

Antecedentes del incidente de desacato, su doctrina y marco legal: una introducción para el desarrollo del incidente de desacato y el trámite aplicado por los Jueces Constitucionales. Estudio de caso, Neiva – Huila, Colombia (2012-2017) *

Background of the contempt incident, its doctrine and legal framework: an introduction to the development of the contempt incident and the procedure applied by the Constitutional Judges. Case study, Neiva - Huila, Colombia (2012-2017)

Cristian Andrés Lozano

Abogado, candidato a magíster en derecho público, Colombia
crianlo@live.com

Paola Ximena Pérez Medina

Abogada, especialista en derecho constitucional y administrativo, Colombia
paoperez0206@gmail.com

Recibido: 10/12/2018 Aprobado 04/03/2019

DOI: 10.25054/16576799.2646

RESUMEN

Este artículo constituye la parte introductoria del trabajo de investigación denominado el “Desarrollo del incidente de desacato y el trámite aplicado por los Jueces Constitucionales. Estudio de caso, Neiva – Huila, Colombia (2012-2017)”, el cual tiene por objetivo principal determinar el procedimiento que los Jueces Constitucionales de la ciudad de Neiva han demarcado para garantizar el cumplimiento de las sentencias de tutela en el ejercicio de su potestad coercitiva, implementada para garantizar la protección de los derechos fundamentales salvaguardados en sede judicial, durante el periodo previamente enunciado.

Su contenido se centra en realizar una contextualización de la creación de la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la Asamblea Constituyente en 1991, la cual introdujo el mecanismo en el artículo 86 de la Carta Política. En segundo lugar, se analiza el desarrollo normativo del mecanismo de protección constitucional, a partir del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones legales que han proporcionado modificaciones a sus disposiciones generales. Finalmente, el propósito de este capítulo consiste en verificar respecto de la acción de tutela y del incidente de desacato, qué investigaciones y cuáles autores han estudiado sobre el tema.

PALABRAS CLAVE

Acción de Tutela; Constitución Política; Incidente de Desacato; Juez Constitucional; Proyecto Reforma Constitucional.

*Artículo de investigación

ABSTRACT

This article constitutes the introductory part of the research work called “Development of the contempt incident and the procedure applied by the Constitutional Judges. Case study, Neiva - Huila, Colombia (2012-2017)”, whose main objective is to determine the procedure that Constitutional Judges in the city of Neiva have demarcated to ensure compliance with the judgments of guardianship, in the exercise of its coercive power implemented to guarantee the protection of the fundamental rights safeguarded in court, during the period previously stated.

Its content focuses on contextualizing the creation of the “tutela” action (writ of protection) in the Colombian legal system, starting with the Constituent Assembly in 1991, which introduced the mechanism in Article 86 of the Political Charter. Second, the regulatory development of the constitutional protection mechanism will be analysed, starting with Decree 2591 of 1991 and other legal provisions that have provided modifications to its general provisions. Finally, the purpose of this chapter is to verify with respect to the “tutela” action and the contempt incident, which research and authors have studied on the subject.

KEYWORDS

Writ of Protection; Political Constitution; Contempt; Constitutional Judge; Constitutional Reform Project.

INTRODUCCIÓN

Gracias a la reforma constitucional promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se cuenta con un importante mecanismo constitucional para la salvaguardia de los derechos fundamentales, el cual se encuentra instituido en el artículo 86 de la Carta Política de 1991.

Esta figura constituye una herramienta complementaria respecto del sistema vigente de control de legalidad y constitucionalidad, enmarcada con una identidad claramente definida y un propósito perfectamente diferenciable, dado que brinda soluciones en problemáticas suscitadas en las actividades de la persona, en las cuales los derechos fundamentales se ven inmersos en una transgresión, proporcionando de esta manera un procedimiento legal y expedito, con el cual no se contaba previamente para la protección inmediata, logrando así la materialización de las garantías constitucionales.

Si bien, resulta loable la función instituida para la acción de tutela, en la práctica judicial se ha evidenciado que los jueces constitucionales se ven inmersos en apuros para asegurar el cumplimiento de los fallos de tutela, conllevando a que la orden judicial sea acatada a través de la imposición sucesiva de sanciones, dentro del trámite incidental.

Esta dificultad desfigura el propósito de la acción de tutela, por cuanto el procedimiento fue creado para que, de forma expedita, proporcionara una solución inmediata, de tal manera que el incumplimiento de la orden de tutela genera una dilatación de la garantía constitucional, la cual ha sido abordada conforme la normativa procesal vigente que, en principio, no habría lugar a ser aplicable por cuanto resulta contradictoria con el principio de inmediatez.

Esta circunstancia configura la inquietud de investigar a fondo los aspectos procedimentales impartidos a esta figura constitucional, para determinar su eficacia tratándose de la finalidad prevista por el legislador, para con ello ahondar y llegar a las conclusiones que permitan dar una respuesta integral al problema jurídico planteado.

Para lograr dicho objetivo, resulta necesario i) realizar una contextualización de la creación de la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano, ii) analizar el desarrollo normativo del mecanismo de protección constitucional a partir del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones reglamentarias y iii) determinar el avance doctrinario investigativo de la acción de tutela y del incidente de desacato.

Es por tanto, que el presente artículo tiene como finalidad conocer a profundidad cuál ha sido el trámite o las etapas procedimentales impartidas al incidente de desacato y establecer su fuerza

coercitiva en aras de garantizar la protección de los derechos fundamentales salvaguardados.

1. ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA ACCIÓN DE TUTELA DESDE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LOS PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL PROMULGADOS POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EN 1991

La historia da cuenta de cómo un grupo de jóvenes estudiantes universitarios (previa utilización del mecanismo de participación ciudadana -plebiscito de 1990-) quisieron, en su sentido de lucha, retomar el periplo de la reforma institucional, luego de que surgiera la fórmula de la séptima papeleta¹; entre el estudiantado visible en aquella época, participaron activamente estudiantes de la Universidad del Rosario, Los Andes, La Javeriana y otros centro de educación superior, siendo ellos quienes, en voz de protesta, desde un pensamiento innovador, de lucha y añorando un cambio que tocara todos los aspectos que la violencia en ese entonces permeaba al pueblo colombiano, agregaron un séptimo voto para que obrara y fuera sinónimo de asentimiento a favor de la que fuera hoy por hoy la Asamblea Constituyente más recordada e importante de todos los tiempos y de la que días más tarde iba a causar ese éxtasis y fervor entre todos los colombianos y paradójicamente en los políticos de aquella época.

Es así, que para mayor ilustración se enfatiza y trae a colación un documento que consideramos es uno de los más completos, el cual brinda información precisa de este marco histórico, denominado “La Séptima Papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas Con ocasión de los 20 años del Movimiento Estudiantil de la Séptima Papeleta”. Es un texto investigativo elaborado por algunos de los principales protagonistas de ese movimiento estudiantil quienes, desde su más sentido de pertenencia, siendo parte de la Universidad del

Rosario desde la Facultad de Jurisprudencia y comandados por Marcela Monroy Torres² y Camilo Ospina Bernal³, Decana y Vicedecano de la facultad para aquella época, fueron los artífices junto a estudiantes de esa facultad y de otras universidades en la incursión y votación de ese movimiento estudiantil.

Precisa el citado documento que los estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia del Rosario, con pleno apeo del claustro universitario, secundados por estudiantes de otras universidades de la ciudad de Bogotá D.C., de las que se destacan: el Rosario, la Javeriana, el Externado, La Sabana y la Nacional, a las que luego se sumarían otras ciudades del país, propusieron lanzar la iniciativa de la Asamblea Constituyente en una séptima papeleta que pudiera ser votada en las elecciones del 11 de marzo de 1990, para posteriormente sumarse a las seis adicionales que el ciudadano podía depositar para elegir candidatos al Congreso y otras corporaciones y, que desde la perspectiva de la Universidad del Rosario, se tornaría como una verdadera campaña política para explicar a la ciudadanía el alcance de la séptima papeleta y su importancia para Colombia.

El texto investigativo señala que, pese a que el camino recorrido para poder alcanzar el objetivo propuesto por el movimiento estudiantil no fue en lo absoluto sencillo, en tanto hubo oposición de ciertos sectores, no es menos cierto que existió apoyo por parte de algunos dirigentes políticos y de otros espacios, específicamente medios de comunicación como lo fue el Diario “El Tiempo”, el cual mediante un editorial histórico proporcionó apoyo a la iniciativa estudiantil; motivo que se convertiría en la principal lucha para continuar con esa campaña política de la que ellos se ufanan –y con acreditada razón- fue la Universidad del Rosario la que lideró un cambio histórico, quizás el de mayor impacto en los últimos tiempos.

1 Monroy-Torres (2010):

El origen de la Séptima Papeleta tuvo que ver con la preocupación que embargaba a la administración de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario por la apatía que caracterizaba al estudiantado hacia 1987; decidimos entonces que había que generarle inquietudes e informar –o mejor formar- suficientemente a los estudiantes de derecho sobre las raíces de los problemas que entonces afrontaba Colombia. Para ello se creó la cátedra que denominamos “Historia Política Colombiana”, la cual pretendía mostrar las causas de la situación que para entonces se vivía: narcoguerrilla, paramilitarismo, violencia e impunidad; los encargados de dicha cátedra fueron en su momento el “Tigrillo” Noriega y el jesuita Javier Sanín.

2 Ex Decana Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, 1988-1991.

3 Ex Vicedecano Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, 1989 – 1991.

Es así como desde la Asamblea Constituyente surge la Constitución Política de Colombia de 1991 y con ella nace el tan anhelado y más popular e invocado artículo 86 de esta norma de normas, el cual fue materia de debate, surgiendo varios proyectos de reforma constitucional entre los que se destaca:

No. De proyecto	Ponente (s)
2	Gobierno Nacional
7	Alianza Democrática M-19; AD-M19
9	Juan Gómez Martínez
67	Misael Pastrana Borrero
81	Juan Carlos Esguerra Portocarrero
87	Horacio Serpa Uribe (co- presidente Asamblea Nacional Constituyente)
113	Alfredo Vásquez y Aida Avella
116	Antonio Galán Sarmiento
126	Ivan Marulanda Vélez
130	Eduardo Espinosa Facio-Lince

Desde el proyecto de reforma constitucional No. 05, auscultada la “exposición de motivos” suscrita por el entonces constituyente Francisco Maturana, se presentaron varias propuestas de reforma constitucional relacionadas con los derechos, garantías y deberes fundamentales del ciudadano colombiano, de los que el ponente refiere, se trataba de temas de suma importancia para fecundar una Constitución Nacional por la paz, la democracia, la justicia y el cambio en Colombia. Se insiste en que, desde la ponencia de quienes integraban la asamblea nacional constituyente, el objetivo esencial no era otro que el de la defensa de la dignidad humana, contribuyendo al alcance de una nueva Constitución Nacional que le permitiera a todos los colombianos no solo ser iguales ante la ley, sino ante la vida, sugiriendo que ello solo sería posible con la vigencia real de los derechos a la igualdad, a la vida, a la dignidad humana, al trabajo, a la recreación física y el deporte, a la cultura, a la educación, a la propiedad, al medio ambiente, entre otros derechos, en sus propias palabras:

El reto de nosotros los Constituyentes y el de todos los Colombianos, es el de reconstruir la nación, e integrarla como un todo, conjugando su diversidad, y haciendo de ella una presencia viva de la solidaridad de todos en las necesidades de cada uno.

En esta perspectiva, se orientan estas propuestas de reforma Constitucional, que coloco a disposición de la secretaria de la Asamblea Constituyente, reiterando que el respeto a la vida y dignidad humana, constituyen el primer paso cierto para consolidar una paz duradera en Colombia (Banrepcultural, s.f.).

1.1. Derechos elevados a rango fundamental que tuvieron su génesis en la Constitución Política de 1991

El proyecto de reforma constitucional No. 50 presentado a debate el 07 de marzo de 1991, propugnaba por la consagración de los “Derechos, Garantías y Deberes Fundamentales”, bajo la tesis de que la anterior Constitución de 1886 era exigua en relación a estos, advirtiendo que no obstante disponer de reformas importantes, estas por sí solas no alcanzaban a cubrir aspectos fundamentales y, por tanto, se hacía necesario precisar y ampliar esa carta de derechos que requerían de una nueva redacción o contenido y elevarlos a rango ius-fundamental.

Señala un acápite del proyecto de reforma:

(...) crearemos los derechos contemporáneos que recojan las realidades del mundo moderno con proyección hacia el futuro.

Se establece la tutela efectiva de todos los Derechos y Garantías fundamentales, mediante la consagración de su aplicación inmediata sin necesidad de la Ley que los reglamente y mediante la creación entre otros, de la institución del recurso de amparo de los Derechos Constitucionales, figura propia del derecho público latinoamericano (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 3)

De ahí, surge el interrogante acerca de ¿Cuáles fueron las razones o la génesis que llevó a la

Constituyente Nacional a hacer énfasis en la creación del artículo 86 de la Constitución Política de 1991; norma que sustenta una de las figuras legales que posteriormente se convertiría en la más importante del ordenamiento jurídico-constitucional e hito en protección de derechos fundamentales?

Con miras a descifrar el interrogante traído a colación, convino explorar uno a uno los proyectos de reforma constitucional; búsqueda que se centraría inicialmente en lo reseñado en el proyecto de reforma No. 84, cuyos autores fueron: Horacio Serpa Uribe, 1943; Guillermo Eduardo Perry Rubio, 1945 y Eduardo Verano de la Rosa, 1950. Documento que en el acápite de “exposición de motivos” explica que la nueva constitución política surge luego de años de violencia por los que estaba cruzando el territorio colombiano a lo largo de su historia; violencia que con sus diversas manifestaciones, impedía al pueblo colombiano, en aquella época, convivir y desarrollarse dentro de los parámetros característicos de un Estado de derecho.

Los constituyentes que integraban el referido proyecto de reforma constitucional, sustentados en lo instituido en el Art. 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴ y en la tesis de la existencia de algunos casos en los cuales algunos derechos humanos podían ser suspendidos transitoriamente o reducidos en su alcance por cierto tiempo, advirtieron de la no consagración que en materia de estas prerrogativas revestía la Constitución de 1886, precisando que existía, incluso, algunos derechos de vital importancia que no se hallaban debidamente consagrados, como era el caso del “derecho a la vida”.

En ese momento, los ponentes advirtieron que la Carta Política de 1886 no estipulaba de manera concreta este derecho que actualmente es de los denominados ius-fundamentales y de mayor

importancia y preeminencia en actual carta política de Colombia, anotando que en la anterior Constitución, simplemente se exhortaba a las autoridades de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes sin existir pauta alguna que positivizara su contenido y alcance.

De igual manera y bajo el mismo argumento decidieron darle un mayor significado y relevancia al “Derecho a la autonomía” y “presunción de inocencia”, principios fundamentales del entonces Estado de Derecho, que no estaban contemplados en la Constitución de 1886.

1.2. Nacimiento jurídico del término “acción de tutela” y sus características proveídas por la Asamblea Constituyente

Derecho de huelga	Prohibición de esclavitud	Derecho a la libertad
Derecho de defensa	Principio de legalidad	Principio de favorabilidad
Detención preventiva	Recurso de habeas corpus	Prohibición de pena capital
Garantía a la propiedad privada	Derechos adquiridos	Regulación de los monopolios
Derecho a la intimidad	Libertad de empresa	Libertad de enseñanza
Libertad de conciencia	Libertad de expresión	Derecho de asociación
Derecho de petición	Derecho de reunión	

En varios de los proyectos de reforma constitucional se advierte la existencia de algunos derechos que consagraba la pretérita carta política de 1886, sintetizados en los siguientes:

4 Artículo 4: 1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación (CDH, 1976).

Sin embargo, pese a que los citados derechos eran visibles en la Constitución Política de 1886, para algunos de los constituyentes que conformaban la Asamblea, se trataba simplemente de una consagración que se hacía sin un criterio que en razón a su naturaleza permitiera la ubicación en el texto constitucional, obstaculizando de esa manera su conocimiento por parte de los individuos y la consecuente protección que debían prestar las autoridades del Estado.

Fue así que ante la ausencia de mecanismos apropiados para la defensa y promoción de estos derechos, se consideró que no era suficiente la enunciación y enumeración en la Carta Política; igualmente, no bastaba con conminar al Estado a protegerlos y garantizarlos, si las personas no entendían su alcance y no limitaban por sí mismas las conductas que podían de alguna manera trascender su esfera privada, afectando el normal ejercicio de los derechos de los demás.

De ahí, surge la idea de establecer mecanismos apropiados para la defensa y protección de esta prerrogativas, como lo denominarían inicialmente el “*recurso de amparo*”, para lo cual, en tal proyecto se propusieron como derechos y libertades fundamentales, los siguientes: i) derecho a la vida; ii) derecho a la dignidad; iii) derecho a la libertad y a la seguridad personal; iv) derecho de defensa; v) derecho a la intimidad; vi) la libertad de conciencia y de cultos; vii) la libertad de expresión e información; viii) la libertad de asociación; ix) la libertad de reunión y, x) la libertad de circulación.

Y es que los constituyentes, en su ejercicio claro de propender porque estos derechos fueran elevados al rango constitucional que les correspondía, propusieron la inclusión de los derechos políticos en el título de derechos fundamentales, bajo el argumento de que la carencia de su no consagración elevada a tal categoría, había originado un malestar tan profundo en el régimen político colombiano por la falta de canales de participación efectivos que, a la postre, dieron lugar al surgimiento y consolidación de las distintas manifestaciones de violencia y que para esa época se habían vuelto incontrolables.

Fue entonces que, el 10 de abril de 1991, los constituyentes Jaime Arias López, Darío Antonio Mejía Agudelo y Juan Carlos Esguerra Portocarrero, en ponencia acerca del contenido “Principios, Derechos y Reforma Constitucional”,

presentaron el estudio de las propuestas a la Asamblea Nacional Constituyente sobre tres grandes temas: i) Los mecanismos de participación democrática; ii) los instrumentos de protección de los derechos fundamentales y iii) los mecanismos, de reforma constitucional, respecto de los cuales, la tendencia era de ampliar las posibilidades de participación y expresión popular.

Dentro del tema “instrumentos de protección de los derechos fundamentales”, los autores de la ponencia empezaron a dilucidar acerca una figura constitucional que propendiera por la efectiva protección de los derechos fundamentales, para lo cual empezaron por traer a colación el término “recurso de amparo”, señalando que, con tal vocablo, numerosos proyectos contemplaban la creación de un nuevo mecanismo para la protección de los derechos constitucionales.

No obstante, esa subcomisión consideró en su momento que en derecho comparado, el término “amparo” era genérico y se aplicaba a todos los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, de tal modo que para los miembros de la Asamblea, la expresión cobijaba el recurso de habeas corpus, la excepción de inconstitucionalidad, las acciones administrativas de nulidad y reparación.

Con ocasión de ello, y para evitar equívocos y erróneas referencias interpretativas, la subcomisión optó por hablar de “*acción o derecho de tutela*” a efecto de consentir una figura que fuera especial, delimitada para la legislación colombiana, que complementara y perfeccionara el modelo de control de constitucionalidad, legalidad y defensa de los derechos, concibiendo esta que hoy por hoy es un mecanismo revolucionario y que se circunscribe en un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual; siempre advirtiendo que el espíritu no fue otro que el de crear una figura constitucional que operaba únicamente ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa y con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando fueran objeto de conculcación o amenaza por la acción o la omisión de una autoridad pública.

Fue entonces cuando el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, en proyecto de reforma constitucional el día 08 de marzo de 1991 y, luego de varias intervenciones dentro de la Asamblea

Nacional Constituyente, presentó el boceto de lo que sería el artículo 86 de la Constitución Política

y del cual hacemos un cotejo con la vigente norma jurídico-constitucional como pasa a esbozarse:

<p>Proyecto de artículo constitucional que consagra la acción de tutela para la protección de los derechos constitucionales presentado por el Constituyente: Juan Carlos Esguerra Portocarrero</p>	<p>Vigente artículo 86 de la Constitución Política de 1991</p>
<p>Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar de los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, sean ellos individuales o colectivos, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.</p> <p>La protección consistirá en una orden para que aquel frente a quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.</p> <p>Tal decisión, que siempre deberá cumplirse en forma inmediata, podrá luego ser impugnada por la parte interesada ante el correspondiente tribunal contencioso administrativo.</p> <p>Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa de carácter judicial o administrativo, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e irreparable mientras puede acudir al ejercicio de aquél, y se tramitará mediante un procedimiento sumario que garantice su eficacia y prontitud. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la fecha de la solicitud de tutela y la decisión.</p> <p>Esta acción no procederá en relación con situaciones consumadas e irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada.</p> <p>También habrá acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo.</p>	<p>Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.</p> <p>La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.</p> <p>Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.</p> <p>En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.</p> <p>La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.</p>

En la anterior ponencia, los principales protagonistas y autores quisieron novar esta figura constitucional con ciertos componentes que le dieran un plus y caracterizaran la tutela como un mecanismo propio, identitario del sistema jurídico colombiano y armonizándola con la estructura del

control de constitucionalidad; en tanto, para los constituyentes, el problema que existía en aquella época era el que muchos de los países tomaban como referente el sistema mexicano del amparo constitucional pero de manera aislada, como una institución autónoma, sin referirlo y ajustarlo con el sistema normativo de cada país.

Señaló en el proyecto de reforma el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero:

En síntesis, establecer el amparo, dentro de la tradición mejicana, sería desquiciar el sistema colombiano y exponerlo a una serie de conflictos de jurisdicción. Por su lado, la figura de la tutela que aquí se propone implicaría un importante avance institucional que requeriría un proceso formativo tanto en los jueces, para el ejercicio de las nuevas potestades de las que serían investidos, como en los particulares, para que acudan a este expedito mecanismo de protección de sus derechos (Esguerra-Portocarrero, 1991, pp. 4-5).

Por tal razón, y ante la necesidad de otorgar a los particulares el máximo de protección posible a sus derechos fundamentales, se pensó en un mecanismo ágil y eficiente, al alcance de cualquier persona, que le permitiera la salvaguarda inmediata de sus prerrogativas constitucionales, cuando se vieran lesionadas o amenazadas por cualquiera autoridad pública o por particulares en ciertas y determinadas circunstancias.

Para Esguerra-Portocarrero, la acción de tutela se diferencia de otros mecanismos de defensa de derechos fundamentales consagrados en constituciones de otros países de Latinoamérica, en que tiene una naturaleza jurídica propia, con ciertas características que en su momento se presentaban como de gran novedad dentro del sistema jurídico colombiano.

Y es que, desde un inicio, se pensó en que la constitución debía tener como elemento fundamental dentro de la tradición jurídica colombiana un carácter normativo y su condición de ley suprema, con el fin de que todos los jueces a todos los niveles pudieran referirse y acudir en primera instancia a la norma constitucional; por eso, el fin de su creación no fue otro que darle tal connotación jurídica, es decir, la superioridad jerárquica de norma de normas.

Para el ponente del proyecto de reforma No. 81, la acción de tutela era un instrumento completamente nuevo y su naturaleza no era otra que la de proveer protección inmediata a un particular que,

careciendo de otros medios de defensa adecuados, se viera perturbado actual o potencialmente en el ejercicio de sus derechos fundamentales consagrados en la constitución.

Fue así como el Constituyente Esguerra-Portocarrero estableció en primera medida las características que revestía ese mecanismo constitucional, las cuales sintetizó de la siguiente manera:

1. Acción subsidiaria: solo es admisible ante la ausencia de otros medios adecuados para la protección del derecho que se encuentre conculcado.
2. Dirigida contra actos u omisiones concretos que producen una perturbación actual o inminente del derecho: en esta especial característica se hizo advertencia que la tutela no sería aplicable a las leyes ni procedería contra actos administrativos de carácter general, contra las cuales proceden las acciones por la vía contencioso administrativa, dado que contra actuaciones de carácter general caben son las acciones de ilegalidad e inconstitucionalidad.
3. Es personal: solo puede rogarse por el directamente interesado o por quien actúe en su nombre, a través de representación legal o por agente oficioso.
4. Es un procedimiento preferencial, breve y sumario.
5. El juez debe tener la potestad para otorgar una efectiva protección del derecho, mediante órdenes para que aquél frente a quien se solicita la tutela sea constreñido a actuar o a abstenerse de hacerlo: acá se precisa que las órdenes en cuestión no están concebidas como una forma de restablecimiento del de derecho vulnerado sino pensadas como eficaces instrumentos de protección inmediata contra la perturbación de ese derecho.
6. La potestad del juez se limita a la inmediata protección del derecho, y en ningún proceso: en ningún momento se refiere al examen o la decisión de fondo del asunto, dado que éste sólo podrá ser

controvertido a través de los mecanismos procesales ordinarios.

7. La protección que se concede tiene carácter transitorio.
8. En algunas ocasiones aplica frente a particulares y frente a cualquier autoridad pública.
9. No procede contra las situaciones consumadas e irreversibles: lo que hoy por hoy se denomina “daño consumado”, en tanto no es posible la protección inmediata del derecho, y el agraviado tiene la posibilidad de acudir a las instancias legales que sean consecuentes con el derecho conculcado.
10. Se oriente a la protección de los derechos constitucionales: se concibió en un principio como un instrumento extraordinario que se concede en razón de la jerarquía de los derechos que se pretende proteger, pues su razón de ser no era otra que la de conceder la tutela únicamente a aquellas prerrogativas cuya aplicabilidad se deriva de manera inmediata de la constitución.

Señala un aparte del proyecto de reforma No. 81:

De acogerse la innovación que se propone, el sistema colombiano de control de constitucionalidad quedaría así:

1. Control de constitucionalidad de los proyectos de ley y de las leyes en sentido formal y material, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.
2. Control de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos, en cabeza del Consejo de Estado.
3. Aplicación preferencial de la Constitución por cualquier juez de la República, de oficio o a petición de parte, en el curso de un proceso (Esguerra-Portocarrero, 1991).

El anterior mecanismo surgió según lo esbozado por el Constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero, luego de que se pensara que la consagración cada vez más precisa de los derechos

fundamentales en las cartas políticas, exigía de cierta manera, el perfeccionamiento de una herramienta constitucional que garantizara la efectividad de estas prerrogativas.

Es a partir de entonces cuando la Asamblea Constituyente da origen a la acción de tutela, presentándola como una figura creada como mecanismo complementario con el sistema vigente de control de legalidad y constitucionalidad y que se enmarca según el concepto de los constituyentes, dentro de sus principios generales, con una identidad claramente definida y un propósito perfectamente diferenciable.

2. DESARROLLO NORMATIVO DE LA ACCIÓN DE TUTELA – INCIDENTE DE DESACATO

De acuerdo con el recuento de antecedentes plasmado en el acápite anterior, tenemos que uno de los instrumentos trascendentales y, se podría decir, el más importante en cuanto a protección de derechos fundamentales se trata, es la acción de tutela, mecanismo constitucional que se encuentra instituido en el artículo 86 de la Carta Política de Colombia de 1991, creada como una herramienta adicional a las establecidas por la legislación, la cual brinda solución a los conflictos originados en las distintas actividades de la persona, circunstancias en las que los derechos fundamentales se ven inmersos en una transgresión, proporcionando de esta manera un procedimiento legal y expedito, con el cual no se contaba previamente para la protección inmediata, logrando así la materialización de las garantías constitucionales como ciudadanos de nuestro territorio nacional colombiano.

De tal manera que el fin primordial de la figura se constituye en ofrecer protección a los derechos fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos expresamente señalados en la ley, cuando no existe otro medio de defensa judicial para ser utilizado como medio transitorio de inmediata aplicación a efecto de evitar un perjuicio irremediable.

Cabe precisar que, dentro de las principales características de la acción de tutela contenidas en el precepto constitucional (C.P., 1991, art. 86, Colom.), se encuentra que i) su procedencia

depende de la inexistencia de otro medio judicial para salvaguardar un derecho constitucional fundamental transgredido ya sea por acción o por omisión, ii) debe ser incoado por la víctima directa o por quien actúe a su nombre, iii) es tramitado por un juez constitucional disponiendo como término límite de gestión de diez (10) días, contabilizado entre la solicitud y su resolución, iv) la protección será otorgada a través de una orden contenida en sentencia, v) la orden será de inmediato cumplimiento, aclarando que la misma puede ser objeto de impugnación y, vi) será remitida a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Ahora bien, en materia reglamentaria se encuentra que la acción de tutela en principio está regulada en dos aspectos, los cuales corresponden a sus disposiciones generales-procedimiento y, a los parámetros de competencia para su conocimiento. Así las cosas, el primer factor, se encuentra consagrado en el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” y, el segundo en el Decreto 1382 del 12 de julio de 2000 “Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”.

Desde esta perspectiva, se advierte que la regulación de la acción de tutela es limitada, puesto que comprende solamente las disposiciones generales y los factores de competencia para su conocimiento por parte de los jueces constitucionales. Sin embargo, no puede dejarse de un lado que el segundo de los aspectos, es decir, su competencia, ha sido sujeto de regulación posteriormente a través del Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho”, el Decreto 1834 del 16 de septiembre de 2015, “Por el cual se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas”, y el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

Bajo esta apreciación, se procederá a realizar una breve sinopsis de las disposiciones legales que han reglamentado la acción de tutela, en aras de

delimitar su alcance y procedimiento como mecanismo ideado para la salvaguarda inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en casos de vulneración.

2.1. Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991.

Esta normatividad entró en vigencia el 19 de noviembre de 1991, mediante la publicación en el Diario Oficial No. 40.165 de la misma fecha, proporcionando las disposiciones generales y el procedimiento para el trámite de la acción de tutela, en desarrollo del artículo 86 Constitucional.

De manera puntual, delimitó la acción de tutela a partir de su definición, objeto, principios rectores y alcance. Así mismo, el contenido y trámite de la solicitud, desde una óptica de competencia y, más aún, el contenido y alcance del fallo.

Habría que decir también que dicha normativa provee el trámite a seguir en el caso de incumplimiento de la orden impartida en el fallo de tutela, al revestir al juez constitucional del poder correccional, mediante el desacato y la imposición de sanciones penales.

Para comprender mejor su contenido y alcance, el siguiente cuadro contiene la organización del articulado, el cual se encuentra contemplado de la siguiente forma:

Capítulos	Artículos	Tema
I Disposiciones generales y procedimiento	Del 1° al 36 (Declarados inexequibles 11 y 12 referentes a la caducidad y sus efectos)	Objeto / Derecho protegidos por la tutela / Principios / Interpretación de los derechos tutelados / Procedencia de la acción de tutela / Medidas provisionales para proteger un derecho / La tutela como mecanismo transitorio / Agotamiento opcional de la vía gubernativa / Legitimidad e interés / Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes / Contenido de la solicitud. Informalidad / Trámite preferencial / Notificaciones / Corrección de la solicitud / Restablecimiento inmediato / Informes / Presunción de veracidad / Información adicional / Pruebas / Protección del derecho tutelado / Prevención a la autoridad / Indemnizaciones y costas / Cesación de la actuación impugnada / Cumplimiento del fallo / Alcance del fallo / Contenido del fallo / Notificación del fallo / Impugnación del fallo / Trámite de la impugnación / Revisión por la Corte Constitucional / Decisión en Sala / Decisiones de revisión / Efectos de la revisión.
II Competencia	Del 37 al 41	Primera instancia / Actuación temeraria / Recusación / Competencia especial / Falta de desarrollo legal.
III Tutela contra particulares	Del 42 al 45	Procedencia / Trámite / Protección alternativa / Conductas legítimas.
IV La tutela y el Defensor del Pueblo	Del 46 al 51	Legitimación / Parte / Asesores y asistentes / Delegación en personeros / Asistencia a los personeros / Colombianos residentes en el exterior.
V Sanciones	Del 52 al 55	Desacato / Sanciones penales / Enseñanza de la tutela / Vigencia.

Será preciso ilustrar que, en el artículo 52, se establecen los poderes que tiene el juez constitucional para procurar el cumplimiento de la orden judicial derivada de una acción de tutela, así como la facultad para sancionar la conducta del obligado a cumplirla que se abstiene de forma injustificada de hacerlo.

Al respecto, conviene subrayar que, de conformidad con esta disposición normativa, el “desacato” consiste en el incumplimiento de los ordenamientos estipulados en la parte resolutive de la sentencia de tutela por parte de quien está llamado a hacerlo, lo cual implica insubordinación a la institucionalidad de los jueces, siendo pertinente tomar acciones encaminadas a su aplicación y el restablecimiento de los derechos fundamentales que dispuso el amparo constitucional.

Como exordio, ha de indicarse que el Legislador, en procura de efectivizar el cumplimiento de los fallos de tutela, estableció una vía procesal determinada -Incidental- para lograr dicho objetivo, previendo en caso de contravención injustificada a los ordenamientos dispuestos en sede de tutela la aplicación de las sanciones a los responsables, consistente en privación de la libertad -arresto hasta de seis (6) meses- y multa pecuniaria -hasta de 20 salarios mínimos mensuales-, según lo preceptuado por el articulado en mención.

Habría que decir también que el funcionario cuenta con una facultad optativa y diferencial, al tenor del artículo 27 *ibídem*, respecto de sancionar por desacato, la cual corresponde al requerimiento para el cumplimiento de la orden judicial, lo que significa que pueden coexistir al mismo tiempo el trámite de cumplimiento de la orden judicial y el de desacato; sin embargo, no se puede confundir el

primero con el trámite sancionatorio derivado del segundo.

Como resultado, se tiene que el Decreto 2591 de 1991 proporcionó las herramientas a implementar, conllevando que el incumplido o responsable de acatar la orden sea merecedor de las sanciones, las cuales se encuentran inmersas en los poderes disciplinarios de que se halla revestido el Juez Constitucional, en tanto es aquel el garante de su diligencia, además de la efectividad del mismo, pues no tiene sentido proferir una decisión que no sea posible su ejecución o no acatada por quien ha sido compelido a cumplirla.

2.2. Decreto 1382 del 12 de julio de 2000

El artículo 37 del precitado Decreto 2591 de 1991 dispone los parámetros de la competencia para el conocimiento de la acción de tutela en primera instancia, determinando que son competentes a prevención los jueces o tribunales, con jurisdicción en el lugar donde ocurra la violación o amenaza que sustente la presentación de la acción.

En virtud a que la competencia en primera instancia permitía que varios despachos en una sola ubicación geográfica tuvieran la posibilidad de conocer la acción de tutela, fue necesario racionalizar y desconcentrar el conocimiento de estas, objeto que fue desarrollado en el Decreto 1382 del 12 de julio de 2000.

En términos generales, esta normatividad reguló el conocimiento a prevención, bajo las siguientes reglas:

- Las tutelas incoadas contra una autoridad pública del orden nacional serán de conocimiento, en primera instancia, por los tribunales superiores de distrito judicial, administrativos y consejos seccionales de la judicatura.
- Por su parte, los jueces del circuito tendrán conocimiento, en primera instancia, de las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental.

- En relación a los jueces municipales, serán de su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra autoridad pública del orden Distrital o municipal y contra particulares.
- Respecto a las tutelas dirigidas contra la aplicación de un acto administrativo general proferido por una autoridad nacional, su conocimiento será competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, siempre y cuando, la misma sea interpuesta para evitar un perjuicio irremediable.
- Ahora, con relación a las tutelas incoadas contra un funcionario judicial o contra la Fiscalía General de la Nación, será repartida al superior funcional del juez y al que está adscrito el fiscal, respectivamente.
- Finalmente, cuando la acción sea en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, será repartida a la misma corporación, para que la Sala de Decisión asuma su conocimiento (Decreto 2591 de 1991, Colom.).

2.3. Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015

Por su parte, el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, recopiló en el Título 3 “Promoción de la Justicia”, Capítulo 1 “De la acción de tutela”, las Secciones 1 y 2, denominadas Aspectos Generales y Reglas para reparto de la acción de tutela, respectivamente. A grandes rasgos, contemplan la normatividad plasmada en el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1382 de 2000, con relación a i) los derechos protegidos por la acción de tutela, ii) notificación, iii) contenido del fallo de tutela, iv) efectos de las decisiones proferidas en etapa de revisión por la Corte Constitucional, v) imposición de sanciones por incumplimiento y el vi) reparto de la acción de tutela especificando las reglas aplicables en caso de existencia de varios despachos judiciales de la misma jerarquía.

Lo dicho hasta aquí supone que el Decreto 1069 de 2015 no proporcionó nada novedoso a la

reglamentación de los aspectos generales – procedimiento y reglas de reparto, dispuesta para la acción de tutela. No obstante, el Decreto Único Reglamentario en su orden adicionó los siguientes aspectos:

- Se entenderá que no existe amenaza a un derecho constitucional fundamental cuando se adelante una investigación administrativa por la autoridad competente (Decreto 1069, 2015, art. 2.2.3.1.1.2.).
- La acumulación de decisiones solo será procedente siempre y cuando el juez de conocimiento avoque el conocimiento de varias tutelas con identidad de objeto, dentro del término dispuesto para ello (Decreto 1069, 2015, art. 2.2.3.1.2.3).
- Los reglamentos internos de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, podrán determinar que el conocimiento de la impugnación de fallos de acción de tutela sea asumido por las salas de decisión, conformadas para tal fin (Decreto 1069, 2015, art. 2.2.3.1.2.4).
- Finalmente, no siendo menos importante, dispuso que para la interpretación de las disposiciones que tratan de la acción de tutela, previstas en el Decreto 2591 de 1991, serán aplicables los principios generales consagrados en el Código General del Proceso, siempre y cuando no sean contrarios a dicho Decreto (Decreto 1069, 2015, art. 2.2.3.1.1.3).

2.4. Decreto 1834 del 16 de septiembre de 2015.

Se examinará brevemente ahora el Decreto 1834 de 2015, por el cual se adicionó el precitado Decreto Único Reglamentario del sector de Justicia y del Derecho y, reglamentó parcialmente el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en relación con las reglas para el reparto de las acciones de tutela masivas.

Cabe precisar que esta normativa surgió ante la necesidad de evitar fallos contradictorios en casos de tutelas idénticas y masivas incoadas contra una misma entidad pública o un particular, ya sea por la acción u omisión en la garantía de los derechos

constitucionales fundamentales, es decir, en aquellas solicitudes de amparo con idéntica situación fáctica y jurídica.

De modo que reiteró las reglas para el reparto de las acciones de tutelas masivas, adicionando que esta acumulación podrá suscitarse para las tutelas con iguales características que se presente con posterioridad, incluso después del fallo de instancia. Es así que se asegura la coherencia, igualdad y homogeneidad en la solución judicial de tutelas idénticas (Decreto 1834, 2015, art. 1).

En contraste con el Decreto 1069 de 2015, el cual dispuso que la acumulación solo era procedente siempre y cuando no se hubiese vencido el término para ello; en otros términos, previo a la emisión del fallo de tutela. Se tiene que, para este caso, se habilitó a la autoridad pública o particular accionado para solicitar que la acción de tutela sea reasignada al juez constitucional que conoció por primera vez, el objeto de controversia en pro de una garantía de la seguridad jurídica.

2.5. Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017

La finalidad de este último precepto normativo consiste en reformar las reglas de reparto de las acciones de tutela para desconcentrar el conocimiento de estas y así mejorar la eficacia, cobertura y especialidad del mecanismo. En particular, promulga la modificación del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, a partir del 30 de noviembre de 2017, para el conocimiento de las acciones de tutela en primera instancia, en los siguientes términos:

Entidad pública o particular accionado	Juez constitucional de conocimiento a prevención en primera instancia
Autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares.	Jueces municipales
Autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional.	Jueces del circuito
Actuaciones del Presidente de la República, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Defensor del Pueblo, Auditor General de la República, Contador General de la Nación y del Consejo Nacional Electoral.	Tribunales Superiores de Distrito Judicial o de los Tribunales Administrativos
Actuaciones impartidas por los Fiscales y Procuradores.	Superior funcional de la autoridad judicial. (Fiscales Tribunales y Altas Cortes / Tribunales Superiores de Distrito Judicial o las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura). (Procuradores Tribunales o Altas Cortes / Tribunales Administrativos o las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales).
Jueces o Tribunales.	Superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.
Consejos Seccionales de la Judicatura y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial.	Tribunales Superiores de Distrito Judicial.
Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado	Sala de Decisión, Sección o Subsección que corresponda de la misma Corporación.
Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.	Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado a través de la Sala de Decisión, Sección o Subsección.
Tribunales de Arbitraje.	Autoridad judicial que conoce del recurso de anulación.
Autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conforme al artículo 116 de la Constitución Política.	Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

3. DOCTRINA E INVESTIGACIONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y DEL INCIDENTE DE DESACATO

Diversos doctrinantes han escrito acerca de este mecanismo constitucional que, como ya se ha indicado, ha sido el más revolucionario e importante en la protección de los derechos fundamentales, para lo cual han desarrollado sus propias teorías y han desplegado un sinnúmero de pensamientos y conjeturas sobre esta figura constitucional.

En palabras del Doctrinante Dueñas-Ruiz (2015), Ex – Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional, es la esencia de la tutela ser un procedimiento breve y sumario, antiformalista, que finaliza con un fallo que se expresa en medidas concretas para que cese o se evite la vulneración de un derecho fundamental, describiéndola así, como una figura jurídica avanzada, muy activa, insertada dentro del control judicial constitucional, de prestación inmediata, en busca de evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

Para el citado autor, este mecanismo constitucional es aceptado por toda la población, razón por la cual, desde su concepción, no tendría sentido, ni político ni jurídico, imprimirle la connotación de “residual”, pues al darle esa caracterización, ello afectaría enormemente la capacidad de vivir en un sistema democrático, donde los derechos fundamentales no son programáticos sino derechos subjetivos con una evidente proyección social y que, desde el aporte del Ex -Magistrado Auxiliar, ligar la tutela a la ilegitimidad del acto también es un equívoco porque la desubicaría de su contexto constitucional y la llevaría al derecho administrativo.

Por su parte, Nattan Nisimblat⁵, en su libro “Derecho Procesal Constitucional”, reseña los principios rectores de la sanción judicial como resultado de las potestades disciplinarias y de ordenación, lo cual sintetiza en: a) legalidad; b) tipicidad; c) proporcionalidad, prohibición de exceso y subsidiaridad; d) reserva legal; e) objetividad y f) congruencia.

Para el Tratadista, la sanción debe estar señalada de manera expresa en el ordenamiento jurídico, pues la competencia del juez únicamente se circunscribe a aplicar la sanción que prevé la ley procesal o sustancial, siempre limitado a su interpretación positiva, nunca analógica o extensiva (legalidad).

De igual manera, la sanción debe ser preexistente al hecho procesal que la produce, pues, tal como lo asevera el catedrático, las sanciones que se impongan deben estar previamente reguladas en el ordenamiento procesal (tipicidad), debe ser impuesta en consideración a la gravedad del hecho, obedeciendo a criterios objetivos de graduación y dosificación (proporcionalidad) en la medida en que la ley los prevea, dado que en general, el derecho sancionatorio es subsidiario –ultima ratio- y como tal, la punición impuesta debe obedecer al principio de intervención mínima, en tanto para el profesor Nisimblat, la sanción solo procede cuando el derecho considera una conducta como intolerable y ella únicamente puede ser impuesta cuando el juez no encuentre otras soluciones para remediar el daño, en tanto el fin de toda sanción no

es el castigo, sino la tutela del derecho conculcado (prohibición de exceso).

Ahora bien, en lo relativo a la congruencia, señala el autor que este último principio que atañe a la competencia del juez de cumplimiento de la orden impartida en el proceso de tutela, regula su actividad durante el incidente de desacato y, no obstante tratarse de un trámite constitucional que cuenta con grado jurisdiccional de consulta ante el superior jerárquico en razón al principio de la doble instancia, lo cierto es, que su cumplimiento tal como lo dispone la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional atañe al inferior (A quo), operador jurídico que le asiste el deber de analizar e interpretar en múltiples ocasiones los ordenamientos dispuestos en sede de tutela por el superior jerárquico cuando modifica la sentencia, la revoca y nova su decisión; esto con el fin de fijar o no las puniciones (arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales) contempladas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

A manera de colofón, señala el Tratadista que el objetivo último que debe perseguir el juez de tutela es el de garantizar el goce efectivo del derecho. Cuando sea necesario, modificar aspectos accidentales de la orden original, adoptando una medida compensatoria u, como él la denomina, “orden adicional” a la principal que compense a la persona que vio disminuida la protección que en un primer momento percibió (Nisimblat-Murillo, 2013).

Profundizando un poco más acerca de los poderes correccionales del juez constitucional, se encuentra que autores como Correa-Henao (2009), determina que esta facultad constituye un procedimiento breve para imponer la sanción, el cual delimita:

En el mismo momento de la falta, el juez escucha los descargos y, si fuere el caso, impondrá la sanción, la cual es objeto de recurso de reposición, sustentado en 24 horas y resuelto en un término igual. Hay pues respeto del debido proceso, en forma oral, inmediata y breve. La Corte estimó en la sentencia citada que este

5 Abogado de la Universidad de Los Andes, magíster en Derecho, especialista en Derecho Probatorio y en Derecho Procesal, negociador de las Universidades de Harvard, MIT y TUFTS, conciliador en Derecho, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional; autor de derecho procesal, derecho probatorio, derecho procesal constitucional y derecho comercial, catedrático universitario e investigador.

pequeño trámite aseguraba el respecto al debido proceso del presunto infractor. Se agregó allí mismo que esta sanción correccional es compatible con las investigaciones disciplinarias a servidores y con sanciones penales, u que tal compatibilidad de sanciones no viola la *non bis in Idem* (Correa-Henao, 2009, p. 219).

En contraste con lo anterior, al evocar nuevamente a Dueñas-Ruiz, se encuentra que plasmó un importante cuestionamiento con relación al cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela, en el siguiente sentir:

En 2004 la Corte Constitucional adoptó una conducta demasiado importante que sin embargo ha pasado relativamente desapercibida, en cuanto a su contenido procedimental.

(...) La Corte ha venido analizando si sus decisiones han sido cumplidas; sin embargo, dentro de sus competencias, no ha profundizado en el hecho protuberante de que han sido desobedecidas.

La Corte Constitucional ha referenciado los niveles de cumplimiento, pero esto no impide, que hacia el futuro, le dé la trascendencia debida al trámite de los desacatos. Esa esperanza se sustenta en que precisamente Robert Alexy, cuya doctrina ilustra muchas veces las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, quien referencia a la validez sociológica de las normas dice que una norma tiene un alto grado de eficacia cuando es obedecida en el 80% de todas las situaciones de aplicación y se aplica en el 95% de los casos de desobediencia.

(...) Es decir que el afán no debe ser únicamente por examinar los niveles de cumplimiento, sino por sancionar la desobediencia (Dueñas-Ruiz, 2015, pp. 148-149).

En concordancia con esta preocupación, se encuentran tres importantes investigaciones i) “El incidente de desacato en la sentencia de tutela de los Jueces de Bogotá, Medellín, Cali y Neiva (2007-2008)”, ii) “Eficacia del incidente de desacato. Estudio de caso, Bogotá, Colombia (2007)” y iii) “Eficacia del trámite incidental de

desacato como mecanismo para lograr el cumplimiento de la orden del fallo de tutela”, respecto de las cuales, resulta imperioso traer a colación sus resultados.

3.1. El incidente de desacato en la sentencia de tutela de los Jueces de Bogotá, Medellín, Cali y Neiva (2007-2008).

Esta importante investigación plasma su problema a investigar de la dinámica suscitada en el ejercicio profesional del derecho en el Consultorio Jurídico de la Universidad Surcolombiana, la cual demarcó en la mayoría de los casos la reiterativa dilación en el trámite de los incidentes de desacato.

Para profundizar su labor de diagnóstico, procedió a revisar una muestra de los incidentes de desacato de algunos despachos judiciales, de las principales ciudades del país, consolidando como resultado seis inconvenientes que deben afrontar los jueces de la República al momento de tramitar el incidente de desacato, los cuales corresponden:

- a) El incidente de desacato no es revisado por la Corte Constitucional ni es apelable.
- b) Es improcedente la acción de tutela contra el mismo incidente de desacato.
- c) En los informes estadísticos de productividad de los juzgados no son tenidos en cuenta los incidentes de desacato.
- d) Confusión entre el cumplimiento del fallo de tutela con el incidente de desacato.
- e) Competencia indefinida del juez de conocimiento.
- f) La acumulación progresiva de incidentes de desacato en contra de ciertos funcionarios públicos de alto rango jerárquico (López-Daza; Serrano-Ramos; Nuñez-Benavides; & Rincón, C.C., 2010).

3.2. Eficacia del incidente de desacato. Estudio de caso.

Este artículo es la presentación del resultado del proyecto de investigación cuantitativa de alcance exploratorio, de 431 expedientes de desacato del circuito judicial de Bogotá. La resulta, corresponde a que el incidente de desacato no constituye un

incentivo para garantizar el cumplimiento de los fallos de tutela, aunque sea la única herramienta dispuesta para eso, por cuanto carece de celeridad para su trámite (Londoño-Toro; Cortés-Nieto; Lombana-Rodríguez; Maya-Lucero; Aguilar-Ariza; Palacios-Sanabria, 2009).

3.3. Eficacia del trámite incidental de desacato como mecanismo para lograr el cumplimiento de la orden del fallo de tutela.

Esta investigación propone como problema la incertidumbre con relación a los mecanismos de cumplimiento de la acción de tutela y a la falta de una regulación estricta para el trámite incidental de desacato. El planteamiento es abordado inicialmente mediante un análisis teórico. Posteriormente, analiza 15 casos concretos en los cuales estudia el actuar del juez constitucional en los incidentes de desacatos concluyendo que la falta de reglas claras por parte de la Corte Constitucional respecto del incidente de desacato, afecta la eficacia del mecanismo, lo cual podría dar lugar a desnaturalizar la acción de tutela, por no lograr que se materialicen en debida forma las decisiones adoptadas en sus fallos (Sánchez-Rojas, 2013).

CONCLUSIONES

Tal como se expuso en todo el recorrido de este capítulo, la acción de tutela es un mecanismo que surgió luego de que se pensara que la consagración cada vez más precisa de los derechos fundamentales en distintas constituciones exigía, de cierta manera, el perfeccionamiento de una herramienta constitucional que garantizara la efectividad de estas prerrogativas. Por tanto, para el caso colombiano, se pensó en una herramienta esencial que tuvo su génesis en la constitución de 1991, momento histórico e hito en esta legislación, dada su creación y los autores que conformaron la entonces Asamblea Constituyente que, luego de varios proyectos de reforma constitucional, consintieron una figura especial, delimitada para la legislación colombiana, que años más tarde complementaría el modelo de control de constitucionalidad, legalidad y defensa de los derechos.

Se concibe hoy por hoy como un mecanismo revolucionario de naturaleza subsidiaria y residual,

la cual opera únicamente ante la ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa y con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando son objeto de conculcación o amenaza por la acción o la omisión de una autoridad pública y de particulares.

El viaje de este capítulo se sintetizó por la siguiente ruta: en la primera parte se abordaron los antecedentes históricos de la acción de tutela desde la exposición de motivos de los proyectos de reforma constitucional promulgados por la asamblea nacional constituyente en 1991, se hizo un análisis de los derechos fundamentales que nacieron con la actual carta política y que no se hallaban contemplados en la exigua carta de 1886 y se hizo una presentación a cerca de la génesis del término “acción de tutela” y sus características proveídas por la Asamblea Constituyente.

La anterior contextualización se realiza con el fin de descender en el tema central de este trabajo de investigación -el incidente de desacato-; por tal razón, como segunda parte de este capítulo se realizó un estudio en torno al desarrollo normativo de la acción de tutela y del desacato, figuras constitucionales complementarias, dependientes y hoy por hoy, las de mayor utilización por los colombianos a la hora de rogar protección a sus derechos fundamentales; por último se detallaron varias investigaciones alusivas al tema abordado y las diferentes obras escritas por autores que han hecho trayectoria en este tema constitucional y que de una u otra manera, han nutrido y han servido para abordar nuestro trabajo de investigación.

Se hizo una sinopsis de las disposiciones legales que han reglamentado la acción de tutela, (Decreto 2591 de 1991, Decreto 1382 de 2000, Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, Decreto 1834 del 16 de septiembre de 2015 y Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017), haciendo énfasis en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991; normativa que establece los poderes que tiene el juez constitucional para procurar el cumplimiento de la orden judicial derivada de una acción de tutela, así como la facultad para sancionar la conducta del obligado a cumplirla que se abstiene de forma injustificada de hacerlo.

Es por tanto, que desde nuestra perspectiva, con el fin de contextualizar al lector, este capítulo se centra únicamente en la historia detrás de la

creación de la acción de tutela y del incidente de desacato, el desarrollo normativo y lo estudiado, investigado y escrito hasta el momento respecto de estas figuras constitucionales.

Lo anterior, por cuanto en los próximos capítulos la atención se centrará en ir glosando el problema de investigación: en primer lugar, desde un análisis jurisprudencial que cobije y amplíe el desarrollo del incidente de desacato, para en un capítulo posterior, apoyados en trabajo de campo, logremos evidenciar y comprobar cuál ha sido el trámite aplicado por los Jueces Constitucionales respecto de esta figura constitucional en la ciudad de Neiva, específicamente en el periodo 2012-2017, el alcance que tiene en la actualidad, su efectividad y el comportamiento del juez de tutela al momento de dar aplicación a lo instituido en el Art. 52 de Decreto 2591 de 1991.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Banrepcultural, (s.f.). Presidencia de la República. (1991). Asamblea Nacional Constituyente. Colecciones Digitales. Tema de la Comisión: Derechos, libertades y deberes fundamentales. Recuperado de <http://babel.banrepcultural.org/cdm/search/collection/p17054coll28>
- II. Banrepcultural, (s.f.). Presidencia de la República. (1991). Asamblea Nacional Constituyente. Colecciones Digitales. Tema de la Comisión: Principios, Derechos y Reforma Constitucional
- III. Correa-Henao, N. R. (2009). Derecho Procesal de la acción de tutela. 3ª ed., actualizada. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez. (pp. 219).
- IV. CDH, (1976). Comité de Derechos Humanos. Situación de ratificación, reservas y declaraciones. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: http://www.herbogeminis.com/IMG/pdf/pacto-internacional-de-derechos-civiles-y-politicos-asamblea_general_naciones_unidas-16-12-1966_protocolo-facultativo_2o_protocolo-facultativo.pdf
- V. Constitución Política de Colombia -CP- (1991). Art. 86.
- VI. Dueñas-Ruiz, O. J. (2015). Acción y Procedimiento en la Tutela, Séptima Edición Actualizada. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda. (pp. 148-149).
- VII. Esguerra-Portocarrero, J. C. (1991). Proyecto (81) de artículo constitucional que consagra la acción de tutela para la protección de los derechos constitucionales presentado por el Constituyente.
- VIII. López-Daza, G. A., Serrano-Ramos, L.V., Nuñez-Benavides L. M., y Rincón, C. C. (2010). El incidente de desacato en la sentencia de tutela de los Jueces de Bogotá, Medellín, Cali y Neiva (2007-2008). *Jurid.* (7).
- IX. Londoño-Toro, B., Cortés-Nieto, J. P., Lombana-Rodríguez, M. A., Maya-Lucero, C.A., Aguilar-Ariza, J., y Palacios-Sanabria, O. G. (2009). Eficacia del incidente de desacato. Estudio de caso, Bogotá, Colombia (2007). *Vniversitas* (118).

- X. Monroy-Torres, M. (2010). Mis recuerdos de la Séptima Papeleta. En Torres-Villareal, M. L. (2010). La Séptima Papeleta: historia contada por algunos de sus protagonistas con ocasión de los 20 años del Movimiento Estudiantil de la Séptima Papeleta. Editorial Universidad del Rosario. Recuperado de: <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/la-septima-papeleta-historia-contada.pdf>
- XI. Nisimblat-Murillo, N. (2013) *Derecho Procesal Constitucional – Principialística procesal y tutela*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- XII. Sánchez-Rojas, A. M. (2013). Eficacia del trámite incidental de desacato como mecanismo para lograr el cumplimiento de la orden del fallo de tutela. *Revista de Derecho Público* (30).
- XIII. Torres-Villarreal, M. L. (2010). La séptima papeleta: Historia contada por algunos de sus protagonistas. con ocasión de los 20 años del movimiento estudiantil de la séptima papeleta. Bogotá D.C. Facultad de Jurisprudencia: Editorial Universidad del Rosario.
- XIV. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente de Colombia –ANC- (1991). Colecciones digitales.
- XV. Colombia. Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. Diario Oficial No. 40.165
- XVI. Colombia. Decreto 1382 del 12 de julio de 2000 “Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”.
- XVII. Colombia. Decreto 1069 del 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho”
- XVIII. Colombia. Decreto 1834 del 16 de septiembre de 2015, “Por el cual se adiciona el Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas”
- XIX. Colombia. Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”.

REFERENCIAS NORMATIVAS