
**LA ACCION DE TUTELA:
EL VERDADERO
INSTRUMENTO DEL
PODER CIUDADANO**

Francisco Manuel Salazar Gómez
Abogado egresado de la Universidad Pontificia Bolivariana.

1. LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

A través de la historia encontramos la preocupación permanente de la colectividad por proteger los derechos de la persona; pero fue la Revolución Francesa la que introdujo por vez primera al panorama jurídico-político el concepto de "DROIT FUNDAMENTAUX", inspirada en los principios de la equidad y la igualdad entre los hombres y fundamentada en la escuela del derecho natural, preconizada por el racionalismo de HOBBS, LOCKE y ROSSEAU.

Debido a la generalización de las cartas de derechos, inspiradas en el modelo de la Revolución Francesa, encontramos en los ordenamientos constitucionales el propósito, más que todo idealista y romántico, de inscribir en un texto constitucional los derechos esenciales de la persona, con el objeto de que las autoridades los conozcan y respeten.

Pero esta mentalidad ha cambiado radicalmente y ya la doctrina moderna no considera suficiente esa simple formulación constitucional como medio para garantizar la eficacia de los derechos. Se piensa que la verdadera garantía de los derechos consiste en dotarlos de una protección procesal.

De allí que actualmente sea del caso distinguir entre la consagración de los derechos de un canon constitucional y sus garantías, las cuales no serán otras que los medios procesales que sirven para posibilitar su protección y eficacia.

Todo ello sin olvidar otra variable contemporánea: ya no se califican esos derechos simplemente de individuales, pues es necesario hacer referencia a la dimensión social. Si algo ha caracterizado los desarrollos posteriores a la segunda guerra mundial es la constitucionalización de derechos sociales.

El conjunto de instrumentos procesales o "GARANTIAS" en sentido estricto que se han establecido para tutelar los derechos de la persona bien pueden aglutinarse bajo la muy diciente denominación propuesta por el Maestro Mauro Cappelletti, de **Jurisdicción Constitucional de la Libertad**, partiendo del postulado de que esos derechos del hombre se califican "**derechos de libertad**", ya que proporcionan la esfera jurídica de autonomía e intangibilidad requerida para lograr el respeto de la igualdad y dignidad necesarias para la plena realización de la persona.

En razón a su capital importancia, estos procesos de garantía deben caracterizarse con los elementos indispensables para lograr una protección efectiva de la libertad, cuales son: **Flexibilidad, rapidez y concentración**. Como lo dice el profesor Fix Samudio, Presidente de la **Corte Internacional de los Derechos Humanos**.

"Requieren de un procedimiento en el cual imperen la **celeridad, la economía procesal; amplias facultades** para el juzgador, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante, así como en la aportación de elementos de convicción; un sistema **flexible** de medidas cautelares y especialmente, puesto que los anteriores elementos podemos encontrarlos con más o menos fuerza en otros enjuiciamientos, que los efectos del fallo protector sean esencialmente preventivos y reparadores, es decir, se requiere un sistema protector, en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales y, en todo caso garantice, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes; y finalmente, medidas enérgicas y rápidas de ejecución del fallo jurídica que otorgue la tutela". (1)

En los textos de nuestra nueva constitución se ha inscrito la verdadera confrontación del **Poder Ciudadano vrs. el Poder Estatal**, al aparecer el "**escudo protector**" los derechos ciudadanos fundamentales.

La acción de tutela ha puesto de presente el extraordinario poder que ostenta cada ciudadano desde el 4 de Julio de 1991, por cuanto puede acudir ante un juez de la república la violación de un derecho fundamental con el fin de que el juez ordene detener o borrar una decisión arbitraria de un policía, un alcalde, un gobernador, otra autoridad judicial (hasta las máximas como H. Corte Suprema de Justicia -CSJ- o el H. Consejo de Estado -C de E) e incluso del mismo presidente de la república.

Nada más tengamos presente la acción intentada por unos ciudadanos de Manizales, quienes piden protección para todas las víctimas de la violencia guerrillera. Alegan que el Presidente Gaviria violenta el derecho a la igualdad cuando discrimina las víctimas para efectos de suspender o no los diálogos con la guerrilla, puesto que solamente tuvo en cuenta la situación de dos prestigiosos ciudadanos: los doctores Argelino Durán Q. y Aurelio Irragorri H. evidenciando la existencia de desigual valoración de las personas. Existirían colombianos de primera, segunda y no sabemos cuántas más categorías. No será este tipo de actitudes, patrocinadas aún por la alta dirección del estado, un síntoma muy claro de la universionalización de la "cultura de los desechables"?

Este medio de defensa adquiere más importancia si se encuentra investido de otros atributos:

- No requiere de ritualismo o formalidad alguna. La queja, aunque en principio debe constar por escrito, puede formularse por cualquier medio: télex, telégrafo, verbal, telefónicamente.
- Todo momento es oportuno para ejercerla, aun por fuera de los horarios de atención judicial o en días festivos.
- La decisión del juez se obtiene en un plazo bastante breve: diez días máximo y éste puede comunicar su orden por cualquier medio que considere conveniente y eficaz, incluso utilizando el teléfono o el radio.

2. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

Colombia estaba en mora de ajustar su sistema jurídico para introducir un mecanismo rápido y eficaz para la protección de los derechos fundamentales.

Estaba prevista en las declaraciones internacionales sobre los derechos del hombre: tanto en la Americana de Bogotá (1948), como en la Universal de París (1948); y regulado en otros pactos internacionales más específicos

como la Convención Americana de los Derechos del Hombre, de San José de Costarrica (1969) y en el pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos celebrado en la ciudad de New York (1969).

Viene, pues, la acción de tutela a llenar un grave vacío que presentaba nuestro derecho en materia de mecanismos eficaces para la defensa de los derechos constitucionales con una acción de naturaleza preventiva y cautelar y por consiguiente desprovista de todo formalismo o ritualidad.

3. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1991

Buscando en los proyectos de reforma constitucional encontramos algo más de una docena de propuestas que se refieren a las garantías constitucionales del amparo o tutela (2).

Aunque todos tenían la misma intención y perseguían similar objetivo, pueden detectarse desviaciones conceptuales, como la tendencia a trasplantar el peculiarísimo sistema de amparo mejicano sin hacerle los ajustes que exige nuestra cultura jurídica, que implicaban o la imposibilidad de su aplicación práctica o una grave perturbación en el sofisticado y amplio sistema de control constitucional que tiene nuestro régimen legal.

El juicio de amparo en Méjico prácticamente abarca la totalidad de los mecanismos de control constitucional, cuando en nuestro ordenamiento jurídico para casi todas sus variables existe una respuesta específica. Por ello, la necesidad de caracterizar la acción de tutela como un instrumento residual y de naturaleza jurídica especial, diferente del amparo.

En Colombia tenemos tanto mecanismos independientes de control concentrado, representados por la acción de inconstitucionalidad con efectos erga omnes y el control "automático" de constitucionalidad; como también la posibilidad de acudir a mecanismos difusos como la vía exceptiva o de inaplicación por inconstitucionalidad.

El constituyente Esguerra concibe la tutela como un mecanismo ágil y eficiente, al alcance de cualquier persona, que garantice la efectividad de los derechos fundamentales, justificándola así:

"queremos presentar aquí una figura que actuando de manera complementaria con el sistema vigente de control de la legalidad y constitucionalidad, se encuadre dentro de sus principios generales, con una

identidad claramente definida y un propósito perfectamente diferenciable.

(...)

La acción de tutela se distingue, por una parte por las especiales facultades con que es revestido el juez, y por otra, por la naturaleza de la decisión, que debe limitarse a la protección inmediata del derecho lesionado o amenazado.

(...)

La acción de tutela es un instrumento completamente nuevo. Su naturaleza es la de proveer protección inmediata a un particular que careciendo de otros medios de defensa adecuados sea perturbado actual o potencialmente en el ejercicio de sus derechos fundamentales consagrados en la constitución.

(...)

Hemos preferido hablar genéricamente de "protección de los derechos constitucionales" y de "acción de tutela", para desligar la institución del llamado derecho de amparo, el cual (...) tiene unas connotaciones que lo hacen incompatible con el sistema colombiano". (3)

4. EL ARTICULO 86 CONSTITUCIONAL

Una rápida lectura de la norma constitucional mediante la cual se consagra la acción de tutela, permite distinguir los siguientes elementos:

QUIEN PUEDE INTENTARLA?	TODA PERSONA , por sí mismo o por quien actúe en su nombre.
PARA QUE?	Para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.
ANTE QUIEN Y CUANDO?	Ante los jueces, en TODO momento y lugar.

CONTRA QUIEN?	Contra cualquier autoridad pública o contra particulares (En cierto eventos).
ACTO VIOLADOR.	La acción o la omisión que se traduzca en la Vulneración o Amenaza de un derecho fundamental.
CUANDO PROCEDE?	Quando el afectado no disponga DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL, salvo que la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

PROTECCION QUE SE LOGRA

ORDEN para que el agente violador ACTUE o SE ABSTENGA DE HACERLO, mediante fallo de inmediato cumplimiento.

5. CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE TUTELA

Examinada la doctrina y el derecho comparado encontramos como características de la acción encaminada a proteger los derechos fundamentales las siguientes:

- El trámite se ha encargado a la jurisdicción:
- Los procedimientos deben ser ágiles, rápidos y eficaces.
- Deben tener medidas enérgicas para el cumplimiento del fallo.
- En caso de inminencia de un peligro que ocasione un daño irreparable los actos de la autoridad pueden ser objeto de suspensión provisional inmediata;
- - Amplitud de facultades al juzgador para decidir sobre la protección más efectiva de los derechos atacados.

Las cuales no difieren fundamentalmente de las que fueron asignadas para la acción de tutela por sus redactores:

- 5.1 **ACCION SUBSIDIARIA:** Pues sólo es admisible cuando se presenta la ausencia de otros medios adecuados de protección.

5.2 PROCEDE CONTRA ACTOS U OMISIONES CONCRETOS, ya que contra los actos de carácter general caben las acciones de ilegalidad e inconstitucionalidad o el recurso a la vía exceptiva o de inaplicación.

"Debe enfatizarse, pues, que la acción de tutela no sería aplicable a las leyes, como ocurre con el amparo contra leyes mexicano, ni cabría contra actos administrativos de carácter general". (4)

5.3 ES PERSONAL, requiere de legitimación por activa. Solamente puede interponerla el interesado (personalmente o alguien en su nombre) o sea que actor solamente puede ser quien siente lesionado su derecho.

5.4 LE CORRESPONDE UN PROCEDIMIENTO PREFERENCIAL, que se define como "breve y sumario".

5.5 AMPLIOS PODERES DEL JUEZ. Este tendrá facultades para otorgar una protección efectiva del derecho; sus órdenes son de obligatorio cumplimiento.

5.6 EL JUEZ DEBE LIMITARSE A LA INMEDIATA PROTECCION DEL DERECHO. En ningún caso la potestad del juez debe alcanzar para tomar la decisión de fondo, ya que esto se obtiene por medio de otros mecanismos judiciales.

"En todo caso, debe ser claro que las órdenes en cuestión no están concebidas como una forma de restablecimiento del derecho vulnerado - para lo cual existen ya en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos procesales adecuados (...) las órdenes deben ser más bien como eficaces instrumentos de protección inmediata contra la perturbación". (5)

5.7 PUEDE INVOCARSE ANTE CUALQUIER AUTORIDAD. El ámbito de control, en principio, no tiene límites. No hay autoridad cuyas actuaciones escapen a la protección de la tutela.

Este atributo fue confirmado por reciente pronunciamiento de la corte constitucional, al declarar que la acción de tutela si era posible contra pronunciamientos de la CSJ y del C de E., echando por tierra la tesis antes impuesta por estos tribunales, que alegaba la posibilidad de dicho control.

5.8 NO PROCEDE CONTRA SITUACIONES CONSUMADAS E IRREVERSIBLES, ya que en este evento lo adecuado es hacer uso de las acciones de reparación.

5.9 PROTEGE SOLAMENTE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES. El definir cuál es el bien jurídico tutelado es uno de los temas en los cuales se presenta mayor controversia.

Para el constituyente Esguerra, estos se identifican con los "derechos de aplicación inmediata".

"Debido a la infortunada tendencia de incluir en la Constitución, como derechos, la más variada gama de principios y propósitos programáticos, es necesario señalar un criterio para que el juez esté en la obligación de conceder la tutela solamente a aquellos derechos cuya aplicabilidad se deriva de manera inmediata de la constitución. La calificación de los derechos debe ser prerrogativa del juez y no creemos apropiado que en la constitución se establezcan diferentes jerarquías de los mismo". (6)

Otros han opinado que solamente comprende aquel grupo de derechos que están recogidos en el Capítulo I del Título Segundo de la Constitución.

También encontramos la tendencia para la cual este problema debe mirarse con una óptica diferente.

Parten del inicial contraste entre **DERECHO HUMANO** y **DERECHO FUNDAMENTAL**; y para distinguir uno de otro se recurre a criterios determinantes como el grado de positividad (o sea si tal derecho es declarado por una norma jurídica) que tenga cada una de las categorías.

Por derechos humanos se entiende el conjunto de facultades e instituciones jurídicas que, de conformidad con las exigencias de cada momento histórico, concretan los requerimientos de dignidad, libertad e igualdad entre hombres que, como exigencia axiológica, deben ser reconocidos positivamente por el ordenamiento jurídico.

Se habla de derechos fundamentales, cuando esos derechos humanos ya gozan efectivamente de la protección del ordenamiento jurídico; usualmente

en la carta de derechos o constitucional, para reforzar la tutela que se les brinda. (7)

Los derechos humanos tienen una connotación preferentemente axiológica, mientras que el derecho fundamental responde a un contenido jurídico positivo determinado.

En esta polémica las respuestas que han dado los jueces han sido para todos los gustos. De todas maneras podemos afirmar que ha triunfado la última tesis expuesta.

Hace menos de un mes una providencia de la Sala Plena del C. de E. se revocó un fallo de tutela, entre otras razones, alegando que el derecho denunciado como violado no se encontraba en el capítulo de los llamados derechos fundamentales; pero 7 de sus magistrados aclararon su voto y advirtieron que otros derechos también pueden ser tenidos como fundamentales, ya que esa característica no deviene de la ubicación de la norma en un lugar específico de la Constitución, sino de muchos otros factores, como de la necesidad o exigencia que el mismo derive de la dignidad del hombre.

Finalmente, hace pocas semanas la Corte Constitucional le puso un primer punto a la controversia al decir que un derecho no adquiere el carácter de fundamental o lo pierde, como consecuencia del capítulo en que se encuentre, sino que corresponde al juez en cada caso valorar y decidir si se está ante un derecho fundamental.

En consecuencia, también pueden encontrarse derechos fundamentales protegibles mediante la acción de tutela en el Capítulo II "Derechos Sociales, Económicos y Culturales" y en el Capítulo III, "Derechos Colectivos y del Medio Ambiente".

5.10 ES UN TRAMITE O PROCEDIMIENTO, NO UN PROCESO.

No es un proceso ya que no se está resolviendo un debate o litigio, es más, el juez no cumple una función imparcial puesto que actúa representado o defendiendo un interés superior: La supremacía e intangibilidad de los derechos fundamentales.

Se trata mejor de una función de "policía constitucional", como instrumento inmediato y eficaz para proteger los derechos fundamentales.

"La acción de tutela es un encargo constitucional a la judicatura, para que a través de un trámite o procedimiento proteja los derechos y garantías indi-

viduales, cuando la conducta del Estado o de los particulares vulnera o amenace con romper el equilibrio inter-individual consagrado en la Constitución, como principio rector del orden jurídico.

En el proceso, la ley y la Constitución le imponen al Juez el ejercicio de un deber estatal, para que a través de su gestión, como tercero imparcial, resuelva en justicia y derecho, las pretensiones de las partes (...) (el) juzgador solamente DECLARA el derecho a favor de quien lo ha probado.

EN CAMBIO, LA CONDUCTA Y LA ACTITUD DEL JUEZ ES MUY DISTINTA CUANDO SE LE LLAMA PARA QUE PROTEJA LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES DE LOS PARTICULARES, CUANDO SE ENCUENTRAN AMENAZADAS O VULNERADAS: ES LA INVOCACIÓN DEL CIUDADANO, PARA QUE SE LE TUTELE FRENTE AL DESAMPARO QUE LE PRODUCE LA ACCION O LA OMISION DE LA AUTORIDAD O DEL PARTICULAR QUE VULNERA O AMENAZA LESIONAR ESTOS DERECHOS: PORQUE AQUI EL JUEZ, ASUME DIMENSIONES Y OBJETIVOS ESPECIFICOS, PUES PASA DE SER JUEZ IMPARCIAL DEL PROCESO A JUEZ PARCIAL, INVOLUCRADO INDEFECTIBLEMENTE EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LOS CUALES CONSTITUYEN ESENCIALMENTE EL MANTENIMIENTO DEL ORDEN PUBLICO, A FIN DE MANTENER LA ORGANIZACIÓN DE LA CONVIVENCIA SOCIAL ARMONICA Y PACIFICA DE LOS CIUDADANOS EN EL ESTADO.

Reafirmó la tesis de que el juez, a quien se encomienda la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la carta constitucional, ejerce una función ejecutiva de Policía Constitucional, sin que ello implique, en ningún caso, la actitud del juez como juzgador, sino como verdadero agente aplicador de la justicia un hacedor de la conservación del orden

jurídico, con la obligación de asumir un papel activo, dinámico, creativo y con imaginación para encontrar la verdad de los hechos, decretar todas las medidas que considere necesarias para ello, dictando fallos con todas las providencias indispensables y urgentes para restablecer el imperio del derecho, asegurando la debida protección al afectado. (8)

6. PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

Para saber cuando es posible intentar una acción de tutela, debemos responder las siguientes preguntas básicas:

Por qué puede recurrirse a la tutela?, cuándo, quién y contra quién, en qué condiciones y con cuáles requisitos?

1. **POR QUE?** Porque una autoridad pública o un particular en determinados casos, con su acción o su omisión, violó, vulnera o amenaza un derecho constitucional fundamental.
2. **CUANDO?** En todo momento y lugar. Cualquier día y hora son hábiles.

Se tiene como excepción la acción contra providencias judiciales, que debe interponerse dentro de los siguientes 60 días posteriores a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

3. QUIEN?

- A. Cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos constitucionales fundamentales, por sí misma o por medio de su representante.
- B. Un agente oficioso.
- C. El defensor del pueblo y los personeros municipales.
- D. Como coadyuvante, quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso.

4. CONTRA QUIEN

- A. La autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó, viola o amenaza el derecho constitucional fundamental y/o contra su superior.
- B. En el poder judicial, contra jueces, tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, por providencias que pongan fin a un proceso.
- C. El particular encargado del servicio público de la educación que haya violado, viole o amenace los derechos a la igualdad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, culto, pensamiento, expresión, información, enseñanza o cátedra, petición, reunión y manifestación, asociación y debido proceso.
- D. El particular encargado del servicio público de la salud, para proteger los derechos a la vida, la intimidad, la igualdad, la autonomía.
- E. El particular encargado de la prestación de un servicio público domiciliario (energía, comunicaciones, acueducto, alcantarillado y recolección de basuras).
- F. La organización privada o contra quien la controle efectivamente o sea el beneficiario real de su gestión, cuando el afectado se halle en relación de subordinación o de indefensión frente a tal organización.
- G. El particular que viole o amenace violar la prohibición de la esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos (Art. 17 de la Constitución).
- H. El particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas.
- I. El particular que atenta o desconoce el ejercicio de Habeas data (Art. 15 de la Constitución).
- J. El medio de información que no rectifique publicaciones inexactas o erróneas habiéndoselo solicitado.

- K. El particular que amenace la vida o la integridad de quien se encuentre con respecto a él en estado de indefensión o subordinación, la cual se presume en los menores.

5. CONDICIONES

- A. Que no exista otro recurso o medios de defensa judicial que permitan la EFICAZ protección del derecho violado o amenazado.
- B. Que aún existiendo a otro recurso o medio de defensa judicial, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
- C. Cuando se ataca providencias judiciales:
1. Que la lesión del derecho haya sido consecuencia de la providencia, por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive.
 2. Que previamente se hayan agotado todos los recursos de la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado.
 3. Si el derecho invocado es el debido proceso, que se interponga conjuntamente con el recurso que sea procedente.
 4. Que la violación no se alegue como consecuencia de una errónea interpretación de la ley o para controvertir pruebas.

6. REQUISITOS

NINGUNO. La petición puede interponerse en forma oral o escrita y procede contra todo tipo de actos u omisiones, aunque no consten por escrito.

7. EXCLUSIONES EXPRESAS. No procede la tutela contra:

- A. Si se puede recurrir al habeas corpus.
- B. Para proteger derechos colectivos, salvo si se trata de evitar un perjuicio irremediable al solicitante.
- C. Si el dueño ya fue consumado, excepto si continúa la acción u omisión arbitraria.

- D. **Contra actos de carácter general, impersonal o abstracto.**
- E. **Contra conductas legítimas de los particulares.**

NOTAS

1. H. FIX SAMUDIO, "La Protección Procesal de los Derechos Humanos ante las Jurisdicciones Nacionales", pag. 49.
2. J.M. CHARRY, **La acción de tutela**, pags. 78 y 55.
3. GACETA CONSTITUCIONAL
4. GACETA CONSTITUCIONAL
5. GACETA CONSTITUCIONAL
6. GACETA CONSTITUCIONAL
7. J.M. SANGUINO, "La Acción de Tutela", conferencia en el Recinto Quirama de Rionegro, abril 4 de 1992.
8. J.M. SANGUINO, *Idem*