JAVIER HENAO HIDRÓN

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Cuarta edición

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

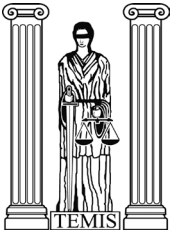
Henao Hidrón, Javier, 1937-
Derecho procesal constitucional / Javier Henao Hidrón. -- 4a. ed. -- Bogotá : Editorial Temis, 2014.
296 p. ; 23 cm.
Incluye índice.
ISBN 978-958-35-0996-4
1. Derecho procesal constitucional - Colombia 2. Control de constitucionalidad - Colombia 3. Acción de tutela - Colombia 4. Revocatoria del mandato - Colombia 5. Pérdida de investidura - Colombia 6. Colombia - Derecho constitucional I. Tít.
342.861 cd 21 ed.
A1436230

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

JAVIER HENAO HIDRÓN

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Cuarta edición,
revisada y puesta al día



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Javier Henao Hidrón, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-0996-4
2717 201400018600
ISBN e-book 978-958-35-1524-8

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Introducción 1

CAPÍTULO I

ACCIÓN DE TUTELA

1. Antecedentes 6
2. Consagración constitucional 8
   A) La tutela frente a sentencias 9
   B) Sujeto activo 14
   C) Sujeto pasivo 18
   D) Revisión eventual por la Corte Constitucional 19
   E) Los derechos constitucionales fundamentales 22
   F) Orden de preferencia judicial. "Habeas corpus" 29
   G) Pedagogía 32
3. Reglamentación 33
4. La tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable 36
5. Juez competente 43
6. Procedimiento 44
7. Desacato 47
8. Delimitación y aspectos comparativos 48
9. Proyectos de reforma 50

CAPÍTULO II

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. Antecedentes 58
2. Competencia 63
3. Cuándo no procede 64
4. Legitimación activa y pasiva 66
5. Constitución de renuencia 68

PÁG.

6. La solicitud 68
7. Procedimiento 69
8. Contenido y efectos del fallo 72

Capítulo III

ACCIONES POPULARES

1. Antecedentes 76
2. Derechos e intereses colectivos 79
3. Principios 82
4. Legitimación por activa 83
5. Legitimación por pasiva 84
6. Competencia 84
7. La demanda 86
8. Procedimiento 88
9. La sentencia 93
10. Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos 97
11. Registro público 98
12. El caso Dragacol 99

Capítulo IV

ACCIONES DE GRUPO

1. Antecedentes 104
2. Naturaleza 105
A) El daño 109
3. Demanda 110
4. Competencia 113
5. Procedimiento 114
6. Sentencia 116

Capítulo V

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Antecedentes 124
2. La Constitución de 1991 y su defensa judicial 128
3. Jurisdicción constitucional 131

PÁG.

4. La Corte Constitucional 133
5. Titularidad de la acción y requisitos 137
6. Procedimiento 139
7. Clases de sentencias 143
8. Excepción de inconstitucionalidad 149
9. Actos administrativos del nivel municipal 151

Capítulo VI

ACCIÓN DE REPETICIÓN

1. Antecedentes 157
2. Concepto 160
3. Sujeto activo 163
4. Sujeto pasivo 164
5. Competencia 165
6. Demanda 167
7. Procedimiento 169
8. Sentencia 171
9. La conducta del agente del Estado 172
   A) Dolo 174
   B) Culpa grave 174
10. Medidas cautelares 175
11. Llamamiento en garantía 176

Capítulo VII

PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA

1. Noción de investidura 183
2. Antecedentes 184
3. Requisitos de la solicitud 184
4. Causales 185
   A) Para los congresistas 185
   B) Para los diputados y concejales 192
   C) Para los miembros de las juntas administradoras locales 195
5. Competencia 196
6. Procedimiento 197
7. Efectos jurídicos 198
8. Recurso extraordinario especial de revisión 199
9. Proyectos de reforma 200

Capítulo VIII

REVOCATORIA DEL MANDATO A GOBERNADORES Y ALCALDES

PÁG.

1. Antecedentes 204
2. Concepción original 207
3. Voto programático 208
4. Nueva ley y cambio de jurisprudencia 209
5. Procedimiento 212

Capítulo IX

JUSTICIA DE PAZ

1. Antecedentes 216
2. Jueces de paz y de reconsideración 218
3. Concepto 221
4. Responsabilidad disciplinaria 223
5. Competencia 225
6. Impedimentos 226
7. Procedimiento 227
   A) De conciliación o autocompositiva 227
   B) De sentencia 227
8. Faltas temporales y absolutas 228
9. Reglamentación 228
10. Derecho comparado 232

SUPLEMENTO

Decreto 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional 235

Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política 240

Decreto 306 de 1992, por el cual se reglamenta el decreto 2591 de 1991 247

Ley 144 de 1994, por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas. 248

Ley 393 de 1997, por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política 249

PÁG.

Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones. 253

Ley 497 de 1999, por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento 268

Decreto 1382 de 2000, por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela. 273

Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. 274

Ley 1095 de 2006, por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política 278

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia, expedida en 1991, concibió un nuevo derecho procesal conformado por una serie de acciones judiciales que, por ello mismo, son llamadas acciones constitucionales, las que por su contenido y características, resultan claramente diferenciables de las tradicionales acciones legales, contenidas en los códigos de procedimiento.

Cuatro de tales acciones constitucionales, las de tutela, de *habeas corpus*, de cumplimiento y las populares, son *acciones públicas* en cuanto pueden ser ejercidas ante los jueces competentes por toda persona, directamente, debiendo además ser resueltas con prelación a las restantes acciones judiciales, en plazos determinados y mediante trámites sencillos y rápidos. Las dos siguientes, la de grupo y la de repetición, se ejercen siempre por medio de abogado. Una última, que se agrega a las seis anteriores —proveniente de la reforma constitucional de 1910—, la acción de inconstitucionalidad o de inexequibilidad, tendiente a la defensa de la superioridad e integridad del Estatuto Superior, tiene como titular a cualquier ciudadano.

Constituyen, por ende, una nueva concepción en la función de administrar justicia, destinada a superar los tradicionales modelos ritualistas de inspiración española, que han originado unos procedimientos lentos y pesados, incapaces de dar cumplimiento al postulado orientador de la teoría constitucional sobre "pronta y cumplida" justicia.

Dichas acciones tienen los siguientes objetivos concretos:

• La acción de tutela, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales;

• El *habeas corpus* —a la vez derecho fundamental y acción constitucional—, la tutela de la libertad personal. Tiene derecho a invocarlo quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, caso en el cual el derecho se ejerce ante cualquiera autoridad judicial, la que debe resolver en el término de treinta y seis horas;

• La acción de cumplimiento, la efectiva observancia de los deberes contenidos en leyes y actos administrativos;

• Las acciones populares, la defensa de los derechos colectivos y del medio ambiente;

• La acción de grupo, la indemnización originada en un daño común que haya producido perjuicios individuales a un grupo integrado por no menos de veinte personas. Y,

• La acción de repetición, la protección del patrimonio del Estado. Esta entidad jurídico política adquiere el derecho-deber de demandar a uno cualquiera de sus agentes (servidor o ex servidor público, o particular en ejercicio de funciones públicas) que con su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar a que haga reconocimiento indemnizatorio a favor de un tercero, con la finalidad de que a su turno proceda al resarcimiento patrimonial en favor de la respectiva entidad estatal, motivo por el cual es denominada por la jurisprudencia con los nombres de "acción de retorno" o "acción de regreso".

A las anteriores se une la tradicional acción madre, la de inconstitucionalidad, producto de la mente del constituyente de 1910. Sirve ella para proteger el Estatuto Superior en relación con leyes de la República y decretos con fuerza de ley que el actor estime vulnerantes, normas que pueden ser declaradas por la Corte Constitucional, total o parcialmente, inexequibles, esto es, sin valor jurídico, por medio de sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada constitucional, esto es, efectos generales obligatorios tanto para gobernantes como para gobernados.

Los juicios derivados del ejercicio de las acciones constitucionales están expresamente exceptuados del pago de arancel judicial (ley 1394 de 2010, art. 4º).

Por su trascendencia social, con aquellas acciones (excluida la de inconstitucionalidad, cuya competencia ha estado atribuida siempre al más alto tribunal judicial) sería conveniente integrar una jurisdicción especial y autónoma, con talante propio y jueces especializados en el conocimiento de sus fundamentos jurídicos y orientación filosófica. Ellas representan nuevos medios procesales para hacer frente al ejercicio arbitrario del poder y remediar las actividades contrarias al bienestar de la comunidad, en procura de acercar el derecho al ciudadano común. Hoy en día, involucradas dentro del sistema tradicional de administración de justicia, representan un factor de congestión que contribuye a postergar la solución de los conflictos asignados por ley tanto a la jurisdicción ordinaria como al contencioso administrativo.

La política sabia —dice Nicolás Gómez Dávila en sus escolios— es el arte de vigorizar la sociedad y de debilitar el Estado. O quizá, también,

esa política pueda consistir en coordinar adecuadamente las actividades de la sociedad y del Estado, en beneficio del interés general.

De modo similar pertenecen a este novedoso conjunto de instrumentos procesales, dos instituciones cuyo titular es cualquier ciudadano. Ya individualmente, para presentar la solicitud que busca obtener la *pérdida de la investidura* de un miembro de corporación pública de elección popular (congresista, diputado, concejal, edil), que hubiese incurrido en falta grave prevista en la Constitución o la ley y movilizar para ello a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. O, como parte de un conjunto de electores, para solicitar a la organización electoral la convocatoria de nueva elección con el fin de que se decida sobre la *revocatoria del mandato* conferido a un gobernador o un alcalde, a causa del incumplimiento de su programa de gobierno o de la insatisfacción general de la ciudadanía.

Una última institución de finalidades similares es la jurisdicción especial de paz. Integrada por jueces de paz y por jueces de reconsideración, elegidos mediante voto popular en circunscripciones creadas por los concejos municipales y distritales, completa esta tendencia procesal que busca democratizar el acceso a la justicia. Agotada la opción de conciliación, decidirá *en equidad* —conforme a los criterios de justicia propios de la comunidad— sobre las controversias sometidas a su conocimiento por el común acuerdo de los interesados y cuya cuantía no exceda de cien salarios mínimos legales mensuales, siempre que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento.

El estudio de las precitadas acciones de rango constitucional, así como de las solicitudes y procedimientos que dan origen a la pérdida de la investidura o la revocatoria del mandato, y de las características y potencialidades de la jurisdicción de paz —justicia comunal, susceptible de ser aplicada en barrios, comunas y zonas rurales—, constituye la materia de este libro.

Su propósito es el de hacerlo útil a las personas interesadas en la defensa de sus derechos y en el cumplimiento del deber de solidaridad social.

El Autor

Capítulo I

ACCIÓN DE TUTELA

Constitución Política, art. 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 estos 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, este 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".

Concordancia: decreto-ley 2591 de 1991 y decretos reglamentarios 306 de 1992 y 1382 de 2000.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 2 de mayo de 1948):

Artículo XVIII.—"Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales, consagrados constitucionalmente".

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, diciembre de 1948):

Artículo 8º.—"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 1969):

Artículo 25.1.—"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales ..." (La convención fue ratificada por Colombia mediante la ley 16 de 1972).

* * *

1. Antecedentes

El derecho, recurso o petición "de amparo", así denominado en el vocabulario jurídico de México, su país de origen, en donde fue establecido desde mediados del siglo XIX bajo la inspiración del *habeas corpus* de origen británico, de la *judicial review* (revisión judicial) norteamericana y de la tradición castellana y aragonesa, y que después influyó paulatinamente en otros países latinoamericanos e incluso en España[1], mereció interesantes debates en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente de donde surgió la Constitución Política de 1991.

Allí se consideró que en el derecho comparado la institución del amparo tiene alcance genérico, pues se aplica a todos los medios de protección de los derechos constitucionales; es así como comprende, entre otros, el recurso de *habeas corpus*, la excepción de inconstitucionalidad, las acciones administrativas de nulidad y reparación, y hasta el recurso extraordinario de casación. De ahí que para su incorporación al sistema jurídico colombiano, con campo de actividad más reducido —se trata de tutelar los derechos y libertades fundamentales— y provisto de peculiares características, se hubiese preferido la denominación de *acción de tutela,* destinada por lo demás a complementar y perfeccionar el modelo vigente de control de la constitucionalidad, la legalidad y la defensa de los derechos.

[1] Héctor Fix-Zamudio, "Amparo y tutela", en *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 1996, págs. 25-29.

El propósito esencial era el de proteger por vía judicial los derechos inherentes a la persona, como ser individual o social, y expresamente estipulados en el Estatuto Superior con el nombre de derechos fundamentales. Además, el instrumento jurídico que le sirviera de soporte debía ser suficientemente ágil, conformado por un trámite preferencial y sumario, al cual pudieran acceder todos los habitantes del territorio nacional.

Más aún: se trataba de dar cumplimiento efectivo a mandatos internacionales con fuerza vinculante para Colombia, contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el llamado Pacto de San José de Costa Rica. Este último, aprobado mediante la ley 16 de 1972, incorporaba a nuestro ordenamiento la siguiente norma: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido... ante los jueces... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales..." (art. 25-1), vigente en abstracto, pero carente de reglamentación y de capacidad operativa.

La innovación referida implica la incorporación del juez de tutela a la *jurisdicción constitucional.* Este sistema de aplicación del derecho se integra con la Corte Constitucional —máximo tribunal encargado de la defensa de la supremacía e integridad de la ley fundamental de la República—, con el Consejo de Estado y los tribunales administrativos en casos determinados: cuando el primero resuelve acciones de nulidad por inconstitucionalidad (art. 237-2) y los segundos cuando deciden sobre la validez de los actos de los concejos municipales y de los alcaldes por motivo de inconstitucionalidad (art. 305-10) y, además, con los jueces encargados de decidir sobre las acciones de tutela. Todo dentro de la formación de un sistema usualmente llamado "difuso" y que resulta ser más descentralizado y accesible, aunque no más uniforme, con respecto al sistema único o concentrado adoptado por otros países, principalmente europeos, en los que la protección del estatuto supremo gira íntegramente alrededor de un Tribunal Constitucional.

En tal sentido, la ley estatutaria de la administración de justicia dispone que, además de la Corte Constitucional, y del Consejo de Estado cuando conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a aquella Corte, "También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales" (ley 270 de 1996, art. 43, inc. 2º).

2. Consagración constitucional

La Carta Política reservó su artículo 86 para disponer que cuando los derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción (hacer) u omisión (no hacer) de una autoridad pública, "toda persona" podrá reclamar, por sí misma o por quien actúe a su nombre (especie de agencia oficiosa para la defensa de las personas que puedan encontrarse en condiciones especiales de indefensión o subordinación), la protección inmediata de dichos derechos ante los jueces, en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, con sujeción al cual no podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud y el fallo.

De prosperar la solicitud, en la providencia judicial se consignará una orden perentoria para que el servidor público actúe o se abstenga de hacerlo, de manera de prevenir la violación o impedir su continuidad, decisión que será de inmediato cumplimiento; sin embargo, el fallo podrá impugnarse ante el superior competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. El trámite es, pues, de doble instancia, pues es claro que la revisión por la Corte implica el medio ideado por el constituyente para "unificar a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales" (T-260 de 1995).

Agrega el texto constitucional que la acción de tutela 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.

Pero, en ciertos y determinados casos previstos directamente en la Constitución y establecidos en la ley, también es posible incoar acción de tutela contra particulares. El mencionado artículo 86 los coloca como sujeto pasivo en estas tres circunstancias, en las cuales su posición de supremacía puede hacerlos incurrir en violación de derechos fundamentales: cuando estén encargados de la prestación de un servicio público; cuando con su conducta afecten grave y directamente el interés colectivo, y cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La Corte Constitucional (sent. T-290 de 1993) precisó el alcance de los conceptos de subordinación e indefensión en estos términos: "La *subordinación* alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores con respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos

del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la *indefensión,* si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida esta como la posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate".

La primera regulación de la tutela contra particulares es obra del decreto-ley 2591 de 1991 (art. 42), en donde se establece su procedencia en los siguientes casos: cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios, de educación, o de salud; cuando la solicitud fuere dirigida contra quien controle efectivamente una organización privada o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización; cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar la prohibición de la esclavitud, la servidumbre o la trata de seres humanos; cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del *habeas data;* cuando se solicite la rectificación de informaciones inexactas o erróneas (es indispensable anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación, o de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma); cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas; cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción (se presume la indefensión del menor que solicite la tutela).

Al hacer un resumen sobre la tutela, la Corte la define como solución eficiente a situaciones *de hecho* creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental (T-260 de 1995).

A) *La tutela frente a sentencias*

Desde un principio, en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, el autor de la iniciativa que buscaba hacer incluir con el nombre de acción de tutela una figura novedosa para la protección de los derechos constitucionales que sean directamente exigibles (fundamentales), entre sus características incluyó la siguiente: "No procede contra situaciones consumadas e irreversibles: en tales casos es evidente que ya no es posible

la protección inmediata del derecho, y el agraviado tiene la posibilidad de acudir a las acciones de reparación ordinarias [...] Particularmente no es procedente, como sí lo es en México, contra sentencias con autoridad de cosa juzgada, porque es evidente que teniendo los jueces capacidad para pronunciarse sobre los asuntos constitucionales, tales asuntos han debido plantearse y decidirse en el juicio que dio origen a las sentencias mencionadas"[2]. Posteriormente, y de conformidad con lo aprobado en las discusiones que condujeron a la creación de la acción de tutela, se consideró que había aspectos que no era necesario mencionar de modo expreso en el texto del artículo 86, por cuanto "hacen parte de la naturaleza de la institución", como ocurre con la no procedencia de la misma "frente a las situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada". Más todavía: se insistió en que la supresión del inciso respectivo se hizo simplemente "para simplificar el artículo, pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión"[3].

No obstante aquellas bases doctrinarias y la previsión consignada por los constituyentes, la norma básica reguladora del texto constitucional (decr.-ley 2591 de 1991), bajo el subtítulo *competencia especial* dado a su artículo 40, abrió un peligroso boquete al admitir la tutela respecto de las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan fin a un proceso, "cuando amenacen o vulneren un derecho fundamental", aspecto frente al cual reaccionó la Corte Constitucional en fallo de fecha 1º de octubre de 1992, aprobado por cuatro votos contra tres (sent. C-543), en el cual se declaró su inexequibilidad, reiterando la supremacía del principio sobre no reapertura del proceso culminado.

En la anotada jurisprudencia, sin embargo, se deja subsistente la posibilidad de revisión de las decisiones judiciales ante *actuaciones de hecho* imputables al funcionario, por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, hipótesis en la cual la Corte considera que no puede hablarse de atentado contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

Jurisprudencia posterior sobre el tema (sents. T-079, T-158 y T-173 de 1993, T-231 de 1994, T-100 y T-162 de 1998), admite la revisión de

[2] Juan Carlos Esguerra Portocarrero, "Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política núm. 81", en *Gaceta Constitucional*, núm. 24, Bogotá, 20 de marzo de 1991, págs. 3, 4 y 5.

[3] *Gaceta Constitucional*, núm. 77, 20 mayo 1991, pág. 10.

las decisiones judiciales cuando están fundamentadas en *vías de hecho*, defecto que la Corte Constitucional hace consistir en "apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas", lo cual conduce a sostener que no existe actuación jurídica sino un hecho del juez, arbitrario y caprichoso, revestido de formaleta jurídica y que, por tanto, pugna con el Estado social de derecho. En uno de aquellos pronunciamientos, para que proceda la tutela contra sentencia judicial por vía de hecho, la Corte resume los requisitos, exigiendo los siguientes: a) que la conducta obedezca a la voluntad subjetiva de quien la dictó; b) que carezca de fundamento legal; c) que como consecuencia de ello se vulneren derechos fundamentales, en forma grave e inminente, y d) que no exista otra vía de defensa judicial, o si la hay que se interponga como mecanismo transitorio para evitar perjuicio irremediable (T-100). En conclusión, la vía de hecho solo puede producirse en aquellos casos en que, según la expresión de la Corte, el vicio sea "constatable a simple vista" (T-162). Por ello, esta estricta salvedad no puede convertirse —como ha ocurrido en la práctica— en un esguince a la cosa juzgada y la seguridad jurídica, sirviendo de pretexto para controvertir cualquier sentencia ejecutoriada que no se comparte, con prescindencia de la previa y completa demostración del ostensible y específico defecto en que aquella ha incurrido. A veces, sin importar el agotamiento de los recursos ordinarios o de los extraordinarios de casación, de revisión, o de súplica (que deben ser suficientes para que se adopte una decisión definitiva), ha llegado a darse el caso monstruoso de revocatoria por jueces municipales o de circuito, obrando en sede de tutela, de sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o los tribunales. Este delicado aspecto de interpretación sobre el alcance de la tutela, incluso, ha enfrentado entre sí a las cortes[4].

[4] La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, se vio precisada a hacer una declaración pública (ante sendos fallos de tutela de la Corte Constitucional y del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca) en la cual advertía perentoriamente que sus decisiones son intangibles, razón por la cual no cumplirá los fallos de tutela en donde se ordene su revocatoria. Enfatizaron sus magistrados que las sentencias de casación no pueden ser cambiadas por acciones de tutela porque la Constitución del 91 dio a la Corte Suprema la potestad de ser el máximo tribunal de la justicia ordinaria en Colombia, y, por tanto, "si nosotros acatamos esas órdenes de tutela, acabaríamos por vulnerar los mandatos constitucionales y legales que estamos comprometidos a defender" (*El Tiempo*, 21 de marzo de 2002, págs. 1-26). En otra oportunidad, el presidente de la Corte Suprema hizo énfasis en que no puede hablarse de desacato, por cuanto la corporación está ante decisiones que vulneran el orden jurídico y son imposibles de cumplir.

Con todo, se observa una posición laxa de la Corte —que parece retrotraer a la situación existente durante la vigencia del ya mencionado artículo 40 del decreto-ley 2591 de 1991— en la sentencia T-1031 de 2001, donde los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial comprenden no solo los casos en que el juez impone de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento jurídico, sino también aquellos eventos en los

---

La Corte Constitucional, por su parte, en comunicado público sostuvo que su sentencia T-1306 de 2001 debe ser cumplida como toda sentencia judicial y reiteró que en el Estado de derecho no puede existir ninguna norma o acto jurisdiccional que no esté sujeto a la Constitución; "los derechos fundamentales de las personas —concluyó— no pueden quedar desprotegidos frente a la competencia legal de las autoridades judiciales" (*Ámbito Jurídico*, 25 marzo al 14 de abril de 2002, pág. 9).

Parece que, en última instancia, el conflicto presentado —al no ser aplicable de manera directa el desacato— solo podrá ser resuelto mediante una reforma constitucional, o por el Congreso de la República en ejercicio de las atribuciones especiales que le permiten conocer de las acusaciones que se presenten contra altos funcionarios del Estado, entre ellos los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 178-3).

La Corte Constitucional esperó el desarrollo de los acontecimientos. Por el contrario, la sala disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, una vez confirmada su sentencia por el superior —en decisión dividida—, resolvió modificar unilateralmente la sentencia objeto de tutela (por dos votos contra uno), arguyendo que "no se encontraba restablecida la garantía constitucional" (*Judicatura desafía a Corte Suprema*, en *El Tiempo*, 1º junio 2002, pág. 1-19. Allí se lee: "Hasta ahora, los fallos de tutela ordenaban a la autoridad que había vulnerado un derecho modificar su decisión. Pero nunca el juez de tutela directamente cambiaba las cosas para proteger al tutelante"). Ello debido a que, previamente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia había sostenido que "no puede hacer aquello que el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en contra de la Constitución Política y de la ley, quieren que haga", pues la interpretación judicial no puede ser objeto de tutela. Hacer lo contrario —concluyó tajantemente— no es más que desbordamiento de funciones, imposición de criterios, es decir, autoritarismo puro.

Pasados algunos años, el problema permanecía latente. El Consejo de Estado, en sentencia del 11 de junio de 2008, admitía la procedencia de la tutela contra sentencias de la Corte Constitucional, en aquellos casos en que a una persona que no intervino en el proceso le haya sido violado un derecho fundamental; con este argumento consideraba, además, que a la norma contenida en el artículo 49 del decreto 2067 de 1991, conforme a la cual no procede ningún recurso contra las sentencias del "órgano de cierre", es incorrecto darle alcance absoluto, pues el Tribunal Constitucional "no está exento de violar derechos". Un poco más de dos meses después, la Corte Suprema de Justicia (sent. 94 de 28 de agosto de 2008), revisaba una sentencia de tutela proferida por la Corte Constitucional y procedía a amparar los derechos de un tercero, adquirente de un inmueble con arreglo a la ley, que después se había visto sorprendido con una decisión judicial en que se ordenaba la entrega de dicho inmueble al accionante, una corporación de ahorro y vivienda.

cuales el juez se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

También considera susceptible de ser revisada por el juez de tutela, la sentencia de homologación de un laudo arbitral proferido en equidad, cuando pueda derivarse una manifiesta inequidad del cumplimiento del laudo, caso en el cual se estará ante una vía de hecho (sent. T-46 de 2002).

Aunque tardiamente, la Corte Constitucional hizo claridad respecto de un aspecto fundamental que, aunque deducible del propio texto constitucional, había puesto en vilo la certeza y estabilidad de las sentencias de tutela, ante la arremetida de accionantes perdedores, ansiosos de obtener reivindicación por la vía más rápida. En providencia de sala plena, unificadora de jurisprudencia (SU 1219 de 21 de noviembre de 2001), por fin proclamó en decisión unánime: "la acción de tutela no procede contra fallos de tutela". Contra ningún fallo, así el alegato se fundamente en la ocurrencia de una vía de hecho. Ello por cuanto dicha Corte es el órgano de cierre del sistema jurídico y máximo tribunal de derechos constitucionales, de modo que la única alternativa para manifestar la inconformidad con la tutela de segunda instancia es la intervención de la parte interesada ante aquella corporación, a la cual corresponde su *revisión eventual*, pues de lo contrario se proporcionaría una cadena interminable de demandas contra sentencias de tutela, lo que riñe con el principio de la seguridad jurídica. Y con la lógica. Algo obvio, pero que por falta de jurisprudencia expresa estaba conduciendo a que se interpusiera una nueva acción de tutela, esta vez contra la sentencia de tutela, y que los jueces dieran trámite a semejantes solicitudes, a veces, incluso, sin que la sentencia de segunda instancia estuviese todavía ejecutoriada, pues quedaba faltando que la corporación superior (Corte Constitucional) decidiera acerca de su revisión.

Finalmente, en un nuevo intento, según sus palabras inducido por "la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de la tutela", la Corte reemplazó el uso conceptual de la expresión *vía de hecho* por la de *causales genéricas de procedibilidad*, primero en una sentencia de tutela (T-441 de 2003) y después en un estudio de mayor fondo expuesto en sentencia de constitucionalidad (C-590 de 2005). En este fallo hizo depender la tutela contra providencias judiciales —autos y sentencias— del cumplimiento de unos requisitos o causales *generales* de procedibilidad que calificó de "rigurosos", y que enunció de la manera siguiente:

• Que la cuestión que se discute, sea de evidente relevancia constitucional.

• Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial.

• Que se cumpla el requisito de la inmediatez.

• Que cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna.

• Que la parte accionante identifique los hechos que generaron la vulneración, los derechos vulnerados y que hubiese alegado tales violaciones durante el proceso. Y,

• Que la acción no se interponga contra sentencias de tutela.

Ahora, ya no de manera tan rigurosa sino más bien amplia, señaló los siguientes requisitos específicos o causales *especiales* de procedibilidad, una vez interpuesta la tutela contra providencias judiciales: el defecto orgánico; el defecto procedimental absoluto; el defecto fáctico; el defecto material o sustantivo; el error inducido; la decisión judicial sin motivación; el desconocimiento del precedente, y la violación directa de la Constitución.

Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado, que desde el año 2004 venía sosteniendo la "absoluta" improcedencia de la tutela contra providencias judiciales que pongan fin a un procedimiento o actuación (exp. AC-10203 de junio 29/04 y exp. IJ 0270 de noviembre 9/04), incluso llegando a calificar la vía de hecho como un "atajo irregular e inadecuado" que se coloca en contravía de la necesidad de disponer de un punto definitivo a partir del cual la sentencia no pueda ser modificada, como lo sugiere la idea de justicia, rectificó su posición al unificar jurisprudencia ante las distintas interpretaciones que se venían dando por las secciones de la corporación. Así, mediante sentencia de 31 de julio de 2012, adhirió a la tesis consistente en que la tutela procede contra sentencias que vulneren los derechos constitucionales fundamentales.

B) *Sujeto activo*

El titular de la acción es toda persona que necesite reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

Respecto de personas jurídicas, en un principio hubo dudas y hasta llegó a presentarse una jurisprudencia dual, en cuanto el Consejo de Estado por mayoría no les reconocía aptitud para instaurar tutelas, mientras

que la Corte Constitucional las incorporaba a la condición de titulares de la acción. Terminó por imponerse esta última tesis, pues es pertinente admitir que las personas jurídicas pueden ver vulnerados o amenazados ciertos derechos fundamentales, como el derecho de petición (art. 23), la libertad de asociación (art. 38), el *habeas data* o derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas (art. 15), etcétera.

En los países iberoamericanos que tienen establecido el juicio de amparo, el sujeto activo o actor es no solamente cualquier persona física sino también la persona jurídica, de naturaleza pública o privada, salvo —como sucede en Colombia— que el derecho esté garantizado por el *habeas corpus*.

La solicitud podrá incluirse en memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, o presentarse verbalmente en caso de urgencia o tratándose de menores de edad o analfabetos; en este último supuesto, recibida por el secretario la solicitud verbal, el juez procederá a corregirla en el acto.

Dicha solicitud deberá contener: la identificación del interesado (nombre y lugar de residencia); la expresión de los hechos fundamentales (la acción o la omisión que la motiva), el derecho que se considera violado o amenazado (determinándolo claramente, pero no es indispensable citar la norma constitucional infringida), las pretensiones (subsumidas en obligaciones de dar, hacer o no hacer), la descripción de las demás circunstancias relevantes que sirvan para adoptar la decisión (v. gr. indicación de los medios de prueba para su práctica por el juez, si fuere necesario, pues deberán acompañarse los documentos probatorios de que se disponga) y el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio. A este último respecto, la reglamentación es la siguiente:

"*Personas contra quienes se dirigirá la acción e intervinientes.* La acción 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.

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" (decr. 2591 de 1991, art. 13).

Además, el actor deberá dejar constancia en el texto de su solicitud, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra acción coincidente que verse sobre los mismos hechos y reclame el cumplimiento de idénticos derechos, es decir, declarar que su acción es única. La infracción a esta conducta de lealtad procesal es castigable con la sanción correspondiente al falso testimonio y la actuación implicará el rechazo o decisión desfavorable de todas las solicitudes; el abogado que actúe como apoderado será sancionado con la suspensión de su tarjeta profesional "al menos por dos años", y en caso de reincidencia, con la cancelación, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar por su actuación temeraria.

Hoy, después de muchas peripecias, ha vuelto a regir el decreto 1382 de 2000, "por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela", reglamentario del artículo 37 del decreto-ley 2591 de 1991 (véase suplemento). Primero fue declarado inaplicable por la Sala Plena de la Corte Constitucional con efectos *inter pares* —respecto de todos los casos semejantes—, al resolver un conflicto de competencia (auto 71 de 27 de febrero de 2001), por considerar que la norma violada, el artículo 86 de la Constitución, de manera clara dice que la acción de tutela puede ser presentada "ante los jueces, en todo tiempo y lugar", de donde la excepción de inconstitucionalidad resulta de la simple comparación de la norma inferior con la Carta Política, con lo cual se asegura la efectividad del principio de supremacía constitucional; después, suspendida su vigencia durante un año por el gobierno (decr. 404 de 2001). Sin embargo, la corporación competente para decidir sobre la juridicidad del decreto, con efectos *erga omnes* —fuerza obligatoria general—, el Consejo de Estado, después de presentarse empate en la sección primera, presidida por el magistrado ponente, Camilo Arciniegas Andrade, en sala de conjueces, por mayoría de tres votos contra dos negó tanto la suspensión provisional como la anulación (auto 3 diciembre 2001 y sent.18 julio 2002). Con todo, quedaron por fuera el inciso cuarto del artículo 1º y el inciso segundo del artículo 3º, los cuales fueron declarados nulos; decían respectivamente: "Las acciones de tutela dirigidas contra la aplicación de un acto administrativo general dictado por una autoridad nacional serán repartidas para su conocimiento al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundina-

marca, siempre que se ejerzan como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable", y "Cuando se presente una o más acciones de tutela con identidad de objeto respecto de una acción ya fallada, el juez podrá resolver aquella estándose a lo resuelto en la sentencia dictada bien por el mismo juez o por otra autoridad judicial, siempre y cuando se encuentre ejecutoriada".

La sección primera del Consejo de Estado, con base en jurisprudencia de la corporación, reiteró que el presidente de la república puede ejercer la potestad reglamentaria respecto de todas las leyes en general, en cualquier tiempo y sin distingos. Partiendo del postulado —cuestionado por la minoría— según el cual la Constitución no establece la competencia para el conocimiento de la acción de tutela, sostuvo que ni ese estatuto, ni la ley, ni decreto con fuerza de ley determinan que sea el interesado quien pueda escoger su propio juez de tutela que prevenga sobre los demás; por tanto, al juez debe llegarle la petición de acuerdo con su competencia y el reparto determinado por las normas legales y reglamentarias. Insiste en que el artículo 86 de la Carta Política encomienda a "los jueces" la protección de los derechos fundamentales, sin establecer regla alguna de competencia, tal como se advierte en la expresión "juez competente", que emplea este artículo al instituir el derecho a la impugnación y que denota cómo el señalamiento de dichas reglas está deferido a otras normas jurídicas.

Por consiguiente, es indispensable atender las prescripciones del decreto 1382 de 2000 respecto de la distribución de la competencia de los jueces para conocer de las acciones de tutela. Así, de las que se interpongan contra cualquier autoridad *nacional* (salvo organismo o entidad del sector descentralizado por servicios), conocerán en primera instancia los tribunales superiores de distrito judicial, los tribunales administrativos o el Consejo Seccional de la Judicatura; de las que se interpongan contra cualquier autoridad del orden *departamental* y organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del nivel nacional, conocerán en primera instancia los jueces de circuito (reparto), y de las que se interpongan contra cualquier autoridad del orden *distrital o municipal* o contra *particulares*, conocerán en primera instancia los jueces municipales (reparto). Cuando la acción se promueva contra más de una autoridad y estas sean de diferente nivel, el reparto se hará al juez de mayor jerarquía, de conformidad con las reglas precedentes.

La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura (Sala Jurisdiccional Disciplinaria), conocerán en