



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

**Una propuesta para la pretensión procesal y su objeto en la acción de tutela de la  
Constitución Política de Colombia de 1991**

Carlos Armando Dávila Payares

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia  
2019



**Una propuesta para la pretensión procesal y su objeto en la acción de tutela de la  
Constitución Política de Colombia de 1991**

Carlos Armando Dávila Payares

**Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar por al título:  
Magíster en Derecho – Profundización en Derecho Procesal**

**Director:** Dr. David Armando Rodríguez Rodríguez

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C., Colombia

2019

## **Dedicatoria**

A mis padres Carlos y Yolanda y a mi hermana Alis, por apoyarme en este duro trasegar.

A mi esposa Julieth y a mi hijo Mathías, por constituir mi fuerza diaria.



## **Agradecimientos**

En primer lugar, agradecer a Dios por darme la fuerza necesaria en medio de las dificultades, lágrimas y preocupaciones que han constituido este duro, pero interesante camino por la academia. En segundo plano, expresar mi gratitud al profesor Héctor Enrique Quiroga Cubillos por inspirar este trabajo y por sus enseñanzas a lo largo del pregrado y posgrado en mi segundo hogar como lo es la Universidad Nacional de Colombia. A la profesora Andrea Alarcón Peña, por su valioso esfuerzo y paciencia en la construcción del taller metodológico y propuesta de trabajo final de Maestría. Al profesor Caviedes Estanislao Escalante Barreto, por su humildad al momento de escuchar y contribuir en buena medida con la elaboración de mi propuesta de trabajo final.

Por último, quiero agradecer inmensamente al profesor David Armando Rodríguez Rodríguez, por su tiempo y dedicación en la consolidación de este documento, en darme ánimos, instrucciones valiosas y de ayudarme a creer que vale la pena lo plasmado en este trabajo final.

## Resumen

Con la entrada e implementación de la acción de tutela instituida en la Constitución Política de Colombia de 1991 se produjo un fenómeno consistente en la modificación de los elementos del proceso, entre ellos, la pretensión, lo cual afecta su estructura, específicamente a su objeto o contenido. Por consiguiente, esta investigación develará cuál es el objeto de la pretensión procesal, tomando como punto de arranque un estudio doctrinal breve acerca de dicha figura y, a partir de las modificaciones que han introducido la normatividad, la jurisprudencia y la práctica judicial con base en el ejercicio de la acción de tutela, pasando por un análisis descriptivo del trabajo realizado por la Corte Constitucional en sede de revisión, propondremos un esquema que nos permita sistematizar un concepto pertinente para la pretensión procesal que sea aterrizado y acorde con el mecanismo de protección de derechos fundamentales mencionado y, en consecuencia, develar cuál es el contenido u objeto de dicha figura jurídico procesal.

**Palabras Claves:** pretensión procesal, objeto de la pretensión, acción de tutela, derecho fundamental, Corte Constitucional, Constitución Política, derecho a algo, teoría abstracta, sentencia.

## **Abstract**

With the entry and implementation of the guardianship action instituted in the Colombia's Political Constitution of 1991, a social and legal phenomenon was created that consisted in the modification of the elements of the process, among them, the pretension, which affects its structure, specifically your object or content. Therefore, this research will focus on uncovering what the subject of the claim procedure, taking as a starting point a brief doctrinal study of this figure and from the changes that have introduced regulations, case law and judicial practice based on the exercise of guardianship, through a descriptive analysis of the work of the Constitutional Court based review, propose a scheme that allows us to systematize a relevant procedural claim concept that is grounded and consistent with the mechanism of protection of fundamental rights mentioned and, consequently, to reveal what is the content or purpose of said procedural juridical figure.

**Key Words:** procedural pretension, object of the pretension, guardianship action, fundamental law, Constitutional Court, Political Constitution, right to any, abstract theory, sentence.



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>1. LA IMPORTANCIA DE LA LABOR DEL JUEZ EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO (NEOCONSTITUCIONALISMO): A MODO INTRODUCTORIO.....</b>	<b>17</b>
<b>2. LA TEORÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL, OBJETO DE LA PRETENSIÓN Y SU COMPORTAMIENTO FRENTE A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991 .....</b>	<b>23</b>
<b>2.1.La Teoría de la pretensión procesal y su objeto .....</b>	<b>23</b>
<b>2.2.La acción de tutela de la Constitución Política de Colombia de 1991: introducción al desarrollo de la pretensión procesal.....</b>	<b>30</b>
<b>2.3.Las implicaciones procesales de la acción de tutela y su influencia en la pretensión procesal y su objeto .....</b>	<b>36</b>
<b>3. EL OBJETO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL BAJO LA DINÁMICA DE LA ACCIÓN DE TUTELA .....</b>	<b>41</b>
<b>3.1.Estudio del objeto de la pretensión procesal entre 1992 y 1995 .....</b>	<b>42</b>
<b>3.2.Estudio del objeto de la pretensión procesal entre 1992 y 2001 .....</b>	<b>46</b>
<b>3.3.Estudio del objeto de la pretensión procesal entre 2002 y 2015 .....</b>	<b>50</b>
<b>4. UNA PROPUESTA PARA LA DEFINICIÓN DE “PRETENSIÓN PROCESAL” Y SU OBJETO EN EL MARCO DE LA ACCIÓN DE TUTELA .....</b>	<b>57</b>
<b>4.1.El papel del tutelante y el juez de tutela para la conformación del objeto de la pretensión procesal.....</b>	<b>59</b>
<b>4.2.Definición de “pretensión procesal”.....</b>	<b>69</b>
<b>4.3.El objeto de la pretensión procesal.....</b>	<b>76</b>
<b>5. CONCLUSIONES: UNA NUEVA PROPUESTA PARA EL DERECHO PROCESAL CON MATIZ CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>85</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>91</b>



## INTRODUCCIÓN

Hace unos años, mientras recibía las clases de teoría general del proceso en el pregrado en Derecho en la Universidad Nacional de Colombia, estaba asombrado por las posiciones que me compartieron acerca del proceso, de los actos procesales y en específico de la pretensión procesal. En esa ocasión mencionaron las posiciones de Jaime Guasp y, por supuesto, varias miradas desde nuestro derecho procesal colombiano, entre ellas, la del maestro Hernando Devis Echandía y una interesante sistematización aportada por el profesor Héctor Quiroga Cubillos.

En esas cátedras de teoría general del proceso, el mismo profesor Quiroga mostraba una pretensión procesal cuyo contenido era una declaración de voluntad dirigida a un juez y frente a un demandado a través del cual se buscaba la actuación de un resultado o consecuencia jurídica prevista en el derecho sustancial, como producto de la aplicación de un supuesto fáctico previsto en esa norma material.

Es claro que parte de la discusión trae a colación el objeto o contenido de la pretensión procesal y constituye el resumen –algo escueto- del trabajo que procesalistas nacionales e internacionales han realizado, principalmente los maestros mencionados al principio de este escrito.

Sin embargo, esas enseñanzas de las que nos maravillamos empezaron a presentar inconsistencias cuando fueron aplicadas en ciertos escenarios procesales. Uno de ellos es el que se pretende abordar en el presente trabajo: el desarrollo de la acción de tutela de la Constitución Política de Colombia de 1991.

¿Por qué el desarrollo de la acción de tutela representa un escenario problemático para la aplicación de las teorías tradicionales que sistematizaron la pretensión procesal y su objeto? La respuesta podemos dividirla en dos planos, uno teórico y otro práctico: en cuanto al *plano teórico*, la acción de tutela constituye un sitio para la adjudicación directa o protección inmediata de derechos fundamentales; en cuanto al *carácter práctico*, el ejercicio de la acción

de tutela ha destruido conceptos -al parecer- inmutables como los de *congruencia*, *carácter excepcional de los fallos ultra y extra petita*, *ritualidades probatorias*, etc. (esto lo veremos más adelante), lo cual es el producto de la dinámica de los demandantes y de los poderes que tiene un juez de tutela, donde este último, en particular, tiene a su disposición un proceso no sujeto a formalidades o ritualidades tradicionales que padecen los regulados por codificaciones adjetivas como el Código General del Proceso o el Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En resumen, la Constitución Política de Colombia de 1991 introdujo al ordenamiento jurídico colombiano la acción de tutela, que es un mecanismo procesal encargado de proteger judicialmente derechos fundamentales cuando éstos han sido violentados o están en peligro de vulneración.

Ese mecanismo, a pesar de lo novedoso en el derecho colombiano, traería trascendentales problemas para el derecho procesal y principalmente para la pretensión procesal: si el contenido de esta figura incluye la consecuencia jurídica del derecho sustancial aplicable para cada caso propuesto en sede del proceso, entonces los derechos fundamentales (sustancial) tendrían en su contenido la respuesta para su propia protección; sin embargo, esto no es así, y es lo que intentaremos resolver en el presente trabajo, ya que si el contenido de la figura jurídico procesal propuesta integraría la aplicación directa de un derecho fundamental, lo cierto -como lo veremos más adelante- es que éste carece de una consecuencia jurídica expresa.

Para contextualizar el problema, notemos que desde el año 1992, y con la entrada en vigencia del Decreto 2591 de 1991, los tutelantes propusieron “contenidos inéditos” en las acciones de tutela presentadas en los estrados judiciales (Lamprea Montealegre, 2015, pág. 7); esos temas eran puestos de presente en tales demandas bajo el argumento que lo que se pedía hacía parte de los derechos alegados como vulnerados.

En ese sentido, la práctica procesal que desarrolló la acción de tutela la distinguió de procesos ordinarios al incluir en el debate la protección unos derechos de contenido difuso como son

los fundamentales (esta estructura también la miraremos más adelante). Bajo esa dinámica, la pretensión fue el acto procesal que más variaciones sufrió. En ese estado de cosas, ¿por qué la pretensión procesal y su objeto tuvieron cambios estructurales? Esto obedeció a dos razones:

- a) Como lo explicaremos más adelante, los derechos fundamentales poseen el máximo nivel de indeterminación normativa, es decir, no tienen la estructura tradicional de la *norma jurídica prescriptiva*, pues carecen de un supuesto fáctico y de una consecuencia jurídica.
- b) El contenido difuso de un derecho fundamental –que no es precisado por la Constitución o la Ley- requiere concreción o determinación en cada caso judicial que es postulado en los estrados y de manera directa a través de mecanismos como la acción de tutela, razón por la cual el papel del juez ha sido el portador de relevancia para la modificación de la pretensión.

Para el caso colombiano, esa característica que podríamos llamar *vaga* de los derechos fundamentales generó la necesidad en los tutelantes de elevar pretensiones con contenidos *inéditos* en sus demandas y que muchas veces en nada coincidían con el alcance otorgado por los jueces en sus sentencias de instancia e inclusive en las sentencias de revisión proferidas por la Corte Constitucional.

Lo anterior es una situación que la doctrina tradicional en el derecho procesal intentó precisar para todos los casos al momento de conceptualizar el concepto de “pretensión”; sin embargo, no logró solucionar, para la acción de tutela, la *indeterminación* estructural de la parte sustancial que maneja dicha pretensión.

Esas teorías que una vez admiramos merecen una reformulación, pues se quedaron cortas y se tornaron imprecisas al momento de explicar los nuevos fenómenos que avizoraba un derecho procesal constitucionalizado y en específico, una pretensión procesal bajo la dinámica jurisdiccional activa en la acción de tutela.

En otras palabras, las teorías de Guasp, Devis Echandía o Quiroga no respondieron a cabalidad lo que sucede con la pretensión procesal en la acción de tutela, por lo que (las cuales no dejan de ser obras notables) pierden su efecto práctico al momento de explicar el fenómeno objeto de estudio.

Por lo precedente, es necesario ofrecer teorías y esquemas que respondan eficaz, sistemática y claramente al porqué de esta particular situación. Esto implica reescribir de alguna manera la teoría general del proceso y encausarla a un nivel acorde con la realidad inevitable del derecho constitucional y su incidencia en todas las ramas del derecho.

Ante la duda planteada con anterioridad trataremos de resolver en el marco de la presente investigación *cuál es el objeto de la pretensión procesal en la acción de tutela prevista en la Constitución Política de Colombia de 1991*.

Para responder a esa pregunta, comprobaremos que el objeto de la pretensión procesal en la acción de tutela establecida en la Constitución Política de Colombia de 1991 está compuesta por un conjunto de soluciones no están en su estructura y que se encuentran en normas diferentes a los derechos invocados (contenido difuso de los derechos fundamentales), traducidas en actuaciones positivas o negativas que el tutelante buscará incluir bajo el amparo del derecho fundamental y que varían de acuerdo con cada caso propuesto ante el juez de tutela. Para ello:

1. Abordaremos las teorías que la doctrina ha desarrollado acerca de la pretensión, su objeto y una vez explicados tales conceptos, observaremos cómo son aplicados en la acción de tutela, advirtiendo sus efectos en el acto procesal referido al principio;
2. Describiremos esa dinámica a partir de casos resueltos en las sentencias de revisión proferidas por la Corte Constitucional, mirando los fenómenos puntuales que acaecen con las pretensiones propuestas por los tutelantes en sus demandas y con el papel del juez en el mencionado marco.
3. Una vez entendido los fenómenos producidos con las pretensiones postuladas en sede de tutela, propondremos, a manera de adaptación y de forma descriptiva, un concepto

para la pretensión procesal desarrollado en el marco de la acción de tutela y precisaremos qué es la pretensión procesal y cuál es el contenido u objeto de ese acto jurídico procesal.





# **1. LA IMPORTANCIA DE LA LABOR DEL JUEZ EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO (NEOCONSTITUCIONALISMO): A MODO INTRODUCTORIO**

*“Las sociedades pluralistas actuales...  
asignan a la Constitución no la tarea de establecer  
directamente un proyecto predeterminado de vida en común,  
sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la  
misma”.*

El derecho dúctil  
Zagrebelsky, Gustavo.

Hablar de cambios suele ser problemático, máxime si inciden en los sistemas de control social, pero sobre todo en el escenario de la práctica de las instituciones y órganos organizados mediante dichos sistemas.

Sin embargo, tales cambios son relevantes cuando generan modificaciones que trascienden paradigmas aparentemente inmutables para así dar paso a nuevas concepciones que reordenan esos sistemas de control.

Para efectos del presente estudio, un ejemplo de lo anterior corresponde al nacimiento y desarrollo del constitucionalismo frente al paradigma del positivismo y el estado de derecho. Aclaremos que no queremos resaltar y describir exhaustivamente las características de esta corriente de pensamiento, pero intentaremos explicar su relación con el objeto de este trabajo de investigación.

Siguiendo con el hilo conductor propuesto, a pesar de las bondades descritas del constitucionalismo contemporáneo, haremos énfasis en uno de sus aspectos más importantes, esto es, la labor del juez en un estado constitucional. Veamos el origen de todas estas situaciones:

Con el ocaso de la Segunda Guerra Mundial, los países europeos tuvieron la necesidad de refundar sus instituciones, pero principalmente la idea de modificar las cuestionables ideologías que se reflejaban en sus ordenamientos jurídicos, específicamente los modelos basados en la obediencia inequívoca a la ley y en general, el paradigma del *estado de derecho*.

De hecho, modelos como el Nacionalsocialismo estaban fundamentados en el imperio de la ley; por ello, la Posguerra trajo el primer cuestionamiento serio al paradigma del estado legislado, al poner en consideración “el lenguaje de los derechos” (Zagrebelky, 1995, pág. 65).

Este proceso empezó “a partir de las deliberaciones de los respectivos Tribunales Constitucionales, [y] se ha producido, desde la segunda mitad del siglo XX, una progresiva constitucionalización del derecho. Se trata de un proceso de término del cual el derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución” (Comanducci, 2009, pág. 86).

Hablar de “derechos” implicaba poner límites a la actuación del estado con la inclusión de componentes éticos mínimos, de tal manera que el ser humano sea el centro de su atención y actuación; en ese sentido empezó a hablarse de un afianzamiento del concepto de *justicia* con la importante la necesidad de afirmar su eficacia suprema.

Para el anterior cometido, esa renovación implicaría la implementación de “una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de las posibilidades y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un apriori de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo” (Zagrebelky, 1995, pág. 14).

Esto trajo la necesidad de fundar proyectos político-jurídicos que permitieran asumir compromisos estatales al imponer límites a su actividad y para ello debía –como ya se dijo– prevalecer el establecimiento de ese proyecto llamado “Constitución”.

Esa Constitución sería el punto de partida de la actividad estatal, pero también elevaría a categoría de máxima importancia el discurso de los derechos.

Así las cosas, la constitucionalización del derecho traduce la búsqueda de la supremacía de una constitución que permea todas las ramas e instituciones jurídicas (Constitución invasiva), condicionando a la legislación a desarrollar mecanismos y órganos que se encargarán de resaltar la importancia de esa “norma de normas”, teniendo como objeto la supremacía y realización de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la supremacía y eficacia normativa de la Constitución son fenómenos que no se dan *ipso iure*, por lo que se requiere de un órgano que se encargará de garantizar tales características: el juez.

Por ello la neoconstitucionalización aportó al debate del constitucionalismo las siguientes propiedades (Comanducci, 2009, pág. 86):

- “La existencia de una constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- La fuerza vinculante de la Constitución...
- La sobreinterpretación de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- La aplicación directa de las normas constitucionales...
- La interpretación constitucionalizante de las leyes.
- La influencia de la Constitución en el debate político” (Comanducci, 2009, pág. 87).

De lo anterior debemos resaltar algunas características que sobresalen por encima de otras:

- La garantía de la Constitución a través de la jurisdicción.
- La aplicación directa de las normas constitucionales.
- La interpretación constitucionalizante de las leyes.

No obstante, esta corriente de pensamiento encontraría un punto de acercamiento con el positivismo cuando observamos que algunos de sus rasgos esenciales empezaron a

establecerse expresamente en la Constitución, de tal forma que esa previsión manifiesta confirmó su eficacia (Comanducci, 2009, pág. 91).

Por lo anterior y a diferencia del constitucionalismo, el neoconstitucionalismo rescató la eficacia de los derechos fundamentales, no sólo al reducir a la mera enunciación de la exigencia de los derechos, sino que “[propugnó] su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales” (Comanducci, 2009, pág. 96).

Es decir, cabe resaltar que el neoconstitucionalismo aportó adicionalmente:

- El rescate de la supremacía del poder judicial representado en agentes defensores de la Constitución.
- La positivización de los derechos fundamentales en la Constitución.
- La previsión de mecanismos de defensa y tutela de derechos fundamentales.

Estas propiedades confluyen armónicamente en una Constitución como norma prevalente del ordenamiento jurídico que asegurará su eficacia a medida que se prevean herramientas para su salvaguarda y órganos encargados de protegerla, teniendo como eje central la persona.

De ahí devienen otras características consecuenciales y resaltadas por el constitucionalismo, como lo son la *sobreinterpretación* de los derechos por parte del juez, superando con ello el consecuencialismo judicial ortodoxo del estado de derecho y a través de mecanismos de tutela efectiva.

Por su parte, la sobreinterpretación de la Constitución a través del papel del juez, trasciende al contenido de los ordenamientos jurídicos y a otras ramas del derecho, modificando sus fuentes, hasta tenerse a la jurisprudencia como una de ellas (Ahumada, 2009, pág. 146).

De hecho, la protección y sobreinterpretación de la Constitución convierten al juez en un actor cuya decisión está por encima de otras autoridades, que se caracteriza por tener amplias facultades de defensa de la Carta Política y de su catálogo de derechos.

Esta función, sin duda, ha permeado varias instituciones y diferentes ramas del derecho, inclusive al derecho procesal.

El derecho procesal y sus instituciones no están exentos de los cambios que generó el fenómeno de la neoconstitucionalización, quedando claro que gran parte de esta afectación fue generada por la labor activa de los jueces constitucionales, que, si bien no son los mentores del derecho, han contribuido a su desarrollo y, por ende, son, en parte, sus performadores: “...Los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia” (Zagrebelsky, 1995, pág. 153).

Adicionalmente tenemos que resaltar otro punto del neoconstitucionalismo –que tiene que ver con el objeto de la presente investigación- y corresponde a la implementación de mecanismos encargados de consolidar esa eficacia de los derechos y asumir la tutela de la Constitución.

En Colombia, por ejemplo, fue establecida la acción de tutela (Art. 86, Constitución Política), que constituye –como se ha mencionado con anterioridad- el puente que une a la persona que alega la violación de un derecho con el papel activo y preponderante del juez.

Así las cosas, en cuanto al papel activo de las personas que alegan la violación de derechos fundamentales a través de sus demandas de tutela, vieron en el juez constitucional el “espacio para materializar su lucha política y hacer valer sus derechos. Tal escenario autoriza a los colectivos a exponer un discurso contra-hegemónico. Las comunidades históricamente marginadas se atrevieron a solicitar la protección de sus derechos a la administración y a los

jueces por el reconocimiento de éstos. Las nuevas garantías dieron origen a nuevas demandas sociales” (Delgado, Camilo, 2017, pág. 123).

Ahora bien, en lo que respecta al papel preponderante del juez constitucional tenemos que el desarrollo de la acción de tutela propició “la intervención judicial en todos los estadios del marco secuencial de política pública, medicación que se produjo en diferentes intensidades. Nótese que la inclusión de la participación de la comunidad en todo momento de la gobernanza promueve una cultura de la rendición de cuentas. Además, la vigencia de ese principio cambia las concepciones del problema, las respuestas a éste, la ejecución de alternativas y su evaluación, toda vez que el técnico carece de la única palabra para intervenir la sociedad” (Delgado, Camilo, 2017, pág. 134).

De ahí que la importancia del constitucionalismo y el neoconstitucionalismo consiste en la implementación de mecanismos como la tutela, los cuales han producido la modificación de instituciones adscritas a ramas del derecho que tenían sentido en un estado legicentrista ortodoxo, y con la afectación producida por la intromisión del derecho constitucional dejan de tener tal consistencia y, en consecuencia, presentaron grandes y novedosos cambios promovidos por las personas mediante demandas de esa naturaleza debido a que esos mecanismos propician, como veremos más adelante, un papel activo del juez constitucional que se materializan en sus sentencias.

Como veremos a continuación, ese papel activo del tutelante y del juez propiciarían cambios para el derecho procesal y en particular para la pretensión, así como presentarán bajo la intromisión del fenómeno de la neoconstitucionalización (acción la tutela y la labor del juez) una reformulación de dicha rama del derecho.

## **2. LA TEORÍA DE LA PRETENSIÓN PROCESAL, EL OBJETO DE LA PRETENSIÓN Y SU COMPORTAMIENTO FRENTE A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991**

*“La acción de tutela permite la materialización de las disposiciones superiores en casos particulares y concretos, la interpretación de la norma fundamental y la construcción de espacios jurídicos antes inexistentes”.*

La Acción de Tutela  
Charry Urrea, J.

En este capítulo abordaremos todo lo atinente a la evolución y aporte doctrinal que concierne a la teoría de la pretensión procesal y su objeto (contenido), que a modo introductorio nos brindará un panorama general que nos ayude a comprender con claridad el concepto y la estructura de la figura jurídico-procesal en comento.

En segundo lugar, miraremos cómo se desenvuelve la pretensión procesal en el plano operativo del mecanismo tutelar, previa comprensión del mismo y sin perjuicio de la influencia que tiene el neoconstitucionalismo (labor activa del juez propiciada por el tutelante y la eficacia de los derechos fundamentales a través de la utilización de la acción de tutela) en la figura anotada. Veamos:

### **2.1. Las teorías de la pretensión procesal y su objeto**

Si a nivel general nos preguntado cuál es el objeto de la pretensión procesal en la acción de tutela, no podíamos avanzar en este estudio sin hacer un análisis previo desde el punto de vista doctrinal respecto de ese acto. En consecuencia, explicaremos sus tesis pioneras o clásicas, para luego precisar el contenido de las teorías modernas y por último una breve exposición acerca del contenido (objeto) de esta pieza jurídico procesal.

Empecemos con las teorías clásicas de la pretensión procesal, las cuales develan el escenario inicial a la hora de entender dicho concepto. Este panorama no sólo delimita el estudio de la figura, sino que además constituye un buen elemento de comprensión del derecho procesal, ya que separó dos corrientes de pensamiento como lo son, por un lado, la *teoría concreta* y por el otro, la *teoría abstracta* de esa rama jurídica, cada una con puntos de vista diversos frente a la pretensión.

En primer lugar tenemos la *teoría concreta del derecho procesal*, la cual no hace una alusión expresa a la pretensión pero hace referencia al concepto de *acción* como el mecanismo de protección de un derecho subjetivo cuyo presupuesto de activación supone la existencia de la lesión de dicho derecho. Ahora, si la lesión del derecho subjetivo activa la acción entonces una persona “X” – por ejemplo- tiene *acción*.

En otros términos, la acción hace parte estructural del derecho subjetivo y se desenvuelve a través del proceso, por lo que la conclusión correspondería a una satisfacción positiva mediante el otorgamiento de dicho derecho a través de una sentencia favorable; es decir, “para la existencia de la acción, fue coincidente el presupuesto de la existencia del derecho material lesionado y el resultado favorable de la sentencia” (Ramírez Arcila, 2001, pág. 247).

Por ende, si cada derecho subjetivo encierra una acción entonces la *pretensión* no tiene que ser un elemento aparte por cuanto ya está contenida dentro del primer concepto; por ejemplo, “X” tiene acción y la promueve ante el Juez para que actúe ese derecho material lesionado (eficacia) mediante una sentencia necesariamente favorable.

Esta teoría, si bien comporta notables avances dentro de la discusión, también presenta serios inconvenientes de índole teórico y práctico, ya que no explica la posibilidad de existencia de sentencias desfavorables luego de promover el ejercicio de la acción; no obstante, para la época (antes de 1930) aportaba un valioso planteamiento dentro del estudio *ius* procesal.

Dilucidada la discusión acerca de las teorías concretas del derecho procesal, tenemos en segundo lugar el escenario de las *teorías abstractas*, que, en contraposición a las primeras,



parte de la separación entre el derecho sustancial y el derecho procesal al delimitar los conceptos “acción” y “pretensión” a partir de la diferenciación entre las actuaciones en el mundo material y en el mundo del proceso y de los sujetos en el haber material y adjetivo respectivamente.

En Italia, alrededor de la década de 1940, Francesco Carnelutti fue de los primeros en proponer esta nueva visión de la separación del derecho procesal y el derecho sustancial y para los efectos del presente trabajo fue un pionero al elaborar una definición de la *pretensión* separada del concepto *acción* y mostrarla como una *exigencia* de “subordinación del interés ajeno al interés propio” (1944, pág. 44); por ende, si la pretensión es una exigencia, entonces es un estado de cosas, es un hecho que no necesita como presupuesto de existencia un derecho material lesionado y mucho menos es un derecho, por lo que puede ser fundado o infundado.

A diferencia de las teorías concretas, el carácter procesal de la pretensión está presente “cuando... encuentre resistencia y no consiga vencerla por sí, hace falta algo para que se conserve la paz social...” (Carnelutti, 1944, pág. 47) y para ello el proceso entra a este juego a imponer su papel adjudicador por medio de la labor del juez. Lo anterior es ratificado por el profesor Víctor Fairen Guillén al manifestar que la pretensión es un acto donde una persona intenta imponer su interés a otro y bajo esa perspectiva “el proceso, contiene pues, desde tal punto de vista, “la pretensión ejercitada” contra una persona y por parte de otra” (1992, pág. 21).

En segundo lugar, tenemos a Leo Rosenberg, el cual no sólo definió la pretensión como un acto, sino que además la delimitó desde el punto de vista *material* y *procesal* a través de la diferenciación entre las tareas del *actor (demandante)* y del *juez*, en la medida que “el actor no puede limitarse a someter al juez un conjunto de hechos, y dejar a discreción suya las consecuencias jurídicas que quiera sacar de ellos y reconocerle. Por el contrario, el reclamante tiene a su cargo la indicación del objeto y fundamento de la pretensión planteada y la presentación de una petición precisa, es decir, debe pretender una consecuencia jurídica determinada (derecho o relación jurídica)” (1955, pág. 30). Luego define a la pretensión procesal como “afirmación de derecho o una *afirmación de consecuencia jurídica* sobre la

que solicita, mediante su petición, una resolución capaz de autoridad de cosa juzgada” (pág. 30).

Las ideas precedentes son postulados no acabados que ofrecen un panorama importante de discusión que constituyen la antesala y a su vez la inspiración para las nuevas reflexiones que se construyeron acerca de la pretensión procesal y su contenido. Pero esta discusión no queda allí y para ello serán complementadas con las ideas que a continuación se expondrán.

En segundo lugar, tenemos las *teorías modernas*, las cuales apuntan al rescate de las teorías clásicas en su vertiente abstracta con la diferencia que introducen relevantes modificaciones estructurales al proceso y al concepto de la pretensión procesal.

Para ahondar en el tema, partamos de la reflexión del maestro Eduardo Couture quien retoma la idea de pretensión como un simple hecho (1958, pág. 68), diferente a la acción que traduce la “facultad de hacer valer pretensiones” (1958, pág. 72). Esto supone una *prerrogativa* del sujeto que afirma un derecho subjetivo como propio y que lo hace valer a través de ese acto llamado “pretensión”, definido como “la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica” (1958, pág. 72). En cuanto a la *tutela jurídica* o protección del derecho autoatribuido constituye el fin buscado por la pretensión cuando ésta es postulada en el estadio del proceso.

Por otra parte, tenemos al profesor español Jaime Guasp, el cual se aventura al postular una estructura -en lo posible- clara y concreta de la pretensión procesal que constituye una declaración de voluntad plasmada en una *petición* con elementos subjetivos (partes y juez), objetivos (bien) y de actividad (requisitos de la demanda), con contenido de derecho sustancial pero también un componente sociológico: un *bien de la vida*. Bajo esta introducción, define a la pretensión como “una petición de un sujeto activo ante un Juez frente a un sujeto pasivo sobre un bien de la vida” (Guasp Delgado, 1996, pág. 375).

Sin embargo, las teorías esbozadas con antelación tuvieron en cuenta como punto de partida el concepto de *acción* que traduce una prerrogativa del sujeto consistente en hacer valer sus pretensiones, es decir, que en realidad ésta es una facultad o derecho subjetivo.

No obstante, existen teorías que resaltan el concepto *acción* como de evolución constante y a la luz del papel permeable que ha tomado el derecho constitucional contemporáneo, revistiéndolo con la categoría de *derecho fundamental* (Artículo 229, Constitución Política de Colombia) por lo que su satisfacción pasa a estar a cargo del estado a título de *fin esencial* (Artículo 2, Constitución Política de Colombia) y en ese sentido, la pretensión procesal que se invoca convertirá a dicho estado en su sujeto pasivo.

Dentro de esta corriente encontramos a Darci Guimaraes Ribeiro quien define la pretensión procesal como “*la declaración de voluntad hecha por el actor, a través de una petición fundada, para obtener una sentencia*” (2004, pág. 132). A su vez, “esta declaración de voluntad necesita dirigirse a alguien, que, en virtud del monopolio de la jurisdicción, es el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, configurándose así como el titular pasivo de la pretensión procesal. Ésta se dirige hacia el Estado con la finalidad de “*obtener una sentencia*”, por lo que el titular pasivo de la pretensión procesal se distingue del titular pasivo de la pretensión material, que siempre tiene por destinatario el obligado” (2004, pág. 135).

En Colombia también hubo pronunciamientos respecto de la figura jurídico procesal de la pretensión, teniendo en primer lugar al maestro Hernando Devis Echandía que definió la figura como una declaración de voluntad del demandante tendiente a la búsqueda de un *resultado o efecto* jurídico concreto “que el demandante... o el querellante o denunciante y el Estado a través del juez o del fiscal... persiguen con el proceso, efecto al cual se quiere vincular al demandado (si lo hay) o al imputado y luego procesado” (1985, pág. 222). “Cuando contemplamos la demanda en su entidad propia, aparece inevitablemente la pretensión como el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia” (Devis Echandía, 1966, pág. 216). Como defensor de esta línea –o parte de ella- encontramos al tratadista Martín Agudelo Ramírez quien previó que la pretensión es un acto que persigue un “resultado jurídico en favor del autor” (2007, pág. 178).

No obstante, Guasp y Devis fueron complementados por Héctor Quiroga, quien, al retomar los conceptos básicos acerca de la pretensión procesal, precisó su objeto mediante la inclusión del elemento de la *consecuencia jurídica* como parte integrante de la *causa petendi*. Para este autor la pretensión es “el acto de declaración de voluntad mediante el cual un sujeto activo que se auto atribuye un derecho, reclama su consecuencia jurídica ante la función jurisdiccional, para que sea soportada por un sujeto determinado o determinable” (2007, pág. 20).

Sistematizando, las teorías anteriores suponen esta secuencia:

Así las cosas, si **D** es un derecho subjetivo, cuando no es satisfecho nace la pretensión (**P**), que es invocada a través del derecho de Acción (**A**), en aras de conseguir un resultado contenido en ese derecho subjetivo (**R**) mediante el mecanismo del proceso (**J**). Así las cosas, la fórmula resultante es: **(D + P) + A = R.**

**J**

Si bien quisimos representar lo dicho en las teorías modernas a través de la anterior fórmula, necesariamente tiene que ser actuada todas las veces en la medida que la pretensión constituye un acto ejercido a través del proceso, razón por la cual –y como se explicó con antelación- ese resultado (R) puede ser favorable o desfavorable.

De manera general y como se pudo observar en este recorrido, estas notables ideas contribuyeron a dilucidar la discusión existente entre las teorías concretas y abstractas de la pretensión en su vertiente clásica y que a su vez contribuyeron al desarrollo del concepto de *pretensión procesal*.

Una vez examinadas y comprendidas las teorías clásicas y modernas de la pretensión procesal nos encargaremos de sistematizar lo que la misma doctrina ha señalado como su contenido u objeto.

Antes que nada, partamos del hecho que toda pretensión comporta un sustrato material u objeto que se busca con su postulación a través del proceso, el cual tiene varias explicaciones que podemos condensar en dos grandes aristas, una estrictamente jurídica, otra sociológica y una adicional de carácter *ecléctica*.

En cuanto a la vertiente estrictamente jurídica encontramos a Francesco Carnelutti como su pionero quien manifiesta que esa exigencia de subordinación del interés ajeno al propio debe supeditarse a la obediencia a un *mandato jurídico* que no es otra cosa que un resultado normativo (1944, pág. 44). Leo Rosenberg comparte en cierta medida la tesis precedente, aunque precisa su alcance, pues en la definición de *pretensión* manifiesta que esa afirmación de derecho que hace el actor contiene una “*consecuencia jurídica* sobre la que se solicita” (1955, pág. 30). Por esta misma línea podemos circunscribir al profesor Héctor Quiroga quien manifiesta que lo pedido en una demanda judicial “no es más que la consecuencia jurídica consagrada en una norma sustancial” (2007, pág. 109).

En segundo lugar, tenemos la arista sociológica que fue postulada por Jaime Guasp al considerar que el objeto de la pretensión procesal tiene un origen más razonable en los intereses yacentes en la dinámica social que en el mundo del derecho; así las cosas, el contenido de la pretensión procesal es de naturaleza sociológica aun cuando esté contenido en el derecho material, es decir, que está constituido por un *bien de la vida*. “Se desprende también de la significación de la pretensión como materia sociológica elaborada jurídicamente el que este objeto viene constituido por un bien de la vida... una materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinables de los sujetos... Pero como un bien de la vida puede ser, a los efectos de su tratamiento jurídico... es evidente que el objeto de la pretensión procesal puede estar respectivamente constituido por una cosa o por una conducta de tal carácter” (1996, pág. 372).

Por último, la corriente ecléctica ha sido condensada por el profesor Martín Agudelo Ramírez al confluir el contenido jurídico con el contenido sociológico; por un lado, este autor manifiesta que “el objeto de la pretensión procesal lo constituye el objeto jurídico perseguido

(el derecho o relación jurídica...)" (2007, pág. 194); sin embargo, también precisa que "el objeto de lo pretendido se relaciona con una petición que recae sobre un bien de la vida concreto" (pág. 194).

En resumidas cuentas, los planteamientos anteriores constituyen manifestaciones juiciosas que nos ayudan a comprender el concepto de la pretensión procesal y su objeto o contenido y que a su vez denotan la pugna que existe al momento de precisar qué hace parte del objeto de esa figura jurídico procesal.

Al mismo tiempo queda claro que el sistema jurídico colombiano adoptó las tesis abstractas de la pretensión al separar la acción de la pretensión, considerando al primer término como un derecho fundamental y público (Artículo 229, Constitución Política de Colombia), diferente del acto mediante el cual se ejerce dicho derecho.

A continuación, explicaremos y sintetizaremos brevemente cómo es la aplicación de la pretensión procesal y de las teorías que la sostienen a partir del desarrollo de la acción de tutela prevista en la Constitución Política de Colombia de 1991.

## **2.2. La acción de tutela de la Constitución Política de Colombia de 1991**

Un país que estaba discutiendo el diseño de la nueva Carta Política y su nuevo modelo político jurídico reconoció la necesidad de adoptar un compendio de derechos humanos fundamentales para exaltar a la persona como el fin último de las funciones de las instituciones estatales; además de lo anterior, esos derechos merecían ser protegidos prioritariamente y para ello fue necesario adoptar una "tutela efectiva de todos los Derechos y Garantías Fundamentales mediante la consagración de su aplicación inmediata sin necesidad de Ley que los reglamente y mediante la creación, entre otros, de la institución del recurso de amparo de los Derechos Constitucionales" (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pág. 3).

Lo plasmado en el artículo 42 del proyecto número 50 reformativo de la Constitución presentado por la Asamblea Nacional Constituyente se convertiría en el mecanismo procesal establecido finalmente en el artículo 86 de la Carta denominado *acción de tutela* y mediante el cual “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”.

Al contrario de lo que algún sector de la doctrina refiere<sup>1</sup>, creemos que la acción de tutela es tramitada a través de un proceso especial, sencillo, preferente y sumario. De hecho “la informalidad que caracteriza a su procedimiento –por la primacía que tiene la efectiva protección del derecho fundamental frente al exceso de formalismos jurídicos, señalada en el artículo 3° del Decreto 2591 como uno de los principios de la acción de tutela- no implica, desde ningún punto de vista, que no se trate de un conjunto de actos sucesivos y conexos encaminados a la consecución de la protección de derechos fundamentales. En este *íter* procesal existe parte demandante –el titular del derecho fundamental o su representante- y un sujeto demandado que se señala como presunto transgresor del derecho fundamental. Las partes de la tutela deben ver garantizado su derecho fundamental al debido proceso, especialmente en lo referente al derecho de defensa. Por tal motivo, el juez tiene la obligación de intentar la notificación de la parte demandada (artículo 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991) –así, como señala Néstor Raúl Correa, no sea obligatorio obtenerla-.” (López Cuéllar, 2005, pág. 21).

De hecho, “la misma Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es una institución procesal prevista para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando sean o puedan ser vulnerados por parte de una autoridad pública y excepcionalmente, ciñéndose a ciertos supuestos, podrá también interponerse contra personas privadas

---

<sup>1</sup> Al respecto, véase a Correa Henao, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la Acción de Tutela, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, pp. 37 – 41.

(oponibilidad de los derechos fundamentales frente a particulares).” (Carrera Silva, 2011, pág. 78).

Sobre el anterior punto, es decir, de si la acción de tutela es tramitada bajo un proceso o no, es necesario precisar que:

- a) Es procesal, por cuanto tiene como órgano decisor la figura del juez (Art. 1º, Decreto 2591 de 1991).
- b) Como todo proceso, tiene actos procesales de parte, actos procesales del juez, intervención de terceros, (Arts. 14 y 15, Decreto 2591 de 1991);
- c) Refiere un modo especial y rápido de notificaciones (Art. 16, Decreto 2591 de 1991);
- d) A su vez, presenta un período inicial de presentación de demanda y período de contestación, tiene práctica de pruebas aun cuando no comporte la rigurosidad de un proceso ordinario y termina con un fallo o sentencia (Art. 23 y 29, Decreto 2591 de 1991);
- e) Tiene incidentes procesales (Art. 27, Decreto 2591 de 1991);
- f) Por último, tiene etapa de impugnación y un procedimiento extraordinario de revisión por la Corte Constitucional como órgano de cierre en materia de tutela (Arts. 31 a 33, Decreto 2591 de 1991).
- g) Por lo anterior, la misma Corte Constitucional (Sentencia T-150, 2016) ha manifestado que “Conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales””.

En virtud de lo precedente podemos decir que la acción de tutela ostenta las siguientes características:

- En primer lugar, es de naturaleza *subsidiaria*, pues ésta debe ser invocada cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial de derechos fundamentales,



- La acción de tutela es *preferente* por cuanto debe ser tramitada prioritariamente respecto de otras pretensiones a excepción de la acción constitucional de *habeas corpus*;
- La acción de tutela es *sumaria* en la medida que se realiza a través de un procedimiento expedito que no supera los diez (10) días hábiles en primera instancia y veinte (20) días hábiles en segunda instancia;
- La acción de tutela está encargada de *proteger derechos fundamentales*. De esta característica es importante precisar que los derechos fundamentales no sólo son aquéllos cuya denominación se encuentra expresa en el Título II, Capítulo I de la Carta Política (influencia del neoconstitucionalismo), sino que el concepto ha ido variando en el tiempo hasta el punto que dicha categoría no sólo apela a esos que están establecidos en el texto constitucional sino que su tipificación obedece un catálogo más amplio, hasta el punto que la Corte Constitucional ha definido como *fundamental* “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica)”. (Sentencia T-227, 2003).

Además de las características anteriores, la demanda mediante la cual se promueve la acción de tutela debe cumplir con unos requisitos formales para su interposición que se encuentran previstos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero que de conformidad con el inciso 3° del artículo 23 del mismo Decreto, no constituyen una camisa de fuerzas para el juez al momento de fallar el caso concreto, en aras de proteger el derecho fundamental merecedor de tutela judicial:

- La solicitud concreta o *petitum* (Sentencia T-327, 2013).

- La acción u omisión que motiva la solicitud.
- Mención del derecho violado o amenazado.
- Nombre de la autoridad pública u órgano autor de la amenaza o del agravio.
- Descripción de las demás circunstancias relevantes del caso.

Por su parte, el Decreto 306 de 1992 delimitó el escenario de protección de la tutela y en su artículo 2° expresó que “de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior”.

Diez años después de la promulgación de los decretos señalados con anterioridad se expidió el Decreto 1382 de 2000, el cual fijó reglas para el reparto de las acciones de tutela para los jueces a nivel nacional, teniendo en cuenta el factor subjetivo (naturaleza jurídica del demandado) y territorial (carácter nacional o territorial) del operador judicial. No obstante, advertimos que el establecimiento de estas “reglas de reparto” no es otra cosa que la reglamentación de la competencia por los factores señalados en precedencia.

Revisada la definición de la acción de tutela y algunas características que desde la normatividad pueden predicarse, a continuación indagaremos acerca de las particularidades que este mecanismo incorporó en la pretensión que el tutelante pone en conocimiento del juez.

En primer lugar, partamos de la definición ofrecida por Leo Rosemberg (1955, pág. 30) para manifestar que toda pretensión procesal lleva consigo la afirmación de un derecho que el actor se autoatribuye como vulnerado. Lo inmediatamente anterior conlleva a preguntarnos, ¿qué características comporta ese derecho autoatribuido si el escenario es la acción de tutela?

La respuesta consiste que en la acción de tutela se postulan derechos fundamentales y según la jurisprudencia y doctrina, tienen el carácter de *inalienables, inherentes y esenciales*. Con

respecto a estas propiedades definitivas la Corte Constitucional señaló que “inalienable es “que no se puede enajenar, ceder ni transferir”; inherente, “que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto”; y esencial es “aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de su ser” (Sentencia T-002, 1992).

Las propiedades anteriormente esbozadas explican por qué los derechos fundamentales pueden comportar un contenido amplio y a la vez difícil de precisar, tanto en la teoría como en la práctica, así como padecer de consecuencias jurídicas difusas y únicamente aclaradas y aplicadas en casos concretos; es decir, todo lo anterior nos lleva a plantear que los derechos fundamentales poseen una indeterminación estructural.

Entiéndase por “indeterminación estructural” una falta de precisión que recae en la conformación o *estructura* del derecho fundamental y que no se reduce a un supuesto fáctico y a una consecuencia jurídica expresa y literal.

Por ejemplo, si observamos el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica que está previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de Colombia, éste no tiene supuestos fácticos claros ni mucho menos resultados o consecuencias jurídicas aplicables, unívocas y literales, como sí los tienen otros enunciados normativos (v.gr. el artículo 2341 del Código Civil, entre otros).

Esa indeterminación hace que los derechos fundamentales carezcan de la estructura que tiene una regla jurídica<sup>2</sup> y esto supone para el actor pero principalmente para el juez la tarea de precisar las consecuencias de su aplicación cuando el primero propone “una violación o amenaza *concreta*” de ese derecho (Correa Henao, 2009, pág. 38) y ese ejercicio se promueve a través de una pretensión procesal.

En cuanto a las tareas del actor, esa solicitud contiene los hechos que según el tutelante constituyen la amenaza o daño concreto pero también –como en algunos casos- refieren las posibles soluciones o consecuencias probablemente aplicables; sin embargo se ha hecho

---

<sup>2</sup> Ver *supra*, numeral 2.1, pág. 23.

énfasis que esos supuestos fácticos y consecuencias no están en el derecho fundamental invocado por el sujeto activo por lo que el papel del juez resultará trascendental a la hora de darle sentido, coherencia y fuerza vinculante a una posible solución, en aras de subsanar la vulneración o perjuicio invocado a través de la solicitud de protección de dicho derecho.

Lo anterior incitó a invocar pretensiones contentivas de soluciones que, aparte de no estar previstas en el derecho fundamental atribuido como vulnerado, también contienen derechos no previstos expresamente en la Carta Política como *fundamentales*. Por ejemplo “algunos autores han visto el tránsito de la salud como derecho prestacional a derecho subjetivo, situación mediante la cual se actualizan y concretan las prestaciones que el sujeto puede exigir y adicionalmente se define con precisión las instancias que debe proporcionarle la atención que necesite” (Lozano Acosta, 2009, pág. 282), de manera que esas pretensiones exigidas mediante la acción de tutela varían de acuerdo a la dinámica de esos derechos autoatribuidos y de las soluciones propuestas a través de dicha figura procesal, pero, sobre todo –como lo veremos a continuación- por el papel preponderante del juez a la hora de fijar soluciones, en ocasiones, por encima y por fuera de lo propuesto por el tutelante.

### **2.3. Las implicaciones procesales de la acción de tutela y su influencia en la pretensión procesal y su objeto**

Con la implementación de la acción de tutela se presentó una dinámica procesal distinta a la de procesos ordinarios que de una u otra manera produjo como consecuencia un nuevo modelo de pretensión que fue insertado al ordenamiento jurídico colombiano. Esos cambios pueden resumirse así:

- a) Si bien la pretensión determina el tipo de proceso mediante el cual se tramita, para el desarrollo de la acción de tutela se estableció un proceso que carece de la rigurosidad de sus homólogos ordinarios y en su lugar ese desarrollo riguroso y complejo se sustituyó por uno de carácter informal, sencillo y sumario. Es decir, que la acción de tutela “es sumaria por la brevedad exigida en su procedimiento”. (Carrera Silva, 2011, pág. 89). Lo sencillo se desprende de la informalidad en la presentación de la

demanda (Art. 14, Decreto 2591 de 1991), del trámite corto (10 días hábiles en primera instancia), de la competencia funcional y del régimen probatorio aplicable.

- b) En la acción de tutela esta pretensión procesal no determina la congruencia de la sentencia ya que “el juez es el encargado de impulsar oficiosamente el proceso... le corresponde al juez corregir los errores del actor al formular la petición o al exponer los fundamentos de derecho. Igualmente... el juez de considerarlo necesario, pueda fallar *ultra y extra petita*” (Botero Marino, 2006, pág. 124). Lo importante –y a la vez, lo ventajoso para el demandante- es que la solicitud de amparo puesta de presente no es una camisa de fuerzas para el juez encargado de resolver el caso y, por el contrario, éste puede proponer fórmulas diferentes a las previstas en la demanda, de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991.
- c) Si bien esta pretensión tiene unos requisitos para su invocación a través de la demanda de tutela, el juez no la puede rechazar o “negar porque el accionante haya formulado erróneamente los derechos vulnerados o las pretensiones” (Botero Marino, 2006, pág. 125). Esto es consecuencia de la informalidad que caracteriza al proceso mismo, pues lo importante es que el juez conozca las circunstancias fácticas para otorgar –en caso positivo para el demandante- una solución adecuada al caso concreto.
- d) La competencia funcional de la acción de tutela es asignada a todos los jueces de la República y no a una especialidad como en los procesos ordinarios (Carrera Silva, 2011, pág. 79). No obstante, el Decreto 1382 de 2000 estableció, en aras de mayor organización del sistema judicial, unas reglas de reparto de las demandas de tutela, y en caso que el ciudadano no presente la solicitud ante el juez que el Decreto señale, éste no deberá rechazar la demanda, sino que deberá enviarla inmediatamente al operador judicial que le corresponda por reparto.
- e) La causa probatoria de la pretensión no comporta el mismo rigor que en los procedimientos ordinarios, razón por la cual se pueden allegar pruebas sumarias y el juez tiene la posibilidad de decidir con base en ellas. “No se puede colegir de allí que

se pueda “conceder o negar la protección pedida sin que medie prueba, por lo menos sumaria, de los hechos alegados o de aquellos que sean relevantes para fundar el fallo” (Carrera Silva, 2011, pág. 89). Lo anterior no quiere decir que el juez no requiera de medios de prueba para decidir la procedencia o no de una pretensión, sino que los requisitos de admisibilidad, decreto, práctica y valoración no deben tener el mismo rigor que los exigidos para un proceso ordinario, por ejemplo, el juez puede probar determinadas circunstancias fácticas realizando una llamada telefónica.

- f) Esta pretensión procesal no incide sobre los fenómenos de *prescripción* y *caducidad* y este criterio es reemplazado por el de *actualidad de la amenaza o violación del derecho*; no obstante “la Corte ha considerado que la inexistencia de un término de caducidad para la interposición de la tutela, no puede convertirse en una fuente de inseguridad jurídica. Por esta razón, ha establecido que la tutela debe ser interpuesta dentro de un término razonable” (Botero Marino, 2006, pág. 60). Inclusive, podemos afirmar que en materia de tutela de derechos fundamentales no existen los fenómenos antes anotados, sino la existencia de lesión o peligro de vulneración de los derechos fundamentales, cuya protección depende de la actualidad de los supuestos fácticos que conforman el caso. Inicialmente el Decreto 2591 de 1991 hablaba de “caducidad” en su artículo 11 pero la Corte Constitucional a través de la sentencia C-543 de 1992 declaró inexecutable dicho enunciado normativo por las razones expuestas en precedencia.

Lo anterior es un resumen de las consecuencias procesales particulares de esa pretensión que es interpuesta ante el juez de tutela; sin embargo, cabe aclarar que todo esto es producto del contenido que se incorpora a la figura, pues se trata de la invocación de protección de derechos fundamentales que, como se mencionó en precedente, padecen de indeterminación estructural, razón por la cual “se advierte insistentemente en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional” (Alexy, 2003, pág. 35).

Así las cosas, debemos observar que este nuevo mecanismo denominado *acción de tutela* ha establecido una dinámica interesante en cuanto a las labores del actor y del juez a la hora de determinar el alcance de la protección de un derecho con características únicas que, como pudimos denotar, no equivalen a las de un derecho subjetivo como los previstos en el Código Civil o estatutos similares; ese derecho autoatribuido jugará un papel importante en la definición y alcance de la figura de la pretensión procesal, situación que veremos a continuación.





### **3. EL OBJETO DE LA PRETENSIÓN PROCESAL BAJO LA DINÁMICA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

*“Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica. y el método y las formas de la lógica satisfacen ese anhelo de certeza y tranquilidad que se encuentra en toda la mente humana. Pero la certeza generalmente es una ilusión y la tranquilidad no es el destino del hombre.”.*

Wendell Holmes, Oliver  
The Path of the law.

En los planteamientos anteriores dedicamos un espacio a la explicación teórica de la pretensión, de su objeto y de la participación de este acto procesal en el marco de la dinámica de la acción de tutela, previa inducción acerca de la institución y su escenario de aplicación.

Ahora bien, en este capítulo daremos el salto desde esa teoría hasta la práctica, observando el desempeño de la pretensión procesal cuando es invocada a través de la demanda de tutela, es decir, su aplicabilidad en el quehacer del desarrollo procesal analizando cómo ha sido el comportamiento de la pretensión en el marco de la acción de tutela, caracterizando lo propuesto por el accionante al postular dicho acto procesal, es decir, el objeto de dicha figura y, sobre todo, el comportamiento del juez frente a dichas propuestas.

Lo que a continuación mostraremos es una descripción de algunas pretensiones elevadas en sede de tutela por los demandantes en la que observaremos su postulación, su comportamiento (muy somero) en el proceso y el contenido propuesto en las mismas.

La fuente escogida ha sido algunas de las sentencias de revisión proferidas por la Corte Constitucional de Colombia, por cuanto contienen un resumen juicioso de los casos decididos en primera y segunda instancia y que han sido escogidos por dicho Tribunal para su examen.

Para hacer más fácil la descripción propuesta, escogido trabajar en la mayoría de los casos con uno o dos derechos fundamentales de base y no varios para así evitar opiniones divididas

acerca de derecho constitucional, lo cual no deslegitima la investigación, en la medida que el presente trabajo es un análisis desde el punto de vista procesal con matiz constitucional y no de derecho constitucional en estricto sentido; por ello se hace esta claridad para así evitar conducir a equívocos conceptuales o de aplicabilidad.

Aunado a lo anterior tampoco pretendemos realizar una línea jurisprudencial, en la medida que la prioridad no consiste en establecer la opinión de la Corte Constitucional respecto de un tema de derecho, sino la visión, importancia e incidencia de las pretensiones de tutela y, sobre todo, describir lo que está alojado en el contenido de la figura procesal en cita, resaltando a su vez el comportamiento del juez constitucional frente a cada caso.

Aclarado ese panorama describiremos el contenido de pretensiones procesales a partir de lo extractado de las sentencias que en sede de revisión ha proferido la Corte Constitucional a partir de tres momentos: a) estudio de los objetos de pretensiones procesales soportadas en sede de tutela entre 1992 a 1995, b) estudio de los objetos de pretensiones procesales entre 1992 a 2001 y, c) estudio de los objetos de pretensiones entre el año 2002 a 2015. En cada uno de los escenarios describiremos lo pedido por el tutelante.

La separación entre épocas contribuye a una mejor comprensión de la tarea del actor y la complementación del juez que de una u otra forma moldean y estructuran a una pretensión procesal acorde con el comportamiento y eficacia de los derechos fundamentales, pues jurisprudencialmente hemos sido testigos de la evolución de un concepto restringido a una gama amplia que cobija derechos que, inclusive, están por fuera de los previstos en el catálogo inicial contenido en el Título II, Capítulo I de la Constitución Política de Colombia de 1991. Veamos:

### **3.1. Estudio del objeto de la pretensión procesal entre 1992 y 1995**

En este primer escenario observaremos el comportamiento de la pretensión procesal en una época donde apenas se gestaba la comprensión del mecanismo de la acción de tutela; a pesar de esto, su modo de aplicación se asimiló rápidamente, así como la estructura difusa de los

derechos fundamentales de la Constitución Política, de tal manera que los tutelantes entendieron que podrían ser protegidos de manera directa y a través de la herramienta en mención. Veamos algunos de los casos escogidos para el ejercicio planteado:

- a) XX interpuso acción de Tutela contra el Juzgado 3° Promiscuo de Familia de Popayán por la violación del derecho a la igualdad (artículo 13, Constitución Política de Colombia) al no garantizar un régimen de visitas con sus hijos equitativamente frente al padre de estos (YY) y desventajoso para ella; por otro lado no garantizó el derecho de sus hijos a no ser separados del amor de su madre (Art. 44, Constitución Política de Colombia) por lo que solicitó **i)** se ordene al Juez de Familia decretar un régimen de visitas equitativo entre los dos padres que permita compartir razonablemente tiempo con la demandante. En esta ocasión, la Corte Constitucional ordenó al juzgado de instancia que se decretara un nuevo régimen de visitas equitativo para ambos padres. (Sentencia T-523, 1992).
  
- b) Sandra Fei interpone acción de tutela contra Jaime Ospina (ex esposo) al considerar vulnerados los derechos a tener una familia y a no ser separada de sus dos hijos (Art. 44, Constitución Política de Colombia) ya que su ex marido realizó maniobras tendientes a impedir que la demandante los visitara y pudiera pasar tiempo con ellos por lo que solicitó **i)** garantías de relaciones periódicas mediante la autorización de visitas de sus hijas en el país donde reside. En este caso la Corte revocó parcialmente la sentencia de instancia, ordenando al padre de los hijos en cuestión a abstenerse de obstaculizar en cualquier forma el contacto con su progenitora, es decir, la demandante (Sentencia T-290, 1993).
  
- c) La señora Inés Franco obrando como agente oficio de Jacqueline Camargo interpuso acción de tutela contra Jorge García por cuanto este último no permitía que su nieta visitara a su madre (Camargo) quien se encontraba recluida en la Cárcel Judicial de Santa Marta; así las cosas la agente oficiosa fundamentó su pretensión en la vulneración del derecho de la niña a no ser separada de su madre (Art. 44, Constitución) y en consecuencia peticionó **i)** se ordenara al padre a garantizar que la

menor visitara a la señora Camargo a la cárcel. En este caso, la Corte confirmó la sentencia de primera instancia, en el sentido de garantizar que la demandante pudiese mantener las relaciones filiales con sus hijos, so pena que ésta se encontraba en prisión. (Sentencia T-408, 1995).

Los objetos de las pretensiones procesales relacionadas anteriormente denotan las siguientes características:

i) Los *derechos fundamentales contenidos en la causa jurídica de tales pretensiones procesales no tienen en su estructura consecuencias jurídicas aplicables al caso concreto e invocado a través del mecanismo de la acción de tutela*. Si observamos el artículo 13 y el artículo 44 constitucional tenemos que de su lectura se prevé el derecho fundamental en abstracto, es decir, mencionan el *derecho a la igualdad y derecho a tener una familia y a no ser separado de ella* respectivamente, pero que son enunciados que no tienen una solución expresa para garantizarlos; esto se debe al carácter lapidario y vacío que tienen estos derechos (Alexy, 2003, pág. 35) que en los casos vistos anteriormente, prevén soluciones que los tutelantes incluyeron dentro del ámbito de protección del derecho fundamental pero que claramente no están allí previstas a título de consecuencias jurídicas:

- En el primer caso la demandante consideró que la solución para la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y de sus hijos a no ser separados de su familia merecía que se ordenara al juez a rehacer un acuerdo de visitas favorable para la solicitante.
- En el segundo caso la demandante consideró que la solución para la protección de los derechos de sus hijos a no ser separados de su madre consistía en ordenar al demandado la garantía para que la primera accediera a visitar a sus hijas o que éstas fueran a su país de origen con la misma finalidad o cometido.
- En el tercer caso la demandante consideró que la solución para la protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados era ordenar al juez ordinario que le garantizara provisionalmente otorgar estudio, alimentación y vivienda a sus hijas.

- En el cuarto caso la agente oficiosa consideró como parte del ámbito de protección de los derechos fundamentales invocados como vulnerados la permisión para que su hija visitara a la demandante a la cárcel donde se encontraba reclusa.

**ii)** *En los casos b y c las pretensiones invocadas están soportadas en derechos fundamentales cuyas soluciones fueron extraídas de otras normas jurídicas diferentes a las consignadas en dicho derecho. Nótese cómo las solicitudes elevadas invocaron exigencias no previstas en los derechos fundamentales alegados sino en otras fórmulas establecidas normativamente como por ejemplo lo previsto en el artículo 256 del Código Civil que prescribe que “al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”.*

**iii)** *En el caso a, el petitum de la pretensión refirió la petición al juez para que éste se abrogara la facultad de regulación atribuida a autoridades administrativas y judiciales. Obsérvese que en este caso se pide al juez de tutela que a través del mecanismo se atribuya la facultad del juez de familia de regular el régimen de visitas en aras de la protección del derecho de los hijos a no ser separados de sus padres.*

**iv)** *En el caso c las pretensiones procesales invocadas refieren que la solución sea la aplicación de una medida cautelar. Obsérvese que en este caso se solicitó que el juez decretara una medida cautelar propia de las que puede decretar un juez de familia en los procesos de divorcio, pues para este caso la demandante consideraba que hacía parte del derecho fundamental de sus hijos a no ser separado de su madre.*

En cuanto a las actuaciones de la Corte, podemos observar que, en aras de la defensa del derecho fundamental de los hijos a tener una familia, ordenó la modificación de regímenes de visita con criterios de igualdad, inclusive, en casos más complejos como el caso **c**, en el cual la demandante se encontraba reclusa en un establecimiento carcelario.

Lo anterior es parte del panorama de las situaciones generadas con ocasión a la postulación de pretensiones con derechos fundamentales de por medio y en una primera época, pero que de entrada constituyeron un avance importante, no sólo para la jurisprudencia constitucional, sino para el derecho procesal mismo, pues al introducir una figura cuyo contenido no necesariamente debe ser postulado por el actor y que su solución no está definida en el derecho fundamental protegido, encontramos que éste tuvo la misión de indicar los hechos – y en ocasiones- la solución que puede estar prevista en otra norma jurídica (de rango legal o inclusive de rango menor) y por otro lado, el papel preponderante y libre –en principio- del juez, que en aras de proteger el derecho fundamental, puede impartir las órdenes que razonablemente estime convenientes y pertinentes, por lo que la solicitud concreta del actor no constituye una camisa de fuerza para su labor adjudicadora.

### **3.2. Estudio del objeto de la pretensión procesal entre 1992 y 2001**

Queremos resaltar que la nueva construcción del concepto procesal de la pretensión se dio a partir de las tareas del actor y del juez; en cuanto a la labor del primer sujeto es de suma importancia porque la acción de tutela se materializa en una solicitud que es promovida por éste, es decir, es rogada.

En ese sentido, los tutelantes postularon pretensiones procesales con un conocimiento del que poco a poco se iba aprendiendo y del cual iban adquiriendo destrezas. Es así como, a diferencia de la situación anotada en el numeral 3.1, acá queremos resaltar que al escenario de protección ingresaron para la época otros derechos que no comportaban la categoría de *fundamentales*, pero que aun así eran propuestos para ser protegidos y cuyo criterio para su tutela obedecía al de *conexidad* con estos últimos, situación que ha dado paso para que los jueces de tutela protegieran derechos que estaban por fuera del Capítulo I, Título II de la Carta Política colombiana y en este sentido ampliar el escenario de protección.

Lo precedente es el segundo escenario de promoción de pretensiones procesales que vinculaban derechos fundamentales en el marco del ejercicio de la acción de tutela que describiremos a continuación.

- a) En la acción de tutela presentada por Alonso Muñoz Ceballos solicitó **i) el otorgamiento una serie de incapacidades para trabajar** debido a la condición inmunológica precaria que padecía al haber contraído VIH que ante la negatoria de su EPS consideró vulnerado su derecho a la salud (Art. 49, Constitución Política de Colombia) en conexidad con el derecho a la vida (Art. 11, Constitución) e Integridad Personal (Art. 12, Constitución Política de Colombia). En esta ocasión, la Corte ordenó al demandado (Instituto de Seguros Sociales) que definiera en favor del actor los derechos médico-asistenciales relativos a la pensión de invalidez o prestación similar que pudiera tener en su favor en un término perentorio. (Sentencia T-484, 1992).
- b) El señor Ricardo Rivera era un habitante de calle que debido a la falta de ayuda económica de sus hijos y a una patología ocular que padecía decidió interponer acción de tutela alegando la vulneración al derecho a la salud (Art. 49, Constitución Política de Colombia) subsidiariamente por parte del estado ante la situación de debilidad manifiesta y discriminatoria sin justificación (Art. 13, Constitución Política de Colombia) que éste padecía (ser habitante de calle) por lo que solicitó **i) le fueran otorgadas atenciones y asistencias médicas por parte del estado para tratar la patología que padecía y así ii) poder valerse por sus propios medios**. En esta ocasión, la Corte revocó la sentencia de segunda instancia, ordenando al juez inferior que antes de proferir una sentencia, investigada la condición de *indigente absoluto* y de ser así, se ordenara a la autoridad correspondiente la protección en salud que éste necesitaba. (Sentencia T-533, 1992).
- c) Es así como desde el punto de vista que nos antecede se puede analizar otro pronunciamiento de la Corte en el que accede a lo pedido por el tutelante al ordenar la realización de una cirugía plástica en su favor y so pena de haber sido negada por su EPS al ser catalogada como *estética* (Sentencia T-102, 1998); bajo ese contexto el objeto de esa pretensión contenía posibilidades que estaban por fuera de la Resolución 5261 de 1994, y que habían sido denegadas por el Comité Técnico Científico, establecido para la autorización de procedimientos de carácter no POS.

d) Erika Espitia solicitó **i)** *se ordenara a Saludcoop EPS la entrega de bolsas de colostomía en su favor* por cuanto ésta se lo había negado afectando su salud (art. 49 constitucional) en conexidad con el derecho a la vida (Art. 11, Constitución Política de Colombia). En este caso, la Corte ordenó revocar la sentencia del tribunal de instancia y en su lugar, ordenó a la demandada para que en un término perentorio suministrara a la demandante las bolsas de colostomía que necesitaba para complementar el tratamiento prescrito por el médico tratante. (Sentencia T-1344, 2001).

De las anteriores pretensiones y decisiones judiciales descritas, denotamos:

**i)** *Las pretensiones procesales invocadas presentan un objeto fundamentado en derechos que no son fundamentales pero que intentan ser protegidos bajo derechos que sí lo son.* La protección de derechos que no son fundamentales per se en este caso, se da en virtud de que su desconocimiento vulnera o pone en peligro de daño derechos que revisten la categoría de fundamentales, es decir, el criterio de la protección tutelar por conexidad.

**ii)** *Al igual que los derechos fundamentales, el objeto de esas pretensiones procesales están basados en derechos conexos con los primeros y que a pesar de estar contenidos en la Constitución no presentan en su estructura consecuencias jurídicas aplicables al caso concreto invocado a través del mecanismo de la tutela.* Estas consecuencias pueden estar en otra normatividad como en los casos **b** (previsto en la ley 1641 de 2013 o atención para la población *habitante de calle*) y **d** (el acceso a bolsas de colostomía corresponde a insumos - dispositivos médicos que constituyen parte de tratamientos NO POS), situaciones que son protegidas por su relación intrínseca con el derecho protegido en los casos planteados en este acápite.

**iii)** *En cuanto al caso a, lo invocado por el tutelante era suficiente para fundamentar la causa jurídica que soportaba su solicitud.* Uno de los rasgos característicos de este caso es que el actor no menciona expresamente un soporte jurídico que fundamente la demanda de tutela y so pena de ello el juez de tutela no se inhibió para definir dicho caso.



iv) En el caso de las decisiones judiciales tomadas en los casos anteriores, observamos trajo para su aplicación, derechos de los pacientes y deberes de los actores del sistema general de seguridad social en salud que se encuentran dispersos en otras normas jurídicas, en aras de salvaguardar el derecho a la salud como conexo con el derecho a la vida de los pacientes que fungieron como demandantes en las demandas de tutela puestas de presente.

De lo anterior y frente a esta situación obsérvese que el desarrollo de la pretensión en la acción de tutela en ocasiones suele prescindir de requisitos que la doctrina del derecho procesal ha catalogado como de la *naturaleza* misma de la figura (*requisitos de actividad – fundamentación jurídica – causa petendi*, entre otros); sin embargo, los casos han sido fallados por el juez, sin inconvenientes.

Por otro lado, si en el numeral 3.1 no observamos un derecho fundamental estructuralmente conformado por una solución unívoca, mucho menos tendremos un panorama similar en este acápite; de hecho, denotamos, por un lado, la labor del actor en la búsqueda de una protección bajo una gama de derechos no previstos como de protección inmediata o quizás en ningún momento fueron revestidos con esa categoría y únicamente refirió las situaciones fácticas que acaecían, así como también observamos que la propuesta de protección argüida por el actor integró soluciones que a su modo de ver hacían parte del derecho autoatribuido pero que de manera general, no hacen parte de éste.

Por último, observamos a un juez que prescinde de los planteamientos y pretensiones del accionante (en algunos casos como el a) y da lugar a soluciones que al igual que el primer escenario, sólo hacen parte del derecho al momento de la solución del caso específico, trayendo para la parte resolutive de las sentencias, derechos y deberes que no hacen parte del derecho conexo pero que, a modo de solución, fueron aplicados, en aras de salvaguardar los mencionados.

### 3.3. Estudio del objeto de la pretensión procesal entre 2002 y 2015

Para los teóricos del derecho procesal que repasamos en el capítulo 2, no hay exigencia que no encierre un objeto específico que reclamar y esté previsto en el derecho material aplicable al caso. Esta afirmación que es defendida por la doctrina señalada en ese capítulo es puesta a prueba ante el desarrollo de fenómenos como la implementación de la acción de tutela que suscita la dificultad de aplicar derechos fundamentales que estructuralmente carecen de consecuencias jurídicas en su contenido –cuestión que se puede predicar de las reglas- como lo vimos en algunos casos de los ejemplos anteriores. “Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas” (Dworkin, 2012, pág. 75).

Observamos en los numerales 3.1 y 3.2 las dificultades prácticas generadas al momento de precisar con la pretensión de tutela lo que se iba a proteger, pues el derecho fundamental que había sido invocado en cada uno de los casos no tenía en su contenido la solución a los problemas planteados por cada uno de los tutelantes, razón por la cual, por un lado vemos la tarea del actor consistente en ofrecer al juez una solución posible al caso que no necesariamente estaba inmersa o establecida en el cuerpo del derecho fundamental; por otro lado, la labor complementaria pero trascendental del juez al prescindir en gran parte de las soluciones propuestas por el actor, complementándolas o ampliando, inclusive, el escenario de protección a otras fórmulas posibles.

Ante la dificultad estructural de la previsión de consecuencias jurídicas claras y aplicables como parte del contenido de los derechos fundamentales sumaremos a la discusión el hecho que a partir del año 2002 la Corte Constitucional empezó a modificar su visión frente al alcance del concepto *derecho fundamental*, ampliando su definición al considerar que los éstos no se distinguen por su alusión expresa en la Carta Política colombiana sino por la función de protección de la dignidad humana lo que lo hace *fundamental*.

Lo anterior trajo importantes implicaciones ya que dicho concepto amplía aún más el catálogo de derechos de protección inmediata por intermedio de la acción de tutela. Pero no

sólo prevé el elemento de la relación del derecho con la dignidad humana, sino que desde el año señalado la Corte Constitucional sistematizó la estructura de un derecho para que sea catalogado como *fundamental* (Sentencia T-881, 2002), así:

- Que lo susceptible de protección sea inherente a la garantía de la dignidad humana.
- Que sea traducible en un derecho subjetivo, es decir, que se pueda convertir en expectativas positivas (prestaciones) o negativas. Esto es susceptible de realizar en la medida que pueda materializarse en cada caso concreto, lo cual se mide por la funcionalidad de la prestación para que la persona pueda desarrollarse activamente en sociedad.

Así las cosas, la Corte Constitucional simplificó el concepto de *derecho fundamental* como “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica)” (Sentencia T-227, 2003).

A partir de esta conceptualización jurisprudencial, entendemos que los derechos fundamentales corresponden a un catálogo amplio que aumenta las posibilidades de proponer a través de la pretensión procesal, que en materia de tutela se materializan - como lo veremos más adelante- mediante prestaciones positivas o negativas a título de resultados que harán parte del derecho invocado en el caso concreto o que ni siquiera haga parte, sea porque el actor no lo previó o el juez no consideró el resultado solicitado como parte de la prestación que debía otorgar para proteger el derecho fundamental. Veamos el tratamiento en las siguientes sentencias de revisión de la Corte Constitucional:

- a) En las tutelas propuestas por John Jairo Nivia y Germán Vargas contra Compensar EPS y Salud Total EPS por la negatoria de estas entidades para acceder a procedimientos NO POS basaron sus solicitudes en la vulneración de derecho a la salud (Art. 48, Constitución) y en esa medida se solicitó **i)** se ordenara a las EPS a autorizar los procedimientos de aloinjerto tendón hueso requerido por los pacientes. En este caso, la Corte ordenó a los demandados para que en un término perentorio autorizaran la realización de las intervenciones requeridas, la cual no podía llevarse a cabo más allá de un término razonable y, en ningún caso, en un plazo superior a dos meses. (Sentencia T-859 de 2003).
- b) En ese mismo sentido se solicitó vía tutela **i)** la realización de cirugía plástica en favor de Angie Zapata Angulo ya que padecía un nódulo en su oreja izquierda que le pesaba demasiado por lo que su agente oficio consideró afectaba su *derecho a la salud* y so pena de lo anterior no fue autorizada por su EPS por considerar que tenía fines estéticos. La Corte ordenó a la demandada autorizar la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor (Sentencia T-016, 2007).
- c) Apelando a esos contenidos otorgados por los tutelantes se observa cómo, para el caso de la protección del derecho a la salud, se autorizan medicamentos, tratamientos y procedimientos no POS hasta que la Corte Constitucional ordenó el nacimiento del *POS constitucional* (Sentencia T-760, 2008).
- d) En la sentencia T-946 de 2011, un grupo de personas interpusieron una serie de acciones de tutela contra un particular y la Alcaldía de Valledupar debido a que son personas desplazadas por la violencia, invadieron un predio privado sin previa autorización y mediante un procedimiento policivo se estaba buscando el desalojo de las mismas; ante dicha situación y al no ver garantías de ubicación temporal acudieron al mecanismo para proteger sus derechos fundamentales a la vivienda digna. En esta ocasión, el problema jurídico planteado por la Corte Constitucional en sede de revisión fue variado por el Tribunal, en el sentido que no se detendría a resolver si se

vulneraba el derecho a la vivienda digna con el desalojo, sino que además planteó un nuevo problema, en el sentido de si un juez de tutela podía ordenar la suspensión indefinida del procedimiento policivo de desalojo para proteger los derechos fundamentales alegados como violentados.

Esta situación influye directamente en el tema de la congruencia, pues queda en un segundo plano, quizás relegada por los poderes que el juez constitucional posee en aras de resolver las situaciones fácticas puestas de presente por el accionante, de tal forma que esa pretensión no incide apriorísticamente en el resultado, en caso de que éste sea favorable para los intereses del tutelante.

- e) En la sentencia T-761 de 2015, por ejemplo, la señora María Yamile Martínez era persona adulta mayor, con 5 personas a cargo, una de ellas con problemas mentales, está inscrita en el Registro Único de Víctimas, desempleada y Sisbenizada con nivel I, la cual celebró un contrato de prestación de servicios públicos con la empresa EMCALI y para el año 2015, debido a las deudas adquiridas con dicha empresa le fueron cortados los servicios de agua potable y luz, razón por la cual interpuso acción de tutela con miras a que le fuera protegido el derecho al agua y en consecuencia le fueran restablecidos los servicios de agua potable y luz eléctrica en su hogar.

En ese caso, la Corte Constitucional consideró que, además del derecho al agua potable, también debía considerarse el suministro de energía eléctrica como susceptible de protección constitucional.

Los objetos de las pretensiones procesales relacionadas anteriormente comportan las siguientes características:

- i) En lo que respecta al contenido u objeto de las pretensiones procesales anteriormente señaladas se tiene como fundamento una carta abierta de derechos fundamentales como el de la salud, el cual no está expreso dentro del tenor literal de la Carta Política, pero debido al avance en la conceptualización de ese tipo de derechos por la Corte

Constitucional podemos manifestar que cualquier derecho que cumpla con los requisitos fijados en la sentencia T-882 de 2002 será considerado como tal.

Frente a lo citado sumémosle una característica adicional a las pretensiones con causa jurídica basada en derechos fundamentales como lo es el padecimiento de una “textura abierta” o un lenguaje que no delimita su alcance concreto en su tenor literal.

Tal razonamiento surge de posiciones de la Corte Constitucional como la siguiente: “La acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental” (Sentencia C-543, 1992) (Subrayados fuera del texto original). Tales circunstancias apuntan a un contenido no previsto pero exigido mediante la pretensión procesal, cuyo fundamento jurídico consiste en derechos fundamentales no establecidos expresamente en la Constitución.

*ii) Al igual que en los casos 3.1 y 3.2, el contenido invocado en tales pretensiones procesales está soportado en derechos fundamentales que como tal no contienen en su estructura consecuencias jurídicas aplicables al caso concreto invocado a través de la tutela. Como pudimos ver en cada uno de los casos propuestos con anterioridad, las pretensiones procesales presentadas tienen su fundamento jurídico en el derecho a la salud o el acceso a la luz eléctrica (caso e) comporta la misma estructura indeterminada de aquéllos que sí están previstos de manera explícita en la Carta Fundamental (v. gr. Derecho a la igualdad – derechos fundamentales de los niños).*

**iii)** *En los casos propuestos en esta sección observamos cómo las peticiones concretas solicitadas en sede de tutela no están previstas dentro del cuerpo normativo que conforma el derecho fundamental. De los casos a, b y c denotamos que las proposiciones de consecuencias o resultados de cada caso no están expresos en el derecho fundamental alegado, por ejemplo, el acceso a medicamentos, tratamientos e insumos que no se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud (POS), pero que debido a la tarea del tutelante en esos casos, el juez consideró que hacían parte integral del derecho que en este caso fue invocado.*

**iv)** *En el caso de la fundamentación del derecho a la salud las peticiones concretas realizadas por los demandantes del caso “b” a través de la pretensión procesal contienen la posibilidad de acceso a situaciones previstas normativamente pero que su actuación ha sido complementada por la labor del juez, lo cual le resta importancia a la causa jurídica eventualmente alegada por el actor, aun cuando en casos como éste haya sido tomada en cuenta por el juez. A la anterior situación debemos sumar que el acceso a medicamentos y tratamientos no POS fue inicialmente una situación prevista dentro de la Resolución 5261 de 1994 y que fue reglamentada definitivamente en la Resolución 1328 de 2016 con la condición de que sea el médico tratante quien justifique su acceso (MIPRES). No obstante, en el caso 2 podemos observar cómo el demandante solicitó acceder a un tratamiento no POS ante la negatoria de su médico tratante por considerar que dicha petición hacía parte del derecho fundamental a la salud, el cual fue protegido en sede de revisión por la Corte Constitucional.*

**v)** *Los casos d y e son un claro ejemplo que la pretensión procesal no inciden en la labor ni el actuar del juez, así como desconocen claramente garantías procesales como la congruencia de la sentencia, en la medida que se considera más importante la protección del derecho fundamental que se demuestra vulnerado en el proceso especial de tutela, hasta el punto de que el juez puede formular el problema fáctico y jurídico a resolver, así como fijar el alcance de protección fundamental.*

De lo anterior podemos rescatar varias conclusiones importantes:

- Lo propiciado a través del ejercicio de la acción de tutela en los tres escenarios propuestos corresponde a la invocación de pretensiones procesales con contenidos fundamentados en derechos que no tienen consecuencias jurídicas expresas que automáticamente se aplican a casos concretos.
- Basándonos en los casos citados, tenemos que los tutelantes recurrieron a resultados o consecuencias que estaban previstos en otras normas jurídicas, e inclusive, prestaciones positivas o negativas no asimilables en todos los casos a consecuencias jurídicas, aclarando que en todo caso la respuesta no estaba otorgada por el derecho fundamental invocado en el caso específico.
- El papel preponderante del juez le resta importancia a la causa jurídica que eventualmente puede invocar el actor o tutelante, por lo que en ciertos casos esa pretensión puede tornarse irrelevante a la hora de determinar el destino o consecución de la sentencia favorable y, por ende, poca importancia de la congruencia procesal.

Después de realizar un interesante recorrido alrededor de un gran período de tiempo, hemos descrito cómo se representa en la práctica a la pretensión procesal en materia de tutela, dentro de lo cual debemos, a modo introductorio, destacar el papel del tutelante y del juez en la consecución del concepto. Al mismo tiempo la dinámica del derecho fundamental hace que las teorías expuestas en el capítulo 2 de este trabajo sean inoperantes en ciertos aspectos y no respondan a todo lo aquí descrito, razón por la cual es necesario proponer un concepto propio y aplicable a los casos antes señalados.



#### 4. UNA PROPUESTA PARA LA DEFINICIÓN DE “PRETENSIÓN PROCESAL” Y SU OBJETO EN EL MARCO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

*“En el ámbito del proceso ha habido figuras que durante largo tiempo han mantenido una primacía intelectual muy discutible y otras, en cambio, han quedado escondidas, al margen de la atención de los estudiosos, prestando su savia esencial a otros falsos conceptos y convirtiéndose ellas en vanas sombras... que nadie, justificadamente en apariencia, intentaba iluminar”.*

Guasp, Jaime

La pretensión procesal.

Antes de abordar el tema estrictamente teórico tengamos en cuenta como precedente importante el trabajo realizado en el Capítulo 3 y referente a la descripción de los casos planteados por los tutelantes y decididos por la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias que fueron tomadas para el estudio.

A raíz de lo allí descrito concluyamos preliminarmente que la pretensión procesal en la acción de tutela presenta una dinámica y unas características que si bien han acogido como base fundamental parte de los planteamientos teóricos descritos en el Capítulo 2 (teorías clásicas y modernas), padece ciertas diferencias con esas posiciones, situaciones perfectamente visibles al momento que realizamos el estudio somero de los casos que escogimos previstos en el mencionado Capítulo 3 de esta investigación.

En otros términos, hicimos un estudio en el cual describimos el comportamiento de la pretensión procesal en materia de tutela y nos dimos cuenta de que al involucrarse derechos fundamentales dentro de la discusión su panorama varía.

En dicha descripción divisamos que la pretensión procesal en materia de tutela, al involucrar el discurso de los derechos fundamentales, introdujo normas jurídicas con una textura abierta, con contenidos vagos y aparentemente vacíos pero que en el desarrollo y conclusión de cada

caso eran llenadas, bien sea al acoger la propuesta presentada por el tutelante o por la creación de la solución por parte del juez a partir de la toma de prestaciones provenientes de otras partes del ordenamiento jurídico que quedaban plasmadas en su sentencia.

En resumen, observamos en ese Capítulo 3 que en los resúmenes de la mayoría de las demandas de tutela los demandantes propusieron al juez, previa explicación de los hechos, una posible solución aplicable al caso concreto y que intentaron incluir dentro del ámbito de protección de derechos que desfilaron por dicha labor descriptiva, pero que en algunos casos ni siquiera eran tenidas en cuenta –como ya dijimos- por el juez en su sentencia, pero que era fallaba en pro de sus intereses.

A raíz de esa descripción de esos fenómenos expuestos con anterioridad y relacionados con la pretensión procesal en materia de tutela, en este capítulo nos detendremos a sistematizarlos teóricamente; no obstante, de manera previa no podíamos dejar por fuera la exaltación de la labor o el papel del demandante (tutelante) en la construcción del concepto anotado, ya que en parte, su esfuerzo ha contribuido a la introducción de modificaciones en dicha figura procesal, teniendo en cuenta que por regla general y con muy pocas excepciones la acción de tutela es un mecanismo que se tramita judicialmente de manera rogada y en ese sentido el aporte de las demandas llevadas a los estrados judiciales es notorio para comprender que el derecho procesal y sus instituciones están en permanente desarrollo.

Además, debemos resaltar la tarea del juez y la función que constitucional y legalmente se le ha encomendado como el protector de los derechos fundamentales y como tal ni siquiera está atado a las condiciones impuestas por el demandante en su pretensión, razón por la que esta función –como se ilustró en *supra*, capítulos 2 y 3- también contribuyó a la construcción de la figura de la pretensión procesal y de su rol en el desarrollo de la acción de tutela prevista en la Carta Magna de Colombia de 1991.

Luego de resaltar el papel de los sujetos antes anotados, como bien se dijo, abordaremos el tratamiento teórico que a manera de propuesta ofreceremos para el concepto de *pretensión procesal* en la acción de tutela establecida por la Constitución Política de Colombia de 1991,

de tal forma que esté acorde con la dinámica del mecanismo de protección de derechos fundamentales en comento y por último señalaremos cuál es el objeto o contenido de dicho acto procesal para así poder ofrecer sin lugar a equívocos y de forma clara una solución pertinente y práctica al problema planteado en la introducción del presente trabajo. Veamos.

#### **4.1. El papel del tutelante y del juez para la conformación del objeto de la pretensión procesal**

La construcción de un concepto adecuado sobre la pretensión procesal en materia de tutela parte del reconocimiento y adaptación a los cambios que se presentan a partir de la dinámica de fenómenos como el desarrollo de dicho mecanismo de defensa de derechos fundamentales.

No hay institución en el haber procesal contemporáneo que haya contribuido tanto para la evolución de la *pretensión procesal* y su *contenido* como dicho mecanismo constitucional pero que en gran medida tal aporte ha provenido de la labor del demandante (o tutelante) y el papel del juez de tutela, independientemente de lo plasmado en el Decreto reglamentario del mecanismo de protección.

Por un lado, tenemos que parte de la modificación estructural del objeto de la pretensión procesal está otorgado a partir del rol que han jugado las propuestas del tutelante plasmadas en sus demandas, situación que a su vez ha incidido en el contenido de dicha figura procesal.

Por otro lado, la actuación adjudicadora del juez que a su vez comporta rasgos inquisitivos, ha contribuido a restarle importancia al papel condicionante de la pretensión procesal (congruencia) hasta el punto que –lo veremos con detalle más adelante- dicho acto no condiciona la decisión judicial, no tiene límites en las órdenes (dentro de lo razonable y constitucionalmente posible) y en ciertos escenarios le resta fuerza a algunos de sus componentes estructurales como lo es -ya lo veremos- su *causa petendi*.

En consecuencia, examinaremos tres partes fundamentales que la doctrina del derecho procesal ha tenido en cuenta tradicionalmente como piezas del objeto de la pretensión, las

cuales son **i)** la autoatribución del derecho, **ii)** la posibilidad y **iii)** la *causa petendi*, de las cuales revisaremos su dinámica a partir de la propuesta del tutelante y de la labor del juez a través del desarrollo de la acción de tutela.

Iniciemos nuestro recorrido rescatando uno de los tantos planteamientos modernos acerca de la pretensión procesal y su objeto, los cuales debatiremos: la pretensión procesal contiene la autoatribución de un derecho sustancial (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 108); de hecho, no hay derecho que en su momento no nos abroguemos y no defendamos a partir de la existencia de una amenaza externa, la cual proviene de un tercero que en ocasiones puede ser el mismo estado.

Ahora adaptemos lo anteriormente planteado para el caso de la acción de tutela: el sujeto que invoca la pretensión procesal en ocasiones se *autoatribuye* uno o varios derechos fundamentales que considera, se le ha lesionado o está en riesgo de vulneración; como ya hemos planteado de manera preliminar, de acuerdo a su conformación estructural, este derecho comporta un contenido complejo; sin embargo, como hemos visto *up supra* Capítulo 3, no todas las veces el tutelante se tomó la tarea de la autoatribución de la cual hemos hablado, postulando en sus demandas únicamente los hechos que según su parecer, constituyeron la situación o amenaza que merece protección del juez a través de la sentencia de tutela.

En parte, lo anterior es una descripción de la situación práctica que acontece al postularse una demanda de tutela (o solicitud, en términos del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991), pues –como ya se ha visto- se puede invocar (autoatribuirse) o no derechos fundamentales posiblemente aplicables durante la postulación de dicha demanda y que pueda que su amenaza sea considerada o no por el juez en el desarrollo del proceso especial tutelar, lo cual, en el caso de ser expresada por el tutelante, puede incidir en el contenido de la posible solución con la cual se pretende dar solución al caso específico.

Esa labor constituye un ejercicio valioso para el desarrollo procesal de la figura de la pretensión y su objeto ya que si no fuera por ese contenido difuso de los derechos

fundamentales los tutelantes no hubiesen propuesto ante el juez de tutela esos contenidos “*inéditos*” que observamos en algunas demandas de tutela resumidas en las sentencias de revisión de la Corte Constitucional del capítulo 3, por lo que no nos atreveríamos a proponer un cambio de paradigma frente al contenido de la pretensión procesal.

Al reconocimiento anterior debemos sumar el papel del juez de tutela y en especial de la Corte Constitucional que se encargó de producir decisiones que incidieron en el desarrollo de la figura misma, pues nótese que su papel constitucionalizante hizo que en ocasiones se prescindiera de requisitos como el de la autoatribución, restándole importancia y en ejemplos como el de las sentencias T-533 de 1992 y la T-761 de 2015, obsérvese que el juez precisó los derechos que estaban siendo vulnerados únicamente con base en los hechos de la demanda (*iura novit curiae*), y que si bien, puede fungir como un elemento en las pretensiones procesales de tutela, no es imprescindible o *sine qua nom* para su postulación ante el juez de tutela.

Sin perjuicio de lo anterior y a manera de dato histórico veamos que la razón práctica que trajo consigo la autoatribución de un derecho fundamental en materia de tutela devino, por un lado, del contenido difuso de dicho derecho lo cual produce la necesidad –y a la vez la ventaja- de otorgar un alcance determinado para así acceder a su protección inmediata; por ejemplo, en lo concerniente al estudio del derecho a la salud “en la medida en que crecía el número de negaciones de servicios médicos por parte de las EPS, litigantes exitosos empezaron a asesorar informalmente a otros pacientes sobre cómo utilizar la tutela para obtener medicamentos ARV, exámenes y tratamientos para el VIH. Durante el período temprano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud (1992-1996), litigantes... brindaba asesoría informal a otros pacientes... tras recorrer infructuosamente los mismos “itinerarios burocráticos”, habían encontrado en la tutela un mecanismo efectivo para exigir servicios médicos y fármacos” (Lamprea Montealegre, 2015, págs. 10-11).

Lo precedente es una forma de representar la contribución del tutelante, pero esto se observa con más detenimiento en casos resueltos en sede de revisión por la Corte Constitucional. Veamos el desarrollo de este fenómeno:

En el caso propuesto por la señora Nery Chiquiza Laverde<sup>3</sup>, ésta argumentó sufrir dolores intensos por lo que solicitó cirugía ante su ente asegurador el cual la negó al igual que su médico tratante y en consecuencia solicitó el amparo de su derecho a la salud (autoatribución). La Corte Constitucional dio la razón a la demandante accediendo a sus pretensiones dejó en claro que “una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona” –subrayados fuera del texto original- (Sentencia T-499, 1992).

Obsérvese que la *autoatribución* del derecho fundamental influyó en la decisión de la Corte al ordenarse la evaluación para la realización de la cirugía solicitada por la paciente y teniendo como referente la vulneración de un derecho no catalogado en esa época como fundamental.

En otro pronunciamiento –tutela impetrada por un enfermo de VIH- la Corte accede a lo pedido por el demandante y además fue enfática en ordenar que los entes encargados de la prestación del servicio de salud acogieron solidariamente a estos pacientes para garantizar su *derecho a la salud*, anotando que “toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias

---

<sup>3</sup> Paciente que padecía de una lesión grave en la columna vertebral y necesitaba una cirugía que no había tenido el aval de médico tratante de la aseguradora a la cual ella se encontraba afiliada.

ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (Sentencia T-505, 1992).

“La acción de tutela... tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias que por carencia de previsiones normativas específicas el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, se vería sometido a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental” (Sentencia C-543, 1992).

De los anteriores ejemplos tenemos que la pretensión procesal en la acción de tutela puede incluir resultados que en principio no hacen parte del ámbito de protección de derechos fundamentales invocados, pero que en casos específicos, prestaciones positivas o negativas traducidas en derechos o deberes previstos en otras normas jurídicas suelen ser verdaderas soluciones que han de ser acogidas por el juez de tutela, en aras del otorgamiento de dicha protección y que en otras ocasiones es fijada unívocamente por el mismo funcionario que no se explican ni se agotan por la mera solicitud de tutela efectiva o amparo interpuesta por el tutelante.

Ahora bien, en el marco del elemento estructural de *posibilidad* y volviendo al caso de las sentencias donde se postuló la violación del derecho fundamental a la salud (por ejemplo), consideremos lo planteado por Eduardo Lamprea Montealegre cuando afirma cómo “no es accidental que esta población [pacientes con VIH] haya sido propulsora del litigio del derecho a la salud en Colombia y de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre acceso a medicamentos y servicios médicos... la fortaleza de las redes de apoyo de personas con VIH... es lo que explica que los primeros litigantes que utilizaron la acción de tutela para exigir fármacos y servicios médicos hayan sido pacientes cuyo tratamiento... había sido negado por prestadores o aseguradores en salud” (2015, pág. 10).

Es por ello que la afirmación de resultados fácticos no previstos directamente en los derechos fundamentales se explica por su estructura, la cual -empero- carece de consecuencias normativas determinadas *a contrario sensu* de las denominadas por la teoría general del

derecho como *reglas* pero que de acuerdo con la definición otorgada por la Corte Constitucional colombiana en las sentencias T-227 de 2003, T-016 de 2007 y T-235 de 2011, en cada caso particular pueden revestir acciones positivas o negativas que en ocasiones pueden ser extraídas de otras normas jurídicas y se hacen parte de la solución para dicha situación.

En la mayoría de los casos estudiados con anterioridad observamos que los tutelantes solicitaron lo que según su parecer tenía la *posibilidad jurídica* de ser actuado a través de una sentencia de tutela, aun cuando dicho resultado no estuviera claro en el contenido del derecho fundamental invocado pero que en muchas sentencias de instancia y de revisión de la Corte Constitucional les fue corroborado y por ende reconocido.

Como ejemplo de lo anterior tenemos que en uno de los pronunciamientos de dicho Tribunal se denota el deber de las EPS de garantizar tratamientos de alto costo para pacientes con VIH (lo que debe ser autorizado por éste mediante sus Comités Técnico Científicos) ya que en estos casos “la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental merced a su relación inescindible con el derecho a la vida y al mínimo vital... Se torna patente, entonces, la necesidad de proceder al tratamiento pertinente encaminado a atacar las manifestaciones de la enfermedad para impedir su desarrollo o morigerar sus efectos, tratando de conservar, en lo posible, las posibilidades que faciliten al enfermo desenvolver la propia personalidad dentro del medio social.” (Sentencia T-271, 1995).

En otro caso, tenemos que en 1997 la Corte conoció una serie de solicitudes de tutela de enfermos de VIH en las que requerían tratamientos y medicamentos no POS que fueron negados por comités técnico-científicos de sus aseguradoras y dicho Tribunal determinó que debían ser entregados y suministrados al ser de imperiosa necesidad la salvaguardia de la vida y salud de los demandantes (Sentencia SU-480, 1997).

Ahora bien, tomando como referencia la evolución del derecho a la salud a través de la acción de tutela los jueces, tribunales y la misma Corte Constitucional colombiana en sus sentencias de revisión, han otorgado el acceso a posibilidades que en principio diríamos, no tendrían



que ser reconocidas si no se encuentran previstas en el derecho invocado (situación que pretende la doctrina estudiada), por ejemplo el acceso a tratamientos y medicamentos por enfermedades de alto costo que sólo puede ser otorgado a través de los comités técnico científicos de las entidades aseguradoras en salud o EPS hasta el año 2017 (Resolución 532 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social).

Lo relevante del asunto es que esas posibilidades en ocasiones son puestas de presente por los tutelantes mediante el mecanismo descrito anteriormente y han sido materializadas por las decisiones judiciales. No obstante, en ocasiones los jueces de tutela han prescindido de esta posibilidad postulada, arguyendo sus propias soluciones, dejando a un lado lo planteado por el tutelante al otorgar lo estimado conveniente y razonablemente en aras de proteger los derechos fundamentales de dicho actor, pero que también están dentro de posibilidad prevista en otras normas jurídicas.

Ahora bien, en cuanto a la *causa petendi* y siguiendo la discusión acerca de la importancia del tutelante y el juez en la evolución del objeto de la pretensión procesal de la acción de tutela, tengamos como punto de partida que uno de los postulados de las teorías abstractas considera que “si observamos con detenimiento qué es lo que se reclama en una demanda, no es más que la consecuencia jurídica consagrada en una norma sustancial” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 109).

Ahora tratemos de aplicar el postulado precedente al escenario de la acción de tutela, teniendo en cuenta que no nos apartaremos del todo –pues en algunos casos la tutela actúa consecuencias jurídicas previstas claramente en normas sustanciales pero que no están contenidas en los derechos fundamentales- aunque debemos complementarlo con un alcance distinto, ya que éste es insuficiente para explicar la estructura de la figura objeto de estudio a partir de las tareas del actor y del juez esbozadas, tanto en el contenido “*inédito*” que hemos descrito en las demandas de tutela como en las actuaciones llevadas a cabo por el operador judicial en las sentencias que moldearon la pretensión procesal, teniendo como supuesto base la afirmación de la lesión o de peligro de vulneración de derechos fundamentales.

Para lograr tal cometido, volvamos a la afirmación de la definición y naturaleza del derecho fundamental, que constituye la razón o soporte de la pretensión procesal en la acción de tutela, en el sentido que comporta el máximo grado de *indeterminación* que “se advierte insistentemente en el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional” (Alexy, 2003, pág. 35).

Conexo con lo precedente, si su contenido es difuso, una consecuencia jurídica unívoca, determinada y aplicable no hace parte integral del derecho fundamental sino a medida que los resultados aplicables van acomodándose a cada caso particular (Corte Constitución, sentencia T-882 de 2002); por lo anterior, de conformidad, con el artículo 4° de la Constitución Política de Colombia, los derechos fundamentales no son postulados pétreos sino que son de aplicación inmediata, es decir, verdaderas normas jurídicas con una estructura vaga, por lo que no tiene una consecuencia jurídica en abstracto.

Bajo dicha prerrogativa, si un derecho fundamental es una norma jurídica que no tiene consecuencia unívoca y determinada en abstracto, la tesis del profesor Quiroga (resaltada anteriormente) no podría responder a por qué en una acción de tutela se han pedido consecuencias no previstas –en principio- en ese derecho y cuya causa jurídica no se agota en la mera postulación de éste, y mucho menos con la mera petición de “protección”, pues ésta en sí no contiene ninguna solución normativa.

Empero, al observar la estructura de un derecho fundamental ésta no tiene en sí una *consecuencia jurídica sustancial unívoca en abstracto*, es decir, en la forma descrita por la doctrina tradicional del derecho procesal. Lo citado fue descrito a lo largo del capítulo 3 y para comprobar esa afirmación citemos a manera de ejemplo el inciso 1° del artículo 25 de la Constitución Política de Colombia: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Como vemos, este postulado, en caso de ser propuesto para su protección a través de la acción de tutela, no tiene una solución para garantizar un trabajo en condiciones dignas y mucho menos en circunstancias justas. Esto no

está regulado en el derecho en abstracto, lo que legitima las actuaciones del tutelante y juez en el Capítulo 3 muchas veces citado.

En consecuencia, si damos crédito ciego a la tesis doctrinal citada (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 109) del presupuesto de la *consecuencia jurídica* en abstracto como parte estructural de la pretensión, para el caso del derecho fundamental, **a)** no podría actuarse judicialmente y como resultado toda pretensión procesal cuya causa jurídica que esté basada en esta clase de derechos sería de imposible ejecución en razón a que el derecho sustancial es estructuralmente incompleto o, **b)** sencillamente el tutelante, al solicitar un resultado no existente expresamente en el contenido del derecho aplicable su solicitud tendría que ser rechazada o sencillamente el juez tendría que proferir una sentencia inhibitoria porque no hay solución (consecuencia jurídica) en abstracto y prevista en ese derecho invocado.

*A contrario sensu*, si damos crédito a la tesis de la *indeterminación de la causa unívoca que cobija a los derechos fundamentales*, las soluciones posiblemente aplicables para su protección pueden ser tantas consecuencias jurídicas, en la medida que se relacionen con los hechos que se intentan amparar bajo el derecho invocado como vulnerado o en peligro de vulneración, previstas en el ordenamiento jurídico, pero que puede ser prescindida por el juez.

Esas soluciones o consecuencias variarán de acuerdo con las circunstancias expuestas en cada caso, traducidas en verdaderas prestaciones positivas o negativas producto del consenso dogmático, jurisprudencial, de derecho internacional, legal o reglamentario que contribuyan a la restauración de la función activa de la persona en sociedad y que contribuya al restablecimiento de su dignidad humana (Corte Constitucional, Sentencia T-235, 2011).

La anterior *propuesta* es compatible en gran parte con la pretensión procesal en sede de tutela, al ser el demandante quien conoce de primera mano los hechos y está en la capacidad de manifestar al juez qué resultado (dentro del orden jurídico) puede ser eficaz para hacerse acreedor de la protección judicial mediante una sentencia favorable que buscará, sea una realidad.

No obstante, como bien se ha dicho de manera reiterada, esto no constituye una camisa de fuerzas para el juez de tutela, quien, debido a su rol de guardia constitucional, puede determinar un alcance distinto al problema planteado, un derecho fundamental diferente al mencionado por el actor (que en ocasiones ni siquiera son postulados) y una solución distinta a la propuesta por el tutelante.

Parte del razonamiento precedente es avalado jurisprudencialmente debido a la conducta asumida por la Corte Constitucional colombiana frente a gran parte de casos estudiados en sede de revisión (capítulo 3): por ejemplo, en una sentencia proferida a raíz de una solicitud de amparo en la que se pidió una mamoplastia de reducción –pues estaba produciendo serios problemas de columna a la tutelante- el Tribunal consideró que esta consecuencia pedida hacía parte de su derecho a la salud por lo que se accedió a tales pretensiones ordenando lo exigido por la demandante (Sentencia T-461, 2001).

En otro caso –ya citado con anterioridad- se demandó la vulneración al derecho a la salud en una pretensión que había sido invocada a través de acción de tutela con la finalidad de ordenar el implante de unos injertos de rodilla en pacientes que padecían problemas de estabilidad de miembros inferiores ante la negatoria de dichos procedimientos por parte de sus entes aseguradores. La Corte Constitucional accedió a esas consecuencias impartiendo órdenes a sus EPS (Compensar y Salud Total) para que autorizaran las intervenciones quirúrgicas solicitadas (Sentencia T-859, 2003).

En similar sentido el Tribunal Constitucional colombiano procedió a reconocer las pretensiones elevadas por la señora Ana Belén Angulo que en representación de su menor hija (extracción de un queloide alojado en una de sus orejas) acudió a la utilización de este mecanismo ante la negatoria de su asegurador, considerando la violación del derecho a la salud de la menor; en efecto la Corte Constitucional accedió a estas pretensiones argüidas por la parte demandante (Sentencia T-016, 2007).

En resumidas cuentas, los anteriores pronunciamientos tienen un contenido común ya que esas consecuencias solicitadas por la parte demandante o tutelante no están previstas como

parte estructural del derecho fundamental a la salud pero fueron incluidas para la solución de esos casos concretos dentro del ámbito de protección del derecho fundamental que inicialmente fue postulado a través de la pretensión procesal.

De ahí que es relevante destacar que el papel del tutelante ha sido en parte decisivo para establecer el alcance de los resultados elevados en sede de tutela, pero también la conducta del juez frente a la congruencia y el descarte de derechos y soluciones propuestas por el actor, situaciones que de una u otra forma contribuyeron a reevaluar la estructura que por muchos años venía proponiéndose frente a la figura de la pretensión procesal y de su objeto en cuanto a la *causa petendi* se refiere.

En resumidas cuentas, los anteriores fenómenos llevaron a reevaluar con una mirada constitucionalizante del ordenamiento jurídico y del derecho procesal frente a la dinámica de la figura de la pretensión y al destacar la labor del actor y del juez en su desarrollo, ofreceremos una definición de *pretensión procesal* acorde con el desarrollo propuesto a través de la acción de tutela.

#### **4.2. Definición de “pretensión procesal”**

Antes de abordar el objeto de la pretensión procesal en la acción de tutela es indispensable precisar un concepto apropiado para esa figura en el marco del ejercicio de ese mecanismo. Dicho término lo construiremos a partir de la adopción de parte de las teorías abstractas de la pretensión y en específico de los aportes hechos por Leo Rosenberg, Jaime Guasp, Carlos Ramírez y Héctor Quiroga. También es necesario abordar los planteamientos realizados por la Corte Constitucional de Colombia en algunas sentencias descritas en el capítulo 3 (T-882 de 2002, T-227 de 2003, T-016 de 2007 y T-235 de 2011), pues parcialmente la pretensión procesal recogerá las características explicadas por ese Tribunal.

A partir de la tesis de Leo Rosenberg y Jaime Guasp, partamos diciendo que la pretensión procesal es un hecho volitivo del hombre, es una afirmación que se manifiesta en el mundo

del proceso como una “declaración de voluntad...” (Guasp Delgado, 1968, pág. 217); en resumidas cuentas, es un acto.

No obstante, esa declaración de voluntad no debe confundirse con otras manifestaciones que el hombre realiza en su vida cotidiana, por lo que hay que trasladarla al campo del proceso, a partir de los siguientes criterios de delimitación: **a)** El *sujeto* ante quien se postula la figura, es decir, el juez, **b)** *el escenario* en el que la pretensión es invocada (el proceso) y **c)** el uso legítimo de la fuerza para hacer actuar dicha declaración de voluntad por parte del juez; estos requisitos separan a la pretensión del mundo material, perdiendo independencia para conformar un elemento más del proceso.

En otros términos, “esta pretensión... al insertarse en la demanda judicial [deja] de ser un acto independiente, para convertirse en uno de los elementos de la demanda... La reclamación del derecho no se hace directamente, sino por medio de un tercero que es el juez” (Ramírez Arcila, 2001, pág. 241).

En cuanto a sus *elementos subjetivos*, la pretensión procesal, como manifestación de la voluntad humana llevada al proceso, está otorgada por un sujeto activo (demandante), es elevada ante un tercero dotado de autoridad (juez) y es presentada frente a un sujeto pasivo (demandado), es decir, “en toda pretensión procesal hay tres sujetos: el sujeto activo o persona que formula la pretensión, el sujeto pasivo o persona frente a quien se formula la pretensión, destinatario o persona ante quien se formula la pretensión” (Guasp Delgado, 1996, págs. 371-372).

Sin embargo, hasta aquí esa declaración que involucra a tres sujetos no supone una descripción completa de la pretensión procesal, en la medida que aún no se ha dotado de contenido. Para llenar ese vacío es indispensable recordar que el proceso cumple la finalidad de adjudicación del derecho material, por lo que ese *sustrato* o *quid* (Guasp Delgado, 1996, pág. 372) proviene del mundo sustancial (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 109); en esa medida el factor objetivo de la pretensión corresponde al mundo del derecho *sustancial* y no *del*

*derecho procesal*, aclarando que pierde independencia al ser vinculado al proceso mediante la pretensión contenida en la demanda.

En cuanto al contenido u objeto proveniente del derecho sustancial, es importante señalar que en la medida que se declara la voluntad del sujeto activo en el proceso ésta lleva consigo una *afirmación de derecho* (Rosenberg, 1955, pág. 30), en otros términos, una *autoatribución* de un derecho subjetivo (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 24). Sin embargo, ya vimos que en materia de tutela no es de la esencia tal afirmación, pues esa atribución puede ser suplida u otorgada en algunos casos por el juez, dependiendo de cada caso particular y de la intervención activa que caracteriza su papel.

Ahora bien, en lo concerniente a la acción de tutela esa afirmación del derecho recae sobre uno de carácter *fundamental* –artículo 86, Constitución Política de Colombia- y aquí deviene la primera dificultad en establecer el contenido de la pretensión procesal aplicable en el marco del ejercicio de dicho mecanismo, pues –empero- a diferencia de otras normas jurídicas sustanciales (reglas jurídicas) que prevén dentro de su contenido una consecuencia clara y aplicable al supuesto fáctico allí establecido, la pretensión que se construye a partir de derechos fundamentales carece de esos supuestos y de unas consecuencias unívocas y precisas en abstracto por padecer un máximo grado de indeterminación de contenido de acuerdo con lo planteado por Robert Alexy.

El anterior escenario es más problemático si tenemos en cuenta que en el capítulo 3 los tutelantes postularon pretensiones con contenidos inéditos traducidos en solicitudes que iban más allá de lo que inicialmente creeríamos prevén los derechos fundamentales (debido a su máximo grado de indeterminación – falta de consecuencia jurídica aplicable); así mismo, observamos en otras sentencias cómo el juez prescindía de esa propuesta de contenido que el accionante había postulado.

Como resultado de lo anterior, obsérvese que ese objeto o sustrato material yace sobre *consecuencias* jurídicas que no están en el derecho fundamental en abstracto (contenido); sin embargo, como derecho subjetivo, la prestación proviene de un consenso normativo previsto

en el resto del ordenamiento jurídico y que convergen en *actuaciones jurídicas o fácticas positivas o negativas o derecho a algo* (Alexy, 1997, págs. 194-195), lo cual desarrollaremos más adelante, pues esta tesis es la que dota de contenido al derecho fundamental, y, por ende, es lo que asimilará la pretensión al momento de su actuación a través del proceso.

Así las cosas podemos ofrecer una definición pertinente para la pretensión procesal en el ámbito de la tutela, afirmando que es una *declaración de voluntad del sujeto activo (demandante) interpuesta ante un juez y contra un sujeto pasivo (demandado) en la que se puede afirmar o no un derecho fundamental como propio (lesión o vulneración) y puede estar compuesta únicamente por su fundamento fáctico, afirmación conformada por un conjunto de prestaciones positivas o negativas previstas en el resto del ordenamiento jurídico, que intentan ser satisfechas a través de una sentencia.*

Teniendo en cuenta la definición anterior, la pretensión procesal en la acción de tutela posee las siguientes propiedades características (naturaleza jurídica):

- a) *Es una declaración de voluntad* que traduce la expresión inequívoca del demandante de lo que se quiere, ante un juez y materializada en una *solicitud* –artículo 14, Decreto 2591 de 1991. “Lo importante en este quehacer que la pretensión representa es, sin duda, el que todas las posibles expresiones que el hombre puede poner en existencia, en ejercicio de sus facultades fundamentales, no es ni la puramente intelectual ni la puramente efectiva la que interesa, desde luego, para la idea de pretensión procesal. La pretensión no es una manifestación afectiva, emocional, psicológica, del que la formula, pero tampoco es una exteriorización intelectual, o de declaración de ciencia según la técnica jurídica, que se limita a poner de manifiesto la presunta existencia o inexistencia real de cierta posición”. (Guasp Delgado, 1996, pág. 373).
- b) *Es un acto y no un derecho*, es decir, es una afirmación, una exigencia, un requerimiento, algo que se pide, pero no se tiene. Si bien puede elevarse una pretensión para ser satisfecha no necesariamente debe ser actuada por el juez; el hecho de haber sido ejercida es lo que la cataloga como “acto” por lo que no se puede esperar



que su ejercicio implique garantía automática de protección del derecho invocado (Rosenberg, 1955, pág. 30).

- c) *En ocasiones contiene la autoatribución de un derecho fundamental*; por ende, quien reclama ese objeto es porque se “autoatribuye un derecho. No importando que éste al final del proceso no se tenga. Pues, si se exigiera desde el inicio del proceso, la prueba de la existencia del derecho no sería necesario el proceso” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 24).

Pero para el evento de la tutela, el derecho que el sujeto activo en ocasiones se autoatribuye (ya dijimos que no es un requisito esencial) es un *derecho fundamental*, el cual a veces no está previsto expresamente en la Constitución: “La Acción de Tutela es un mecanismo que sirve para que... las personas pueda reclamar la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales... no parece que la Constitución hubiese definido de manera explícita y taxativa la lista de los derechos susceptibles de ser amparados mediante este mecanismo judicial” (Botero Marino, 2006, pág. 14).

No obstante, ya hemos observado que en sentencias como la T-761 de 2015 no es necesario postular derechos fundamentales vulnerados, sino las circunstancias fácticas que soportan la solicitud.

- d) *Debe soportarse en una causa fáctica, jurídica y probatoria* (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 26); si bien es un elemento de la naturaleza, puede no ser de su esencia, salvo las razones de hecho que soportan la solicitud. Por ende: **1.** Debe sustentarse en una razón fáctica, esto es, fundarse en hechos que deben expresarse “con la mayor claridad posible” de conformidad con el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991. **2.** Apelando nuevamente a la poca claridad estructural de la consecuencia jurídica del derecho fundamental, lo pedido está encuadrado dentro de la posibilidad del derecho que se invoca como violentado, es decir, comportar conducencia, de acuerdo con lo expuesto en la sentencia T-621 de 1995 de la Corte Constitucional. **3.** Toda pretensión de tutela

debe estar soportada en medios de prueba que demuestren la existencia de los hechos constitutivos de la violación del derecho autoatribuido con la salvedad que “la naturaleza informal... de la acción de tutela y la brevedad de su procedimiento exigen cierta flexibilidad en materia probatoria” (Botero Marino, 2006, pág. 129), aunque “esto no puede suponer para el juez... la posibilidad de fallar sin recaudar primero material probatorio sobre el cual sostener su fallo” (Carrera Silva, 2011, pág. 89) lo que supone inicialmente la carga para el demandante de demostrar la existencia de tales hechos.

- e) *Esta pretensión procesal no genera la interrupción de prescripción e inoperancia de la caducidad:* los fenómenos de la prescripción y caducidad no aplican cuando se invoca esta pretensión y mucho menos en el marco del proceso especial que desarrolla el mecanismo de la tutela, pues lo que interesa es que el derecho esté amenazado o haya sido vulnerado y que dicha situación comporte actualidad para que la orden de protección del derecho del juez tenga sentido; de hecho, “la Corte ha considerado que la inexistencia de un término de caducidad para la interposición de la tutela, no puede convertirse en una fuente de inseguridad jurídica. Por esta razón, ha establecido que la tutela debe ser interpuesta dentro de un término razonable” (Botero Marino, 2006, pág. 60).
  
- f) *Esta pretensión procesal amplía la jurisdicción y competencia a todos los jueces de la República* (Carrera Silva, 2011, pág. 79); es por ello que el artículo 86 de la Constitución Nacional no estableció una jurisdicción especializada para conocer pretensiones de tutela, atribuyendo la competencia a todos los jueces, sin distinción de instancia, territorio o funcionalidad.
  
- g) *Esta pretensión procesal no delimita la congruencia de la sentencia*, por lo que “el juez de considerarlo necesario, pueda fallar *ultra y extra petita*” (Botero Marino, 2006, pág. 124). Lo más interesante del asunto es que esta pretensión no es una camisa de fuerza para el juez, por lo que el hecho de invocarla no garantiza que lo actuado

por dicho funcionario sea lo pedido por el tutelante, pues lo importante es que exista una protección real frente a las causas fáctica y jurídica que se invocan.

- h) *Esta pretensión procesal se convierte en el elemento objetivo del proceso*, bajo el entendido que “la contienda judicial discutirá y debatirá esencialmente sobre una materia, sobre un tema que le ha sido propuesto por la parte demandante” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 34). De hecho, “la pretensión engendra un proceso... una vez se ha engendrado un proceso, en el sentido que... la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia hasta que el tratamiento que a la pretensión procesal deba darse haya alcanzado su finalidad instrumental”. (Guasp Delgado, 1996, pág. 382).

En lo concerniente a su *finalidad*, la pretensión procesal no tiene su excepción, y muchos menos en tratándose en el marco de la acción de tutela.

Si la pretensión es un elemento del proceso entonces persigue una finalidad que consiste en ese resultado o efecto perseguido a través de una sentencia favorable; es por ello que según el maestro Hernando Devis Echandía “...la razón de la pretensión no es otra cosa que sus motivos o fundamentos de hecho y de derecho, que se identifican con la *causa petendi* de la demanda... y el efecto perseguido o la conclusión es su *objeto*. Por eso, el fin perseguido por la pretensión es obtener una sentencia *favorable* que otorgue lo que en el *petitum* de la demanda se reclama” (1966, pág. 219). En este mismo sentido se perfila Darci Guimaraes, quien afirma que “ésta [la pretensión procesal] se dirige hacia al Estado con la finalidad de ‘*obtener una sentencia*’ (2004, pág. 135).

Lo anterior tiene una razón consecuente: la sentencia debe definir las pretensiones invocadas por el demandante que no es otra cosa que la decisión de actuación o no de esa afirmación del derecho realizada por la parte referida. Para el caso de la acción de tutela se traduce en la búsqueda de una sentencia favorable para “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales” (Botero Marino, 2006, pág. 14) a través de las demandas interpuestas por el tutelante, aun cuando el resultado favorable que en ocasiones se obtiene

vaya mucho más allá de lo solicitado inicialmente, lo cual es consecuencia de la actuación del juez.

### 4.3. El objeto de la pretensión procesal

Revisada la definición de la pretensión procesal ajustada al contexto de la acción de tutela, su naturaleza jurídica y su finalidad, procedemos a desarrollar la estructura del objeto de ese acto procesal. Compartiremos -en parte- con la doctrina tradicional el hecho que los elementos de la pretensión son *de posibilidad, de causa y de idoneidad*.

Sin embargo, y a pesar que aceptamos esa opinión, no lo hacemos del todo, pues de conformidad con la dinámica de la acción de tutela adecuaremos y complementaremos esa estructura a una que explique a cabalidad los fenómenos que suceden con la actuación del mecanismo de protección de derechos fundamentales señalado.

En la pretensión procesal “de por sí debe reunir el **elemento de posibilidad**, que corresponde a la aptitud que debe tener aquella... para ser materia de un proceso” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 93); es decir que lo que se pide debe ser posible dentro de varios estadios, los cuales son el *físico* y el *jurídico*. (Negrita fuera del texto original).

- a) *Posibilidad física*. Aquello que se pide en la pretensión debe existir en el mundo físico y debe ser asequible al hombre; es decir, la posibilidad física “hace referencia a la aptitud material que el objeto de la pretensión tiene que satisfacer. Esto es, el ente transpersonal material o ideal debe existir y además debe estar al alcance del hombre” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 93). Este requisito es esencial y así lo ha resaltado el artículo 15 del Decreto 2591 de 1991.
- b) *Posibilidad jurídica*. “El objeto material de la pretensión deber ser de aquellos que su tráfico esté permitido por el ordenamiento jurídico. Es decir, que la pretensión procesal no esté montada sobre un imposible jurídico” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 95).

La anterior afirmación hay que tomarla con beneficio de inventario porque si bien no hay que acudir a un imposible jurídico, *la indeterminación* de los derechos fundamentales (Alexy, 2003, pág. 35) implica la disposición de un sistema jurídico abierto al ingreso de situaciones que puedan resolver un caso específico de protección de derechos subjetivos que responda eficazmente a la dificultad en la precisión de respuestas claras y unívocas dentro de la estructura de los derechos fundamentales (en abstracto).

Tal como lo menciona H.A.L. Hart en su *Concepto de Derecho*, el sistema de reglas jurídicas tiene un halo de vaguedad o *textura abierta* (1961, pág. 159) y un ejemplo para explicar parte de este fenómeno consiste en la invocación de derechos fundamentales a través de la pretensión procesal. Bajo la tesis del *derecho a algo* planteada por Robert Alexy (1997, págs. 186-210) intentaremos explicar este fenómeno.

Bajo esta denominación afirmamos que parte del objeto de la pretensión procesal está conformado por posibilidades jurídicas que no hace parte del derecho fundamental, sino hasta su postulación en el caso concreto, sino que obedecen a un sistema jurídico con normas que contienen una textura abierta y como ejemplo de ello encontramos los derechos fundamentales.

Por otro lado, al ser una característica de la naturaleza, pero no de la esencia de la pretensión procesal, esta posibilidad puede ser suplida por el acto adjudicador del juez (Corte Constitucional, Sentencia T-761, 2015).

En segundo lugar tenemos el **elemento de idoneidad**, el cual “hace referencia a que el objeto material de la pretensión sea deducido a través del proceso legalmente establecido por la ley” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 98); dicha afirmación, traducida al contexto del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, tiene sentido, en la medida que dicha norma jurídica creó un mecanismo de protección inmediata de derechos fundamentales a través de proceso especial, preferente y sumario en el que se puede dar trámite a la pretensión procesal tutelar

que “para el logro de este objetivo, el constituyente entendió que debía tratarse de una acción informal que diera lugar a un procedimiento [a nuestro modo de ver, “proceso”] sencillo” (Botero Marino, 2006, pág. 124).

Por último –y el más importante- tenemos el **elemento de causa**, el cual obedece a esos fundamentos o razones en las que se soporta la pretensión procesal; en otros términos, la figura referida “está formada por los hechos, o actos jurídicos de los cuales el demandante deduce el derecho o la relación jurídica sustancial que pretende para conseguir la sentencia favorable que acceda a sus pretensiones” (Devis Echandía, 1966, pág. 187); la *causa petendi* –como lo refiere la doctrina- “...deberá tener unos soportes. Esto es, soportada tanto en supuestos fácticos o de hecho, en los supuestos jurídicos o de derecho que el ordenamiento jurídico le reconoce, y en una causa probatoria” (Quiroga Cubillos, 2007, págs. 98-99).

Teniendo en cuenta lo anterior, determinaremos la *causa petendi* a partir del contexto de la dinámica de la acción de tutela:

- a) *Causa fáctica*. Toda pretensión procesal tiene en su objeto una causa fáctica que la conforma, esto es, aquellos fundamentos de hecho o circunstancias de tiempo, modo y lugar que soportan la afirmación del derecho invocada por el sujeto activo (Devis Echandía, 1966, pág. 187); en otros términos, “la pretensión procesal que se invoca en la demanda debe estar soportada por la ocurrencia de unos hechos en la vida material. Los hechos hacen referencia a los acaecimientos de la vida, que se dice por el invocante, corresponden a los que el supuesto de hecho que la norma jurídica exige” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 99), es decir, estos hechos deben ser *pertinentes*; la pertinencia –según el autor- está otorgada y hace parte de la estructura propia de la norma jurídica aplicable al caso concreto.

La anterior conclusión es un vivo reflejo de la teoría Kelseniana de la estructura de la norma jurídica y que aún sigue teniendo eco en los escritos jurídicos modernos, inclusive, también ha sido defendida por el maestro Arturo Valencia Zea, en el sentido

que refiere que la estructura de ésta consiste en un supuesto fáctico y una consecuencia jurídica (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2011, pág. 4).

Sin embargo, estos conceptos son incompletos y obsoletos, por lo que no explican la estructura de la norma jurídica en todo su espectro, pues en la actualidad existe una gama tan amplia que no sólo reduce su estructura y tipología a *reglas* (Hart, 1961, págs. 3-4).

Por otro lado, en tratándose de derechos fundamentales, la situación convierte a esa teoría en algo inaplicable y condenada al olvido, puesto que esta clase de *derechos* no comparten esa estructura y sin perjuicio de ello comportan verdadera eficacia normativa, pues son actuados a través de la demanda de tutela que de por sí encierra una pretensión procesal.

A su vez los derechos fundamentales tienen la característica de tener relevancia constitucional y son *mandatos de optimización* (Alexy, 1988, pág. 143) que no tienen la estructura propuesta por Arturo Valencia Zea. Si echamos un vistazo a los derechos que se encuentran expresos en el catálogo constitucional tales como la vida, el trabajo o la integridad personal carecen de un supuesto fáctico estructural y unívoco y de una consecuencia jurídica concomitante y en abstracto que conforme la respuesta a dicho supuesto; la razón consiste en que los derechos fundamentales poseen el mayor grado de *indeterminación* y requieren ser llenados de contenido, situación que resulta del ejercicio del sujeto activo.

Por otro lado es importante señalar que dentro de los requisitos que debe cumplir la *solicitud* –que no es otra cosa que la pretensión procesal- de tutela, el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 establece que los hechos invocados deben expresarse “con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva”; esa *causa fáctica* –los hechos que sirven de fundamento de la pretensión procesal- no proviene de la norma sustancial derecho fundamental en abstracto (pues estos carecen de un supuesto fáctico) sino que es construida por el sujeto activo.

Por otro lado la pertinencia de los hechos invocados en esa solicitud debe estar otorgada por el tutelante que a su vez deberá expresarlos *con la mayor claridad posible* y los hará coincidir con el derecho fundamental invocado como *vulnerado o en peligro de vulneración*; ese examen es trascendental pero no es vinculante para el juez quien puede considerar que los hechos se encuadran o no dentro del ámbito de protección de ese u otro derecho fundamental, pues bien se dijo que “en principio, le corresponde al juez corregir los errores del actor al formular la petición o al exponer los fundamentos [que la soportan]... (Botero Marino, 2006, pág. 124)”.

- b) *Causa jurídica*. Uno de los requisitos o elementos más complejos que hacen parte del objeto de la pretensión procesal de la acción de tutela obedece a sus razones o fundamentos jurídicos.

Habíamos mencionado que los derechos fundamentales comportan el máximo grado de indeterminación y a diferencia de las reglas primarias de Hart, no tienen una consecuencia jurídica determinada en su estructura ya que ésta es obtenida del consenso normativo internacional, legal o reglamentario y en esa medida este vacío en ocasiones puede ser llenado –situación no vinculante- por el demandante a través de su solicitud (Art. 14, Decreto 2591/91).

Sin embargo, ya se dijo que ese fundamento puede ser suplido por el juez de tutela cuando actúa los derechos vulnerados o en riesgo de vulneración, situación que no le resta validez al objeto, pues bien, se mencionó que en ocasiones dicho funcionario puede establecer otros derechos vulnerados sin que esto reste validez o sea causal de rechazo de la pretensión.

En cuanto a esas razones de derecho, en caso de ser postuladas por el demandante, obedecen al “soporte jurídico basado especialmente en la normatividad legal, que reconoce el derecho sustancial” (Quiroga Cubillos, 2007, pág. 109) precisando que para el contexto de la tutela no es la normatividad legal a la cual se debe apelar sino a la Constitución (Material y Formal). Esta causa jurídica está compuesta por la



*autoatribución del derecho* (2007, págs. 108-109) y la *consecuencia jurídica prevista en la norma sustancial* (Rosenberg, 1955, pág. 30).

A nuestro modo de ver, la consecuencia de la norma sustancial es correcta pero es incompleta y carece de practicidad, pues para el caso de la acción de tutela no explica a cabalidad cuál es el contenido y objeto de la pretensión procesal invocada por cuanto debe apelarse al derecho fundamental, el cual, bien hemos visto, carece de una consecuencia jurídica en abstracto aplicable, pero que aun así es extraída de otros consensos normativos para resolver el caso concreto; en resumidas cuentas, no explica la pertinencia de la consecuencia jurídica de una norma que carece de tal estructura.

Partamos de la afirmación que el objeto de la pretensión procesal de tutela puede contener la *autoatribución* del derecho fundamental que se reputa vulnerado, y decimos que puede contener, en la medida que si se prescinde de éste no es causal de rechazo o de sentencia inhibitoria, pues lo importante, de acuerdo con la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-761 de 2015, es la postulación clara y precisa de la causa fáctica.

Volviendo al escenario de la autoatribución de esta clase de derechos (norma sustancial), estos no poseen una consecuencia jurídica clara y en abstracto debido a que comportan el *máximo grado de indeterminación estructural* (Alexy, 2003, pág. 35) que no se explica por el mero hecho de la invocación de la protección del derecho presuntamente vulnerado y a través de la acción de tutela.

De ahí que según la sentencia T-235 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana, ese derecho subjetivo está conformado por prestaciones positivas o negativas fruto del consenso internacional, legal o reglamentario; en esos términos, la *protección* del derecho fundamental no se explica por sí misma y no representa ningún significado hasta tanto no sea precisado mediante una *actuación real* y actual que en primera

medida es realizada por el actor a través de la pretensión procesal de tutela, representada en el mencionado consenso.

Esa *actuación real* conforma el contenido del derecho fundamental y está basada en lo que el tratadista Robert Alexy denomina “*derecho a algo*” (1997, pág. 186) que traduce un “derecho subjetivo... un derecho a algo se dirige siempre contra algún otro y, el objeto es una acción u omisión”, que no es otra cosa que lo referido por la Corte Constitucional en cuanto a derecho subjetivo, es decir, un conjunto de acciones o prestaciones positivas o negativas que provienen del consenso normativo internacional, legal o reglamentario. Estas situaciones no las encontramos expresas en el derecho fundamental mismo, pero pueden ser utilizadas aquéllas que están en tal consenso y que sí resuelvan el caso particular, como lo vimos en la descripción de los casos propuestos en las sentencias de revisión de los Capítulos 3 y 4.1 de esta investigación.

En otras palabras, ese derecho a algo comprende *actuaciones o prestaciones positivas o negativas* normativas, que pueden ser traducibles en consecuencias jurídicas que no están contenidas en el derecho fundamental sino en otras normas jurídicas que no son de rango constitucional, sino que provienen del consenso normativo internacional, nacional (legal o reglamentario) que indiquen, por ejemplo, una suspensión provisional de un acto administrativo (consecuencia normativa legal) que decretó la clausura temporal de una IPS de naturaleza pública ante la orden de protección de prestar un servicio de salud a una población vulnerable (supuesto fáctico).

Esas *actuaciones positivas o negativas* (Alexy, 1997, pág. 195) obedecen a un resultado que hace parte del derecho mismo en el caso concreto y que es fruto -empero- del consenso del derecho internacional, legal o reglamentario, constituyendo verdaderas consecuencias jurídicas pero que no hacen parte estructural del derecho fundamental.

Por ende, son actividades, deberes, obligaciones o consecuencias que se extraen de las normas del nivel señalado y que se aplican dependiendo de cada caso particular y de las razones fácticas argüidas y que constan en la solicitud o demanda de tutela, por ejemplo, que una persona acceda a un medicamento o tratamiento no POS ante la negatoria del comité técnico científico de su ente asegurador o por su médico tratante, pues el actor considera que hace parte de su derecho a la salud autoatribuido (en el caso que el actor lo atribuya como parte de éste). Este planteamiento, por ejemplo, no es más que una situación regulada a nivel reglamentario (Resolución 5261 de 1994, el acceso a situaciones NO POS está autorizada únicamente por esos Comités o por el médico tratante de conformidad con la Resolución 1328 de 2016) y como vemos, no hace parte del derecho subjetivo sino en el caso concreto y producto del ejercicio del sujeto activo -en este caso-, no a título de presupuesto, como lo ha hecho ver hasta ahora la doctrina del derecho procesal.

Teniendo en cuenta lo precedente y en tratándose de derechos como la salud éste ha sido una construcción donde ha participado el binomio *tutelante – juez* (lo cual se mostró en la jurisprudencia citada), se ha dado una prevalencia a la autonomía del primer sujeto procesal para definir el alcance de ese derecho invocado a través de la pretensión en casos concretos; por ende “si la Constitución reconoce que las personas están dotadas de dignidad y son agentes morales libres y autónomos, entonces es obvio que es a ellas a quienes corresponde definir cómo entienden el cuidado de su salud, y por ende, los tratamientos médicos deben contar con su autorización” (Uprimny Yepes, 2005, pág. 321).

Así las cosas, podemos mencionar que la causa jurídica está compuesta por **a)** la autoatribución del derecho fundamental y de **b)** las actuaciones-prestaciones jurídicas (consecuencias jurídicas) positivas o negativas no establecidas en el derecho fundamental en abstracto sino que provienen de otras normas jurídicas productos del consenso del derecho internacional y nacional (legal o reglamentario) y que en cada caso concreto los tutelantes pretenden coincidir –en algunos casos, no todos- con

derechos, deberes, actos concretos o mandatos (prestaciones positivas) y prohibiciones (prestaciones negativas).

- c) *Causa probatoria*. Según Quiroga “los hechos que han de constituir la causa fáctica deben a su vez estar soportados en una causa probatoria” (2007, pág. 109), es decir que la pretensión procesal debe tener aparte de un fundamento fáctico y jurídico un soporte probatorio que contribuya a corroborar la existencia de los supuestos fácticos alegados por el demandante. Sin embargo, para el caso de la acción de tutela es importante señalar que esa razón probatoria no comporta la misma rigurosidad que en procesos ordinarios, en la medida que “para el decreto y práctica de pruebas tenga presente el carácter sumario y preferente de la tutela...” por lo que se “autoriza al juez a fallar con base en cualquier medio de prueba, y contempla la posibilidad de recoger información por medios informales, tales como llamadas telefónicas” (Botero Marino, 2006, pág. 131).

No obstante, ese nivel de informalidad no debe entenderse hasta tal punto que dicha pretensión carezca de una base probatoria por lo que “no se puede colegir de allí que se pueda conceder o negar la protección pedida sin que medie prueba” (Carrera Silva, 2011, pág. 89).

En resumen, el objeto de la pretensión procesal contiene elementos que pueden catalogarse como de la esencia (posibilidades y causas fácticas y probatorias) y elementos que son de su naturaleza (causas jurídicas), razón por la que se puede prescindir de algunos durante la postulación de la pretensión procesal o durante el desarrollo del proceso tutelar sin que esto conlleve a un rechazo del acto por parte del juez o a una eventual sentencia inhibitoria.

## **5. CONCLUSIONES: UNA NUEVA PROPUESTA PARA EL DERECHO PROCESAL CON MATIZ CONSTITUCIONAL**

Retomando las palabras que en alguna ocasión mencionó el maestro Jaime Guasp (1996, pág. 333), en la ciencia del derecho como en la vida, existen destinos adversos y otros afortunados para algunas figuras e instituciones del derecho.

Digamos que la pretensión procesal ha padecido ambos destinos: por un lado, con la suerte de ser una figura que algunos autores han sistematizado vehementemente, pero por otro, con el infortunio de que esas estructuras carezcan de aplicabilidad en la práctica jurídica, pues no se ha buscado el visto bueno de ponerlas en el ruedo judicial y a la luz de un derecho constitucional que a diario y poco a poco ha ido permeando todas las ramas del derecho.

En virtud de este infortunio hemos visto cómo los tratadistas en el derecho procesal se han encargado de reducir sus esfuerzos a un estudio aislado y egoísta frente al asunto de la pretensión procesal, como si esta rama del derecho creciera en soledad. Por otro lado, es muy fácil realizar una construcción teórica cuando no se involucra su incidencia práctica ni mucho menos sus efectos en otras ramas del derecho.

Es por ello por lo que la pretensión procesal ha compartido ambos destinos; sin embargo, el conocimiento evoluciona y no ha sido egoísta con la figura tratada en este trabajo. De hecho, constituye el eje central de discusión, no sólo en lo teórico, sino en su valor o efecto práctico dentro del haber y desarrollo en procesos que refieren instituciones y figuras complejas como son los casos de la dinámica de la acción de tutela y el tratamiento de los derechos fundamentales.

Observamos cómo los requisitos resaltados del neoconstitucionalismo, i) el rescate de la supremacía del poder judicial representado en agentes defensores de la Constitución, ii) la positivización de los derechos fundamentales en la Constitución y iii) la previsión de mecanismos de defensa y tutela de derechos fundamentales) tuvieron que ver directamente con el desarrollo del derecho procesal y de la pretensión procesal, pues:

a) Se rescató la supremacía del poder judicial como defensor de la Constitución al crear un juez defensor de los derechos allí previstos, situación que desconoció el efecto procesal de la congruencia de la sentencia con la pretensión;

b) la Constitución original positivizó los derechos fundamentales (Título II, Capítulo I, Constitución Política de Colombia), sin perjuicio que la Corte Constitucional amplió el catálogo inicialmente previsto, situación que introdujo un reto para la pretensión procesal de incluir derechos que carecían de supuestos fácticos y consecuencias jurídicas en abstracto y aplicables de manera clara e inequívoca a los hechos establecidos en las demandas de tutela, y,

c) la Constitución estableció la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, es decir, un mecanismo cuya práctica redujo requisitos para la pretensión procesal invocada.

A lo anterior, sumemos las labores del tutelante y del juez, que fueron determinantes para reestructurar la pretensión procesal, pues comprobamos cómo:

- El tutelante formuló pretensiones cuyas soluciones claramente no estaban determinadas en el derecho fundamental alegado como vulnerado, pero que producto de su ejercicio sugirió al segundo a dar concreción y aplicabilidad a propuestas que se encontraban regadas en el resto del ordenamiento jurídico y no en el derecho alegado;
- En cuanto al juez, en algunos casos desconoció lo planteado por el tutelante y fue más allá, en aras de ampliar el escenario de protección inicialmente propuesto a través de la pretensión procesal, pues consideró razonablemente que los hechos estimaban una tutela mayor que la pedida, es decir, fallos ultra y extra petita, que no es otra cosa que el desconocimiento de la congruencia, factor que fue defendido por el derecho procesal cuando hablaron de la naturaleza jurídica de la pretensión.

Por ende, hablar de “acción de tutela” y de “derechos fundamentales” en el ordenamiento jurídico es correr el riesgo, pero a la vez generar la necesidad de estudiar lo que sucede con su desarrollo. Después de más de 25 años de implementación del mecanismo de protección, también podemos escudriñar en qué medida influyó en el desarrollo del derecho procesal, situación que, como observamos, trajo consigo inmensas modificaciones que han roto paradigmas y conceptos, entre ellos, los de la pretensión procesal y su objeto.

Hoy, después de haber tomado ese riesgo de asumir este recorrido por las instituciones de la tutela, de los derechos fundamentales y de los actos procesales como la pretensión procesal y su objeto, ofreceremos una propuesta que responda al problema postulado al principio en la parte introductoria del presente trabajo, es decir, ¿cuál es el objeto de la pretensión procesal en la acción de tutela de la Constitución Política de Colombia de 1991?

La propuesta de solución es que el objeto de la pretensión procesal está conformado por elementos que hacen parte de su esencia y su naturaleza, razón por la que es posible prescindir de unos sin que esto afecte su estructura.

Para hablar de dicho contenido nos atrevimos a ofrecer una definición de *pretensión procesal* acorde con la dinámica de la acción de tutela, para lo cual se dijo que era una *declaración de voluntad del sujeto activo (demandante) interpuesta ante un juez y contra un sujeto pasivo (demandado) en la que se puede afirmar o no un derecho fundamental como propio (lesión) y puede estar compuesta únicamente por su fundamento fáctico pero además puede incluir un conjunto de consecuencias jurídicas (actos fácticos) positivas o negativas que no hacen parte de la estructura del derecho fundamental lesionado o en peligro de vulneración pero que son postuladas para intentar ser satisfechas a través de una sentencia.*

De ahí que el objeto de esta pretensión obedece a:

- Elementos de posibilidad:
  - Una posibilidad física
  - Una posibilidad jurídica

- Elemento de idoneidad
- Elementos de causa
  - Causa fáctica
  - Causa jurídica
  - Causa probatoria

De esa estructura, tenemos que debido a la dinámica de la acción de tutela, son elementos de la esencia, la posibilidad física, la idoneidad y las causas fáctica y probatoria, razón por las que estos siempre estarán en el contenido de la pretensión (Art. 14, Decreto 2591 de 1991); por el contrario, la posibilidad jurídica y causa jurídica no siempre acompañarán a la pretensión, debido a que es una tarea que puede ser suplida por el juez (ver sentencias T-946 de 2011 y T-761 de 2015) sin que esto conlleve a su rechazo de plano o a una eventual sentencia inhibitoria, razón por la cual se prescinde de la congruencia, como elemento de su esencia.

En cuanto a la causa jurídica nótese el avance importante, pues no necesariamente debe ser postulada por el tutelante (esto puede ser suplido por la labor del juez), pero en la medida que se promueva, contiene:

- La autoatribución del derecho fundamental que se reputa violado (Art. 14, Decreto 2591 de 1991).
- La acción/prestación positiva (orden, deber, obligación) o negativa concreta que pretende ser cobijada bajo el ámbito de la protección del derecho fundamental invocado como vulnerado y que proviene del consenso normativo internacional y nacional (legal o reglamentario). (Corte Constitucional, Sentencia T-235, 2011).

Frente a estos requisitos, esa actuación concreta que puede ser positiva o negativa, es producto de la atribución de un derecho fundamental y es alegada por el tutelante, más no hace parte de la estructura de dicho derecho y según la sentencia T-227 de 2003 y T-235 de 2011, son fruto del consenso internacional, nacional (legal, jurisprudencial o reglamentario) que son incluidos y variantes, según cada caso particular.



Con esta posición respondemos al problema, pero a la vez complementamos aquellas teorías que consideraban que el actor se atribuía una consecuencia determinada y lógica del derecho subjetivo invocado, el cual ofrecía inequívocamente una respuesta claramente direccionada.

Lo cierto es que, en materia de tutela, esta estructura varía según el caso particular y el contenido (prestación positiva o negativa) varía según el derecho invocado y la norma a la cual se apele, en la medida que contenga el derecho, el deber, la prohibición u omisión pertinente con lo alegado.

Lo precedente es abiertamente distinguible si se tiene en cuenta que la estructura de un derecho fundamental es diferente a la de una regla jurídica - v.gr. de las previstas en normas como el artículo 1546 o 2341 del Código Civil-.

Lo cierto es que esta clase de derechos autoatribuidos no comportan la estructura kelseniana de la norma jurídica, por lo que es equivocado pensar que la pretensión procesal es un acto mecánico y lógico que postula prestaciones o actuaciones (consecuencias) unívocas, determinadas y que conlleven a concluir que, por ejemplo, para garantizar un derecho fundamental X está previsto en todo caso la aplicación de la consecuencia Y.

Los procesalistas deberían tener en cuenta que esta rama del derecho no es ajena a un sistema jurídico que está permeado por el derecho constitucional. También se debe tener en cuenta que en la medida que se estudien instituciones o figuras jurídico-procesales se debe mirar su efecto práctico y no quedarnos con la mera construcción teórica y aislada que nos conlleve a un escenario erróneamente creíble.

Ojalá la pretensión procesal y otras figuras de esta rama del derecho sigan contando con una evolución teórica constante que nos eviten conducirlos a un destino infortunado.



## 6. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Agudelo Ramírez, M. (2007). La pretensión procesal. En M. Agudelo Ramírez, *El Proceso Judicial*. Bogotá: Librería Jurídica Comlibros.

Ahumada, M. Á. (2009). Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo. En P. Comanducci, *Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo* (págs. 123-159). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Alexy, R. (1988). Sistemas Jurídicos, Principios Jurídicos y Razón Práctica. *Revista Doxa*, 139-151.

Alexy, R. (1997). Un sistema de posiciones jurídicas fundamentales. En R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. En M. (. Carbonell Sánchez, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Botero Marino, C. (2006). *La Acción de Tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura. Obtenido de <http://uniciencia.ambientalex.info/infoCT/Acctutordconco.pdf>

Carnelutti, F. (1944). Premisas de la noción de proceso. En F. Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Vol. I). Buenos Aires: Uteha.

Carrera Silva, L. (Enero-Junio de 2011). La Acción de Tutela en Colombia. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas* (27).

Carrera Silva, L. (2011). La Acción de Tutela en Colombia. *Revista IUS*, V (27), 72-94.

Chiovenda, G. (1941). Conceptos fundamentales. En G. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Reus.

Comanducci, P. (2009). Constitucionalización y Neoconstitucionalización. En P. Comanducci, *Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalización* (págs. 85-121). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid.

Correa Henao, N. R. (2009). De los aspectos conceptuales de la Tutela. En N. R. Correa Henao, *Derecho Procesal de la Acción de Tutela* (Tercera ed.). Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

- Couture, E. J. (1958). La Acción. En E. J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Roque de Palma Editor.
- Delgado, Camilo. (2017). ¡Discutamos! La intervención judicial en las políticas públicas en el marco de los casos estructurales de vulneración de Derechos Sociales (Análisis de caso Argentina, Colombia e India). Tesis de Grado. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
- Devis Echandía, H. (1966). De la Pretensión. En H. Devis Echandía, *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar.
- Devis Echandía, H. (1985). De la pretensión. En H. Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal* (Décima ed., Vol. I). Bogotá: Editorial ABC.
- Dworkin, R. (2012). El modelo de las normas. En R. Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel S.A.
- Fairen Guillén, V. (1992). Función, Estructura, naturaleza jurídica y concepto del proceso. En V. Fairen Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Guasp Delgado, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guasp Delgado, J. (1996). La pretensión procesal. En P. Aragonese Alonso, *Estudios Jurídicos*. Madrid: Civitas.
- Guimaraes Ribeiro, D. (2004). La pretensión procesal. En D. Guimaraes Ribeiro, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch Editores.
- Hart, H. (1961). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Lamprea Montealegre, E. (2015). *Derechos en la práctica: jueces, litigantes y operadores de políticas en salud en Colombia (1992-2014)*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- López Cuéllar, N. (2005). *Estudio de la selección y revisión de tutelas en la Corte Constitucional*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Lozano Acosta, C. H. (2009). La Acción de Tutela como mecanismo procesal para el amparo del derecho al agua en Colombia: ¿Protección en perspectiva ambiental? *Revista Pensamiento Jurídico* (25).
- Paz, M. C. (2012). Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. *Gaceta Médica de México*, 148, 406-410.
- Quiroga Cubillos, H. E. (2007). *La Pretensión Procesal y su resistencia*. Bogotá: Sabiduría Limitada.

Ramírez Arcila, C. (2001). La pretensión procesal. En C. Ramírez Arcila, *Derecho Procesal*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda.

Rodríguez, C. (1999). Estudio Introductorio. En D. Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Rosenberg, L. (1955). Objeto litigioso y pretensión procesal. En L. Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América.

Uprimny Yepes, R. (2005). Derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana. En S. (. Franco Agudelo, *La Salud pública hoy*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2011). Estructura de la norma jurídica (reglas, preceptos). En A. Valencia Zea, & Á. Ortiz Monsalve, *Derecho Civil Tomo I*. Decimoséptima ed.). Bogotá D.C.: Temis S.A.

Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil: Ley, derecho, justicia*. Madrid: Trotta S.A.

## **Jurisprudencia**

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-002, Expediente T-644 (Sala Cuarta de Revisión, 8 de Mayo de 1992).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-484, Expediente 2130 (Sala Quinta de Revisión, 11 de Agosto de 1992).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-499, Expediente T-2359 (Sala Segunda de Revisión, 21 de Agosto de 1992).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-505, Expediente T-2535 (Sala Segunda de Revisión, 28 de Agosto de 1992).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-523, Expediente 2598 (Sala Primera de Revisión, 18 de Septiembre de 1992).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-533, Expediente T-3038 (Sala Segunda de Revisión, 23 de Septiembre de 1992).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-543, Expedientes D-056 y D-092 (Sala Plena, 1 de Octubre de 1992).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-290, Expediente T-11538 (Sala Quinta de Revisión, 28 de Julio de 1993).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-271, Expediente T-62714 (Sala Séptima de Revisión, 23 de Junio de 1995).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-408, Expediente T-71149 (Sala Tercera de Revisión, 12 de Septiembre de 1995).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-111, Expediente T-107601 (Sala Plena, 6 de Marzo de 1997).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia SU-480, Expedientes T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122981 (Sala Plena, 25 de Septiembre de 1997).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-102, Expediente T-148650 (Sala Segunda de Revisión, 24 de Marzo de 1998).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-461, Expediente T-404937 (Sala Sexta de Revisión, 3 de Mayo de 2001).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1344, Expediente T-506569 (Sala Octava de Revisión, 11 de diciembre de 2001).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-881, Expediente T-637051 (Sala Sexta de Revisión, 24 de octubre de 2002).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-227, Expediente T-669050 (Sala Séptima de Revisión, 17 de marzo de 2003).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-859, Expedientes T-733112, T-756609 (Sala Séptima de Revisión, 25 de Septiembre de 2003).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-016, Expediente T-1405186 (Sala Séptima de Revisión, 22 de Enero de 2007).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-016, Expediente T-1405186 (Sala Séptima de Revisión, 22 de Enero de 2007).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-760, Expedientes T-1281247 a T-1867326 (Sala Segunda de Revisión 2008).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-235, Expediente T-2.618.764 (Sala Novena de Revisión, 31 de marzo de 2011).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-327, Expediente T-3782001 (Sala Novena de Revisión, 5 de Junio de 2013).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-150, Expediente T-5.138.445 (Sala Cuarta de Revisión, 31 de marzo de 2016).