe una identidad de las partes, ni de los hechos, ni de la pretensión; o cuando existe una razón que justifique la presentación de la nueva acción de tutela; o cuando se analiza una “*situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante*”²⁰⁵; o cuando la segunda acción de tutela es presentada por quien no tenía poder para actuar²⁰⁶ o cuando no hay identidad fáctica²⁰⁷.

Además, la valoración de si una actuación es temeraria se debe efectuar con fundamento en el principio de buena fe, por lo que sólo es reprochable un comportamiento doloso o de mala fe del peticionario²⁰⁸. El cual se estructura por ejemplo cuando:

- (i) *(...) el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones*²⁰⁹;
- (ii) *denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable*²¹⁰;
- (iii) *deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción*²¹¹; o finalmente
- (iv) *se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia*²¹².

Por su parte, no se estructura la mala fe cuando por ejemplo el ejercicio de la acción de tutela se funda: “*(i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho*²¹³; o *(iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho*”²¹⁴.

La consecuencia de presentar dos acciones de tutela semejantes es la declaratoria de la improcedencia de la demanda de tutela y solo se configura una actuación temeraria, cuando está presente el elemento de la mala fe, esto es, al evidenciarse una intención deshonesta y torticera²¹⁵, lo cual implica la declaratoria de temeridad y la condena en costas²¹⁶.

²⁰⁴ T-605-13, entre otras.

²⁰⁵ T-580-12.

²⁰⁶ T-181-12.

²⁰⁷ T-605-13

²⁰⁸ T-185-13.

²⁰⁹ T-149-95.

²¹⁰ T-308-95.

²¹¹ T-443-95.

²¹² T-001-97.

²¹³ T-721-03.

²¹⁴ T-185-13, T-580-12.

²¹⁵ T-661-13.

²¹⁶ T-266-11.

Cuando se advierta una condena por temeridad, el juez de tutela debe proceder²¹⁷ a escuchar en descargos a la persona que promueve la nueva acción de tutela y si con las razones y las pruebas aportadas se concluye que la presentación de la demanda de tutela fue contraria a la moralidad procesal, se debe proceder a imponer las sanciones²¹⁸.

Punto relevante:

Para que se configure una actuación temeraria es necesario determinar si existen dos acciones similares, esto es, si se presentan dos acciones con a) identidad de partes; b) identidad de hechos; c) identidad de pretensión; d) ausencia de hechos o razones jurídicas que justifiquen la interposición de la nueva tutela o modifiquen de manera relevante el problema jurídico ya analizado por la jurisdicción constitucional y e) si se actuó con mala fe.

7. Causales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Conforme con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede contra las autoridades públicas cuyas acciones u omisiones amenazan o vulneran derechos de rango fundamental. Entre las autoridades públicas se encuentran los jueces de la república y los árbitros a quienes se les atribuye provisionalmente las funciones de resolver determinados conflictos.

En este sentido, los jueces de la República o los árbitros en el ejercicio de funciones judiciales pueden producir decisiones que atentan contra los derechos fundamentales, supuesto en el cual es posible presentar en su contra una acción de tutela. Así, lo definió la sentencia C-543 de 1992, en la cual, la Corte Constitucional declaró inexcusables los artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 e indicó que la acción de tutela contra providencias judiciales es un mecanismo excepcional a utilizar cuando la providencia atacada configurara una “*actuación de hecho*”.

Posteriormente, en sentencia C-590 de 2005 se ratificó la facultad de interponer una acción de tutela contra providencias judiciales. En esta sentencia se definieron las reglas generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y se cambió la denominación de vías de hecho por causales genéricas de procedibilidad y causales específicas de procedibilidad. Cuando se alude a las causales genéricas de procedibilidad, se hace referencia a los requisitos para que proceda formalmente la tutela, cuyo incumplimiento genera la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela.

En este acápite es importante resaltar, que en un principio las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia y las distintas secciones del Consejo de Estado consideraban improcedente las acciones de tutela presentadas contra las decisiones judiciales adoptadas en su respectiva Corporación.

²¹⁷ T-184-05.

²¹⁸ La condena en costas ha sido decretada en sentencias T- 355-96, T-443-95, T-441-95, en las cuales, conforme el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, se ordenó al juez de instancia liquidar las costas conforme con el artículo 392 del CPC y en sentencia T- 433-06 se condenó al pago de costas por el uso temerario de la acción de tutela y en sentencia T- 322 de 1995 revocó una condena en costas proferida por un juez de instancia en tutela, al no estar probada la temeridad.

Sin embargo, dicha posición cambió. Así, en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 5 de agosto de 2014, radicado 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), el Consejo de Estado aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales emanadas por dicha Corporación, cuando las mismas resulten violatorias de derechos fundamentales.

Las razones que justificaron el cambio de precedente fueron las siguientes:

- a) La acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y en la medida en que el Consejo de Estado hace parte de una de las ramas del poder público, por tanto es una autoridad pública y con su actuación puede eventualmente vulnerar derechos fundamentales.
- b) La acción de tutela contra providencia judicial proferida por un máximo tribunal, como el Consejo de Estado, no vulnera el principio de cosa juzgada.
- c) La acción de tutela contra providencia judicial proferida por un máximo tribunal no vulnera los principios de autonomía y de independencia judicial
- d) La acción de tutela contra providencia judicial proferida por un máximo tribunal no vulnera el principio del juez natural.

En el mismo sentido, las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia²¹⁹ han admitido la procedencia de la acción de tutela contra providencias dictadas en sede de casación. Entre los argumentos señalados para justificar su procedencia está que sólo es susceptible de cuestionarse por vía tutela las determinaciones judiciales arbitrarias con directa repercusión en las garantías fundamentales de las partes o de terceros.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha determinado que para que proceda la demanda de tutela contra una providencia judicial se deben cumplir los siguientes requisitos:

(i) El asunto bajo estudio debe ser de relevancia constitucional, es decir, se requiere que la causa que da origen a la acción de tutela sea el desconocimiento de derechos de naturaleza fundamental. Quedan excluidas así las solicitudes meramente legales.

En este sentido, el juez de conocimiento no puede adentrarse en asuntos que no tengan esta preeminencia, so pena de involucrarse en las decisiones de otras jurisdicciones. Por consiguiente, el juez debe manifestar de forma expresa las razones por las cuales el asunto bajo estudio adquiere una relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales²²⁰.

(ii) Haber agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios, excepto cuando lo que se pretende es evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en

²¹⁹ STL 15407-2014 Radicado 56431 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; STL15306-2014 Radicado 11001-02-04-000-2014-02091-01 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, STL11828-2014 Radicado 75541 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras.

²²⁰ Cfr. entre otras, T-061-07; T-113-13; T-444-13.

la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

(iii) Cumplir con el requisito de *inmediatez*, lo que implica que la acción debe presentarse en un tiempo razonable luego del hecho que originó la violación. En cada caso concreto es el juez de conocimiento el que debe establecer la razonabilidad del término transcurrido²²¹.

El Tribunal Constitucional ha señalado unos parámetros a tener en cuenta al momento de establecer el principio de *inmediatez*: **(a)** la existencia de un motivo válido que justifique la inactividad del accionante; **(b)** la existencia de un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado y **(c)** si la referida inactividad violenta el núcleo esencial de los derechos afectados con la decisión²²².

En la sentencia del Consejo de Estado antes referenciada, se definió la regla general del plazo para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente y concluyó que la misma debe ejercerse en un término de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso. No obstante, aclaró que en cada caso concreto deberá evaluarse este requisito a fin de que no se desvirtúe la razón de ser de la acción de tutela.

(iv) En el evento de alegarse una irregularidad procesal, es importante demostrar que ésta tiene una incidencia decisiva en la sentencia que se ataca en tutela y que es de gran trascendencia para la garantía de los derechos fundamentales del accionante; y que la misma, de haber sido posible, fue alegada en el trámite ordinario.

(v) El demandante debe exponer los hechos que generaron la violación de los derechos, los posibles derechos vulnerados y debió haber alegado tal vulneración, siempre que hubiera sido posible, en el proceso judicial.

(vi) Que no se trate de tutela contra fallos de tutela.

Punto relevante:

Para que una acción de tutela sea procedente contra una sentencia judicial es necesario que se satisfagan los siguientes puntos:

- a) El asunto bajo estudio debe ser de relevancia constitucional.
- b) Haber agotado todos los medios de defensa judicial ordinarios o extraordinarios.
- c) Cumplir con el requisito de *inmediatez*.
- d) En el evento de alegarse una irregularidad procesal, es importante demostrar que ésta tiene una incidencia decisiva en la sentencia que se ataca en tutela y que es de gran trascendencia para la garantía de los derechos fundamentales del accionante.
- e) El demandante debe exponer los hechos que generaron la violación de los derechos.
- f) Que no se trate de tutela contra fallos de tutela

²²¹ SU.961-99.

²²² T-735-13.

8. Tutela contra tutela

El Tribunal Constitucional ha entendido que no es viable interponer una acción de tutela contra el fallo o providencia que decidió otra acción de la misma naturaleza e hizo tránsito a cosa juzgada. La sentencia de tutela hace tránsito a cosa juzgada cuando se excluye de su revisión por parte de la Corte Constitucional, por cuanto dicha Corporación funge como “órgano de cierre”, lo anterior en aras de proteger los principios de seguridad jurídica y certeza del derecho²²³.

En consecuencia, una vez las tutelas han sido seleccionadas, revisadas y emitido el pronunciamiento por la Corte, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y no pueden nuevamente ser controvertidas a través de otra acción constitucional. Lo anterior, por cuanto de permitirlo se desnaturalizaría la acción de tutela como procedimiento preferente y sumario, se desconocería el papel de la Corte Constitucional, y se harían nugatorios los derechos fundamentales de quienes se vieron beneficiados con el fallo de tutela.

La no procedencia de una acción de tutela contra una sentencia de tutela se justifica, por cuanto existen mecanismos como la impugnación de la sentencia, para advertir el inconformismo con la decisión tomada. Además, en un estado de derecho se hace necesario cerrar definitivamente el debate jurídico acerca de un problema en particular, permitir tutela contra tutela, implicaría prolongar indefinidamente el conflicto en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales y lo que se busca con la acción de tutela es una protección cierta, estable y oportuna a las personas cuyos derechos fundamentales fueron vulnerados o amenazados²²⁴.

No obstante, dicha regla no es absoluta, por cuanto de la misma forma que procede la acción de tutela contra una providencia judicial, puede proceder contra una sentencia de tutela que no fue seleccionada para revisión en casos excepcionales. Los supuestos en los que se ha considerado su procedencia se sustentan al advertir las falencias en el proceso de tutela o en la sentencia misma en casos de corrupción. Así, en sentencia T- 218 de 2012 la Corte Constitucional decidió dejar sin efecto una sentencia de tutela que había amparado unos derechos desconociendo la ley. En dicha oportunidad consideró que “*no existe fundamento para considerar que esta medida, que protege al erario y a la dignidad de justicia de un evidente fraude, sea excesiva frente a la cosa juzgada*”.

Puntos relevantes:

La acción de tutela es procedente:

1. Si está adecuadamente configurada la legitimación por activa y por pasiva, existió una acción o una omisión y con ella se afectó un derecho de carácter fundamental.
2. Si no existe un medida defensa judicial idóneo y eficaz para el amparo de los derechos fundamentales y se está ante la configuración de un perjuicio irremediable.
3. Si se satisface el requisito de inmediatez.
4. Si no existe una carencia actual de objeto.
5. Si no se configura una actuación temeraria

²²³ SU-1219-01 y T-353-12.

²²⁴ Su-1219-01.

6. Contra una providencia judicial, si se satisfacen los requisitos determinados en la jurisprudencia, atrás señalados.

Recomendaciones:

1. En la presentación de la demanda o en la contestación de la misma, de ser el caso, la entidad pública debe analizar detalladamente el cumplimiento de los requisitos de procedencia señalados en los cuadros anteriores y explicados en este capítulo, pues si éstos no se satisfacen, no es posible analizar el fondo de la acción de tutela y así se evita el azar de una condena judicial.
2. Cuando la entidad demandada es consciente de que su actuación generó una amenaza o afectación a un derecho fundamental, podría, por si misma realizar las actuaciones en aras de amparar el derecho afectado. Esto es, lo que se espera de la actuación de las entidades demandadas, es que advertida la falencia de la administración, se satisfaga el derecho y se configure un hecho superado. De este modo, se ahorra el gasto que genera la realización de un proceso judicial.
3. Siempre que exista un medio ordinario de defensa, se debe mencionar y demostrar, con cualquier medio de prueba, que el supuesto en el que se encuentra el accionante no configura algún perjuicio irremediable y que el medio de defensa judicial ordinario es idóneo y eficaz respecto del caso concreto del accionante.
4. Para efectos de determinar la idoneidad y eficacia de los medios ordinarios de defensa judicial, se sugiere: a) argumentar que con los cambios en el ordenamiento procesal colombiano, los procesos ordinarios son más céleres. Si es posible presentar datos estadísticos; b) señalar, si es pertinente, que el caso bajo estudio requiere de un debate probatorio riguroso que sólo lo ofrece el medio ordinario de defensa judicial; c) que en el proceso ordinario existen medios procesales que permiten un amparo provisional.
5. Cuando la demanda de tutela es presentada por un sujeto de especial protección constitucional, debido a su estado de debilidad manifiesta, ya sea que se trate de una persona desplazada, indígena, afrocolombiana, madre de cabeza de familia, es importante tener en consideración la situación especial en la que se encuentra y la configuración de un perjuicio irremediable.
6. Hacer uso de la acción de tutela contra providencia judicial, teniendo en cuenta que dentro de la misma concepción, es admisible la acción de tutela contra laudos arbitrales y contras sentencias proferidas por las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia y las respectivas secciones del Consejo de Estado.

B. Prosperidad de la acción de tutela

Una vez se supere el análisis acerca de la procedencia de la acción de tutela, se pasa a definir si ocurrió una amenaza o afectación a un derecho fundamental. Para ello es necesario determinar no solo si existe prueba de la conducta que se aduce como vulneradora, sino si la autoridad pública demandada o el Estado en términos generales tenían el deber de garantizar el derecho fundamental que se afirma vulnerado en el supuesto de hecho alegado. En otros términos, para definir la afectación a un derecho fundamental, es necesario determinar el contenido obligacional al que está sujeta la autoridad pública respecto de la garantía de un derecho fundamental en un determinado caso.

Así, por ejemplo se ha ver que frente al alegato de la afectación del derecho a la salud en razón a que la entidad prestadora del servicio no suministra los tratamientos que requiere un paciente, si bien puede estar probado el hecho de no suministrar los tratamientos, este supuesto *per se* no genera la afectación a un derecho fundamental.

Para establecer dicha afectación, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que ésta solo se configura si el tratamiento es indispensable para la vida del paciente. En este sentido, ha amparado el derecho a la salud en los casos en que a pesar de que no está garantizado en la ley, se requiere un medicamento para tratar una enfermedad, y no lo ha amparado cuando el tratamiento es estético o es de fertilidad en determinados casos, por cuanto en estos dos últimos supuestos su suministro no es esencial para la vida del paciente.

De este modo el contenido obligacional del derecho a la salud está dado por el deber de suministrar los tratamientos médicos cuando éstos son esenciales para conservar la vida de una persona.

Cada derecho tiene un contenido mínimo obligacional o un núcleo esencial que debe ser garantizado por el Estado. Respecto de la noción de núcleo esencial la Corte Constitucional ha dicho que es *“el mínimo de contenido que el legislador debe respetar, es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas”*, o en otros términos *“debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental”*²²⁵.

De este modo, para determinar la afectación a un derecho fundamental es necesario no sólo probar la conducta atentatoria del derecho, sino también que este hecho vulneró el contenido esencial del derecho fundamental, el cual se traduce a su vez en un desconocimiento por parte del Estado de sus obligaciones respecto de sus administrados.

1. Verificación de la afectación de un derecho fundamental

a. Prueba de la conducta presuntamente vulneradora de derechos

En el proceso de tutela, como se analizó en acápitres precedentes, el juez tiene la facultad de, en el marco de este trámite sumario, decretar pruebas de oficio, valerse de cualquier medio de prueba aceptado legalmente y solicitar informes en aras de establecer la amenaza o afectación a un derecho fundamental.

El mismo ordenamiento procesal constitucional (Decreto 2591 de 1991) establece que los informes que se alleguen al trámite de tutela se consideraran rendidos bajo juramento (artículo 19), y dispone que si el informe solicitado por segunda vez no fuere rendido dentro del plazo correspondiente se tendrán como ciertos los hechos de la demanda (artículo 20), esto es, se *presume su veracidad*. En todo caso, la decisión del juez de tutela se puede fundar en cualquier

²²⁵ C-511-13, C-756-08, C-994-04.

medio probatorio (artículo 21), incluso no está obligado a decretar pruebas (artículo 18)²²⁶ y tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas (artículo 22).

La *presunción de veracidad* determinada en el Decreto 2591 de 1991, parte de la base de la buena fe del solicitante de tutela, prevista en términos generales en el artículo 83 de la Constitución Política. En consecuencia, ante la negligencia u omisión de la autoridad pública en dar respuesta al informe solicitado por un juez de tutela, en aras de la *immediatez* que requiere la protección de los derechos fundamentales, se genera la presunción de que los hechos expuestos por el accionante sean considerados como ciertos²²⁷.

Empero, lo anterior no genera la obligación ineludible para el juez de tutela de considerar ciertos los hechos del informe requerido ni le impide solicitar otras pruebas que considere necesarias para fallar el caso²²⁸. Por lo tanto, el juez debe realizar una apreciación basada en la sana crítica para determinar si aplica la presunción de veracidad o si solicita o valora otro tipo de pruebas dentro del proceso²²⁹.

Al igual que en el trámite de tutela, los medios de pruebas allí utilizados están sujetos a la informalidad, la cual no riñe con el derecho al debido proceso. Entre los medios de prueba usados en el proceso de tutela, es muy común encontrar:

- (i)** La prueba telefónica, esto es, la solicitud y el suministro de información vía telefónica la cual es considerada válida conforme con los principios de buena fe y la eficacia en la protección de los derechos fundamentales²³⁰.
- (ii)** Las presunciones. Entre las creadas jurisprudencialmente están en el marco del desplazamiento, la presunción de vulnerabilidad de las mujeres cabeza de familia y de las personas en estado de discapacidad. Asimismo, se ha establecido la presunción de pobreza de las personas que se encuentran en el nivel 1 y 2 del sisben y la presunción de vulnerabilidad de las personas de la tercera edad, de las madres cabeza de familia, de las personas que pertenecen a grupos afrodescendientes e indígenas, entre otras presunciones.
- (iii)** Información proveniente de las bases de datos de autoridades administrativas o de particulares que administran información.

Los principios que guían la valoración probatoria son la sana crítica, la libertad probatoria, la buena fe y la carga dinámica. Esta última implica que las partes que actúan en el proceso prueban aquellos hechos que le sea posible demostrar, o en otros términos, que quien debe probar es aquella parte que cuenta con la información que se requiere²³¹.

²²⁶ Artículo 18. Restablecimiento inmediato. El juez que conozca de la solicitud podrá tutelar el derecho, prescindiendo de cualquier consideración formal y sin ninguna averiguación previa, siempre y cuando el fallo se funde en un medio de prueba del cual se pueda deducir una grave e inminente violación o amenaza del derecho.

²²⁷ De manera específica en la tutela T- 210 de 2011 se señaló “*Cuando el juez de tutela solicita a la entidad demandada rendir informe sobre los hechos de la controversia y ésta no lo hace, debe soportar la responsabilidad que eso implica. En efecto, cuando esto sucede, se tienen por ciertos los hechos de la demanda y el juez puede resolver de plano el asunto, salvo que considere necesario decretar pruebas para llegar a una convicción seria sobre los hechos presentados por el peticionario*”.

²²⁸ SU. 540-07

²²⁹ T-220-94

²³⁰ T-726-07, T-745-04, T- 1054-02, T-691-00, entre otras.

²³¹ T-464A-06, T-423-11, T-628-12.

Todo lo anterior busca que el juez se convenza y profiera su decisión con base en argumentos y no basado en suposiciones, intenciones o pálpitos²³². Las pruebas deben ser conducentes, esto es, idóneas para demostrar los hechos que resultan relevantes para poder adoptar una decisión de fondo.

Pese a la labor probatoria, si por falta de pruebas no se logra determinar la afectación de un derecho fundamental, la acción de tutela debe ser declarada improcedente²³³. La tutela sólo se niega en el evento en que se pruebe que no existe una afectación a un derecho fundamental.

Así en sentencia de T-1090-08²³⁴, se declaró la improcedencia de la acción de tutela, al considerar que *si bien la accionante declara su condición de beneficiaria del sistema de seguridad social en pensiones, no aporta prueba de dicha afirmación, ni ningún tipo de documento que demuestre su relación con el Instituto de Seguros Sociales, el cual indicó que al verificar los archivos y bases de datos existentes, no encontró petición radicada por (...). Así, la acción de tutela no tiene antecedente o trámite previo realizado ante el Seguro Social, y se desconoce el trámite que se surtió ante la entidad. De lo anterior, se despende que no se tiene certeza de la condición de la accionante de beneficiaria de pensión de sobrevivientes, ni tampoco de su condición de estudiante del Politécnico Social del Municipio de Ibagué en el programa de administración técnica judicial, ya que en el expediente no aparece prueba ni certificación al respecto.*

2. Contenido obligacional-determinación del daño antijurídico

Ahora bien, para que un hecho constituya una afectación a un derecho fundamental, es importante determinar si con este hecho la entidad accionada incumplió la obligación de salvaguardar el contenido esencial de un derecho fundamental.

Así, se ha de ver que todo derecho, tiene como correlativo un deber, lo cual implica la existencia de un obligado y de una prestación que se debe satisfacer. Estos son los elementos que se deben identificar en el proceso de tutela. En términos generales el Estado es el garante de la satisfacción de los derechos fundamentales, de allí que precisamente existan diversas disposiciones previstas en la Constitución, leyes, decretos o en diversos actos administrativos que contienen políticas públicas en aras de satisfacer estas necesidades. Con base en estos actos, es posible determinar el contenido de la obligación constitucional y legal y el sujeto obligado.

De este modo, una vez verificada la existencia de un derecho fundamental, el alcance del mismo, si este fue vulnerado o no y el alcance de la obligación de la entidad encargada de satisfacerlo, se procede a proferir la sentencia para adoptar la decisión.

3. Requisitos para que prospere la tutela contra una providencia judicial

Cuando se trata de una demanda de tutela contra una providencia judicial, la jurisprudencia constitucional ha determinado que existen unas causales específicas de procedibilidad, cuya observancia da cuenta que se ha vulnerado el derecho al debido proceso, como una garantía del

²³² T-464A-06.

²³³ T-093-10.

²³⁴ Reitera T-1270-01.

orden constitucional. Las causales que jurisprudencialmente se han identificado como aptas para que prospere una acción de tutela contra providencias judiciales son las siguientes:

a. Defecto orgánico

Este defecto se presenta cuando el funcionario judicial que dictó la providencia carece de competencia para ello²³⁵. Por tal razón, el accionante de la tutela debe precisar y probar que:

(i) El juez que dictó la sentencia no tenía competencia para dictarla. Ejemplo de ello se evidencia en el caso de un ciudadano que solicitó la nulidad de una sanción disciplinaria y quien conoció de dicha pretensión fue la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuando el competente era el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca²³⁶.

Igualmente, la Corte Constitucional consideró probado este defecto al considerar que un Juzgado Civil del Circuito carecía de total competencia para aprobar una transacción efectuada entre un Municipio y un particular, toda vez que dicha competencia está reservada a la Jurisdicción Contencioso Administrativa²³⁷.

(ii) El juez que dictó la sentencia se asignó una competencia que no le correspondía. Así, en sentencia T-003 de 2002 la Corte Constitucional revisó una tutela interpuesta contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que aplicó la figura de la revocatoria directa estando en trámite un recurso de apelación interpuesto por los acciones. Frente al caso consideró que “*la entidad accionada incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico y procedimental, toda vez que excedió el ámbito de su competencia funcional resolviendo sobre cuestiones que no fueron sometidas a su conocimiento por quienes actuaron como apelantes únicas, e igualmente, absteniéndose de resolver el recurso debidamente interpuesto*”.

(iii) El juez que dictó la sentencia adelantó una actuación o produjo una decisión fuera de los términos establecidos jurídicamente. Ejemplo: Terminado un proceso laboral, el juez emitió un auto con incidencias en el proceso, pasados dos años²³⁸.

b. Defecto procedimental

Se presenta este defecto cuando el juez que dictó la sentencia se alejó del procedimiento que correspondía, esto es, cuando se aparta de manera arbitraria de las “*formas propias del juicio*” en el cual se dictó la sentencia²³⁹. Este defecto tiene sustento constitucional en los artículos 29 y 228 de la Constitución. El error procedimental que se evidencia debe tener una repercusión trascendental en la decisión que se tomó y no puede ser atribuido al accionante en tutela²⁴⁰.

²³⁵ T-1057-02.

²³⁶ T-956-00.

²³⁷ T-1293-05.

²³⁸ T-929-08, T-511-11, T-267-13.

²³⁹ T-1226-08

²⁴⁰ T-446-07, T-225-06, T-508-11, T-017-07, T-743-08, T-757-09, T-778-09, T-386-10, T-389-06, T-360-11, T-160-13, SU 424-12, T-942-11, T-444-13, T-331-08, T-591-11, SU -399-12.

A manera de ejemplo un defecto procedural se configura cuando:

- (i)** El funcionario realiza un trámite absolutamente diferente a aquel que le correspondía²⁴¹. Ejemplo: El juez civil de conocimiento tenía que tramitar un proceso ejecutivo y el trámite que realiza es el de un proceso declarativo.
- (ii)** Cuando el juez obvia o pretermite etapas procesales esenciales dentro del proceso donde se dictó la sentencia cuestionada²⁴². Ejemplo: El juez laboral no corre traslado de la demanda al demandado.
- (iii)** Cuando no se notifica una providencia esencial en el proceso²⁴³. Ejemplo: El juez penal no notifica el fallo de primera instancia que condena.
- (iv)** Cuando se exige un exceso ritual manifiesto y sustantivo²⁴⁴. Ejemplo: Se exige la autenticación y apostilla de un documento que no lo requiere.
- (v)** Cuando se presenta violación del derecho de defensa técnica²⁴⁵. Ejemplo: Imposibilidad de solicitar pruebas, de controvertirlas, de ser escuchado en el proceso, etc.

Para que se configure este defecto es necesario que frente a las irregularidades procesales alegadas se cumplan las siguientes características²⁴⁶:

- (i)** Que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela.
- (ii)** Que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulnerador de los derechos fundamentales.
- (iii)** Que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello haya resultado imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico.
- (iv)** Que como consecuencia de lo anterior, se presente una vulneración a los derechos fundamentales.

c. Defecto fáctico

Se presenta este defecto cuando el juez que dictó la sentencia, no contó con un sustento probatorio que fundamentara las consecuencias jurídicas que establecían las normas aplicables²⁴⁷. La Corte Constitucional ha identificado dos tipos de dimensiones en el presente defecto:

²⁴¹T-331-08, SU-159-02, T-389-06, T-638-11, T-579-10, SU-399-12, T-376-99.

²⁴²T-017-07, T-331-08, SU-159-02, SU-424-12, T-301-10, T-309-13, T-386-10, T-038-06, T-840-06, T-388-06, T-996-03.

²⁴³T-101-10, T-835-07, T-617-07, T-029-13, T-1062-02, T-937-01, T-1180-01, T-1209-05.

²⁴⁴T-268-10, T-599-09, T-352-12, T-363-13, T-893-11, T-950-11, T-213-12, T-781-11, T-358-12, T-327-11, T-531-10, T-429-11, T-267-11.

²⁴⁵T-309-13, T-412-12, T-450-11, T-831-08, T-579-06.

²⁴⁶SU-447-11, T-214-12.

²⁴⁷T-737-07, SU-157-02, T-171-06, T-086-07, T-828-07, T-077-09, T-1103-04, T-446-07, T-014-11, T-156-09, T-352-12, T-346-12, T-060-12, T-033-10, T-680-07, T-249-09, T-828-07, T-171-06, T-733-11.

(i) Una negativa, la cual se configura cuando el juez niega la práctica de una prueba esencial, valora una prueba de manera arbitraria, irracional o caprichosa o no valora una prueba fundamental²⁴⁸.

(ii) Una positiva, la cual se configura cuando el juez valora pruebas determinantes que no debieron serlo por estar mal recaudas o ir en contra de la Constitución²⁴⁹.

Dentro de las situaciones que pueden configurar un defecto fáctico están:

(i) La omisión en el decreto y práctica de pruebas²⁵⁰. Ejemplo: en un proceso penal por homicidio, no se decretó el testimonio de un señor que afirma que el supuesto homicida estaba con él en un lugar diferente al de los hechos.

(ii) La falta de valoración de pruebas²⁵¹. Ejemplo: no se tiene en cuenta un documento donde consta el pago en un proceso ejecutivo.

(iii) La indebida valoración y desconocimiento de las reglas de la sana crítica, siempre que no desconozca la autonomía judicial. En otros términos, que la interpretación de las pruebas sea arbitraria²⁵². Ejemplo: en un proceso laboral, varios documentos y testimonios señalan que el demandante trabajó en una determinada empresa. No obstante, el juez afirma que ello no fue así.

(iv) La inexistencia de pruebas en las que se sustente la providencia²⁵³. Ejemplo: se dicta una providencia sin ningún sustento probatorio, esto es, se afirma que una persona tiene la propiedad de un inmueble sin existir prueba de ello en el expediente de tutela.

(v) La valoración de una prueba ilícita²⁵⁴ . Ejemplo: el Juez toma como ciertas las declaraciones obtenidas bajo tortura.

d. Defecto sustantivo

El defecto sustantivo se presenta cuando la providencia se basa en normas inexistentes o inconstitucionales, o en normas que no debían aplicarse al caso concreto o mediante una interpretación indebida de las mismas²⁵⁵.

Este defecto se puede evidenciar en los siguientes casos cuando:

(i) La norma aplicada no era la pertinente²⁵⁶. Ejemplo: un juez de familia, en un proceso de divorcio, aplica una norma referente a una sucesión.

²⁴⁸ T-239-96, T-442-94, T-352-12, T-653-10.

²⁴⁹ T-458-07, T-358-07.

²⁵⁰ T-458-07, T-599-09, T-779-07, T-654-09, T-164-13, T-346-12, T-950-11, T-902-05, T-1100-08.

²⁵¹ T-458-07, T-808-06, T-444-13, T-114-10, T-769-08, T-107-09, T-537-09, T-363-13, T-280 A-12, T-35-12, T-296-08, T-039-05, T-199-05, T-923-04, T-1216-08, T-932-03, T-949-03, T-996-03, T-902-05.

²⁵² T- 458-07, T-055-97, T-1082-07, T-317-13, T-033-10, T-505-10, T-352-12, T-590-09, T-162-09, T-235-04, T-1100-08, T-902-05.

²⁵³ T-874-09, T-171-09.

²⁵⁴ T-590-09, T-363-13, T-352-12, T-950-11, T-579-06, SU-152-02.

²⁵⁵ T-1029-10, T-762-11, T-449-06, T-686-07, T-634 A-10, T-156-09, T-743-08, T-346-12, T-358-12, T-829-08, T-125-12, T-680-07, T-391-07, SU-447-11, T-794-07, T-118 A-13, T-205-13, T-285-13, T-444-13, T-219-13, T-466-12, T-363-11, T-135-12, T-551-10, SU-399-12, T-927-10, T-1096-12, T-451-12, T-268-10, T-145-13, T-282 A-12, T-172-12, SU-540-07.

²⁵⁶ T-189-05, T-255-13, SU-131-13, T-042-12, T-243-08, T-889-03, T-1182-03, T-295-05.

- (ii)** La norma aplicada estaba derogada²⁵⁷.
- (iii)** La norma aplicada no existe²⁵⁸.
- (iv)** La norma aplicada ha sido declarada inconstitucional²⁵⁹.
- (v)** La norma aplicada no se adecúa a la situación fáctica²⁶⁰. Ejemplo: un juez penal aplica una norma de beneficios por confesión sin que ésta haya existido.
- (vi)** La norma aplicada no ha sido interpretada dentro del margen razonable. Es decir, las razones expuestas por el juez en la interpretación de la norma aplicada se alejan del entendimiento que de ella se puede tener²⁶¹.
- (vii)** La interpretación de la norma aplicada es contraria a la ley o contraevidente o claramente perjudicial a los intereses de las partes²⁶². Ejemplo: un Juez interpreta una norma jurídica bajo el entendido que no existe el derecho a la participación ciudadana en política.
- (viii)** Cuando no se tiene en cuenta la interpretación que de la norma aplicada ha hecho la Corte Constitucional con efectos *erga omnes*²⁶³. Ejemplo: un juez penal condena a una mujer por haber abortado a pesar de estar justificada su conducta en una de las causales de excepción de penalidad. El juez desconoce la interpretación que de la norma ha hecho la Corte Constitucional.
- (ix)** La norma aplicada es regresiva o contraria a la Constitución²⁶⁴. Ejemplo: un juez aplica una norma que establece que la salud no es un derecho fundamental.
- (x)** Cuando la interpretación de la norma aplicada no se hace de manera sistemática con otras que debieron ser valoradas²⁶⁵.
- (xi)** Cuando se desconocen las normas que sí eran aplicables al caso²⁶⁶. Ejemplo: se desconoce la norma sobre los efectos del divorcio en un proceso de este tipo.

e. Defecto por error inducido

Este defecto se presenta cuando el juez que dictó la providencia fue víctima de un engaño por parte de un tercero, el cual se ve reflejado en la sentencia y por ende afecta los derechos

²⁵⁷ T-205-04, T-1022-10, T-284-06.

²⁵⁸ T-800-06, T-489-08, T-709-09, T-910-08, T-299-05.

²⁵⁹ T-522-01, T-1320-05.

²⁶⁰ SU-159-02, T-066-09, T-1057-07, SU-913-09, T-343-10, T-589-05, T-717-11, T-589-03, T-610-09, T-563-07, T-637-06, T-772-02.

²⁶¹ T-1101-05, T-272-05, T-389-06, T-086-07, T-773-11, T-551-10, T-259-12, T-1095-12, SU 400-12, T-1045-08, T-937-10, T-184-04, T-212-04.

²⁶² T-462-03, T-283-13, T-844-05, T-950 A-09, T-286-07, T-769-08, T-092-08, T-213-10, T-213-10, T-282 A-12, T-002-12, SU-400-12, T-319 A-12, T-219-13, T-790-10, T-966-06, T-393-08, T-136-12, SU-400-12, T-444-07, T-633-06, T-937-06, A-138-06, T-230-07, T-1024-04, T-578-06, T-1143-03, T-114-02.

²⁶³ T-814-99, T-148-10, T-014-08, T-272-05, T-1092-07, T-464-11, T-086-07, T-161-10.

²⁶⁴ T-018-08, T-086-07, SU-1184-01, T-778-05, SU-813-07, T-018-08, T-391-07, SU-132-13, T-084-10, T-178-12, T-1143-03.

²⁶⁵ T-807-04, T-300-10, T-096-10, T-579-10, T-112-12, T-002-12.

²⁶⁶ T-1216-05, T-243-08, T-1057-07, T-694-10, T-794-07, T-686-07, T-713-07, T-638-11, T-743-08, T-717-11, T-485-06, T-657-06, T-097-09, T-797-06, T-1026-06, T-147-07.

fundamentales del accionante²⁶⁷, por ejemplo cuando un juez dicta una sentencia con base en un documento aportado por un tercero, que tiempo después se demuestra que era falso.

f. Defecto por decisión sin motivación

Este defecto se presenta cuando la sentencia no cuenta con los fundamentos fácticos o jurídicos que le otorgan legitimidad. En algunos casos basta con una breve motivación, en otros eventos es necesario pronunciarse sobre todos los supuestos fácticos y jurídicos debido a la complejidad del asunto²⁶⁸.

g. Defecto por desconocimiento del precedente

Conforme lo ha establecido la Corte Constitucional, cuando se hace referencia al precedente, se alude a que “*un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación*”²⁶⁹.

Así, el desconocimiento del precedente se configura cuando no se aplica una misma consecuencia jurídica ante un supuesto de hecho similar. Este defecto se presenta cuando decisiones dadas por la Corte Constitucional -las cuales determinan el alcance de normas o de derechos fundamentales- son desconocidas en una providencia judicial. La prosperidad de este defecto pretende garantizar el “*contenido normativo*” de la Constitución y por ende la obligatoriedad de sus preceptos y de las interpretación que de ellos realice el Tribunal Constitucional²⁷⁰.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional puede ser desconocida porque: i) se contraríe la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad o (ii) se contraríe el alcance de derechos fundamentales dados por la Corte Constitucional en las sentencia de tutela.

Asimismo, este defecto se configura por desconocimiento del precedente establecido en cualquier jurisdicción, ya sea el definido por el órgano superior de la jurisdicción, esto es, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia o el Consejo Superior de la Judicatura, a lo que se le ha llamado *desconocimiento del precedente vertical*²⁷¹, o el determinado por el propio juez que adopta la decisión o uno de similar jerarquía, a lo que se le ha denominado violación del *precedente horizontal*²⁷².

²⁶⁷ SU-014-01, T- 1192-03, C-590-05, T-702-05, T-492-03, T-753-11, T-844-11, T-129-10, T-177-12, T-897A-06.

²⁶⁸ T-749-03, C-590-05, T-709-10, T-302-08.

²⁶⁹ T-158-06.

²⁷⁰ T-693-09, T-086-07.

²⁷¹ T-285-13, T-714-13, T-766-08.

²⁷² SU-074-14, T-589-07, T-571-07, T-599-09, T-049-07.

Sólo se considera que una autoridad judicial no ha desconocido el precedente cuando en el marco de su autonomía, hace referencia expresa a la existencia de una decisión anterior y expone las razones que justifiquen debidamente la decisión de apartarse de la misma²⁷³.

h. Defecto por violación directa de la Constitución

Este defecto se presenta cuando la providencia desconoce la Constitución por cuanto:

- (i)** Se deja de aplicar una norma constitucional a un caso concreto: (a) Cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) Cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata (Art. 93 C.P); y (c) Cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme a la Constitución.
- (ii)** Se aplica una norma distanciándose de lo que establece la Constitución. En consecuencia, en el evento que la providencia evidencie una contradicción entre una norma de inferior jerarquía y la Constitución, tiene que darle prevalencia a lo establecido en la norma superior a través de la excepción de inconstitucionalidad. (Art. 4 C.P).

C. Sentencia

Verificada la existencia de un derecho fundamental, el alcance del mismo, si éste fue vulnerado o no y el alcance de la obligación de la entidad encargada de satisfacerlo, se procede a decidir el litigio puesto a consideración del juez constitucional, esto es, se dicta sentencia. El juez de primera instancia cuenta con diez (10) días hábiles para proferir la sentencia²⁷⁴, el de segunda instancia con veinte (20) días y si es seleccionado para revisión, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional tiene tres (3) meses para proferir el fallo correspondiente.

1. Contenido de la sentencia

Conforme con el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de tutela debe identificar al solicitante, a los sujetos o sujeto de quien provenga la amenaza o la vulneración, la determinación del derecho tutelado, la orden y la *"definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela"*. Ahora, si la amenaza o violación se deriva de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto. En ningún caso, la sentencia de tutela será inhibitoria.

2. Ordenes

²⁷³ T-698-04.

²⁷⁴ En sentencia T-633 de 2013 la Corte Constitucional compulsó copias del expediente de tutela al Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico, para que inicie las investigaciones pertinentes, por cuanto una sentencia radica el 08 de agosto de 2012 fue decidida hasta el 29 de agosto del mismo año, es decir, por fuera de los 10 días hábiles de que trata el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991.

Las órdenes en el marco de un proceso de tutela se dan si se ampara, se niega o se declara improcedente la solicitud de amparo. El juez de tutela puede fallar *ultra y extra petita* y lo decidido en la acción de tutela es independiente de otras acciones de responsabilidad que se pueden generar²⁷⁵.

Cuando se tutelan los derechos la orden debe ser clara, por cuanto es determinante para procesos que dependen de ella como el incidente de desacato o la solicitud de cumplimiento. Si bien, el Decreto 2591 de 1991 establece que la orden se debe cumplir en 48 horas, en la práctica y dependiendo de la complejidad del tema, el tiempo para efectuar la orden en algunos casos ha sido mayor.

El artículo 23 del Decreto 2591 de 1991 establece que el fallo que concede la tutela “*tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible*”. Si la vulneración consiste en una omisión “*el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio*” y si consiste en una acción “*ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción*”. De manera especial, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

En el campo de la acción de tutela, la sentencia puede dar la orden de dar, hacer, no hacer, exhortar, cominar, desarrollar, dejar sin efecto, declarar la nulidad, entre otras. En diversas providencias y en aras de hacer vinculante el precedente, la Corte Constitucional en algunos asuntos reiterados ha ordenado al juez de tutela que expida nuevamente una sentencia donde se acate la jurisprudencia de la Corporación.

Por otra parte, el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 dispone que el juez en el evento en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción indiscutiblemente arbitraria, está facultado para “*ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo de los derechos*”. La liquidación del daño y demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante un trámite incidental. *La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considerara que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido*.

En sentencia C-543 de 1992 se indicó que esta norma dispone la consecuencia natural del derecho, que ante la comprobación del daño que se deriva de acción jurídica o antijurídica surge la consecuencia de resarcimiento a cargo de quien lo ocasionó, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política. En otros términos, se repara el daño emergente de ser el caso: a) para hacer efectivo el derecho, b) cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial y c) la violación es manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria. El juez de tutela sólo ordena la condena en abstracto y su liquidación corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²⁷⁵ Artículo 28 del Decreto 2591 de 1991: Alcances del fallo. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad. La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.

Puntos relevantes:

1. La acción de tutela tiene vocación de prosperar cuando existe prueba de la conducta que se alega como vulneradora del derecho y se concluye que se afectó el núcleo esencial de un derecho de rango fundamental.
2. La presunción de veracidad se configura cuando el juez requiere una información respecto del caso y la misma no fue resuelta por la parte accionante. Si bien este hecho faculta al juez a considerar como ciertas las afirmaciones de la demanda, no constituye para éste una obligación, por cuanto el juez para considerar probados los hechos se debe regir por la sana crítica que implica la valoración conjunta de los medios probatorios que lo lleven al convencimiento de la ocurrencia de un hecho.
3. Es posible allegar cualquier medio de prueba de los aceptados en el proceso de tutela.
4. El núcleo esencial de un derecho y el contenido obligacional de la autoridad Estatal se deriva de la Constitución, la ley y los diversos actos que desarrollan los procesos para satisfacer derechos fundamentales.
5. Para que prospere una acción de tutela contra providencia judicial se debe configurar alguno de los siguientes defectos: orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, por error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, entre otros.
6. La sentencia de tutela debe identificar al solicitante, a los sujetos o sujeto de quien provenga la amenaza o la vulneración, la determinación del derecho tutelado, la orden y la *"definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela"*.

Recomendaciones acerca de la prosperidad:

1. Superado el análisis de cumplimiento de los requisitos de procedencia se pasa a analizar el tema relacionado con la prosperidad del amparo.
2. La entidad pública debe allegar o rebatir las pruebas que pretenden ofrecer certeza de la realización de la conducta que se señala como vulneradora de derechos fundamentales.
3. Es importante determinar el núcleo esencial de un derecho fundamental y el contenido obligacional que ata a la autoridad pública encargada de satisfacerlo.
4. El alcance de un derecho fundamental se debe definir mediante un ejercicio hermenéutico.
5. El contenido obligacional de la entidad se puede definir con base en las leyes que regulan el actuar de la autoridad respecto del derecho que se señala como vulnerado.
6. Como la orden en tutela no está determinada, se sugiere, en las intervenciones, indicar expresamente las obligaciones de la entidad, para que así mismo se delimiten las órdenes en busca de satisfacer un derecho fundamental.
7. Si la entidad que contesta la demanda no es la responsable, de ser posible debería indicar la autoridad estatal que asimismo tenga el deber de garantizar determinado derecho fundamental.
8. De ser el caso, es importante señalar que para satisfacer un derecho existen diversas instituciones, y que cada una tiene un marco obligacional diferente o que exige una coordinación entre éstas.

9. Es importante que se conteste a los requerimientos de los jueces de tutela, en especial el que se efectúe por segunda vez, con el fin de evitar la configuración de la presunción de veracidad de los hechos señalados en la demanda.
10. Se puede impugnar cuando el juez no aplica de manera correcta la presunción de veracidad, la cual aplica cuando el juez específicamente ha requerido algo, no cuando no se ha hecho contestación de la acción de tutela, pues en este escenario la parte está sujeta a probar lo que alega, así sea de manera mínima.
11. En algunos casos, si bien existe la obligación, el contenido de la prestación no es claro, de allí que se pueda inducir las respuestas, pues las acciones para satisfacer un derecho fundamental son amplias. La estrategia es limitar ese marco de actuación de acuerdo con las funciones de la entidad e intentar dirigir el arbitrio del juez de tutela.
12. Cuando se trata de una situación compleja, la defensa podría enfocarse a que se están realizando las acciones para superar la vulneración o amenaza.
13. Algunos casos pueden evidenciar la configuración de un problema estructural. Muchas personas se pueden encontrar en un similar supuesto de hecho al alegado en una acción de tutela y la decisión que se adopte en dicho proceso marca la pauta para un precedente, de allí que sea importante realizar una adecuada defensa en aras de prever posibles conflictos semejantes.
14. La tutela no impide los procesos de responsabilidad. De ser apropiado, se recomienda motivar un pronunciamiento del juez constitucional para que se inicie de oficio investigaciones disciplinarias o el inicio de una acción de repetición.

V. ETAPAS PROCESALES POSTERIORES AL FALLO

A. Notificación del fallo

El fallo de tutela debe notificarse por (i) telegrama o (ii) por otro medio que asegure su cumplimiento, a más tardar al día siguiente de haber sido proferido (artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991).

La Corte Constitucional ha señalado que no basta con la introducción al correo del telegrama que contiene la información sobre la decisión tomada por el despacho judicial para efectos de entender surtida la notificación; sino que es indispensable que la parte o el interesado legalmente en el resultado del proceso conozca la decisión adoptada para lo cual se deben usar, de ser el caso, todos los mecanismos de comunicación²⁷⁶.

Así, a manera de ejemplo en auto A-130 de 2004 la Corte Constitucional analizó un caso en el que el juez de instancia notificó la sentencia en las direcciones señaladas en la demanda de tutela y no usó los números de teléfonos ahí dispuestos. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional consideró que *“el funcionario judicial debió haber agotado todas las posibilidades para poner en conocimiento al accionante del fallo proferido. Pudo, además de haber oficiado a la otra dirección que aparecía en el formato de autoliquidación, haber llamado al número telefónico que se encuentra consignado en el escrito de tutela o haber acudido a otro medio expedito para enterarlo de la decisión, es decir, haber hecho uso del mecanismo de la notificación personal, el telegrama, el edicto, el estado, el bando, etc.”*.

B. Impugnación

Notificada la sentencia de tutela, las partes del proceso tienen tres días para presentar el recurso de impugnación²⁷⁷. De este modo, es a partir de la recepción del telegrama o desde el momento en que se conoció de la decisión de instancia, que empieza a correr los tres días para la impugnación, para tal efecto debe existir certeza sobre la fecha de recepción, es decir, debe estar probado el acto de notificación.

La presentación del recurso de impugnación no impide el cumplimiento inmediato de lo ordenado en la acción de tutela. La impugnación podrá ser presentada por el defensor del pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente.

Presentado el recurso de impugnación, el juez tiene dos días para enviar el expediente al superior jerárquico y *“el juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo*

²⁷⁶ En 1997, por medio de Auto 049, la Corte analizó el caso de un ciudadano que no pudo impugnar la decisión del juez de primera instancia, toda vez que, el *a quo* consideró que había sido presentada de manera extemporánea. Dicho órgano judicial para contabilizar los 3 días que concede la ley para presentar impugnación, realizó el conteo a partir del momento en que fue enviado el telegrama, pero no desde que efectivamente el actor tuvo conocimiento del mismo.

²⁷⁷ Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión”²⁷⁸.

Si la sentencia de primera instancia no es impugnada se debe remitir a la Corte Constitucional para su revisión. De igual manera, una vez se profiera el fallo de segunda instancia, el expediente debe ser remitido a la mencionada Corporación.

C. Trámite de revisión

1. Proceso de selección

El trámite de revisión inicia con la remisión de los expedientes de tutela a la Corte Constitucional. Todos los expedientes de tutela que hayan concluido con sentencia de primera o de segunda instancia deben ser remitidos a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En la Corte Constitucional se surte un proceso en el cual se escogen los expedientes de tutela que van a ser objeto de revisión. De todos los expedientes que llegan a la Corte Constitucional, sólo algunos son escogidos para iniciar el trámite de revisión, la cual a su vez, tiene la característica de ser eventual y discrecional. Con el trámite de revisión, se pretende cumplir con la obligación de la Corte Constitucional de orientar y consolidar la jurisprudencia y hacer una labor de pedagogía constitucional²⁷⁹.

El proceso de selección de un expediente de tutela para su revisión es realizado por dos Magistrados de la Corte Constitucional, quienes son escogidos al azar por un mes para conformar la “Sala de Selección”²⁸⁰. En la Sala de Selección se analizan las reseñas esquemáticas de los expedientes que llegan a la Corte Constitucional, las peticiones de los ciudadanos en donde solicitan la revisión de su caso y las insistencias de selección presentadas por las autoridades competentes.

El efecto jurídico de la no selección es concretamente el de la firmeza del fallo correspondiente, bien que haya sido de primera instancia, no impugnado o de segundo grado²⁸¹, esto es, el fallo no seleccionado hace tránsito a cosa juzgada constitucional²⁸². Seleccionado el expediente para

²⁷⁸ Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

²⁷⁹ C-018-93.

²⁸⁰ El artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 establece que: La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

Por su parte, el artículo 49 del Acuerdo 05 de 1992 *Reglamento interno de la Corte Constitucional*, dispone que: Cada mes la Sala Plena de la Corte Constitucional designará a dos de sus integrantes para conformar la Sala de Selección de Tutelas, en forma rotativa y por sorteo. Para agotar la lista, se partirá del magistrado que no haya sido sorteado.

La secretaría general informará de inmediato a los Magistrados que integran la sala de selección, sobre la acciones de tutela que deban someterse a consideración de dicha Sala para lo cual remitirá una reseña esquemática en la que se consignará como mínimo, el número de radicación, la identificación de las partes y el derecho fundamental supuestamente vulnerado.

Los asuntos seleccionados por la respectiva Sala, serán repartidos a los Magistrados de la Corte de manera rotativa y por orden alfabético de apellidos, quienes integrarán para resolverlos, las respectivas Salas de Revisión.

Según el artículo 33 del decreto 2591 de 1991, es facultad de la Sala de Selección escoger de forma discrecional las sentencias de tutela que serán objeto de revisión. En tal virtud, las peticiones que se reciban de personas interesadas en que se revise un fallo de tutela, serán respondidas por el Secretario General de la Corporación, de conformidad con lo ordenado por la Sala de Selección.

De la misma manera, se procederá en caso de petición de insistencia de los particulares en la revisión de un fallo excluido de revisión, la cual es facultativa del Defensor del Pueblo o de un Magistrado de la Corte Constitucional, en los términos del citado artículo 33 del decreto 2591 de 1991”.

²⁸¹ C-1716-00

²⁸² T-208-13.

revisión, la Sala a la cual le fue asignado el conocimiento del asunto tiene 3 meses para fallarlo, sin perjuicio de una posible suspensión por la práctica de pruebas o por la asunción del conocimiento por parte de la Sala Plena.

2. Contenido de los fallos de revisión

Las decisiones de las Salas de Revisión pueden consistir en: (i) revocar el fallo, (ii) modificar el fallo, (iii) confirmar el fallo, (iv) unificar la jurisprudencia constitucional (Sentencias de Unificación)²⁸³ y (v) aclarar el contenido general de las normas constitucionales o de los derechos fundamentales. Todos los fallos en sede de revisión deben ser motivados²⁸⁴.

El principio general es que los efectos de los fallos de las Salas de Revisión solo operan para el caso concreto, esto es, que tiene efecto *inter partes*. No obstante, en variada jurisprudencia la Corte Constitucional ha optado por otorgar a sus fallos de tutela efectos *inter communis*. Es decir, que el fallo de tutela cobija en sus efectos a personas que no hicieron parte del proceso de tutela pero que se encuentran en condiciones comunes a la persona que interpuso la acción²⁸⁵.

Para determinar aquellos eventos en los que se puede dictar un fallo *inter communis*, deben verificarse los siguientes requisitos: (i) que la protección de los derechos fundamentales del tutelante amenace o atente amenazar los derechos fundamentales de los no tutelantes, (ii) que aquellas personas que no acudieron a la tutela y el tutelante se encuentren en situaciones objetivamente similares y (iii) que se busque cumplir un fin constitucional relevante como el goce efectivo de los derechos o el acceso a una tutela judicial efectiva²⁸⁶

3. Notificación

En principio, la decisión tomada por la Corte Constitucional a través de una de sus Salas de Revisión, debe ser comunicada al juez de primera instancia quien es el encargado de: (i) notificar a las partes, (ii) adoptar las medidas tendientes para hacer efectivo el fallo y (iii) conocer de los posibles incidentes de desacato²⁸⁷.

Así lo estableció el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 al definir que *“las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta”*.

²⁸³ En algunos casos la Corte puede dictar sentencias de unificación (SU) en el evento que: (i) La trascendencia del tema amerite su estudio, (ii) Sea necesario unificar la jurisprudencia respecto a fallos de tutela, (iii) Sea necesario unificar jurisprudencia respecto de fallos judiciales dictados en diferentes acciones judiciales donde basados en hechos similares se produzcan fallos que discrepen e impidan la vigencia de un derecho fundamental (SU-913 de 2009).

²⁸⁴ Artículo 35 Decreto 2591 de 1991: Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.

²⁸⁵ SU- 1023 de 2001, T-946 de 2011, T-213 A-2011, T-698 de 2010, T-239 de 2013, SU -388 de 2005, T-716 de 2011.

²⁸⁶ T-284 A-2012, T-239 de 2013.

²⁸⁷ A-387-10.

D. Insistencia

Cualquier magistrado de la Corte Constitucional, el Defensor del Pueblo²⁸⁸, el Procurador General de la Nación²⁸⁹ o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²⁹⁰ pueden solicitar que se seleccione para revisión un fallo de tutela que ha sido excluido de revisión, cuando consideren que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Esta facultad es discrecional y es conocida como *"Insistencia"*²⁹¹.

Si bien es cierto los anteriores servidores públicos están legitimados para solicitar la insistencia, lo cierto es que no cuentan con la facultad de señalarle o indicarle a la Corte Constitucional como debe ser la línea jurídica en que debe ir el fallo²⁹². Ahora bien, debe tenerse presente que el hecho de que un Magistrado insista en la selección de un proceso de tutela no implica que éste deba tomar una determinada decisión en el evento de ser parte de la Sala de Revisión. Por lo tanto, la solicitud de insistencia en nada compromete el criterio jurídico del magistrado en caso que le corresponda decidir²⁹³.

El momento procesal oportuno para presentar una insistencia a efecto de que sea seleccionada una sentencia de tutela para revisión, es dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la fecha de notificación por estado del auto de la Sala de Selección que la excluyó²⁹⁴. En el evento de que la Sala de Selección encuentre fundamento, seleccionará la tutela, de no ser así se informará dentro de los tres días siguientes al solicitante²⁹⁵.

Puntos relevantes:

1. La sentencia de tutela debe notificarse por el medio más eficaz y expedito.
2. Notificada la sentencia de tutela, las partes del proceso tienen tres días para presentar el recurso de impugnación.
3. La presentación del recurso de impugnación no impide el cumplimiento inmediato de lo ordenado en la acción de tutela.
4. La impugnación podrá ser presentada por el defensor del pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente.
5. Si la sentencia de primera instancia no es impugnada se debe remitir a la Corte Constitucional para su revisión. De igual manera, una vez se profiera el fallo de segunda instancia, el expediente debe ser remitido a la mencionada Corporación.
6. El proceso de selección de un expediente de tutela para su revisión es realizado por dos Magistrados de la Corte Constitucional, quienes son escogidos al azar por un mes para conformar la “Sala de Selección”. En la Sala de Selección se analizan las reseñas esquemáticas de los expedientes que llegan a la Corte Constitucional, las peticiones de los ciudadanos en donde solicitan la revisión de su caso y las insistencias de selección presentadas por las autoridades competentes.

²⁸⁸ Decreto 2591 de 1991, artículo 33.

²⁸⁹ Decreto 262 de 2000, artículo 12.

²⁹⁰ Decreto 4085 de 2011, artículo 6, numeral 3 del literal (vii).

²⁹¹ A-008-05.

²⁹² T-095-04.

²⁹³ T-028-98.

²⁹⁴ Artículo 51 del Acuerdo 05 de 1992.

²⁹⁵ Artículo 52 del Acuerdo 05 de 1992.

7. Las decisiones de las Salas de Revisión pueden consistir en: (i) revocar el fallo, (ii) modificar el fallo, (iii) confirmar el fallo, (iv) unificar la jurisprudencia constitucional (Sentencias de Unificación) y (v) aclarar el contenido general de las normas constitucionales o de los derechos fundamentales.
8. Cualquier magistrado de la Corte Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Procurador General de la Nación o la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado pueden solicitar que se revise un fallo de tutela que ha sido excluido de selección, cuando consideren que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave.

Recomendaciones:

1. Presentado el recurso de impugnación, es pertinente señalar la fecha en que se notificó de la decisión de instancia, y de ser posible allegar prueba al respecto.
2. Se sugiere a las entidades públicas que de ser pertinente presenten el recurso de impugnación contra el fallo, soliciten su revisión o la insistencia para su selección a los Magistrados de la Corte Constitucional, al Ministerio Público o a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
3. En la solicitud de petición o de insistencia es importante señalar con claridad el error del juez de tutela al no tomar en consideración ya sean elementos de procedencia o de prosperidad del amparo constitucional.

VI. ACTUACIONES POSTERIORES AL FALLO

Contra todas las sentencias de tutela pueden proceder los recursos excepcionales de aclaración y de nulidad. Ahora bien, cuando en una sentencia de tutela se amparan los derechos y se ordena la ejecución de una acción o una omisión y ésta se ha incumplido, se puede iniciar un trámite para solicitar su cumplimiento o para sancionar a quien ha incurrido en dicha conducta a través del incidente de desacato.

A. Cumplimiento

La sentencia de tutela que ampara los derechos debe contener una orden con la cual se pretende desaparecer la causa que generó la amenaza o vulneración. La orden debe contener la definición de una conducta precisa a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela²⁹⁶ y dicha orden debe cumplirse sin excepción ni condición y acatarse en los términos allí señalados²⁹⁷.

Del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991²⁹⁸ se deriva la facultad del afectado de solicitar el cumplimiento del fallo que ampara sus derechos. El cumplimiento del fallo implica una responsabilidad objetiva que cubre tanto al servidor público que incumplió como al superior requerido. Si bien es cierto, el peticionario puede solicitar el cumplimiento de la sentencia de tutela, es obligación del juez -de oficio- realizar todas las acciones conducentes al cumplimiento de su orden en el evento de que se entere de la existencia de un incumplimiento²⁹⁹.

No le es dado a la autoridad - como sujeto pasivo de la obligación establecida en el fallo- interpretar, condicionar o modificar lo resuelto por el juez de tutela, so pena de incurrir en las responsabilidades que establece el ordenamiento jurídico³⁰⁰.

Por regla general, el juez que conoció en primera instancia de la acción de tutela es el encargado de hacer cumplir el fallo, incluso en los casos en los cuales el amparo proviene del juez de segunda instancia o de la Corte Constitucional en sede de revisión³⁰¹. Su competencia se

²⁹⁶ Artículo 29 del Decreto 2591 de 1991

²⁹⁷ T-763-98; T-458-03; T-459-03; T-053-05; T-939-05; T-1113-05; T-632-06; T-897-08; T-171-09; T-652-10; T-512-12.

²⁹⁸ Artículo 27. Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

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

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

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

²⁹⁹ A esta conclusión arribó la Corte Constitucional en la sentencia T-185 de 2013, al referirse al caso de una persona que se encontraba en situación de desplazamiento forzado, y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a Víctimas se negaba a suministrar la ayuda humanitaria de emergencia por considerar que no tenía derecho por encontrarse afiliada en calidad de cotizante al sistema de salud en el régimen contributivo.

³⁰⁰ T-179-00.

³⁰¹ Las razones son las siguientes:

(i) El artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, sobre cumplimiento del fallo, se encuentra ubicado dentro del conjunto de artículos que regulan el trámite de tutela en primera instancia. Dichas normas señalaron los poderes disciplinarios del juez de tutela, en virtud del deber constitucional del juez de primera instancia de garantizar el cumplimiento de los fallos de tutela.

(ii) El artículo 36 ibídem ordena a la Corte Constitucional que luego de realizado el trámite de revisión, se remitan los expedientes y las sentencias a los jueces competentes de primera instancia para que notifiquen la sentencia y adopten las medidas que correspondan a lo resuelto en el fallo.

Por ende, es el juez de primera instancia el encargado de vigilar el cumplimiento de los fallos de tutela que han sido revisados por la Corte Constitucional, aun cuando éste en su momento no haya concedido la tutela (A136A de 2002).

mantiene hasta que la orden se cumpla totalmente, esto es, que esté restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza³⁰².

De manera excepcional, la Corte Constitucional ha asumido el conocimiento del cumplimiento de una sentencia proferida por dicha Corporación cuando³⁰³:

- (i)** Se trate del incumplimiento de una sentencia emitida por la Corte Constitucional en virtud de la cual conceda el amparo solicitado³⁰⁴.
- (ii)** Resulte imperioso salvaguardar la supremacía e integridad del ordenamiento constitucional³⁰⁵.
- (iii)** La intervención de la Corte sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados³⁰⁶.
- (iv)** Se ha presentado un manifiesto incumplimiento de las órdenes de tutela sin que los jueces de primera instancia hayan podido adoptar las medidas que hagan efectiva la orden de salvaguarda o en aquellos eventos en los cuales las medidas dictadas hayan sido ineficaces o insuficientes.³⁰⁷
- (v)** Se está en presencia de un estado de cosas unconstitutional y se han dictado órdenes complejas³⁰⁸ que implican un permanente seguimiento.
- (vi)** Cuando los asuntos sean de gran trascendencia social, como sucede en el caso del desplazamiento forzado en Colombia³⁰⁹.

La jurisprudencia constitucional ha establecido la posibilidad de que el juez de primera instancia modifique o agregue órdenes a las dictadas en la sentencia, siempre y cuando busque el cumplimiento de la orden inicial y la garantía del derecho fundamental amenazado o vulnerado. Lo anterior, no implica poder modificar del contenido sustancial de la orden o redefinir la protección concedida³¹⁰. La modificación de las órdenes debe responder a:

***(1)** La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque: **(a)** la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; **(b)** porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o **(c)** porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.*

***(2)** La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado.*

³⁰² T-458-03; T-763-98; T-179-00; SU.1158-03; T-759-03; T-053-05; T-939-05; T-1113-05; T-632-06; T-512-11; T-459-03.

³⁰³ A-045-05.

³⁰⁴ A-010-04; A-077-11; A-017-12.

³⁰⁵ Ibídem.

³⁰⁶ A-149A-03; A-184-05; A-184-06.

³⁰⁷ A-244-10; A-077-11.

³⁰⁸ Tal es el caso de las órdenes dictadas en las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008, desplazamiento forzado y derecho a la salud, para ello la Corte Constitucional creó dos salas de seguimiento que se encargan de vigilar que las órdenes impartidas sean cumplidas por sus destinatarios.

³⁰⁹ A-265-09.

³¹⁰ T-368-05.

(3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad.

(4) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz".³¹¹

El término para el cumplimiento que figura en la parte resolutiva es en días y horas hábiles³¹², si fenece el plazo dado en el fallo y pasan 48 horas y el juez tiene conocimiento del incumplimiento, entonces, ese juzgador de primera instancia se dirigirá al superior del incumplido y lo requerirá para dos efectos: a. Que el superior haga cumplir al inferior la orden de tutela y b. Que el superior inicie u ordene iniciar un procedimiento disciplinario contra el funcionario remiso. Si agotado dicho procedimiento, aún no se ha cumplido con lo ordenado en la acción de tutela, el juez debe adoptar las medidas hacia el cumplimiento de la sentencia.

B. Desacato

El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece el incidente de desacato como una sanción ante el incumplimiento de una orden de tutela³¹³. La persona que incumple lo decidido en una sentencia de tutela incurre en desacato sancionable con arresto de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar³¹⁴.

El incidente de desacato es el mecanismo por medio del cual se exige coercitivamente a las autoridades públicas y a los particulares el cumplimiento de las órdenes que se les imparten. El objetivo del poder sancionatorio es lograr la eficacia de las órdenes proferidas tendentes a proteger el derecho fundamental reclamado. El desacato es un ejercicio de la potestad disciplinaria, del poder correccional, para sancionar con arresto y multa a quien desatienda las órdenes para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales³¹⁵. Así entonces, lo que esencialmente se pretende con el desacato es el cumplimiento de la orden impartida y no la imposición de una sanción³¹⁶.

El juez que conoció en primera instancia la demanda de tutela es el competente para conocer del incidente de desacato, ya sea ante el incumplimiento de las órdenes impartidas por él mismo³¹⁷, ante el incumplimiento de las órdenes dictadas por el juez de segunda instancia o ante el incumplimiento de órdenes proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión³¹⁸.

³¹¹ T-171-09 y T-652-10.

³¹² T-971-00, T-968-00, T-1038-00, A-136A-02.

³¹³ Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo.

³¹⁴ Artículo 53. Sanciones penales. El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este decreto incurirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar.

También incurrá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado.

³¹⁵ T-188-02; T-399-13.

³¹⁶ T-280A-12.

³¹⁷ A-113-11.

³¹⁸ T-459-03, A-183-09, A-387-10, A-087-09, A-254 y A-255-07.

Por consiguiente, el juez competente para tramitar el incidente de desacato es el juez singular o plural que tramitó la primera instancia.

Con la competencia del juez de primera instancia para conocer del incidente de desacato se garantiza: (i) la plena eficacia del grado jurisdiccional de consulta, cosa que no pasaría si la segunda instancia conociera del incidente; (ii) la necesidad de preservar la igualdad en las reglas de competencia; (iii) el poder de irradiación del principio de inmediación en el trámite de la tutela y (iv) la interpretación sistemática del Decreto 2591 de 1991, en lo que corresponde al juez de primera instancia³¹⁹.

Excepcionalmente, la Corte Constitucional está facultada para asumir directamente el incidente de desacato³²⁰ cuando (i) ha habido manifiesto incumplimiento de las decisiones de tutela, sin que los jueces de primera instancia hayan podido adoptar las medidas que hagan efectiva la orden de protección; (ii) dichas medidas han sido insuficientes o ineficaces y (iii) cuando se está en presencia de un estado de cosas inconstitucional que afecta a un conjunto amplio de personas y se han emitido órdenes complejas, para cuya efectividad es necesario un permanente seguimiento y la adopción de nuevas determinaciones al tratarse de una situación que se prolonga en el tiempo³²¹.

El desacato puede ser solicitado por la (i) parte interesada, (ii) por alguno de los intervenientes en la acción de tutela, (iii) por petición del Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo o (iv) puede ser iniciado de oficio por el juez competente³²².

El juez que conoce el incidente de desacato debe³²³:

- (i) Comunicar al incumplido sobre la iniciación del incidente y otorgar la posibilidad de que explique por qué no ha cumplido la orden de tutela y que ejerza su derecho a la defensa.
- (ii) El auto de apertura del incidente de desacato no debe ser notificado personalmente³²⁴, sin embargo requiere ser comunicado³²⁵.
- (iii) Practicar las pruebas que se soliciten y las que se consideren indispensables;
- (iv) Notificar la decisión como resultado del incidente y
- (v) Remitir el expediente, en caso de una sanción, al superior jerárquico para que surta la consulta³²⁶. El superior jerárquico decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

El desacato implica la responsabilidad subjetiva de quien incumple la orden dada, por lo tanto no basta con el incumplimiento de la orden de tutela, es necesario la demostración de la negligencia de quien debía cumplir³²⁷.

³¹⁹ A- 136A-02, A-178-08, A-109-08, entre otras.

³²⁰ A-242-10.

³²¹ A-010-04, A-045-04, A-184 -05, A-050-04, A-185-04, A-176-05, A-177-05, A-183-09, A-387-10, A-004 de 2011, A-179 de 2011, A-285 de 2012, A035 de 2010, A-149 A-2003).

³²² T-766-98, T-1090-01.

³²³ T-459-03.

³²⁴ T-343-11.

³²⁵ T-1234-08.

³²⁶ T-459-98.

³²⁷ T-459-03, T-763-98, T-123-10, T-171 -09, T-1113-05, T-652-10, SU-11589-03, T-399-13, T-1090-12.

Para determinar el incumplimiento de una orden de tutela, el juez está sujeto a la parte resolutiva del fallo, de la cual se infiere la persona que resultó obligada con la orden proferida, el término dado para realizarla y el alcance de la misma³²⁸.

El incumplimiento se configura cuando las (i) órdenes de tutela no se han cumplido, (ii) se han cumplido pero de manera incompleta o (iii) se ha tergiversado la decisión del juez de tutela³²⁹. En las órdenes de trato sucesivo, pueden promoverse desacatos por el reiterado incumplimiento y puede exigirse el cumplimiento en cualquier instante. En el evento que se presente esta situación, como ocurre en el caso de órdenes para el pago de mesadas pensionales o salarios, pueden configurarse diversas sanciones en caso de incumplimiento calificable como desacato³³⁰.

En este contexto, la defensa en el marco del incidente de desacato se centra en los hechos, informaciones o pruebas en relación con el cumplimiento de las órdenes³³¹ o en la falta de claridad de la misma³³². Así, no habrá lugar a imponer sanción cuando la obligación que se deriva de una orden de tutela (i) no ha sido específica o determinada, (ii) no se ha dado la oportunidad de cumplirla a pesar de la buena fe del obligado³³³, (iii) no ha sido precisa -porque no se estableció quien debe cumplirla o (iv) su contenido es difuso.

Cuando la orden es clara, el obligado debe demostrar que realizó conductas para el cumplimiento de la orden, actuó de buena fe y no con el ánimo de evadir los mandatos. En este escenario, la defensa se puede centrar en aducir dificultad grave para cumplir la orden en aquellos casos que sea absolutamente imposible su cumplimiento, lo cual se debe demostrar. De esta forma, pueden alegarse situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad dependiendo de cada caso concreto, es decir, debe tenerse en cuenta si ocurrieron circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir, las cuales siempre deben ser estudiadas a la luz del principio de la buena fe del demandado³³⁴.

El proceso de desacato concluye con la expedición de un auto en el cual impone una sanción, se ordena el cumplimiento de una orden o dispone el archivo del expediente:

(i) La sanción se establece cuando valoradas todas las circunstancias y adelantado el trámite, se concluye que existe responsabilidad del obligado por el incumplimiento de la orden dada en tutela. La sanción que se debe imponer ha de ser adecuada, razonable y proporcional³³⁵.

En este caso, la decisión adoptada debe ser remitida al juez de segunda instancia para que surta el proceso de consulta y una vez concluido éste y confirmada la decisión, para lo cual el juez cuenta con tres (3) días hábiles, la sanción se hará efectiva, pues la consulta procede en el efecto suspensivo.

La consulta constituye un mecanismo automático que conduce al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a una de las partes dentro del mencionado procedimiento. De tal manera que su estudio debe limitarse a los

³²⁸ T-1113-0505, T-553-02, T-368-05, T-652-10, T-010-12.

³²⁹ T-088-99, T-533-03 y T-406-06.

³³⁰ T-744-03.

³³¹ A-343-98, T-343-98.

³³² T-1113-05, T-368-05.

³³³ T-171-09, T-939-05.

³³⁴ T-1113-05.

³³⁵ T-086-03.

razonamientos de la providencia que estableció la sanción por desacato. Por consiguiente, la consulta no puede extenderse al análisis de la legalidad de la sentencia de tutela en la cual se dio la orden que se alega como incumplida³³⁶.

(ii) Puede suceder que no se haya cumplido lo ordenado y que no exista responsabilidad subjetiva de la persona obligada, caso en el cual, el incidente de desacato puede concluir con una orden de cumplimiento³³⁷.

(iii) El archivo del expediente, previa consideración de que las órdenes de tutela fueron cumplidas.

De forma excepcional, contra la decisión adoptada contra incidentes de desacato procede la acción de tutela, si se configura los requisitos previstos como causales de procedencia general y alguna de las causales específicas de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales. Además, se requiere que el incidente de desacato haya finalizado y la sanción haya surtido el grado de consulta³³⁸.

Es posible presentar una acción de tutela contra lo decidido en un incidente de desacato, cuando:

(i) El juez que conoce el incidente valora hechos nuevos o documentos que cuestionan el fallo de tutela y no se limita a valorar la información y los documentos respecto del cumplimiento o no de las órdenes dadas en la providencia de tutela.

(ii) En el trámite del incidente de desacato se presentan vulneraciones al debido proceso que constituyan vías de hecho. No obstante, las fundamentaciones expuestas en la tutela deben haber sido esbozados en el incidente, las pruebas que se pretendan hacer valer deben haber sido solicitadas, conocidas o analizadas en el incidente; todo lo anterior por cuanto la tutela no deja de ser un mecanismo subsidiario de los recursos ordinarios³³⁹.

(iii) La decisión del incidente de desacato modifica y altera las órdenes dadas en el fallo de tutela o cuando reabre una discusión constitucional cerrada³⁴⁰.

(iv) Se presenta una falta de notificación del auto de apertura del incidente de desacato³⁴¹.

Así las cosas, cuando un Juez conozca de una tutela contra un incidente de desacato, se debe limitar a estudiar los siguientes aspectos: a) si el Juez del desacato actuó de conformidad con la decisión de tutela originalmente proferida; b) si el Juez del desacato respetó el debido proceso de las partes; y, finalmente c) si la sanción impuesta -si fuere el caso- no es arbitraria.

La solicitud de cumplimiento y el incidente de desacato pueden ser accionados de manera simultánea o sucesiva. Ambos buscan el goce efectivo de derechos fundamentales y el hecho de que el expediente de tutela se remita a la Corte Constitucional para su eventual revisión no interrumpe ninguno de los trámites³⁴².

C. Nulidad

³³⁶ T-533-93.

³³⁷ T-086-03; T-553-02; T-368-05.

³³⁸ T-631-08, T-1113-05, T-652-10, T-016-12, T-010-12.

³³⁹ T-459-98, T-123-10, T-631-08, T-280A-12, T-010-12, T-512-11, T-343-11, T-399-13, T-896-08.

³⁴⁰ T-583-09, A-074-10.

³⁴¹ T-053-05.

³⁴² T-629-04.

La jurisprudencia ha aceptado excepcionalmente³⁴³ que contra las decisiones emitidas por las Salas de Revisión y aquellas emitidas por la Sala Plena a través de Sentencias de Unificación, es procedente solicitar la nulidad de las mismas cuando se reúnan una serie de requisitos de procedencia y de prosperidad³⁴⁴. La competencia para decretar la nulidad de un fallo de tutela corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional³⁴⁵.

Para que proceda el análisis de una solicitud de nulidad se requiere que:

- (i)** La solicitud sea presentada dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la sentencia, a menos que sea formulada por un tercero interesado que no se hubiere hecho parte en el proceso de tutela por falta de notificación³⁴⁶. La nulidad de una sentencia también puede ser declarada de oficio por el juez competente.
- (ii)** Sea presentada por quien haya sido parte en el proceso o un tercero que resulte afectado por las órdenes proferidas por la Corte. La Procuraduría General de la Nación también está facultada para presentar la mencionada solicitud³⁴⁷.
- (iii)** Se presenten razonamientos fuertes, serios y coherentes, se especifique los fundamentos constitucionales violentados y su influencia en la decisión tomada³⁴⁸. No basta esgrimir argumentos que denoten un simple inconformismo o desazón con la providencia³⁴⁹.

La jurisprudencia constitucional ha determinado que la solicitud de nulidad de una sentencia de tutela, no es el escenario para reabrir el debate jurídico o probatorio ya cerrado, por cuanto no se trata de una tercera instancia o de un recurso más al interior del proceso³⁵⁰

Para que prospere la solicitud de nulidad, es necesario que exista una violación trascendental al debido proceso. Las causales definidas por la jurisprudencia constitucional son las siguientes:

- (i) Cambio Jurisprudencial:** Los cambios de jurisprudencia solo pueden ser decididos por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Por ende, si una Sala de Revisión cambia la jurisprudencia de la Corte, se está en presencia de una causal sustantiva de nulidad. Esta causal se pregonó de la jurisprudencia consolidada que esté en vigor (Art. 34 Decreto 2591 de 1991)³⁵¹.
- (ii) Desconocimiento de las mayorías exigidas legalmente:** Esta causal se configura en aquellos casos en que la providencia de tutela no haya sido dictada acorde con las mayorías señaladas en la ley. Dichas mayorías son así: (i) en sede de revisión, dos (2) magistrados de tres (3) y (ii) respecto de sentencias de unificación dictadas por la Sala Plena, cinco (5) magistrados de nueve (9). (Decreto 2591 de 1991, Reglamento interno Corte Constitucional, Ley 270 de 1996)³⁵².

³⁴³ A-060-06, A-198-07, A-207-09, A-175-11, A-141-08, A-096-11.

³⁴⁴ A-134-08, A-214-09, A-199-08.

³⁴⁵ A-325-09, A-026-11, T-010-12, A-062-00, A-057-04, A-179-07, A-133-08, A-115A-08, A-235^a-08, A-067-07, A-244-07, A-311-10, A-378-10, A-015^a-00, A-332-10, A-301-06, A-026-11, A-163-11.

³⁴⁶ A-232-01, SU-061-01, A-257-06, A-379-08, A-377-10, A-195-11, A-009-05, A-312-08, A-195-09, A-234-09, A-185-08, A-061-06, A-050-08, A-303-07, A-036-11, A-223-08, A-269-11, A-047-11, A-074-11, A-292-08, A-086-10.

³⁴⁷ A-018^a-04, T-520-04, A-344-10, A-015-06, A-036-11, A-229-09, A-120-03, A-038-12, A-047-11, A-102-10, A-003-11.

³⁴⁸ A-199-08, A-056-06, A-199-08, A-101-10, A-096-11, A-283-11, A-163-10, A-131-04, A-175-11.

³⁴⁹ A-064-09, A-050-08, A-069-07, A-082-06, A-300-06, A-310-06, A-062-08, A-099-08, A-069-07, A-105-08, A-256-06, A-102-10, A-018-11.

³⁵⁰ A-175-09, A-057-06, A-052-06, A-063-04, A-106-09, A-045-11, A-175-11, A-162-03, A-020-11, A-264-11.

³⁵¹ A-105-08, A-378-10, A-333-10, A-331-10, A-125-11, A-100-06, A-181-07, A-149-08, A-268-11, A-344-10, A-265-11, A-038-12, A-209-09, A-279-10, A-301-06, A-046-11, A-263-11, A-129-09, A-063-10, A-018-10.

³⁵² A-139-04, A-096-04, A-063-04, A-062-00, A-134-08.

(iii) Incongruencia entre la parte considerativa y la resolutiva de la sentencia: Esta causal se presenta cuando existe una constatable contradicción entre los argumentos expuestos en la providencia y el resuelve; o cuando no se presenta motivación alguna³⁵³.

(iv) Órdenes dictadas a particulares en la providencia de tutela que no fueron vinculados al proceso: Esta causal opera por cuanto a los particulares se les vulnera el derecho de defensa, por cuanto no pueden resguardar sus intereses en el proceso de tutela³⁵⁴.

(v) Desconocimiento de la cosa juzgada constitucional: Esta causal opera cuando una providencia desconoce pronunciamientos dictados por la propia Corte Constitucional que han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional³⁵⁵.

(vi) Omisión arbitraria de análisis de asuntos de relevancia constitucional: Esta causal se presenta siempre que se verifique que aquello no analizado era esencial para el sentido de la providencia³⁵⁶.

D. Aclaración

Las decisiones tomadas en sede de revisión por parte de la Corte Constitucional en principio no son modificables, ni se aclaran ni adicionan. En efecto, el permitir modificar el contenido de una sentencia de la Corte implicaría alterar su alcance, reducir su entendimiento, lo que traería consigo una nueva sentencia vulnerando así el principio de cosa juzgada constitucional, seguridad jurídica y debido proceso³⁵⁷.

Empero, la solicitud de aclaración conforme lo establece el Código General del Proceso³⁵⁸, procede por solicitud de parte o de oficio, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella³⁵⁹.

Previo a la prosperidad de la solicitud de aclaración, se debe determinar si la misma es procedente, evento en el cual se debe verificar si se presentó dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la decisión por quien esté legitimado para ello, esto es, por una parte o interveniente.

Puntos relevantes:

1. Contra todas las sentencias de tutela pueden proceder los recursos excepcionales de aclaración y de nulidad. Ahora bien, cuando en una sentencia de tutela se amparan los derechos y se ordena la ejecución de una acción o una omisión y ésta se ha incumplido, se puede iniciar un trámite para solicitar su cumplimiento o para sancionar a quien ha incurrido en dicha conducta a través del incidente de desacato.

³⁵³ A-062-03, A-015-07, A-028^a-00, A-077-07, A-147-08, A-091-00, A-127^a-03, A-002-11.

³⁵⁴ A-022-09, A-193-11, A-217-11, A-266-11, A-035-97, A-193-11.

³⁵⁵ A-031-02, A-082-00, A-100-06.

³⁵⁶ A-031-02, A-216-07, A-050-08, A-356-06, A-182-07, A-175-09, A-332-10, A-264-09, A-001-11.

³⁵⁷ A-199-07, A-204-06, A-010-08, A-113^a-08, A-300-10, A-173-11, A-067^a-10, A-328-10, A-356-10.

³⁵⁸ Artículo 285.

³⁵⁹ A-199-07, A-312-10, A-339-10, A-054-06, A-093-06, A-184-09, A-250-08, A-075-98, A-057-99.

2. Del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 se deriva la facultad del afectado de solicitar el cumplimiento del fallo que ampara sus derechos. El cumplimiento del fallo implica una responsabilidad objetiva que arropa tanto al servidor público que incumplió como al superior requerido. Si bien es cierto, el peticionario puede solicitar el cumplimiento de la sentencia de tutela, es obligación del juez -de oficio- realizar todas las acciones conducentes al cumplimiento de su orden, en el evento de que se entere de la existencia de un incumplimiento.
3. La jurisprudencia constitucional ha establecido la posibilidad de que el juez de primera instancia modifique o agregue órdenes a las dictadas en la sentencia, siempre y cuando busque el cumplimiento de la orden inicial y la garantía del derecho fundamental amenazado o vulnerado
4. El artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 establece el incidente de desacato como una sanción ante el incumplimiento de una orden de tutela. La persona que incumple lo decidido incurre en desacato sancionable con arresto de seis (6) meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.
5. El desacato implica la responsabilidad subjetiva de quien incumple la orden dada, por lo tanto no basta con el incumplimiento de la orden de tutela, es necesario la demostración de la negligencia de quien debía cumplir.
6. Por regla general el juez que conoció en primera instancia de la acción de tutela es el encargado de hacer cumplir el fallo y de conocer acerca del incidente de desacato.
7. De manera excepcional, la Corte Constitucional está facultada para conocer de la solicitud de cumplimiento y del incidente de desacato respecto de una sentencia por esta Corporación proferida.
8. Contra la decisión adoptada en incidentes de desacato procede la acción de tutela, si se configura los requisitos previstos como causales de procedencia general y alguna de las causales específicas de procedibilidad de tutela contra providencias judiciales.
9. La jurisprudencia constitucional ha aceptado excepcionalmente que contra las decisiones emitidas por las Salas de Revisión y aquellas emitidas por la Sala Plena a través de Sentencias de Unificación, es procedente solicitar la nulidad de las mismas cuando se reúnan una serie de requisitos de procedencia y de prosperidad. La competencia para decretar la nulidad de un fallo de tutela corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional.
10. La solicitud de aclaración conforme lo establece el Código General del Proceso, procede por solicitud de parte o de oficio, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o influyan en ella y sea presentada la solicitud dentro de los tres días siguientes a la notificación de la decisión que se pretende aclarar.

Recomendaciones:

1. De ser posible, cumplir con lo ordenado en la sentencia de tutela, para efecto de que el trámite de cumplimiento o el de incidente de desacato concluya con carencia actual de objeto.
2. Si no es posible cumplir lo ordenado en la tutela justificar objetivamente las razones del incumplimiento y solicitar, de ser el caso, la transformación de la orden inicialmente proferida.

3. La defensa en el marco del incidente de desacato se centra en los hechos, informaciones o pruebas en relación con el cumplimiento de las órdenes o en la falta de claridad de la misma. Así, no habrá lugar a imponer sanción cuando la obligación que se deriva de una orden de tutela (i) no ha sido específica o determinada, (ii) no se ha dado la oportunidad de cumplirla a pesar de la buena fe del obligado, (iii) no ha sido precisa -porque no se estableció quien debe cumplirla o (iv) su contenido es difuso.
4. Cuando la orden es clara, el obligado debe demostrar que realizó conductas para el cumplimiento de la orden, actuó de buena fe y no con el ánimo de evadir los mandatos.

En este escenario, la defensa se puede centrar en aducir dificultad grave para cumplir la orden en aquellos casos que sea absolutamente imposible su cumplimiento, lo cual se debe demostrar. De esta forma, pueden alegarse situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad dependiendo de cada caso concreto, es decir, debe tenerse en cuenta si ocurrieron circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad absoluta jurídica o fáctica para cumplir, las cuales siempre deben ser estudiadas a la luz del principio de la buena fe del demandado.

CONCLUSIONES

El proceso constitucional de tutela tiene unas características esenciales que lo diferencia de los procesos ordinarios que se desarrollan en las jurisdicciones tradicionales. Se trata de un trámite sumario que busca la efectividad de los derechos fundamentales y es alrededor de este eje central donde se desenvuelven todas las etapas procesales, los poderes del juez y de las partes, y la razón que sustenta la argumentación que justifica las órdenes dadas en este proceso constitucional.

En el litigio mediante acción de tutela es importante tener en consideración que el fundamento normativo es la Constitución Política, cuyo alcance es definido por la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos judiciales. De allí que se deba tener como referente la jurisprudencia proferida por dicha Corporación.

Las autoridades estatales tienen entre sus funciones garantizar los derechos fundamentales. Esta obligación implica que sea, por esencia, sujeto pasivo en el trámite de la acción de tutela, más no que siempre deba resultar condenado, pues como se señaló en este documento, para que proceda el amparo de un derecho fundamental se han de satisfacer unos determinados requisitos. Así, en este escenario, es en donde las entidades estatales tienen la obligación de ejercer una adecuada defensa de sus intereses en armonía con la protección a un derecho fundamental efectivamente vulnerado o amenazado.

De este modo, tanto en la defensa de la autoridad demandada como en la presentación de una demanda de tutela en procura de sus intereses, es útil analizar los elementos relacionados con la procedencia de la acción de tutela, y superado dicho requisito es posible entrar a determinar si la acción de tutela tiene vocación de prosperar, para lo cual no sólo debe existir prueba de la conducta que se alega como vulneradora del derecho, sino que también se debe definir si se afectó o no el núcleo esencial de un derecho de rango fundamental.

Asimismo, se ha de tener presente todas las actuaciones procesales que vienen luego de la sentencia de primera instancia, como lo son: la presentación del recurso de impugnación, la solicitud de cumplimiento del fallo, o de aclaración o de nulidad, el inicio de un incidente de desacato, la solicitud de revisión del fallo por parte de la Corte Constitucional y la insistencia en su selección.

Finalmente, es pertinente reiterar que el legislador facultó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para coadyuvar cuando lo estime conveniente en la defensa de los intereses de las entidades nacionales en cualquier proceso judicial y de manera específica la facultó para coadyuvar en la procesos de tutela y le otorgó de la facultad de insistir los expedientes de tutela a efectos de que sean seleccionados para su revisión por la Corte Constitucional.