

Sentencia No. C-531/93

ACCION DE TUTELA-Procedibilidad/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Naturaleza

La acción de tutela, en sus dos modalidades, encarna el principio de efectividad que, en el campo de los derechos fundamentales, supone que éstos no se reducen a su proclamación formal sino que demandan eficacia real. Los derechos fundamentales, desprovistos de protección judicial efectiva, pierden su carácter de tales y dejan de tener el valor subjetivo que representan para la persona y el objetivo que tienen como base jurídico-axiológica de todo el ordenamiento. Carece de razonabilidad constitucional instituir una condición de procedibilidad de la acción de tutela que desnaturalice su esencia. La subordinación del derecho de tutela al régimen legal de la responsabilidad que propicia la definición de perjuicio irremediable, significa poner en contacto y jerarquizar ámbitos distintos que en la relación en que los pone la ley necesariamente pugnan entre sí.

ACCION DE TUTELA-Carácter Fundamental

La acción de tutela como tal tiene el carácter de derecho fundamental toda vez que es el instrumento concebido por el Constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse. El contenido y contornos esenciales de los derechos fundamentales y de sus garantías y mecanismos básicos de protección, se establecen y perfilan en la misma Constitución y ello evita que las leyes los relativicen; vale decir, los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del Legislador.

INTERPRETACION CONSTITUCIONAL-Límites/CORTE CONSTITUCIONAL-Función

La interpretación que realiza el Legislador de los textos constitucionales la hace en el contexto del ejercicio de su función legislativa y sólo puede obedecer a ese propósito. Las definiciones y precisiones que efectúa no trascienden lo que siempre será norma legal y se funden en ésta. La Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquéllas que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de

la validez de las restantes normas del ordenamiento y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos. De lo dicho se desprende la existencia de un límite cierto a la función interpretativa de los poderes constituidos: sus actos no pueden fungir como interpretación auténtica de la Constitución y elevarse al rango de parámetro constitucional. La Corte en ejercicio de sus atribuciones de defensa del orden constitucional no podría cumplirlas si da cabida a interpretaciones auténticas distintas del fiel entendimiento y lectura que ella misma debe en cada caso hacer de su texto.

NORMA CONSTITUCIONAL DE TIPO ABIERTO

Dentro de la estructura de la norma contenida en el artículo 86 de la Constitución el concepto abierto de “perjuicio irremediable” juega un papel neurálgico, pues gracias a él ingresa la vida al proceso y puede el Juez darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión.

REF: Demanda N° D-258

Actor :

JESUS PEREZ GONZALEZ-RUBIO

Demanda de inconstitucionalidad

contra el Inciso 2, Numeral 1, Artículo 6 del Decreto-Ley 2591 de 1991

Magistrado Ponente :

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Noviembre once (11) de mil novecientos noventa y tres (1993)

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Hernando Herrera Vergara y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Procede la Corte a resolver sobre la acción pública de inconstitucionalidad promovida por el ciudadano Jesús Pérez González-Rubio contra el inciso segundo del numeral 1o. del artículo 6o. del decreto-ley 2591 de 1991, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias, conferidas al Presidente de la República, mediante la letra b) del artículo 5o. transitorio de la Constitución Política, y a través del cual se reglamentó el derecho de tutela.

I. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

La norma acusada es el inciso segundo del numeral 1) del artículo 6o. del decreto 2591 de 1991; pero para mayor comprensión se transcribe el aparte del inciso de la norma y la totalidad de dicho numeral, señalando en negrilla el texto cuya inconstitucionalidad se demanda, así:

ARTICULO 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

II. ANTECEDENTES

El demandante considera violados, con la regulación contenida en el inciso 2o. del numeral del art. 6o., antes citado, los artículos 4, 5, 86, 241, 374, 375, 376, 377 y 378 de la Constitución Política.

Señala el actor que la autoridad pública puede atentar por acción o por omisión contra los derechos inalienables de la persona, y esa conducta puede estar sometida a una doble sanción: a la eventual declaratoria de nulidad o inconstitucionalidad del acto, y a la puesta en juego de la responsabilidad patrimonial del Estado, conforme a la cual deberá indemnizar el daño causado; “pero no toda violación implica indemnización”, advierte el demandante.

La tutela, según la demanda, como mecanismo transitorio se endereza contra un acto u omisión futura de la autoridad o de los particulares, en caso de que se amenace un derecho constitucional, respecto del cual “ella tiene la misión de su protección inmediata. El que haya o no perjuicio susceptible (sic) de indemnización, es indiferente a la tutela. Basta con que haya un perjuicio o daño actual o potencial para que ella pueda ser utilizada. La tutela no es algo que se pueda tasar en “rútiles monedas” para saber si es procedente o no. De allí que hacerlo como lo hace el inciso impugnado es violatorio de la Carta”.

Como argumento adicional, considera el demandante que la norma acusada es inexecutable “...porque pretende interpretar con autoridad el sentido de una norma constitucional, como si se tratara de una ley, y no de la norma suprema...” “..y eso puede conducir a reformar la Carta”, y que, a su juicio, “irremediable es lo que no tiene remedio”, de manera que “perjuicio irremediable es el que habrá de ocurrir de todas maneras...salvo que opere una orden de un juez por cuenta de una Acción de Tutela, que lo evite”. Así, entonces, “cuando el inciso tachado de inconstitucional desestima la razón de ser de la tutela para enervarla a través de una definición vinculada a la posibilidad de reparación pecuniaria y a que dicha indemnización cubra la totalidad del perjuicio, está desnaturalizando la institución, adulterando su esencia, desviándola de su propósito y restringiendo su alcance”.

III. INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS.

Dentro del término de fijación en lista, los Ministros de Gobierno y de Justicia, por medio de apoderados, sustentaron la constitucionalidad de la norma acusada.

Según el apoderado del Ministro de Gobierno, el decreto reglamentario 306 de 1992, regula

los casos en que el perjuicio no es irremediable, con lo cual se establece el hecho de que no toda acción tiene un carácter indemnizable. Con este argumento, un tanto extraño, por cuanto invoca en apoyo normas reglamentarias, el apoderado del Ministro de Gobierno analiza los diferentes cargos de inconstitucionalidad que presenta la demanda y aboga por la declaratoria de exequibilidad de la norma acusada.

El apoderado del Ministro de Justicia considera, por su parte, que con la expedición del decreto 2591, el Presidente de la República reguló la tutela estableciendo los procedimientos para su ejercicio, así como las causales de improcedencia, con el fin de no desnaturalizar la institución y evitar convertirla en un factor de congestión judicial.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL.

Luego de resumir los cargos de la demanda, el Procurador solicita declarar la exequibilidad de la norma acusada porque, en su sentir, no viola la Carta Política, como se asevera por el actor.

Principia por señalar el hecho de que la acción de tutela opera de dos maneras: “como mecanismo subsidiario, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, y como mecanismo principal, pero transitorio, cuando el afectado cuenta con el medio de defensa judicial y no obstante deba utilizar la tutela para evitar un perjuicio irremediable”.

Como criterio general, agrega la Procuraduría, la tutela se concibió con un carácter preventivo y excepcional, y estas notas se hacen más evidentes cuando con ella se trata de evitar un perjuicio irremediable, “esto es, cuando no hay consumación de la lesión o se está en presencia de una lesión continuada del derecho en vía de agravarse, lo que quiere decir que no se ha agotado la lesión”.

Anota el Procurador, que la Asamblea Nacional Constituyente no se detuvo en el análisis de la definición de los términos “perjuicio irremediable”, y la tarea fue asumida por el Gobierno mediante el decreto 2591, de acuerdo con el cual, “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

Acude la Procuraduría a los antecedentes sobre la discusión de las normas en la Comisión Especial Legislativa, que sobre el tema resumió su criterio de la siguiente manera:

“La irremediabilidad del perjuicio como se dijo antes, cobija el caso en que el instrumento procesal existente sea ineficaz por tardío e inoportuno. La irremediabilidad del perjuicio apunta, finalmente, a la circunstancia de impedir que la situación llegue a ser tal que las cosas no puedan volver a su estado anterior, que el riesgo de vulneración no se pueda eliminar y que la vulneración misma progrese hasta el punto de no retorno, de manera que el derecho tenga que ser inexorablemente sustituido o reemplazado por una compensación monetaria” (informe-ponencia para debate en plenaria).

Teniendo en cuenta dichos antecedentes, subraya el Procurador:

“Es decir, que la indemnización no es un parámetro que permita determinar la procedencia de la acción de tutela, sino que su móvil es el hecho de evitar esa indemnización al impedir la concreción del daño. En otras, palabras, con la protección inmediata de los derechos se busca que no haya necesidad de pasar al ámbito de la indemnización”.

V. FUNDAMENTOS

Competencia.

1. Esta Corporación es competente para conocer y decidir la presente demanda, de conformidad con los artículos 241-4 y 10 transitorio de la Constitución Política, por cuanto la norma acusada hace parte de un decreto con fuerza de ley expedido en uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República mediante el art. 5 transitorio de la misma obra.

(Hasta aquí el texto de lo que fuera el proyecto de fallo original presentado por el doctor ANTONIO BARRERA CARBONELL)

De otra parte, si bien el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, fue declarado exequible por esta Corte en sentencia C-018 de 1993, allí se restringió el pronunciamiento a los apartes y motivos expresados en su oportunidad. La existencia de la cosa juzgada relativa, permite que los cargos del demandante, de suyo nuevos respecto de los anteriores, sean objeto de estudio y decisión.

La definición legal de perjuicio irremediable

2. El inciso 2º del numeral 1 del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, dispone: “Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. La definición legal pretende establecer el significado de las voces “perjuicio irremediable”, contenidas en el artículo 86 de la CP. De acuerdo con lo ordenado en la Carta la acción de tutela “sólo 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”. Si idealmente se integrasen – de ser ello posible –, los dos preceptos, el constitucional y el legal, la norma material quedaría así: “La acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

3. El actor desaprueba precisamente la fusión que resulta de los textos. A su juicio, el campo de la tutela – protección inmediata de los derechos fundamentales – es diferente del propio de las acciones indemnizatorias; adicionalmente, advierte que la procedencia de la tutela se supedita a la configuración de un perjuicio actual o potencial referible a la certeza de la amenaza de la vulneración de un derecho y no a que éste sea indemnizable total o parcialmente, lo que de otra parte no puede definirse a priori. En su concepto perjuicio irremediable es “el que habrá de ocurrir de todas maneras ... salvo que opere una orden de un Juez por cuenta de una acción de tutela, que lo evite”.

4. Según el Procurador General de la Nación la indemnización “no es un parámetro que permita determinar la procedencia de la acción de tutela, sino que su móvil es el hecho de evitar esa indemnización al impedir la concreción del daño. En otras palabras, con la protección inmediata de los derechos se busca que no haya necesidad de pasar al ámbito de la indemnización”. La posición adoptada por el Procurador se inspira en la ponencia rendida ante la Comisión Especial por los comisionados GERMAN SARMIENTO PALACIO, HIDECLA AVILA DE ZULUAGA y ARMANDO NOVOA GARCIA. Dado que se trata de una reiteración del pensamiento allí expresado, el comentario de la tesis expuesta se hará más adelante cuando se analice esa postura.

5. El apoderado del Ministro de Justicia señala que la disposición acusada regula de “manera clara y concisa” las causales de improcedencia de la acción de tutela con el objeto de que

ésta no sustituya los procedimientos ordinarios de reclamación de derechos y no se presente “una congestión judicial”.

No se discute en este proceso la oscuridad o la extensión de la definición legal de perjuicio irremediable. De igual modo, anótase, que el propósito del autor de la norma – evitar la congestión judicial – en cuanto no se proyecte en la norma materia de análisis carece de relevancia constitucional directa.

No se observa cómo la buena o la mala fe puedan determinar la suerte constitucional del estatuto demandado. Tampoco se percibe la incidencia que en la presente causa pueda tener la reglamentación de la norma acusada por parte de una norma de inferior jerarquía. Por último, la Corte declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que contemplaba la acción de tutela contra sentencias judiciales y, de otra parte, su artículo 6º, numeral 2 establece la improcedencia de esta acción “cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus”. Los argumentos esgrimidos en su oportunidad por el Procurador alrededor de estos dos puntos, aparte de recaer sobre materia pacífica, no tienen conexión con el debate constitucional que suscita la demanda instaurada y que ahora se decide.

7. La manifiesta inconducencia de los argumentos expuestos por los apoderados de los Ministros de Gobierno y de Justicia, unida a la circunstancia de que la tesis del Ministerio Público en últimas se remite a la ponencia presentada a la Comisión Especial, obliga a considerar las ideas en ella expresadas con el objeto de comprender cabalmente el contenido y alcance de la definición legal cuestionada por el demandante y confrontar debidamente los cargos en los que se funda la petición de inexecutable. A continuación se transcribe la parte pertinente de la mencionada ponencia:

“La acción de tutela procede en estos casos sin condicionamiento, ni subsidiariedad. Es un mecanismo principal, aun cuando de carácter transitorio. Sus efectos se producen únicamente hasta que se llega a una definición judicial de fondo. Por lo tanto, la ponencia mayoritaria recomienda que los efectos subsistan siempre y cuando el interesado interponga la acción procesal correspondiente, considerando el término de cuatro meses como término prudencial para el efecto”.

“El carácter irremediable del perjuicio, hace referencia a la posibilidad de que el derecho,

como tal, pueda ser colocado en cuanto a su goce e integridad en la misma situación en que se hallaba con anterioridad a la vulneración o amenaza y que puedan ser objeto de eliminación o supresión las causas que colocan en peligro o amenazan el derecho fundamental. La irremediabilidad del perjuicio hace también relación al agravamiento o extensión del mismo. La acción de tutela procede frente a daños que se producen en el tiempo, que aun cuando se hayan consumado parcialmente, continúan siendo susceptibles de agravarse o repetirse”.

“La irremediabilidad del perjuicio, como se dijo antes, cobija también el caso en que el instrumento procesal existente sea ineficaz por tardío e inoportuno. La irremediabilidad del perjuicio apunta, finalmente, a la circunstancia de impedir que la situación llegue a ser tal, que las cosas no puedan volver a su estado anterior, que el riesgo de vulneración no se pueda eliminar y que la vulneración misma progrese hasta el punto de no retorno, de manera que el derecho tenga que ser inexorablemente sustituido o remplazado por una compensación monetaria”¹.

8. El texto transcrito se refiere a dos aspectos de la acción de tutela utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El primero es de orden descriptivo y se orienta a enseñar el trasfondo de la acción del cual esta modalidad de tutela extrae su justificación: situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental que puede actualizarse y, a partir de ese momento, progresar, hasta hacerse irreversible (“punto de no retorno”).

El segundo tiene cariz prescriptivo y apunta a hacer coincidir la consumación del daño (“punto de no retorno”) con una respuesta de naturaleza jurídica y de carácter indemnizatorio: la “compensación monetaria”. La fórmula que incorpora la norma acusada – “se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización” -, corresponde justamente a este momento en el que se cristaliza bajo la indicada ecuación – perjuicio irremediable = indemnización – la proyección jurídica del aspecto descriptivo inicialmente tratado.

9. Si se parte de la idea convencional de que la restauración del daño puede ser restitutoria (devolución del mismo bien o restablecimiento de la situación afectados por la acción dañosa), reparadora (entrega de una suma equivalente al daño causado comprensiva del

daño emergente y del lucro cesante) o compensatoria (entrega de una suma o de un bien que no repara el daño en su integridad pero mitiga sus efectos negativos), la fórmula acogida por el legislador supone que la acción de tutela utilizada como mecanismo transitorio se limita a los casos en que ella sea indispensable para evitar que el perjuicio que gravita sobre el titular del derecho sólo pueda ser resarcido mediante una indemnización puramente reparadora o compensatoria no siendo ya posible – la situación se habría tornado irreversible y alcanzado el punto de no retorno – ni suficiente la medida restitutoria.

10. El primer aspecto del esquema legal relativo a la descripción de la situación que sirve de marco de fondo a la acción de tutela no parece inconciliable con la posición asumida por el demandante. En efecto, en su escrito se asevera que esta modalidad de acción de tutela se endereza contra un acto u omisión futura de los que puede derivarse un perjuicio actual o potencial.

La Corte igualmente se identifica con el matiz predominantemente preventivo de esta especie de acción de tutela que corresponde a la imagen de un riesgo de lesión de un derecho fundamental que, abandonado a su inercia, podría adoptar una trayectoria que conduciría a su indefectible actualización y subsiguiente agravamiento.

11. La faceta jurídica de la ponencia que se recoge en la definición legal de perjuicio irremediable, sin embargo, en cuanto lo equipara al perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, se hace objeto de diversas glosas que, a continuación, analiza esta Corte.

12. La definición legal exige al Juez de Tutela establecer si el perjuicio irremediable que se quiere evitar con la interposición de la acción de concretarse – esto es de pasar de potencia a acto – sólo podría ser reparado en su integridad mediante una indemnización. La operación mental que debe, en consecuencia, realizar el Juez se condensa en un juicio hipotético-conjetural y cuyo horizonte es el futuro.

Varios presupuestos y de diverso tipo deberán concurrir para que el Juez esté en condiciones de emitir idóneamente un juicio como el que está llamado a formular: (1) certeza sobre la resarcibilidad del daño (frecuentes son las dudas sobre este extremo y necesaria la adecuada ponderación entre el interés de la víctima a obtener una reparación y el interés del agente a desarrollar una actividad sin que se le adscriba el riesgo económico eventual inherente a la

misma cuando resultan afectados terceros); (2) análisis de todas las circunstancias de hecho a fin de definir si el daño ha sido causado o podrá ser causado – aunque ésto parece impropio, la ley lo insinúa –, por dolo o culpa, pues, sin alguno de ellos, en principio el daño no es resarcible; (3) precisión sobre la capacidad de actuar y de decidir del agente del daño con miras a articular la eventual imputación del hecho ilícito; (4) esclarecimiento del nexo de causalidad entre el daño y la conducta del sujeto respecto de quien se predica – o predicaría – la acción indemnizatoria, lo que apareja adicionalmente dilucidar el complejo problema de la división de responsabilidad en el evento de concurrencia de culpas así como de las causales o motivos de exoneración que disuelven el anotado nexo (5) discurrir acerca de las posibles causas de justificación que de presentarse excluyen la responsabilidad del agente; (6) puntualizar el régimen especial de responsabilidad que se aplica a quienes ejercen ciertas actividades y que implican una específica distribución de riesgos y de la carga de la prueba; (7) especificar la naturaleza del daño patrimonial o extrapatrimonial causado – en este caso también por causarse – y el tipo, alcance y medida de su indemnización; (8) fijar si la responsabilidad es directa o indirecta.

La Corte es consciente de que los elementos de hecho y de derecho que deben tomarse en consideración para definir la procedencia, alcance y naturaleza de una indemnización, no se agotan en los enumerados y que en los diferentes campos del derecho – civil, penal, administrativo etc – adquieren modalidades y matices diferentes. Igualmente, no desconoce esta Corte que el juicio hipotético a emitir por el Juez de tutela no puede reclamar de éste la misma visión rigurosa y estricta que se demanda del Juez competente para deducir en cada caso la responsabilidad, lo que en verdad sería a todas luces absurdo si se repara en el propósito que a este respecto anima a aquél que no es, en el breve término de que dispone, el de proferir un fallo de responsabilidad sino el de elaborar un juicio previo y conjetural sobre la resarcibilidad de un determinado perjuicio y el grado de su cobertura.

Empero si de lo que se trata es de que el Juez de tutela no se limite a adivinar sobre la eventual procedencia de una indemnización y de su posible espectro – total o parcial – a partir de la presunta entidad y configuración del perjuicio, no cabe duda de que deberá recabar una mínima información legal y fáctica. No puede olvidarse que el objeto del mentado juicio hipotético no es otro que la eventual decisión judicial de responsabilidad que podría llegar a dictarse con base en los hechos expuestos por el solicitante de la tutela. Una tal decisión judicial no se construye en el aire y precisa, por el contrario, de los presupuestos

atrás referidos. Por ende, cualquier aproximación conjetural sobre su procedencia y alcance, no puede prescindir de ciertos y determinados atisbos sobre los distintos elementos que en el mundo jurídico permiten construir un fallo de responsabilidad.

Son innumerables las dificultades que se oponen a la viabilidad de esta suerte de juicios hipotéticos de cuyo resultado la ley acusada hace depender la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio. Bastaría enunciar las siguientes: (1) para determinar si un perjuicio sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización, debe averiguarse previamente el régimen legal particular en el que se tome como supuesto genérico o específico de responsabilidad; (2) los sistemas legales, a su turno, no se refieren a daños o perjuicios probables sino a daños o perjuicios como entidades reales; (3) las soluciones que emergen de las reglas legales dependen de los hechos y de diversos esquemas y juegos de relaciones entre los mismos que no pueden colegirse en abstracto con apoyo en meras hipótesis que, además, por lo general – en la acción de tutela – suministra una sola de las partes comprometidas en un conflicto; (4) no deja de ser una grotesca simplificación, para los efectos del juicio hipotético, asumir como ciertas las pretensiones del solicitante de la acción de tutela – que se recrea en la mente del Juez como futuro actor en un proceso de responsabilidad – y prefigurar en su favor una sentencia futura de responsabilidad; (5) para construir el juicio hipotético debe admitirse que es lícito y pertenece al método judicial el artilugio al que recurre el Juez de tutela consistente en extrapolar los hechos – que le ofrece el solicitante – en puras y sombrías elucubraciones suyas sobre lo que sería una situación inexorable para ver de determinar en este punto qué le ofrecería el derecho y así decidir la procedencia de la acción; (6) en el mismo sentido, para establecer la procedencia de la acción de tutela, se debe operar en la mente del Juez una metamorfosis de la visión del accionante que debe ser mirado como actor victorioso de un proceso de responsabilidad para a renglón seguido notificarle ahora sí como solicitante de tutela si su demanda es o no procedente; (7) correlativamente la persona que teme o es víctima de un quebranto de sus derechos fundamentales se verá en el trance de asumir, por lo menos mentalmente, la doble faz de solicitante de tutela y de actor victorioso en un proceso de responsabilidad, pues sólo así sabrá si tiene acceso a la justicia.

A la luz de esta consideración que refleja el texto de la Carta y sintetiza la reiterada e indeclinable posición de esta Corte, guardiana de su integridad, carece de razonabilidad constitucional instituir una condición de procedibilidad de la acción de tutela que

desnaturalice su esencia, lo que se evidencia del análisis efectuado respecto de la norma legal acusada cuya deleznablez y consiguiente violación del estatuto superior – artículos 2, 86 y Título II – es mayor si se toman en consideración las reflexiones siguientes que se suman a las ya consignadas en otros apartes de esta sentencia.

14. Cuando se recurre a la acción de tutela en ausencia de otro medio de defensa judicial – primera modalidad –, se ha sostenido con razón que ella tiene carácter subsidiario respecto de este último. Salvo que atendidas debidamente las circunstancias concretas en las que se encuentre colocado el solicitante de la tutela, se imponga su procedencia pese a la existencia en abstracto de una acción legal ordinaria. En principio, esta modalidad de protección constitucional es residual y se reduce en la misma medida en que aumenta el repertorio de las acciones ordinarias y éstas se prueban eficaces para la defensa de los derechos de las personas. Con otras palabras, el dato legal – existencia del medio judicial ordinario – y la expansión de esta dimensión normativa del ordenamiento mediante el aumento de la oferta de instrumentos legales de defensa de derechos, determinan la procedencia de esta primera modalidad de acción de tutela y, en la misma medida, reducen su espacio quizá no hasta llegar a su completo marchitamiento pero sí a la situación de tener que ocupar los estrechos intersticios que la ley o la ineficacia de sus institutos dejen abandonados.

Tratándose de la segunda modalidad de la acción de tutela – cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable –, el dato legal, esto es, la existencia de un medio judicial ordinario no es óbice para que la persona pueda instaurarla. Por el contrario, el presupuesto de procedibilidad de esta acción es precisamente la existencia de un medio legal de defensa que, sin embargo, no impide que la persona puede apelar transitoriamente a la acción de tutela justamente para evitar un perjuicio irremediable. La definición legal, objeto de censura, contraría la estructura constitucional de esta especie de acción de tutela y la hace depender – como si se tratara de la primera modalidad de tutela – del medio judicial ordinario de defensa. El Juez de Tutela, en efecto, tendrá que acudir forzosamente a la ley que consagra el medio judicial ordinario y determinar si el hipotético perjuicio “sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. No cabe duda que de este modo la acción de tutela se torna enteramente dependiente de la solución legal como quiera que sólo procederá si el perjuicio de concretarse únicamente puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización. La disciplina legal de la responsabilidad en últimas se convierte en el factor decisivo para

definir la viabilidad de la acción constitucional de tutela enderezada a la protección de derechos fundamentales. La segunda modalidad de acción de tutela en la obra del Constituyente se concibió como variable independiente de la ley – se reitera: su ejercicio es procedente no obstante la existencia de un medio legal de defensa judicial; el Legislador, sin embargo, en virtud de la definición legal que consagra, convierte esta suerte de tutela en variable dependiente de la ley.

La acción de tutela como tal tiene el carácter de derecho fundamental toda vez que es el instrumento concebido por el Constituyente para garantizar la protección de los restantes derechos fundamentales que sin él perderían buena parte de su eficacia y arriesgarían esfumarse. El contenido y contornos esenciales de los derechos fundamentales y de sus garantías y mecanismos básicos de protección, se establecen y perfilan en la misma Constitución y ello evita que las leyes los relativicen; vale decir, los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del Legislador. Sólo cuando la misma Carta faculta a la ley y en la medida en que lo haga puede ésta regular o desarrollar materias relacionadas con los derechos fundamentales y siempre que conserve y respete el ámbito intangible producto de la creación del Constituyente.

En este caso, excediendo la habilitación extraordinaria que la Constitución otorgó al Gobierno para reglamentar el derecho de tutela (CP art. transitorio 5), se penetró sin más en el núcleo esencial de la acción de tutela utilizable como mecanismo transitorio y preventivo y se la hizo depender de la disciplina legal de la responsabilidad en la que, en lo sucesivo, se pretendió recabar los criterios para gobernar su procedibilidad, contrariando así de manera flagrante el diseño constitucional de esta modalidad de acción que, en lo que concierne a este aspecto, es independiente de la ley. Por esta vía se ha comenzado a recorrer ilegítimamente el sendero que conduce a la progresiva relativización – legalización – de un derecho constitucional fundamental. La Corte no lo acepta.

15. La objetable relativización del derecho a la tutela efectiva de los derechos fundamentales – abreviadamente derecho de tutela -, es todavía más cuestionable si se observa que la disciplina legal de la responsabilidad a la cual se remite la definición legal de perjuicio irremediable no tiene el carácter de ley estatutaria (CP art. 152-a). Aparte de que la vinculación a la ley – de cualquier tipo -, en punto a la procedibilidad de la acción, ya resulta objetable, lo es en mayor medida si son las leyes ordinarias en las que se regulan los

diferentes sistemas de responsabilidad las que han de suministrar al Juez los criterios definitivos para decidir la procedencia de esta especie de acción de tutela. La ley ordinaria termina por controlar la posibilidad de ejercicio y protección de los derechos constitucionales fundamentales.

16. La reproblematización de esta modalidad de acción de tutela, le agrega a este derecho fundamental una voluminosa prótesis legal – constituida por los diferentes regímenes legales de responsabilidad –, que hace difícil y hasta imposible que el ciudadano común y en general las personas no expertas en esa materia puedan reconocer el horizonte cierto de sus derechos de protección, los cuales sólo se revelarían en la sibilina providencia judicial en la que brumosamente y sobre una base puramente conjetural, hipotética y precaria se anticiparía el sentido y alcance de una eventual sentencia de responsabilidad. Ciertamente se ignora que la primera función que debe cumplir una Carta es la de que las personas conozcan sus derechos y deberes fundamentales que no son otra cosa que las reglas básicas de la vida social y de las cuales depende la paz, la autonomía y la dignidad de las personas. Si uno de los instrumentos más preciosos para defender la Constitución y proteger los derechos fundamentales cuando aquélla y éstos se violen, no puede ser adecuada y previamente conocido por la persona del común, pues la fusión que se opera entre el derecho constitucional de tutela y el régimen de la responsabilidad legal ha convertido la materia constitucional en un intrincado problema epistemológico, se pone en tela de juicio el principio de efectividad de los derechos fundamentales (CP art. 2) y la idea misma de derecho constitucional cuyo contenido debe ser conocido sin dificultades mayores por quienes pueden ser sus titulares y por la comunidad y el estado que habrán de respetarlos. El estado de derecho (CP art. 1) y la seguridad jurídica que en un sentido sustancial es inherente a éste exigen la visibilidad y fácil cognición de los derechos y deberes fundamentales. De lo contrario toda la vida de relación se pondría en peligro y se multiplicarían las amenazas a la estabilidad social. En fin, en el campo propio de la tutela, la situación anotada desvirtúa el propósito democrático (CP arts. 1 y 86) del Constituyente que consagró una acción de defensa de los derechos fundamentales, expedita y desprovista de excesos formalistas, de modo que ella pudiera ser utilizada por cualquier persona en función de la protección de sus derechos, lo que se vuelve utópico si para precisar la procedibilidad de su acción además de poder identificar el espacio que la Constitución le reserva a sus derechos y el perjuicio alegado, debe también saber ubicarse en el régimen de la responsabilidad legal pertinente que es en últimas el que controlaría la extensión y la

posibilidad de su derecho de tutela.

17. La refutable relativización del derecho de tutela que introduce la definición legal demandada, apareja una indebida configuración material de su núcleo esencial. La fijeza de los elementos que comprende el contenido esencial de un derecho fundamental y de su garantía básica – en este caso el derecho de tutela – no se concilia con la mutabilidad y variabilidad propia del régimen legal de la responsabilidad. La magnitud del resarcimiento – total o parcial – de un daño y la consideración misma de lo que es y no es indemnizable se libran a criterios contingentes de orden legal y jurisprudencial. Si un perjuicio sólo parcialmente puede ser reparado mediante una indemnización, automáticamente, en sede de tutela, no podría ser materia de una acción de tutela de carácter transitorio y preventivo, y esto no obstante la importancia del derecho fundamental quebrantado. Las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela hacen parte de su núcleo fundamental. Si estas condiciones responden a la mutabilidad y variabilidad del respectivo régimen de responsabilidad legal, es palmario que el núcleo esencial del mencionado derecho fundamental pierde firmeza y permanencia e imperceptiblemente periclita.

18. La subordinación del derecho de tutela al régimen legal de la responsabilidad que propicia la definición de perjuicio irremediable, significa poner en contacto y jerarquizar ámbitos distintos que en la relación en que los pone la ley necesariamente pugnan entre sí. Los regímenes de responsabilidad se ocupan de identificar y distribuir entre los miembros de la comunidad el acaecimiento de riesgos sociales e individuales de diferente naturaleza, lo que se hace desde una perspectiva puramente económica y patrimonial. Los derechos fundamentales – entre ellos el derecho de tutela –, en cambio, traducen los valores superiores de la comunidad – dignidad y autonomía de la persona humana, libertad, justicia e igualdad – y demarcan espacios y posibilidades para el desarrollo cabal y pleno de la persona humana. No se puede poner en duda que la dimensión humana en la plenitud de su sentido y significado – que es como se contempla y trata en la Constitución – supera cualquier consideración de orden patrimonial. La violación de un derecho fundamental puede tener repercusiones económicas y generalmente las tiene. Sin embargo, antes que sobre el patrimonio, es respecto de la persona en sí misma considerada sobre la que obra cualquier violación a un derecho fundamental suyo. En cierto sentido puede decirse que el quebranto de un derecho fundamental hace menos persona a su titular. Frente a este menoscabo que hunde sus raíces en la dignidad de la persona, su efecto patrimonial resulta secundario. Por

ello la definición legal es mirada por la Corte como el intento de invertir una prelación que el Constituyente había decidido irrevocablemente en favor de la persona humana (CP arts. 1, 2, 5, Título II). La procedencia de la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable únicamente en el caso de que éste sea de aquéllos que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización, devela la más paladina subordinación de la dimensión humana (mundo del ser) a la dimensión patrimonial (mundo de las cosas).

19. El temprano olvido de los propósitos del Constituyente que delata la definición legal, obliga a esta Corte a recordar su designio. A este respecto es ilustrativo citar un pasaje de las sesiones en que se debatió el tema y en el cual el Constituyente Juan Carlos Esguerra explicó el sentido de la figura:

“Me refiero al que hemos denominado nosotros derecho de tutela, que en varios de los proyectos aparece con la denominación de derecho de amparo, es tal vez una de las más importantes innovaciones que podría incorporar nuestra Constitución después del 5 de julio consiste, para explicarlo muy rápidamente, en el derecho que se le otorga a cualquier persona para que en cualquier momento pueda solicitar de cualquier juez la protección de sus derechos fundamentales, cuando quiera que dichos derechos fundamentales hayan sido vulnerados o estén siendo amenazados, en primer término y ante todo por una autoridad pública, y en ciertos casos excepcionales también por algunos particulares cuando quiera que frente a esos particulares el denunciante se encuentra en situación de subordinación, o en situación de indefensión, lo que se pretende es simplemente que ese particular pueda solicitarle al juez que le dé protección, protección que va a consistir tan solo en que el juez le oponga una especie de “detente Satanás” a la administración o a esa persona frente a quien se está haciendo la solicitud, para ordenarle que suspenda inmediatamente las actividades que está realizando y que están violando el derecho, o que deje de hacer aquello que se apresta a realizar, aquello que amenaza con desarrollar en un momento determinado, porque también sería violatorio del orden jurídico.

No podemos, Señor Presidente, seguir viviendo en un país en el cual es necesario que se haya desarrollado hasta sus últimas consecuencias la antijuridicidad, la violación de los derechos, para sólo entonces poder acudir ante el aparato judicial a solicitar una protección, no es posible que sigamos viviendo en un mundo en el cual nadie puede detener a la

administración que se apresta a realizar una actividad contraria a derecho y que simplemente se le diga a la persona: usted tranquilo, espérese a que todo se haya consumado y sólo entonces podrá intentar una acción de tipo judicial; y ello es tanto más absurdo si tenemos en cuenta que de ordinario esa justicia conseguida de esa manera, a través de las acciones judiciales tradicionales, se demorará en promedio 8 años en hacer efectiva. Con este mecanismo lo que pretendemos es que al menos en frente de los derechos fundamentales haya posibilidad de detener a la administración antes de que todo esté consumado, cuando aún es posible que no se haya desencadenado todas las consecuencias de la acción del Estado o de la amenaza del Estado contrarias a derecho; tiene que quedar claro y así se está estableciendo en el proyecto, que esta acción no puede servir para que el juez declare derechos, ni para que resuelva controversias, porque entonces se habría convertido en un sistema paralelo de administración de justicia con nefandas consecuencias para todo nuestro Estado de Derecho y nuestro aparato de administración de justicia. También tiene que quedar claro que solamente podrá utilizarse este mecanismo cuando el afectado no disponga de otro o transitoriamente, mientras puede acudir a ese otro, por esta razón Señor Presidente, el artículo es un tanto largo, no mucho, pero un tanto largo y por esa razón se lo suele criticar, porque se dice de él, que es excesivamente reglamentario y que en la Constitución no deben hacerse reglamentaciones; ocurre sobre el particular dos cosas: uno, que artículos más reglamentarios ya han quedado consagrados en la Constitución; dos, que si se trata de extensión, pues comparémoslo con el artículo 122 de la actual Carta que tiene varias páginas de extensión y tres, que su novedad y la importancia de que no se quede escrito como ha ocurrido en no pocos países en donde se lo ha consagrado Constitucionalmente pero se lo ha dejado, por así decirlo y perdóneseme la expresión, en pañales, ha conducido a que la norma que ese derecho de tutela o amparo se quede escrito a que no tenga efectividad práctica de ninguna clase, queremos precisamente por razón de su novedad y para que produzca los efectos que de él, esperamos que los elementos fundamentales de su delineamiento de esa institución queden consagrados a nivel de la Constitución”² .

20. El objeto de la acción de tutela como mecanismo transitorio ha sido puntualmente descrito por el Constituyente Esguerra: “lo que se pretende es simplemente que ese particular que le de protección, protección que va a consistir tan sólo en que el Juez le oponga una especie de “detente satanás” a la Administración o a esa persona frente a quien se está haciendo la solicitud, para ordenarle que suspenda inmediatamente las actividades

que está realizando y que están violando el derecho, o que deje de hacer aquéllo que se apresta a realizar, aquéllo que amenaza con desarrollar en un momento determinado, porque también sería violatorio del orden jurídico. No podemos señor Presidente, seguir viviendo en un país en el cual es necesario que se haya desarrollado hasta sus últimas consecuencias la antijuridicidad, la violación de los derechos, para sólo entonces acudir ante el aparato judicial a solicitar una protección, no es posible que sigamos viviendo en un mundo donde nadie puede detener a la Administración que se apresta a realizar una actividad contraria a derecho (...).”.

El Gobierno y la Comisión Especial comprendieron correctamente el trasfondo de la acción de tutela utilizable como mecanismo transitorio – situación de riesgo asociada a la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental que puede actualizarse y, a partir de ese momento, progresar hasta hacerse irreversible -, que corresponde al estado de cosas contra el cual reaccionó la Constituyente y pretendió ponerle fin mediante esta especie de acción de tutela. Sin embargo, no acertaron al regular la acción de tutela supeditándola a la emisión del artificioso juicio hipotético a que se refiere la definición legal. La fórmula legal en lugar de tratar el “perjuicio irremediable” como categoría fáctica relativa a la situación de orden concreto en que se encuentra colocado el solicitante de la tutela como consecuencia de la violación del derecho fundamental o de su amenaza y en la que podría encontrarse de no concederse el amparo, se limitó a equiparar el “perjuicio irremediable” a un juicio hipotético de naturaleza jurídica. Este juicio legal-hipotético que persigue subrogarse sin éxito en la situación fáctica del perjuicio irremediable al cual se remite el texto constitucional, constituye un inesperado viraje que se aparta de la diáfana intención del Constituyente.

21. La Corte Constitucional ha definido el concepto de perjuicio irremediable y sus alcances, en los siguientes términos que, a su juicio, perfilan nítidamente sus contornos y funcionalidad como categoría fáctica:

“Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos

constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados. Con respecto al término “amenaza” es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.

Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

El fundamento de la figura jurídica que ocupa la atención de esta Sala es la inminencia de un daño o menoscabo graves de un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas”³ .

La interpretación de la Constitución

22. Resta analizar la competencia del Gobierno para introducir en la regulación de la acción

de tutela la definición de la expresión “perjuicio irremediable” que aparece en el texto del artículo 86 de la CP. El demandante, como se expuso en los antecedentes, sostiene que la ley no puede definir y fijar el alcance de las palabras de la Constitución, pues por esa vía se podría reformar y dejaría de ser rígida. A su juicio, la competencia interpretativa de la ley se limita a las normas de la misma jerarquía. Por su parte, quienes defienden la constitucionalidad de la norma acusada, en general, estiman que la fijación del alcance de la expresión indicada era indispensable para regular dicha materia, lo que podía hacer el Gobierno en virtud de las facultades extraordinarias concedidas por el Constituyente (CP art. transitorio 5-b).

23. La Constitución es norma de normas (CP art. 4), pero en modo alguno es una norma ordinaria que sólo se distingue de las demás en razón de su jerarquía formal. La Constitución es el eje central del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de su misión como parámetro objetivo del ordenamiento y dinamizador del mismo, no podría realizarse sin la variedad de formas que asumen sus normas: normas clásicas, normas de textura abierta, normas completas, normas de aplicación inmediata, normas programáticas, normas de habilitación de competencias, normas que consagran valores, normas que prohíjan principios, normas que contemplan fines, etc. Igualmente, es propio de una constitución democrática y pluralista como la Colombiana, que sus normas materiales o sustantivas, en principio, puedan permitir, dentro de ciertos límites, diversas políticas y alternativas de interpretación. De otra parte, no podría pretender la Constitución ser eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad.

La relación de la ley con la Constitución no puede, en consecuencia, ser análoga a la existente entre la ley y el reglamento. El legislador, en estricto rigor, no ejecuta la Constitución sino que actúa y adopta libremente políticas legales – que en el tiempo pueden incluso ser contrarias entre sí en desarrollo del principio básico del pluralismo – y lo hace dentro de los marcos y espacios de actuación que la Carta habilita para el efecto y siempre que no la quebrante.

No es posible pensar que el Legislador pueda ejercer las competencias que la Constitución le atribuye sin que en esa tarea necesite interpretar la Constitución. La interpretación es un momento imprescindible del derecho y en modo alguno ausente en el proceso de creación de

las normas legales. La Constitución como eje central del ordenamiento debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para hacerlo es indispensable su interpretación. De hecho la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida en que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de un proceso abierto del cual depende su efectiva materialización y permanente enriquecimiento.

En este proceso abierto y fluido de la interpretación Constitucional no puede el Legislador reclamar el monopolio del mismo y, menos aún, atribuir a sus dictados el carácter de interpretación auténtica. La interpretación que realiza el Legislador de los textos constitucionales la hace en el contexto del ejercicio de su función legislativa y sólo puede obedecer a ese propósito. Las definiciones y precisiones que efectúa no trascienden lo que siempre será norma legal y se funden en ésta. La Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquéllas que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del ordenamiento y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos. De lo dicho se desprende la existencia de un límite cierto a la función interpretativa de los poderes constituidos: sus actos no pueden fungir como interpretación auténtica de la Constitución y elevarse al rango de parámetro constitucional. La Corte en ejercicio de sus atribuciones de defensa del orden constitucional no podría cumplirlas si da cabida a interpretaciones auténticas distintas del fiel entendimiento y lectura que ella misma debe en cada caso hacer de su texto.

24. Ya se ha establecido por esta Corte que la norma acusada que consagra una definición legal de las palabras “perjuicio irremediable” que aparecen en el artículo 86 de la Constitución, por las razones expresadas, vulnera la Carta. La Corte procede ahora a determinar si adicionalmente se incurrió por parte del Gobierno en un desbordamiento de su normal función interpretativa, esto es, si se ha superado el umbral de lo que pertenece al poder constituyente.

25. La norma legal introduce una definición estipulativa de la expresión “perjuicio irremediable” y a ello se reduce. Se trata, pues, de una norma meramente interpretativa de un precepto constitucional cuya dirección y funcionalidad no se agotan en la norma legal sino

que decididamente se orientan a precisar el sentido de una norma externa de superior jerarquía que en este caso es la propia Constitución.

26. Agrégase a lo anterior que la definición legal, como se ha expuesto extensamente en esta sentencia, en lugar de la hipótesis abierta de carácter fáctico – “perjuicio irremediable” – optó por sustituirla por un juicio hipotético de carácter legal sobre la eventualidad y alcance del perjuicio que podría concretarse. De mantenerse la definición legal, la norma constitucional de tipo abierto se convertiría en norma cerrada. Los jueces de tutela no se ocuparían de interpretar los hechos que conforman la realidad y que pueden quedar comprendidos en la hipótesis abierta del “perjuicio irremediable” y, en cambio, tendrían que conformarse con un ejercicio legal especulativo.

Dentro de la estructura de la norma contenida en el artículo 86 de la Constitución el concepto abierto de “perjuicio irremediable” juega un papel neurálgico, pues gracias a él ingresa la vida al proceso y puede el Juez darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya adecuada interrelación depende la justicia de su decisión.

La conservación de la definición legal y su exequibilidad tendrían el efecto de modificar la naturaleza abierta de la norma constitucional. Se produciría de hecho una reforma constitucional a través de un procedimiento no permitido, lo que demuestra que el poder interpretativo propio del Legislador ha trascendido la actividad puramente legislativa. El Legislador extraordinario en este caso no ha obrado dentro del marco fijado por la Constitución y dentro del cual puede libremente adoptar políticas. La definición legal pretende ocupar el lugar de un concepto constitucional abierto de importancia sustancial sin el cual la figura de la tutela quedaría desconectada de la realidad y perdería su virtualidad tuitiva de los derechos fundamentales. Este concepto abierto es columna de la estructura portante del edificio constitucional y no puede, en consecuencia, ser sustituido o suplantado por el Legislador.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E

Declarar INEXEQUIBLE el Inciso 2 del numeral primero del artículo 6 del Decreto-Ley 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. C-531/93

INTERPRETACION CONSTITUCIONAL/CONGRESO DE LA REPUBLICA-Función Interpretativa

(Salvamento de voto)

Es tarea propia y legítima del legislador desarrollar, y en ciertos casos interpretar los textos constitucionales, cuando la norma constitucional no contiene un mandato completo, exhaustivo y susceptible de ser aplicado y entendido autónomamente. Es claro pues que el Congreso si puede interpretar la Constitución cuando dicta las leyes.

ACCION DE TUTELA-Reglamentación (Salvamento de voto)

Fue el propio Constituyente el que habilitó especialmente al Presidente para “regular el derecho de tutela”, y admitiendo que tenga la condición de derecho fundamental el mecanismo ideado para la protección de los derechos de esta misma naturaleza, no se opone a la lógica jurídica admitir que, desde el punto de vista material, el decreto 2591 de 1991, también participa del carácter normativo estatutario que tienen las leyes que desarrollan los derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA/PERJUICIO IRREMEDIABLE-Concepto (Salvamento de voto)

cuando la norma acusada definió el perjuicio irremediable, como aquel que “...sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”, quiso significar, conforme a los antecedentes históricos de la institución de la tutela en la Asamblea Constituyente, que la tutela en su modalidad de mecanismo transitorio, tiene el carácter de una medida cautelar o preventiva, por cuanto esta destinada a evitar que la prolongación de la violación del derecho, llegue a tal extremo de configurar un perjuicio irremediable. Obviamente, es irremediable, el perjuicio que sólo puede ser indemnizado mediante una reparación o compensación del daño, lo cual no puede resultar jamás contrario a lo dictado de la Constitución, pues todo perjuicio naturalmente es remediable a través de una indemnización .

Ref. Expediente No. D.258

Los suscritos magistrados JORGE ARANGO MEJIA, ANTONIO BARRERA CARBONELL Y HERNANDO HERRERA VERGARA respetuosamente presentamos nuestro salvamento de voto en el proceso de la referencia, porque no compartimos la decisión de fondo adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional, el día 11 de noviembre del año en curso, en virtud de la

cual, se declaró inexecutable el inciso 2o., del numeral 1, del artículo 6o. del Decreto Ley 2591 de 1991.

Las razones de nuestra inconformidad con la referida decisión, se puntualizan en los siguientes términos:

1.- El daño o perjuicio, es un elemento común de la responsabilidad, en las diferentes modalidades reguladas por el derecho objetivo; material y jurídicamente, la indemnización a través de la cual se repara el perjuicio, persigue hacer desaparecer sus consecuencias, esto es, el quebranto o menoscabo del derecho subjetivo de la víctima o afectado.

2.- Las modalidades de tutela, como medio de defensa principal, a falta de los medios ordinarios de defensa, y como mecanismo transitorio, que consagra la Constitución, tienen un objetivo común que las identifica, pues ambas encarnan el sistema especial y extraordinario de protección de los derechos constitucionales fundamentales, el cual fue ideado ante la insuficiencia de los medios ordinarios de defensa para asegurar la protección de dichos derechos.

Las referidas formas de tutela difieren, desde la perspectiva de sus condiciones de procedibilidad, pues la tutela como acción subsidiaria es viable sólo cuando el afectado en su derecho fundamental carece de otro medio judicial de defensa, mientras que como mecanismo transitorio, resulta de su esencia que el interesado disponga de algún medio de protección procesal ordinaria, aunque por virtud de la inminencia y gravedad de la violación y la eficacia tardía del remedio procesal, tiene que acudir a la vía extraordinaria de la tutela para evitar el “perjuicio irremediable” que amenaza dicho derecho.

3.- Indemnizar genéricamente es reparar un daño; por consiguiente, la noción de perjuicio va sustancialmente vinculada de manera inescindible a la indemnización que, como se vió atrás, constituye el medio idóneo e irremplazable para restablecer el equilibrio subvertido por la violación del derecho subjetivo correspondiente. En tal virtud, puede pensarse entonces, que con el agregado legal que la norma acusada hace al texto constitucional, al definir “perjuicio irremediable”, como el que sólo es reparable mediante su indemnización, se incurrió en una tautología jurídica, dada la equivalencia de los conceptos, es decir, una repetición innecesaria de la noción, pero no en una infracción de la Carta Política.

4.- Se anota en la decisión de la cual nos apartamos, en un tono absoluto, tajante e inapelable, que la modalidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio, se concibió como variable independiente de la ley y, sin embargo, en virtud de la definición legal que consagra la norma acusada, convierte esta suerte de tutela en variable dependiente.

Dicho criterio lo soporta la aludida decisión en el supuesto de que “los derechos y sus garantías son fundamentales porque son un límite a la acción del legislador”, con lo cual se insinúa como principio absoluto, por cierto inexacto y discutible, de que la constitución es intocable, de manera que son violatorias e incompatibles con sus normas, las reglas jurídicas que el legislador formule para desarrollarlas, con el fin de hacer realidad y posible la aplicación y ejecución de los principios generales, los valores y derechos que aquéllas consagran, hasta el extremo que la penetración del legislador, en el ámbito constitucional, mediante la labor de interpretación, le resta eficacia al precepto constitucional.

Es equivocado entender la normatividad contenida en la Carta Fundamental, como una verdad revelada, como si fuera una versión moderna de los Diez Mandamientos, y no como un instrumento vital, dinámico y fluido, adaptable a los momentos históricos en que corresponde aplicarla. Ello significa confundir la rigidez del estatuto, que hace relación con la viabilidad e instrumentación de sus reformas, con el acartonamiento de su contenido y eficacia, por su carácter de norma extraordinaria. Lo extraordinario se predica de la circunstancia de que la norma constitucional, es superior y se le reconoce una supremacía sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, de tal suerte que todo el resto de la normatividad jurídica, deba someterse a sus reglas y principios.

La interpretación o el desarrollo de una norma constitucional por el legislador, no puede asimilarse a lo que se conoce como interpretación auténtica en sentido estricto, pues en realidad, lo que hace la ley es crear derecho autónomamente, dentro del ámbito de competencia prefijado por la Constitución, es decir, dentro de los espacios que la misma ha dejado a la actividad legislativa, en forma expresa o tácita, pero sin que pueda de ningún modo entenderse que la labor de creación del derecho por el legislador pueda superar el marco normativo constitucional, de tal suerte que realmente lo que opera es un fenómeno de subsunción del derecho creado por el legislador, con respecto a la normatividad establecida por el constituyente.

Lo curioso de la decisión mayoritaria es que admite y puntualiza criterios similares a los ya expuestos, pero no obstante ello, concluye inexplicablemente en la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada, en virtud de que la ley, a su juicio, no puede fungir como interpretación auténtica de la Constitución y elevarse al rango de parámetro constitucional.

Quienes suscribimos el presente salvamento de voto, en ningún momento, al apoyar la tesis de la ponencia original, sostuvimos semejante despropósito, porque ello sería desconocer el carácter de norma de normas que ostenta la Constitución Política; simplemente esbozamos el criterio, a nuestro entender certero, de que es tarea propia y legítima del legislador desarrollar, y en ciertos casos interpretar los textos constitucionales, cuando la norma constitucional no contiene un mandato completo, exhaustivo y susceptible de ser aplicado y entendido autónomamente.

Es claro pues que el Congreso si puede interpretar la Constitución cuando dicta las leyes. En la misma forma la interpretan todos los órganos competentes que dictan normas de carácter general en los niveles inferiores de la organización estatal, lo cual revela el acierto de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen de la creación del derecho por grados; sin embargo, distinto es que sea la Corte Constitucional, o el Consejo de Estado en el caso del numeral 2o. del art. 237, los llamados a decir si una norma interpreta fielmente la Constitución o se aparta de ella.

En relación con esta sentencia se ha presentado un caso insólito. Como en la misma ocasión hiciera constar el Magistrado Antonio Barrera Carbonell, que suscribe este salvamento, la Corte en el transcurso de unos pocos minutos, cambió su jurisprudencia en esa materia. Primero rechazó la definición contenida en el inciso demandado, con el argumento de que el legislador no puede definir las palabras de la Constitución. Luego al declarar la exequibilidad del inciso 1o. del artículo 274 de la ley 5a. de 1992, aceptó la definición de falta absoluta que esta última norma contiene. En efecto, veamos:

Dispone el artículo 134 de la Constitución:

“Las vacancias por faltas absolutas de los congresistas serán suplidas por los candidatos no elegidos, según el orden de inscripción en la lista correspondiente.” (negrilla fuera del texto)

Como la Constitución no definió cuando hay vacancia por falta absoluta, la definición la hizo el inciso primero del artículo 274 de la ley 5a. de 1992, así:

“Vacancia.- Se presenta por falta absoluta del Congresista en los siguientes eventos: su muerte; la pérdida de la investidura en los casos del artículo 179 constitucional o cuando se pierde alguno de los requisitos generales de elegibilidad; la incapacidad física permanente declarada por la respectiva Cámara; la revocatoria del mandato, y declaración de nulidad de la elección.” (negrilla fuera del texto).

Es evidente que al determinar todos los casos en que se presenta “ la falta absoluta, se está definiendo ésta. Bien podría el artículo comenzar diciendo que “la falta absoluta consiste en...”

Conclusión: es incomprensible por qué lo que pudo hacer el legislador al dictar la ley 5a. de 1992, no lo podía hacer el Presidente de la República en uso de las facultades que el artículo transitorio 5o. de la Constitución, le confirió para “reglamentar el derecho de tutela”. Esta es una contradicción que ninguna de las dos sentencias explica.

5.- La fundamentación de la inexecutable de la norma acusada no fue, como se infiere de la tesis mayoritaria, la interpretación afortunada del sentido de las expresiones constitucionales “perjuicio irremediable”; lo fue en cambio, lo que la decisión prevalente denomina relativización de la modalidad de la tutela como mecanismo transitorio, la cual se hace consistir en el hecho de que “la definición legal, objeto de censura, contraría la estructura constitucional de esta especie de acción de tutela y la hace depender -como si se tratara de la primera modalidad de tutela- del medio judicial ordinario de defensa”.

La afirmación anterior, no tiene un soporte real, pues efectivamente en ambas modalidades, el juez de conocimiento solo puede tutelar un derecho dentro de los términos del artículo 86 de la Constitución Política, cuando el afectado carece de un medio judicial ordinario de defensa, que es el evento de la tutela como acción subsidiaria de protección, o debe acudir a la tutela para evitar un perjuicio, que de otra manera ocurriría fatalmente, aunque tuviera acceso a un medio judicial ordinario de defensa, pero que no le garantiza una protección eficaz y ágil como para impedir la violación.

Nótese que en esta última modalidad, la tutela tiene como razón fáctica que la determina, un

problema de oportunidad de la defensa, mientras que en la primera, se presenta una situación de carencia de protección; pero en uno y otro evento, la oportunidad y la carencia se predica de un medio ordinario idóneo de acción judicial, que impida la violación del derecho esencial o detenga la actividad del órgano o persona que lo amenaza.

6. La relativización de la tutela, según el criterio mayoritario, ocurre también porque la norma demandada, con ocasión de la definición de perjuicio irremediable, remite en punto a la responsabilidad aplicable, a normas que no tienen el carácter de ley estatutaria y con las cuales el juez debe deducir los criterios definitivos para resolver acerca de la procedencia de esta especie de acción de tutela.

Pasa por alto la decisión al tratar este tema, dos circunstancias esenciales que tienen que ver, en primer lugar, con el origen de la norma censurada y, de otro lado, con las limitaciones que por razón del objeto estableció el Constituyente.

La definición del artículo 60. del decreto 2591 tiene como fuente inmediata la habilitación que el Constituyente le otorgó al Gobierno para “reglamentar el derecho de tutela” (C.P., artículo 5-A transitorio). No fue un acto ordinario del legislador, ni puede reprocharse el hecho de que el desarrollo del mandato constitucional no se cumpliera mediante una ley estatutaria, porque el Gobierno no puede expedir normas de esta estirpe.

No obstante, conviene advertir, que fue el propio Constituyente el que habilitó especialmente al Presidente para “regular el derecho de tutela”, y admitiendo que tenga la condición de derecho fundamental el mecanismo ideado para la protección de los derechos de esta misma naturaleza, no se opone a la lógica jurídica admitir que, desde el punto de vista material, el decreto 2591 de 1991, también participa del carácter normativo estatutario que tienen las leyes que desarrollan los derechos fundamentales (art. 152-a C.P.).

7.- Contestado el argumento relativo a la naturaleza estatutaria de la norma acusada, no puede mirarse con otra lógica el contenido y alcance del inciso de la norma acusada pues, el Gobierno no podía, so pretexto de desarrollar la tutela, regular la responsabilidad subyacente en la noción de perjuicio irremediable, por cuanto no era tema de la materia objeto sobre la cual recaía su competencia. En efecto quien puede definir la naturaleza de la responsabilidad (civil, administrativa o penal), es el legislador ordinario dentro del ámbito normal de su competencia, aun cuando ello no excluye la posibilidad de que la Constitución

contenga principios generales en materia de responsabilidad, que le corresponde desarrollar a aquel. (Arts. 6o, 80, 88, incisos 2o. y 3o., 89, 90 y 124 C.P.). El juez, al deducir la responsabilidad correspondiente, aplica la norma objetiva pertinente, pero propiamente no la crea.

8.- La posición mayoritaria, propone la idea de que para determinar la existencia del futuro perjuicio irremediable, le corresponde al juzgador hacer un “juicio hipotético-conjetural cuyo horizonte es el futuro”, con el fin de precisar de antemano los elementos esenciales de la responsabilidad y de la magnitud de la indemnización a que dió lugar la acción u omisión de la autoridad o del particular, y señala prolijamente una serie de presupuestos.

Al respecto observamos que el juez de tutela no es el juez de la responsabilidad; por lo tanto no tiene porque adelantar el aludido “juicio hipotético-conjetural”, pues pese a lo escaso del material probatorio que se incorpora en el proceso de tutela, de todas maneras tiene que hacer una valoración objetiva de la gravedad de la violación del derecho para que partiendo de esta base cierta y no hipotética pueda apreciar si la acción u omisión que vulnera o amenaza violar el derecho fundamental puede configurar un perjuicio irremediable.

9.- Todo lo anterior conduce a reafirmar lo expresado en la ponencia original, en el sentido de que cuando la norma acusada definió el perjuicio irremediable, como aquel que “...sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”, quiso significar, conforme a los antecedentes históricos de la institución de la tutela en la Asamblea Constituyente, que la tutela en su modalidad de mecanismo transitorio, tiene el carácter de una medida cautelar o preventiva, por cuanto esta destinada a evitar que la prolongación de la violación del derecho, llegue a tal extremo de configurar un perjuicio irremediable. Obviamente, es irremediable, el perjuicio que sólo puede ser indemnizado mediante una reparación o compensación del daño, lo cual no puede resultar jamás contrario a lo dictado de la Constitución, pues todo perjuicio naturalmente es remediable a través de una indemnización .

Ello no implica de otra parte, vincular la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio a la posibilidad de la indemnización del perjuicio, según tuvo ocasión de señalarse en la ponencia original, ya que la referencia a la indemnización da a entender propiamente el

carácter de la irremediabilidad del perjuicio, para efectos de proteger el derecho fundamental agredido, mas no la identificación de la viabilidad de la tutela con la reparación del daño a través de una indemnización.

10.- No podemos dejar pasar por alto vaticinar el desorden que de seguro va a propiciar la decisión de la cual disentimos, cuando en forma autónoma y discrecional cada juez en particular defina, en cada caso concreto, lo que se entiende por perjuicio irremediable. De este modo la tutela como mecanismo transitorio invadirá, hasta lograr desplazar, por lo menos temporalmente, los medios ordinarios de defensa judicial.

Fecha up supra.

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

1 Gaceta Legislativa Nº 16, septiembre 27 de 1991, p. 18.

2 Plenaria del 5 de Junio de 1991, sesiones art. 86, Banco de datos Constitucional Colombiano, Presidencia de la República, pág. 10.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-225/93. Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa