



Atribución-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-ND 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer un uso comercial de esta obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

LA ACCIÓN DE TUTELA: ¿UN MECANISMO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL O UN RECURSO EXTRAORDINARIO?

Angie Natalia Mejía Lozano¹.
Universidad Católica de Colombia

Resumen.

La Constitución Política de 1991 como norma de normas, sostiene que Colombia es un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista; conformando así, un conjunto de derechos inherentes a la persona humana. De esta manera, la carta política introduce un mecanismo para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, el cual denominó en su artículo 86 como Acción de Tutela.

A partir de lo expuesto, se busca desarrollar en este artículo la evolución de dicha acción y la naturaleza jurídica, presentados como especie. Así como, determinar el alcance de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en condición de género. Estas dos perspectivas, tanto como especie como de género, se han positivado, al ser reconocidos por los distintos fallos de tutela. En tal sentido, es de resaltar que la tutela nace como un mecanismo subsidiario de amparo de los derechos fundamentales, radicando la competencia en un juez que los protege en sede de constitucionalidad, con facultades de determinar el alcance de sus decisiones. De modo que establece la forma de resolver situaciones subsidiarias, como el desacato de la orden judicial impartida.

Palabras Claves: Acción de Tutela, garantía constitucional, derecho fundamental, derecho humano, mecanismo transitorio, perjuicio irremediable, juez de tutela.

Abstract.

¹ Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, 2014, Auxiliar Judicial Ad Honorem de la Corte Constitucional Colombiana.

The constitution of 1991, being the supreme law, argues that Colombia is a democratic, participatory and pluralistic rule of law; thus forming a set of inherent rights of the human person. Thus, the Constitution introduces a mechanism for the effective protection of the fundamental rights of individuals, which call into Article 86 tutela.

This allows developing in this article the evolution of the action and the legal nature, presented as a species. And determine the scope of fundamental rights and human rights in gender. These two perspectives, both as a species and gender, have been positivizando, to be recognized by the various failures of protection. In this regard, it is noteworthy that the guardianship was created as a subsidiary mechanism for protection of fundamental rights by filing a court competition that protects constitutionality headquarters, with powers to determine the scope of their decisions. So how to solve establishes subsidiaries situations, such as contempt of court order given.

Keywords: Tutela, Constitutional Guarantee fundamental rights, Human rights, transitional mechanism, irreparable harm, guardianship judge.

Sumario.

Introducción. 1. Origen de la Acción de Tutela. 2. La Tutela como Mecanismo de Protección. 2.1. La Tutela como Mecanismo Transitorio. 3. La Decisión del Juez en Sede de Constitucionalidad. 3.1. El Juez Ordinario Vs El Juez Constitucional. 3.2. Alcances de la Decisión. 4. ¿Cómo Hacer Efectiva la Decisión del Juez Constitucional? 4.1. El Incidente de Desacato. 4.2. La Denuncia Penal. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción.

La Constitución Política de 1991, concibe el Estado como Social de Derecho; centrado en los derechos, las garantías individuales y los Derechos Humanos. Siendo prevalentes los derechos fundamentales que se han positivado, ya sea por el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico o mediante la fundamentación e interpretación constitucional que concretiza un derecho humano universal, abstracto y su carácter de prevalente sobre otros derechos. Esto es, que el derecho humano al ser interpretado por el juez constitucional, define el ideal de corrección moral en el caso concreto.

Dentro de este contexto se encuentra la “Teoría de la Argumentación Jurídica” (1978) y la “Teoría de los Derechos Fundamentales” (1993), planteadas por el maestro alemán Robert Alexy (1945-), como filósofo del derecho. Lo mismo que el filósofo norteamericano Ronald Dworkin (1931-2013), quien en sus escritos de “Derechos en serio” (1989) y “El Imperio de la Justicia” (2009), desarrolla los alcances y distinciones sobre los tipos de normas que se encuentran en todo ordenamiento jurídico. Lo anterior implica las reglas, los principios y las directrices concernientes para cada caso. Esta distinción común a los autores, son incorporados por la Corte Constitucional en sus decisiones.

De modo que, puede entenderse en este caso, que las reglas corresponden a *mandatos definitivos* y por tanto, son la realidad fáctica, el mundo del ser. Así mismo, los principios atañen al “estándar que ha de ser observado”, por ser una exigencia de la justicia, como ideal de corrección moral. Finalmente, la directriz es el *tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado*. (Dworkin, 1989).

A partir de estos tres elementos, se reconoce a la Acción de Tutela como un mecanismo transitorio o subsidiario, para garantizar los derechos fundamentales o los derechos que derivan de las normas en su carácter trivalente de regla, subregla, principio, y directriz. De modo que como normas en blanco o con haz de penumbra, la tutela demanda un estudio de la doble naturaleza del derecho, esto es: su *carácter*

factico, como *factores reales de poder y las instituciones jurídicas* (Lassalle, 1984), así como su carácter de *corrección moral* (Alexy, 1997). Es con base en estos presupuestos teóricos, que aquí se aborda la Acción de Tutela como mecanismo transitorio para la protección de los derechos fundamentales.

Así que el problema de investigación desarrollado, se centra en definir la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, los derechos humanos, su alcance y la protección de los mismos a través de un mecanismo subsidiario como lo es la Acción de Tutela. Esto incluye aspectos como el papel del juez ordinario frente al juez en sede de constitucionalidad, la observancia de la orden judicial y el incidente de desacato.

Finalmente se presentan los criterios principales de interpretación constitucional y los criterios auxiliares para definir los derechos fundamentales, que ha establecido la jurisprudencia constitucional; así como conocer la forma como se hace el reparto en la Corte Constitucional, cómo se hace la revisión y eventual selección de las tutelas, bajo los parámetros establecidos por el Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015. Lo anterior para insistir en que se estudie el caso como elemento de reconocimiento de un derecho constitucional fundamental.

1. Origen de la acción de tutela.

La Acción de Tutela es un medio jurídico consagrado desde hace algún tiempo en países como Italia, Alemania, y España.

En Italia, se implementó a través de la Constitución de 1947, siendo ésta, la carta política el producto del movimiento republicano, el cual consagró un sistema político, liberal y democrático; luego de la Segunda Guerra Mundial. Esta constitución reconoció los derechos inviolables, según el derecho que se trate, porque mientras

la garantía de los derechos implica la libertad de derechos positivos y negativos. De modo que busca que ambos sean protegidos por el ordenamiento jurídico.

En Alemania fue la constitución de 1949, la que incluyó directamente el recurso de amparo constitucional, dirigido a todos los ciudadanos que se vieran lesionados en sus derechos constitucionales por acciones u omisiones de los poderes públicos (Morales, 2006).

La ley fundamental de la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949, consideró como derechos fundamentales, los siguientes: *“el derecho a la vida, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad en todas sus expresiones, la seguridad jurídica, la propiedad en sus distintas formas”* (Gómez, 2009).

En España, fue la constitución de 1978, en su artículo 53, donde se introdujo el amparo judicial como el mecanismo que tienen todas las personas para reclamar la protección y garantía de las libertades y derechos que se incluían en la constitución, denominándose dicha protección, tutela.

Por otro lado, la mayor parte de los países de América latina de acuerdo con los planteamientos presentados por Noriega (2000), sobre el amparo mexicano ha influido en tal forma que lo han incorporado a sus sistemas legales como un instrumento preferente de protección de los derechos y libertades fundamentales.

El primer país en introducir el amparo fue Guatemala con su Constitución de 1879, posteriormente, lo incorporó Honduras (1894), el Salvador (1886), Nicaragua (1911), Panamá (1941) y Costa Rica (1946). En Argentina, se implementó el recurso de amparo gracias a la interpretación que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Teniendo como base la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que fue aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1945. (Noriega, 2000).

Finalmente, en el año 1994 la Convención Constituyente reformó la Constitución de la República de Argentina, en donde se le dio a la acción de amparo un status constitucional y lo estableció como un medio idóneo para la tutela efectiva de los derechos constitucionales sin importar quién es el sujeto vulnerador del derecho. Asimismo, la doctrina le ha dado distintas denominaciones tales como recurso, petición, interdicto, juicio, proceso, figuras procesales: Acción de amparo, de habeas corpus y habeas data.

Así las cosas, se dice que la acción es expedita y rápida, lo que permite suponer la existencia de un derecho de protección, no solo como herramienta procesal, sino también como una garantía de la persona. La anterior reforma permitió la consagración de diferentes acciones las cuales tienen por objeto la protección de los derechos constitucionales. (Noriega, 2000).

En Chile, es introducida como un recurso de protección a través de la constitución de 1980, se estableció como la facultad que tienen las personas para revocar el ejercicio de la función jurisdiccional, en razón a la protección, declaración o reconocimiento de los derechos de las personas de modo directo e inmediato. Éste es un derecho esencial de la persona humana, el cual debe ser interpuesto por la persona afectada o cualquiera en su nombre, dentro de un plazo de 15 días. (Noriega, 2000).

En Costa Rica, el recurso de amparo tiene un rango constitucional establecido por el artículo 48 de la Constitución Política. El recurso garantiza derechos y libertades fundamentales consagradas en la constitución o en instrumentos sobre derechos humanos.

Lo anterior, procede contra actos arbitrarios y actuaciones que van contrarios a la ley y a la norma establecida, para acceder a la misma no es requisito que el derecho fundamental haya sido violado, pero la amenaza debe ser cierta, real, efectiva e

inminente. Esto, para que toda persona tenga la certeza de que sus derechos cuentan con una garantía y son protegidos por el sistema.

En Venezuela, la constitución de 1961, consagró por primera vez la acción de amparo como medio para obtener la protección en el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.

La acción de amparo es breve, sumaria y eficaz, para la protección, además de ser un medio judicial extraordinario de orden público, de carácter personalísimo, gratuito y con carácter restablecedor más no creador de derechos.

Venezuela estableció las modalidades de amparo así: Amparo autónomo: Es la que se interpone de modo principal y no acumulado, contra el hecho originado por ciudadanos, personas jurídicas, organizaciones privadas que hayan violado o amenacen violar las garantías constitucionales. Amparo contra norma: Dirigida al restablecimiento en el goce efectivo de un derecho que se vea perturbado por la aplicación de una Ley. Amparo contra sentencia: Se interpone contra un tribunal de la república, cuando actuando por fuera de su competencia dicta resolución o sentencia que lesiona un derecho.

En la actualidad el principal problema jurídico venezolano es que no existe una jurisdicción constitucional, es decir que se ve afectado el trámite ordinario que llevan los tribunales de primera instancia, ya que éstos deben darle prioridad y trámite a la acción de amparo.

Finalmente, en Colombia la Tutela fue concebida para luchar contra arbitrariedades que afectan a personas determinadas en situaciones particulares, y su objetivo es proteger los derechos fundamentales de las personas., siendo ésta la respuesta a tres tipos de problemas: 1. Al principio de los años 90, el país carecía de una herramienta jurídica equivalente al amparo, razón por la cual en primer momento se

acogió a la propuesta del gobierno del presidente Gaviria, la cual iba encaminada a superar y suplir el vacío. 2. La frecuente utilización de la violencia para resolver conflictos, demandó la creación y búsqueda de herramientas pacíficas para la solución de los mismos para que no quedara impune y sin remedio la vulneración o amenaza de los Derechos Fundamentales. 3. En el campo político, fue utilizada para suplir los problemas de interpretación de los textos constitucionales, los problemas de acceso a la administración de justicia, los problemas de la rigidez y lentitud de los mecanismos procesales, el formalismo jurídico y la supremacía constitucional concreta y efectiva.

En la actualidad todas las personas tienen acceso directo a la justicia, por eso, cualquier persona colombiana o extranjera, mayor o menor de edad podrá interponer Acción de Tutela en cualquier momento, sin necesidad de actuar mediante apoderado. Lo importante es que la persona que interpone la acción tenga interés jurídico, esto significa que sus derechos fundamentales hayan sido o estén en peligro de ser vulnerados (Camargo, 2005).

Es importante señalar, que la tutela procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial o que existiendo este no sea idóneo o eficaz para la protección del derecho fundamental presuntamente transgredido pero, procederá contra cualquier autoridad pública. A la misma se le da un trato preferencial, como lo establece el artículo 15 del decreto 2591 de 1991.

Es así como la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela T 406 de 1992, el MP Ciro Angarita expone que: *“una de las manifestaciones de la crisis del estado constitucional en la segunda mitad del siglo XX, consiste en afirmar que de nada sirve una buena lista de derechos, sino se tiene en cuenta el proceso de aplicación”*.

Lo anterior, permite afirmar que la constitución de 1991, reconoce por primera vez en Colombia los derechos fundamentales y los va a garantizar, mediante la Acción

de Tutela. En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional en sus sentencias de tutelas se ve influenciada por el pensamiento ius naturalista de Ronald Dworkin, al concebir los derechos fundamentales como inherentes a la persona humana. Argumento que se evidencia en la Sentencia T 02 de 1992.

2. Tutela como mecanismo de protección.

Al preguntar por la naturaleza jurídica de una institución sustancial o procesal, implica responder la pregunta: ¿Qué es?

De acuerdo a lo anterior, se ha indicado que es un recurso de “amparo” o una acción autónoma que busca la protección de los derechos fundamentales (Sanclemente y Lasprilla, 2014), por tanto, es un mecanismo excepcional de garantía de los derechos, libertades, inmunidades, con que cuenta el ciudadano de acuerdo al pacto político y los instrumentos internacionales que se sustentan en la Ley 16 de 1972, art. 25. Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Ley 74 de 1968, art. 2 o Pacto de San José de Costa Rica. Dichos artículos en particular, reconocen los derechos humanos, derechos políticos, civiles y sociales, entre otros.

Asimismo es concebida como una acción breve y sumaria (Correa, 2009) con que cuenta el ciudadano para que le sea protegido su derecho el cual considera que está siendo vulnerado, o se encuentra en inminente peligro el cual podría llegar a constituir un perjuicio irremediable.

La naturaleza jurídica se define como una acción preferente que el juez en sede de constitucionalidad debe resolver ante la demanda de un ciudadano por la protección de sus derechos fundamentales o sus derechos humanos. Lo anterior, teniendo en cuenta la interpretación constitucional que ha venido haciendo a través del tiempo la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela, de constitucionalidad y en las sentencias unificadoras de doctrina constitucional.

Así las cosas, siendo el Estado el garante de los derechos fundamentales de sus ciudadanos a través de la carta política, el constituyente primario estableció unos criterios para identificar cuando estamos ante un derecho fundamental: 1) Criterio de Interpretación Principales: a) Bloque de Constitucionalidad, b) Derecho Prevalente, c) Interpretación auténtica; 2) Criterios auxiliares: a) Querer del constituyente, denominación general, b) Que el derecho tenga un plus, c) El derecho aparece registrado como de aplicación inmediata.

En la doctrina, tradicionalmente se habían definido como derechos fundamentales, aquellos que hacen referencia a las garantías e inmunidades subjetivas de los ciudadanos tales como el derecho a la intimidad, al debido proceso, a la honra, a la paz, entre otros.

A lo largo de la historia se ha tratado de establecer ¿qué son? y ¿cuáles son los derechos fundamentales?, los cuales coinciden con aquellos derechos que son esenciales a la persona humana o inherente a la naturaleza humana. (Chinchilla, 2009 y Espinosa, 1992).

Los derechos fundamentales entendidos desde una concepción filosófica son definidos como una institución jurídica (Rawls, 1997) esto es como un sistema público de reglas, derechos, obligaciones, deberes e inmunidades los cuales son predicables de un sujeto de derecho.

En el mismo sentido son estudiados como derechos fundamentales generales la tolerancia, la libertad de conciencia, la igualdad, al abstraerlos de los instrumentos jurídicos (Edicto de Nantes, 1598 y la Petition of rights, 1628) al considerarlos como valores positivizados en una norma positiva (Sanclemente, et al, 2014).

El derecho fundamental es comprendido como una especie del género “derechos humanos”. En la historia del derecho constitucional los “derechos fundamentales” fueron incorporados en la constitución Alemana de 1949 y en la española de 1978,

constituyéndose estos elementos como uno de los referentes a los contemplados hoy día en la carta política de 1991. La Corte Constitucional oscilo entre las denominaciones de derechos constitucionales generales y derechos constitucionales fundamentales para luego, indicar que todos los derechos constitucionales son fundamentales.

Razón por la cual, la Corte Constitucional, en desarrollo de su jurisprudencia ha señalado que los derechos fundamentales se ubican dentro de los “conceptos jurídicos indeterminados”, obligando al juez constitucional hacer una labor de examen de la naturaleza de los mismos. Es por ello que, en la Sentencia T 418 de 1992, el alto tribunal señaló “los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto del núcleo jurídico, político, social, económico, y cultural del hombre”. Esta posición fue modificada mediante la SU 225 de 1998, en la cual se indicó que los derechos de aplicación inmediata del artículo 95 superior, pueden ser sometidos al “fenómeno de la Transmutación” y adquirir la categoría de derechos subjetivos.

Por lo anterior, se debe entender que los derechos fundamentales se delimitan de acuerdo al caso en concreto y en el contexto de su reclamación y demanda, por esta razón, no existe un listado taxativo de los mismos, toda vez que la Corte Constitucional recurriendo a los tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos de la mujer, derechos civiles y políticos, y los que ingresan al ordenamiento jurídico Colombiano por el denominado bloque de constitucionalidad, artículo 93 superior, se vienen reconociendo por vía de tutela nuevos derechos catalogados como fundamentales.

Por otro lado, los Derechos Humanos son estudiados desde varios niveles, como el conjunto de necesidades materiales que sustentan la vida, la dignidad de la persona y de su grupo familiar o su vida en relación. Asimismo como el conjunto de necesidades espirituales que potencian el desarrollo y la trascendencia del ser

humano, en las dimensiones estéticas y culturales como un ser social; también como la consecuencia de la evolución de la conciencia humana respecto a nuevas necesidades de auto desarrollo o auto motivación frente a la vida, la organización social y el Estado.

Es necesario resaltar, que los derechos humanos tuvieron o han tenido una taxonomía que coincide con situaciones históricas de la humanidad así:

- a) Los derechos de primera generación como resultado del reconocimiento de las libertades reclamadas en el siglo XVIII por los ilustrados (Kant, 2003), como consecuencia de la revolución francesa, y la promulgación de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789 (Cortés Nieto, 2009).
- b) Los derechos de segunda generación como resultado de la revolución bolchevique en 1917, se denominaron derechos sociales, económicos y culturales.
- c) Los derechos de tercera generación como el resultado de las reclamaciones o consecuencias de la segunda guerra mundial en 1945, asociados a la paz, a los derechos ambientales, a la comunidad. Posteriormente se sumo a dicha clasificación otra categoría de derechos humanos orientada a reconocer las minorías étnicas, las personas tradicionalmente desfavorecidas y aquellas derivadas de concepciones ius naturalistas que comprendían que existen unos derechos anteriores o superiores al contrato social, los cuales demandan su protección.

Por otro lado, se tiene que frente a la colisión entre 2 tipos de derechos constitucionales, la Corte ha recurrido al criterio de ponderación consistente en la aplicación del criterio de proporcionalidad para definir el peso de cada uno de los derechos en concreto, recurriendo a la propuesta de Robert Alexy sobre la asignación de valores específicos y abstractos a los grados de protección y sacrificios de los derechos en tensión. Significa éstos, que el criterio de proporcionalidad utilizado por la corte en sus diferentes fallos se centra en el grado

de razonabilidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, definiendo los juicios de idoneidad, necesidad, prevalencia y los test de proporcionalidad. Aspecto que puede confrontarse con lo expuesto en la sentencia C 041 de 1994.

2.2. La tutela como mecanismo transitorio.

Al delimitar la Acción de Tutela, como un mecanismo subsidiario e inmediato para la protección de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha delimitado el alcance de dicha acción, para diferenciarla de los medios ordinarios de defensa de los mismos.

Significa lo anterior, que la tutela como mecanismo transitorio de defensa judicial de un derecho fundamental requiere que no exista otro medio de defensa judicial para su reclamación, protección o restablecimiento del derecho; en caso de que exista otro mecanismos de defensa principal, debe invocarse y probarse que dicho mecanismo no es idóneo ni eficaz para la garantía efectiva del derecho presuntamente conculcado.

Así las cosas, el decreto 2591 de 1991, estableció el concepto de “perjuicio irremediable” el cual se decantó en la jurisprudencia constitucional a través de 3 características esenciales: a) la inminencia, b) la gravedad, c) la imposibilidad de restitución.

Al considerar el inminente daño debemos entender que no hay tiempo para que se surta el mecanismo ordinario de defensa, razón por la cual para estos casos es procedente la tutela, invocándola como mecanismo transitorio.

Al abordar el alcance del término de gravedad, el cual hace referencia a la imposibilidad de seguir sometido al proceso ordinario, puesto que cuando se falle de fondo, se precisa que hay un daño consumado.

Por último el carácter de imposibilidad de restitución, significa que no existe la posibilidad de volver las cosas a su estado anterior y, por esta razón las 3 características hacen que la tutela como mecanismo transitorio prospere en la defensa de algunos derechos fundamentales relacionados con la vida, la salud y algunos derechos colectivos como el medio ambiente.

La Corte Constitucional, mediante las sentencias unificadoras SU 250 de 1998, y presentada por el MP Alejandro Martínez Caballero. SU 713 del 2006, MP Rodrigo Escobar Gil, SU 544 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett, argumentando que “todo daño que no puede ser reparado, debe ser resarcido”; ha reiterado su jurisprudencia en el sentido de interpretar el alcance del término de “perjuicio irremediable”, en el contexto de la interpretación del decreto 306 de 1992, que reglamento el decreto ley 2591 de 1991, en su artículo 1 para determinar los casos en los cuales no existe perjuicio irremediable, enunciando 6 situaciones que hacen que la misma sea improcedente.

Es preciso resaltar que el amparo constitucional transitorio, de un derecho fundamental que está amenazado o subsumido frente al concepto de perjuicio irremediable, debe diferenciarse de la reparación patrimonial o indemnizatoria que podría recibir en un fallo de fondo el ciudadano en defensa de sus intereses. Lo anterior significa que la misma se torna improcedente para las reclamaciones económicas.

Finalmente son dos principios rectores que debe observar el juez de instancia en sede constitucional: 1) que no exista otro mecanismo de defensa judicial que sea idóneo y eficaz para la protección del derecho reclamado; o 2) que existiendo medio ordinario judicial para la protección del derecho fundamental, se trate de aquellos caracterizados de perjuicio irremediable (Henaó Hidrón Javier, 2010).

3. La decisión del juez en sede de constitucionalidad.

3.1. El juez ordinario Vs el juez constitucional.

Con el artículo 86 de la constitución política del 91, se estableció la necesidad de fijar la competencia de los jueces para definir la protección de los derechos fundamentales. En tal situación el Decreto 2591 de 1991 fijo una competencia especial a los jueces que conozcan en sede constitucionalidad por las demandas instauradas por los sujetos activos denominados accionantes, contra los sujetos pasivos denominados accionados, que pueden ser entidades públicas o privadas y personas naturales con las que se guarde un grado de subordinación.

El decreto reglamentario 1382 de 2000, establece unas reglas para el reparto de las acciones de tutela así:

1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden nacional, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia a los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura.
2. A los jueces del circuito o con categoría de tales, les serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental. Como las acciones contra la prensa y los medios de comunicación social.
3. A los jueces municipales les serán repartidas para su conocimiento en primera instancia las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad pública del orden distrital, municipal o contra particulares.

Así las cosas, el juez natural es aquel a quien la constitución o la ley le han atribuido asuntos para su resolución. Argumento que se sustenta en las sentencias C 444 –

1995, presentadas por los Magistrados Ponentes Carlos Gaviria Díaz, (C 110 – 2000); Álvaro Tafur Galvis (C 429-2001) y Jaime Araujo Rentería.

En el caso de la acción de tutela el constituyente no determinó ni creó un juez constitucional especializado sino que, confió en la experiencia, en el conocimiento de los jueces ordinarios para que una vez presentada la Acción de Tutela estos se constituyeran en jueces en sede de constitucionalidad y decidieran de manera preferente, breve y sumaria la petición del ciudadano.

Así las cosas, se trata de presentarse ante un juez ordinario de conocimiento, que de acuerdo a su especialidad y teniendo en cuenta el decreto 2591 de 1991 y el decreto 1382 del año 2000, se erige como juez constitucional para emitir la decisión correspondiente al amparo constitucional.

Es de resaltar que el juez de conocimiento de una determinada causa no pierde competencia ni constituye prejulgamiento si decide una Acción de Tutela, en la que se vean comprometidos otros intereses que se fallaran de fondo en el proceso ordinario, porque se trata de definir la protección de un derecho constitucional fundamental.

De lo anterior se colige que, existen jueces en sede constitucional y jueces ordinarios de conocimiento según los estatutos procesales respectivos.

Es importante establecer que el decreto 2591 del 1991 fue contundente en aplicar el principio de la doble instancia en las decisiones de tutela y que según el querer de la asamblea constituyente estos fallos tendrían eventual revisión, la cual esta en cabeza de la Corte Constitucional como guardián de la integridad y supremacía de la constitución, como lo ordena el artículo 241 numeral 9 “revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con Acción de Tutela de los derechos constitucionales”.

La revisión se hace conforme al reglamento interno de la Corte Constitucional, el cual fue modificado por el Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015, en el que se estableció que para la selección de tutelas se deberán tener en cuenta los principios constitucionales: transparencia, moralidad, racionalidad, eficacia, publicidad, autonomía judicial, economía procesal, celeridad, imparcialidad, seguridad jurídica y los criterios orientadores ya sean objetivos, subjetivos o complementarios.

Por lo anterior, se creó una Unidad de Análisis y Seguimiento al proceso de Selección de tutelas, la cual está integrada por 9 miembros designados uno por cada despacho, más un coordinador designado por presidencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 49B un fallo de tutela podrá ser eventualmente seleccionado, cuando ha sido puesto a consideración de la Sala de Selección por cualquiera de las siguientes vías:

- Preselección por parte de la Unidad de Análisis y Seguimiento al proceso de Selección de tutelas, teniendo en cuenta las reseñas esquemáticas.
- Presentación de una solicitud ciudadana a la sala de selección.
- Insistencia.

El artículo 49D, establece que La Sala de Selección de Tutelas, estará conformada por dos Magistrados, los cuales se designan cada mes por la Sala Plena de la Corte Constitucional en forma rotativa y por sorteo.

La secretaria general deberá informar de inmediato a los Magistrados que integran la Sala de Selección, sobre las acciones de tutela que tengan que someterse a consideración de dicha Sala, solicitudes de insistencia y solicitudes de los ciudadanos para revisión.

De igual manera, la Unidad de Análisis y Seguimiento al proceso de Selección de tutelas, con antelación de la Sala de Selección rendirá informe correspondiente a las reseñas esquemáticas las cuales deberán estar integradas por la identificación de las partes, las pretensiones, las decisiones de instancia, el derecho fundamental supuestamente vulnerado y por ultimo los argumentos por los cuales se solicita la selección teniendo en cuenta los principios y criterios orientadores de selección.

Según el artículo 33 del decreto 2591 de 1991, es facultad discrecional de la Sala de Selección escoger las sentencias de tutela que serán objeto de revisión, así como también los son las peticiones que realizan las personas interesadas en que se revise un fallo de tutela. Asimismo, se procederá en caso de petición de insistencia de los particulares, sobre la revisión de un fallo excluido de la revisión, el cual está en cabeza únicamente del Defensor del Pueblo, del Procurador General de la Nación, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica o de un Magistrado de la Corte Constitucional.

La revisión eventual de la corte constitucional tiene como objetivo unificar la jurisprudencia, ya sea por asunto novedoso, determinar el alcance de los derechos fundamentales, necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional, de la misma forma se pronuncia en los casos en que exista urgencia de proteger un derecho fundamental o la necesidad de materializar un enfoque diferencial, y también lucha contra la corrupción, la preservación del interés general, afectación del patrimonio público.

En la eventualidad que una tutela no fuera objeto de revisión, el ciudadano tiene la responsabilidad dentro de los 15 días siguientes a la comunicación de la secretaria general, al despacho del magistrado o al recibo de dicha información por parte del

defensor del pueblo interponer el recurso de insistencia, expresando las razones que permiten aclarar el alcance del derecho o evitar el perjuicio grave.

Cabe anotar, que los 9 magistrados cuentan con un grupo determinado de auxiliares Ad Honorem, los cuales desempeñan la función de revisar las tutelas que interponen todos los ciudadanos a nivel Nacional, y que llegan a la Corte Constitucional para su eventual revisión, para esto, cada despacho recibe 15 paquetes por 20 expedientes cada uno, para un total de 300 expedientes por despacho, es decir diariamente se revisan 2.700 expedientes.

Finalmente la distinción entre el juez en sede de constitucionalidad y el juez ordinario obedece a la competencia especial para definir y restablecer la proyección de los derechos constitucionales fundamentales.

3.2. Alcances de la decisión.

Según lo establece el decreto 2591 de 1991, en los artículos 23 y 27, el accionado cuenta con 48 horas para cumplir la orden judicial sin perjuicio de que este plazo se pueda aumentar.

En principio la decisión de tutela solo surtirá efectos en el caso concreto y con efectos hacia el futuro, salvo que diga lo contrario. El fallo puede consistir en una orden de hacer o dejar de hacer, toda vez que el juez puede escoger libremente el contenido de su orden, pero también tiene los siguientes efectos:

- a. Inter partes, es aquel que va dirigido únicamente a las partes intervinientes o vinculadas en el curso de la tutela.

- b. Erga omnes, que significa que la tutela se extiende a los casos similares.
- c. Inter comunis, significa que se extiende aquellas personas que demuestren estar en igualdad de condiciones a las establecidas en el fallo de tutela, estas podrán solicitar la aplicación de los efectos para el caso en particular.
- d. y los otorgados por los estados de cosas inconstitucional
- e. adicionalmente se tiene que los efectos que otorga la sentencia hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, evitando con esto que exista una actuación temeraria por parte de las personas que acuden a este mecanismo de protección, además con los fallos de tutela, con las sentencia de constitucionalidad y las sentencia unificadoras, se constituye el precedente jurisprudencial de constitucionalidad, que es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades tanto judiciales como administrativas.

Los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional, tienen inmersas órdenes de hacer, no hacer o de restablecer un derecho, según sea el caso, buscando la protección de un derecho fundamental, siendo esta acción de interés particular, gratuita y expedita (Sáchica, 1993).

4. ¿cómo hacer efectiva la decisión del juez constitucional?

4.1. Incidente de desacato.

Emitida la sentencia que ampara un Derecho Constitucional fundamental, la entidad accionada deberá acatar la orden impartida por el juez constitucional de instancia, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo. El incumplimiento de la orden, da origen a lo que en la doctrina y la jurisprudencia, se denomina el incidente de desacato. (Henoa, 2010).

En consecuencia, el accionante deberá recurrir ante el juez constitucional para que previo el trámite del artículo 137 del código de procedimiento civil, se proceda a adelantar un incidente de desacato de la orden judicial, esto es, que el accionado deberá aportar dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del inicio del incidente, los documentos que permitan desvirtuar que ha incumplido la orden judicial, de no ser así, estará inmerso en las sanciones previstas en la ley, consagradas en el artículo 39 del código de procedimiento civil, consistentes en sancionar con multas, con pena de arresto, a los sujetos procesales sean empleados públicos, o particulares que sin justa causa incumplan con la orden. Sin perjuicio de las acciones penales que se puedan predicar de los accionados tales como fraude a resolución judicial, prevaricato por acción o por omisión.

El incidente de desacato deberá resolverse de manera expedita y en las mismas condiciones que establece el artículo 52 del decreto 2591 de 1991, esto es, que no debe superar los 10 días previstos para resolver la tutela, en aplicación del principio de inmediatez para la protección efectiva de los derechos fundamentales (Chinchilla, 2009).

4.2. La denuncia penal.

El accionante podrá formular autónomamente la denuncia penal contra el accionado por los presuntos delitos de fraude a resolución judicial o administrativa de policía en los términos del artículo 454 del código penal, modificado por la ley 1453 de 2011, artículo 47. Para que prospere la sanción penal se requiere, que el fraude se adelante de manera dolosa por quien tiene que cumplir la orden judicial o administrativa. Como reza en la Sentencia del 7 de diciembre de 2007. Esto es, que de manera consiente se decida a no querer cumplir.

De igual forma el accionante que se ve “burlado” por el accionado en el cumplimiento del amparo constitucional de su derecho fundamental, podrá denunciarlo por los delitos de prevaricato por acción o por omisión en los términos

del artículo 413 y 414 del código penal. El bien jurídico conculcado en el prevaricato es la administración pública (Reyes, Y.) el juicio que adelantara el funcionario consistirá en establecer si se actuó de conformidad a la legalidad.

El incidente de desacato en la jurisprudencia constitucional, es entendido como un mecanismo de creación legal cuyo objeto es, que el obligado cumpla la orden impuesta por el juez en sede de constitucionalidad, y no que se imponga una sanción como las arriba señaladas (T- 482-2013).

CONCLUSIONES

Con base en el breve estudio realizado, se expone la siguiente apreciación a modo de conclusión.

La Acción de Tutela, hace parte de una realidad jurídica la cual tiene por objeto la protección efectiva de los derechos y garantías fundamentales inherentes a la persona humana, ante un agravio o amenaza, por acción u omisión de una autoridad, sienta un mecanismo de amparo gratuito, expedito, informal y regulado a través del decreto 2591 de 1991.

La Acción de Tutela como mecanismo transitorio o subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, o derechos constitucionales fundamentales, los cuales se han establecido mediante Criterios Principales de Interpretación, tales como: a) Bloque de Constitucionalidad (Galvis, 2011), que permite que ingresen al ordenamiento jurídico derechos reconocidos como derechos humanos en los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, los derechos de la mujer, los derechos de la minorías b) Derecho Prevalente, que en para este caso, se refiere expresamente el artículo superior consagra los derechos de los niños, niñas y adolescentes c) Interpretación Auténtica, que es la que hace la Honorable

Corte Constitucional como guardián de la constitución por expreso mandato del artículo 241 superior. Y Criterios auxiliares, así: a) Querer del constituyente, denominación general, b) Que el derecho tenga un plus, esto es que el derecho presente una súper garantía o protección c) El derecho aparece registrado como de aplicación inmediata, artículo 85 de la Constitución Política de 1991.

Por lo anterior, se puede establecer que la historia de la humanidad es la historia del hombre por la conquista de sus derechos fundamentales, los cuales son considerados en forma taxativa, y es así, como el Estado Colombiano reconoce, sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona sobre los derechos de la institución familiar, porque recoge la concepción cristiana del mundo, del cual el centro es el Hombre, como persona, y porque su objetivo natural son la familia y la sociedad.

Colombia siendo un Estado Social de Derecho, encaminado a velar por la defensa y protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas, los cuales fueron denominados en la carta política, no siendo éstos los únicos derechos que existen, en razón a que a través de los años, la jurisprudencia de las altas cortes y en especial la de la Corte Constitucional ha establecido e incluido nuevos derechos fundamentales tales como mínimo vital, ambiente sano, etc...

De esta manera se busca que con la Acción de Tutela, se le garantice y proteja al ciudadano sus derechos fundamentales, ante la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, con la condición de que no exista otro mecanismo de defensa judicial, salvo que la misma se interponga de manera transitoria.

Con base en lo anterior, y en el tiempo que llevo haciendo la judicatura en la Corte Constitucional, puedo decir que los ciudadanos acuden muchas veces a la tutela para subsanar su inoperancia dentro de un proceso ordinario, o cuando existiendo

los mecanismos ordinarios de defensa judicial idóneos y eficaces para que se lleve el proceso, éstos prefieren saltarse el conducto e interponen directamente el amparo constitucional. Lo anterior genera que la tutela sea utilizada como una tercera instancia, desconociéndose así los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales se ha establecido que la misma no suple la falta de actuación dentro de la jurisdicción ordinaria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Manuel Atienza e Isabel.

Espejo (Trads.). Madrid: Centro de estudios constitucionales, pp. 311-317.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (Trad.) Ernesto Valdés Garzón. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Camargo, P. P. (2005). *Acciones constitucionales y contencioso administrativo*. Bogotá: Editorial Leyer, 3a. Ed.

Córdoba Triviño, J. (1993). *Guía práctica de la Acción de Tutela*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2a ed.

Correa Henao, N. R. (2009). *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.: Grupo Editorial Ibáñez, 3a ed, p. 42.

Cortés Nieto, J. d. (2009). *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de derechos humanos*. Bogotá: Universidad del Rosario, pp. 565-575.

Cristancho Parra, L. (1994). *La acción de tutela guía páctica*. Ediciones jurídica Radar.

Chinchilla Herrera, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis, 2a. ed.

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. (Trad.) Marta Gustavino. 2002. Barcelona: Ariel, p. 72.

Dworkin, R. (2009). *El imperio de la justicia. De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría práctica*. Barcelona: Gedisa, 328 p.

Galvis Gaitán, F. A. (2011). *La Constitución Política de 1991. Balance de 20 años*. Bogotá: Temis, pp. 84-86.

García Herreros, O. (2011). *Apuntes de derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Fondo de publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, pp. 80-83.

Kant, I. (10 de marzo de 2003). *Respuesta a la pregunta ¿Qué es la ilustración?* (Trad.) Álvaro Corral. Obtenido de Utadeo.edu.co: http://www.utadeo.edu.co/files/collections/documents/field_attached_file/kant.pdf

Lamprea Rodríguez, P. A. (1994). *Principios fundamentales en la constitución de 1991*. . Santafe de Bogotá, D.C.: Jurídica Radar.

Lassalle, F. (1984). *¿Qué es una constitución?* Buenos Aires: Ediciones siglo XX, p. 48.

Marquardt, B. (2015). *Derechos humanos y fundamentales una historia del derecho*. . Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

Morales Alzate, J. J. (2006). *La acción de tutela en Alemania y en Colombia una comparación Die verfassungsbeschwerde in Deutschland und in kolumbien ein vergleich*. Colombia: Grupo Editorial Ibañez, 1a. ed.

Noriega Alcalá, H. (2000). La protección constitucional del ciudadano, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa rica y Venezuela. Argentina. *Ius et Praxis*, (6):1, pp. 541-542.

Pérez Escobar, J. (2004). *Derecho constitucional colombiano*. . Bogotá: Temis, 7a. ed. 213 p.

Presidencia de la República. (1992). *Los derechos fundamentales: protección para todos. Libro blanco de la tutela.* . Bogotá: ivstitia et literae.

Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia.* México.: Fondo de Cultura Económico. 1a. reimpresión, p. 20.

Reyes Alvarado, Y. (2003). Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad. *Derecho Penal contemporáneo. Revista Internacional.*, 75.

Rúa Castaño, J. R. (2002). *La tutela judicial efectiva.* Bogotá: Leyer.

Sáchica, L. C. (1993). *La Corte Constitucional y su Jurisdicción.* Bogotá: Editorial Temis, pp. 83-95.

Sancllemente Machado, D. L. (2014). El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho. *El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho.* Bogotá, Colombia: Ed, Pontificia Universidad Javeriana: Grupo Editorial Ibáñez. Colección mención de honor, pp. 61-64.

Younes Moreno, D. J. (2012). *Derecho constitucional colombiano.* Colombia: Grupo Editorial Ibañez Ltda.

Sentencias.

Colombia. Corte constitucional. (Mayo, 1982). Sentencia T 02/92. MP. Martínez Caballero, A. Bogotá.

Colombia. Corte constitucional. (Junio 19 de 1992). Sala de Revisión de Tutelas. Sentencia No. T-418/92B. MP. Sanin Greiffenstein, J. y Angarita Barón, C.

Corte Suprema de Justicia. (7 de diciembre de 2007) Sala de Casación Penal,
Radicado 26497. MP Socha Salamanca, J. E.