



Autor: Verónica Molina Mesa
Título: Patico bodegón
Técnica: acrílico sobre lienzo
Dimensiones: 14,8 cm x 21,59 cm

EL HABEAS CORPUS Y LA TUTELA DE LA LIBERTAD PERSONAL*

* Este artículo es resultado de la investigación “*Seguridad, orden y libertad en la decisión judicial: el caso del habeas corpus. Medellín, 1997-2005*” (Investigador principal: Hernando Londoño Berrío), en la cual la autora se desempeñó como auxiliar entre los años 2005 y 2006. Una primera fase del proyecto denominada “*las palabras de la ley*” se ocupó de documentar la historia, naturaleza y sentido del habeas corpus en Colombia. El texto que se presenta constituye parte del informe final sobre el desarrollo de esa primera fase. Una versión más extensa fue presentada como trabajo de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, y mereció por parte de los jurados una recomendación de publicación.

Fecha de recepción: Septiembre 29 de 2008

Fecha de aprobación: Noviembre 4 de 2008

EL HABEAS CORPUS Y LA TUTELA DE LA LIBERTAD PERSONAL

*Tatiana María Álvarez Parra***

RESUMEN

Una lectura de la Constitución en que se represente de forma suficiente el sentido protector que detentan las instituciones del *habeas corpus* y la acción de tutela, permite entenderlas como los *medios* por excelencia a través de los cuales el ciudadano y la institucionalidad concretan la función esencial del Estado Constitucional de Derecho: la protección inmediata de la libertad. En último término, y a efectos prácticos, la afinidad sustancial, teleológica y aún formal de esos medios, implica la posibilidad de que ellos se conciban como garantías *continuas y compatibles* en relación con la Garantía de la libertad personal. En cuanto no parece razonable entenderlas recíprocamente excluyentes, las formas y rituales de esos dos instrumentos lógicamente no habrían de traducirse en una carga ciudadana que desdibuje su esencia y función.

Palabras clave: *habeas corpus*, tutela de la libertad, acción de tutela.

HABEAS CORPUS AND THE PROTECTION OF PERSONAL LIBERTY

ABSTRACT

A reading of the Constitution in which gets represented, sufficiently, the protective effect that hold the institutions of *habeas corpus* and the “*acción de tutela*”****, enables to understand them as the *means* par excellence through which citizens and the State realized the vital role of State Constitutional of Law: the immediate protection of liberty. Ultimately, as all practical purposes, the substantial, teleological and even formal affinity of these means, brings the possibility that they could be designed as a *continuous* and *consistent* rights regarding the protection of personal liberty. As it does not seem reasonable to understand them as mutually exclusive, forms and rituals of these two instruments should not result in a burden for the citizen because that way the institutions lost their essence and function.

Key words: *habeas corpus*, protection of liberty, acción de tutela.

** Abogada de la Universidad de Antioquia. La autora agradece a los profesores Hernando Londoño Berrío y William Fredy Pérez, su orientación en la concepción de los problemas que aquí se abordan, su apoyo bibliográfico y su asesoría permanente en la corrección de las versiones preliminares de este texto.

*** This is a type of action, wich although inspired by the German and Spanish law concept of claim when fundamental rights are harmed or are in harms ways, it is typical of the Colombian legal system, and it does not have any translation to the Anglo-Saxon legal systems. However, it can be assimilated to certain actions which do exists in those legal systems like *injunction*.

EL HABEAS CORPUS Y LA TUTELA DE LA LIBERTAD PERSONAL

INTRODUCCIÓN

En los miles de registros sobre los antecedentes lejanos del habeas corpus suelen aparecer desde el *libelo homine exhibendo* en la Roma Imperial (las personas *libres* retenidas injustamente por otras, habrían de ser exhibidas ante el Pretor), hasta las disposiciones inglesas de las Cartas *de las Libertades y de las Libertades del Reino y de la Iglesia* de principios del siglo XII; de la *Carta Magna* de Juan Sin Tierra de 1215 (ningún hombre libre sería detenido, preso o desposeído sin previa ley), a la *Ley Inglesa de 1640* y el *Habeas Corpus Act* de 1679 (ampliado en 1816). También forman parte de ese catálogo, entre otros,¹ el *Privilegio de Aragón* de 1287, el *Fuero de Aragón* de 1428 y el *Fuero de Vizcaya* de 1527.

Por su parte, en relación con la Acción de Tutela es frecuente encontrar citados muchos de esos mismos documentos del derecho inglés, pues realmente aquellos textos aludían a una garantía genérica de protección de los derechos “naturales”,² es decir, de las libertades y los derechos de propiedad (de algunas personas por supuesto).³ Entre los antecedentes de la acción de tutela, se evoca frecuentemente también el derecho de Castilla que se aplicó en las colonias españolas de América (en el cual había un interdicto de amparo para la protección y restitución de bienes y derechos), así como los ya mencionados fueros aragoneses (que contenían ese

¹ Véanse: MALAGÓN, Miguel. “Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5 (1). Bogotá, enero-junio de 2003; REIMUNDÍN, Nicolás R. “Semejanzas entre el fuero de manifestación del reino de Aragón y el habeas corpus de la carta magna Inglesa”. En: <http://www.monografias.com/trabajos11/fuero/fuero.shtml>. (Consultado en agosto de 2007); URQUIZA, Carlos A. “Documentos Fundamentales del Constitucionalismo”. En: http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero_de_Aragon.htm. (Consultado en septiembre de 2007).

² Véanse: VANEGAS, Alfonso. “Teoría y práctica de la acción de tutela”. Bogotá, Editemas AVC, 1996; ROLLA, Giancarlo. “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano”. Centro di ricerca sui sistema costituzionali comparati - Università degli studi di Genova. En: <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf> (consultado en noviembre de 2005).

³ Es el caso del Privilegio de Aragón de 1287. Como en el primigenio habeas corpus inglés que se extendía sólo a los señores feudales, éste era un texto que se ocupaba sólo de la libertad individual de hombres ricos, hacendados, caballeros, procuradores y afines.

“amparo” que representaba el “juicio de manifestación”) e inclusive la Constitución mexicana de 1857 (Juicio de Amparo).⁴

Ya en el siglo veinte⁵ la historia de esos institutos entre nosotros remite directamente a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 02 de Mayo de 1948), a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (París, 10 de diciembre de 1948), al Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) y a la Convención Americana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, noviembre de 1969), pues en estos instrumentos se consolida en todo caso la idea de un *recurso*, que ha de ser *rápido* y *efectivo*, atendido por *jueces*, y dirigido a proteger *derechos fundamentales*.⁶

De esos y muchos otros documentos que reiteradamente se citan como antecedentes del habeas corpus y de la acción de tutela, hay evidencia histórica. Pero es conveniente tener ciertas cautelas. Aquellas referencias esquemáticas a los antecedentes del habeas corpus y de la acción de tutela, no podrían servir, como a veces sirven, para tener una idea adecuada de lo que fue y no es, o de lo que pudo haber sido la tutela de los derechos y las libertades. La historia no es tan lineal y acaso no sea siquiera “la historia del triunfo de la humanidad” o del progreso⁷ que parecen sugerir los catálogos de fechas y eventos que se presentan de forma tan ordenada y conexas.

En primer lugar, sería muy ingenuo creer que datos como esos resumen lo que ocurrió con las libertades y derechos en el curso de una historia que, sin embargo, ha estado repleta de revoluciones, rupturas, reacomodos de sistemas normativos locales, regionales y aun continentales, y de retornos permanentes a formas jurídicas y políticas que se suponían abandonadas en cada momento.⁸

⁴ México tiene una fuerte tradición en la materia. De hecho, allí se habla de un *Derecho* de Amparo, que se desagrega en *amparo agrario*, *amparo contra actos administrativos*, *amparo contra sentencias*, *amparo contra leyes* y *amparo de la libertad o habeas corpus*. Véase: FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Ensayos sobre el derecho de amparo”. México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1993; y del mismo autor: “Hacia una nueva ley de amparo”. En: *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 287-338.

⁵ Aunque los años de 1776 y 1789 son importantes en un recuento de la historia de los derechos humanos (declaración de derechos de Virginia en Estados Unidos, y La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, respectivamente), normalmente no aparecen entre los antecedentes específicos del habeas corpus, pues allí no se aludió a esta garantía de la libertad individual.

⁶ Véase: Base de Datos Políticos de las Américas. *Garantías jurídicas: amparo, habeas corpus y presunción de inocencia*. Centro de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Georgetown, 2006”.

⁷ Véase: CAPELLA, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta, 1993, p. 13-32.

⁸ Véase: BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México, FCE, 1996.

En segundo lugar, cuando leemos comprimidos históricos como esos –muy usuales en los manuales de derecho–, no debería olvidarse que ellos aluden a mundos en los cuales los significados de muchas palabras (“derecho”, “garantía”, “libertad”, “regla”, etc.) son muy distintos: esos tiempos no son los del constitucionalismo tal como lo concebimos contemporáneamente; el Tribuno romano no era el Juez que hoy conocemos, ni el *homine libelo exhibendo* un mecanismo de protección frente a las autoridades públicas (“sino un medio para verificar las condiciones en virtud de las cuales un particular sometía a un hombre libre”);⁹ el Justicia Mayor¹⁰ no era el magistrado del Estado contemporáneo; y súbditos, plebeyos y aun ciudadanos en los países de América, han tardado mucho en ser admitidos por los grupos privilegiados como sujetos portadores de alguna cualidad que los aproximara a la libertad individual o a los derechos que los miembros de estos mismos grupos defendían para sí mismos. Aunque seguramente el derecho moderno es sólo un mito que reemplazó a otro o –como dice Paolo Grossi– apenas “el castillo inexpugnable de una persuasiva mitología político-jurídica”,¹¹ sin duda el derecho era otra cosa en el mundo antiguo, en el mundo medieval y aún en la temprana modernidad: su producción se hacía por otros canales, se valía de voluntades y justificaciones que hoy resultan inadmisibles en la cultura jurídica dominante, y sobre todo, era vivido de forma muy diferente.¹² El mundo era otro y las palabras jurídicas significaban otras cosas.¹³

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2006.

¹⁰ Véase una detallada descripción de las características de este “funcionario” en: MALAGÓN PINZÓN, Miguel. *Op., cit.*, p. 77-113.

¹¹ GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez. Madrid, Trotta, 2003, p.43.

¹² “Ante la mirada de un jurista atento, civilización medieval y civilización moderna parecen coincidir en un solo punto: ambas son civilizaciones jurídicas, en el sentido elemental de que ambas tienen muy en cuenta el derecho como estructura basilar. Pero se trata de una coincidencia formal y aparente. (...) Es verdad: la presencia del derecho es intensa en una y en otra, pero se trata de presencias (...) invertidas: al total e innegable respeto por la dimensión jurídica que circula constantemente por las venas del organismo medieval, responde la actitud de completa instrumentalización que domina en el primero; lo que en el primero aparece entre los fines supremos de la sociedad civil, en el segundo resulta un instrumento, aunque relevante, en manos del poder político contingente”. *Idem.*, p. 23-24.

¹³ “(...) resulta evidente que aunque el hombre haya vivido ya algunos milenios sobre el mismo planeta, los “mundos” culturales predominantes en el mismo no han sido los mismos. Por ejemplo, el mundo cultural del hombre medieval estaba poblado “realmente” de brujas y de demonios, lo cual no ocurre en nuestros días (al menos de manera predominante) y mientras que en un período del desarrollo de la astronomía los planetas de nuestro sistema giraban “realmente” alrededor de la tierra (...), en nuestro mundo actual, creemos firmemente que en el sistema planetario al que pertenece la tierra, todos los planetas giran alrededor del sol. Esto significa que, de igual manera que nadie puede dejar de comprender el mundo desde sus propios esquemas (...), la manera en que generamos esquemas generales de comprensión del mundo y su relación con el lenguaje está determinada por la forma de pensar predominante en una época o “mundo” cultural dado”. CÁCERES, Enrique. *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México, Cámara de Diputados – Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 48.

En tercer lugar, al leer la historia de las instituciones que aquí interesan, habríamos de considerar que hay ciertas condiciones específicas de *recepción* en países que como el nuestro han sido y son “colonias” también de la teoría y de la dogmática jurídica. Y, en cuarto lugar, aún más que “la época” y “los procesos de recepción”, no podría perderse de vista que en este territorio nuestro todavía conviven el derecho y diversas confrontaciones armadas, y que por tanto no es extraña la “(...) instrumentalización de las funciones de administrar justicia, de enervar la violencia y de mantener la idea de legalidad que funda el estado de derecho, a las urgencias de la coyuntura, al pragmatismo de la función de gobierno y a la vertiginosa gestión de la guerra”.¹⁴

Mantener presente la necesidad de esta información contextual, o tener precauciones a la hora de leer datos de fechas y leyes, puede hacer que comprendamos más fácilmente el atropellado devenir del habeas corpus en Colombia, las tentativas continuas de restricción a la acción de tutela y, así mismo, la dificultad para que esas instituciones sean vistas como garantías continuas o compatibles de defensa de la libertad individual. Al examen de esta última dificultad se dedica precisamente el artículo.

En este texto se describe entonces la relación de exclusión que con respecto a la libertad personal mantienen el habeas corpus y la acción de tutela en el orden normativo colombiano; se arguye que esa situación no es razonable y que existen problemas prácticos derivados de la manera como ha sido configurada esa relación. Igualmente se sugiere que, sin “forzar el orden normativo”, hubiera sido o sería posible concebir la *continuidad y compatibilidad* de ambas instituciones.

Obviamente no es posible presentar aquí la totalidad del informe final¹⁵ que dio lugar al presente artículo, por eso podría extrañarse un recuento del devenir del habeas corpus y de la acción de tutela en la legislación colombiana. Sin embargo, esa carencia puede ser afortunada, pues también aplican para esa parte del trabajo las advertencias sobre la necesidad de contextualizar nuestra historia. Precavernos *de* una historia, pero también *contra* la que los códigos y la doctrina jurídica relatan, es un trabajo por hacer.

¹⁴ LONDOÑO, Hernando y PÉREZ, William Fredy. “Proyecto de investigación *Seguridad, orden y libertad en la decisión judicial: el caso del habeas corpus. Medellín, 1997-2002* (versión final)”. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2004, p. 5 (Documento).

¹⁵ ÁVAREZ, Tatiana María. *El habeas corpus y la tutela de la libertad personal*. Trabajo de Grado. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2007.

1. HABEAS CORPUS Y ACCIÓN DE TUTELA: COMPLEMENTARIEDAD RESIGNADA

La importancia actual del habeas corpus se hace notar en cuanto se lo concibe hoy simultáneamente como “acción”, “derecho” y “garantía fundamental”. De forma elemental lo presenta así la doctrina colombiana:

“Un derecho de rango fundamental por cuanto es el hombre quien tiene la facultad de disponer de él, directamente o por intermedio de otra persona. Es una *garantía fundamental* al tener consagración constitucional, dirigida a proteger la libertad de locomoción de las personas, contra la arbitrariedad de los jueces y fiscales de la república. Una *acción*, entendida como posibilidad de hacer o no algo, en este caso de defenderse, es decir de ejercerla o no; y (...) un *mecanismo* defensivo del ciudadano, de carácter externo, ya que en él interviene un funcionario judicial (art. 30 constitucional) distinto al que ha ordenado de manera ilegal la privación de la libertad o la ha prolongado ilícitamente”.¹⁶

El habeas corpus se entiende entonces como un complejo instrumento de freno al poder del Estado. Pero en una perspectiva estrictamente garantista, esa complejidad se expresa también en tres dimensiones o funciones determinantes del alcance del habeas corpus: la función *reparadora*, la *preventiva* y la *correctiva*. Francisco D’albora las define de la siguiente manera:

“La función *reparadora* pretende restablecer la libertad de la persona privada ilegalmente de ella, neutralizando los efectos de la privación hecha efectiva sin orden escrita de autoridad competente o con violación de las formalidades o motivos previamente definidos en la ley. La *preventiva* busca proteger a una persona que ve amenazada su libertad, aparece como una posibilidad pero aún no se ha operado su efectiva restricción, y la *correctiva* tiene por fin evitar el agravamiento de la forma y condiciones en que se lleva a cabo la privación de la libertad, se trata de un medio destinado a evitar toda expansión ilícita respecto de la forma y condiciones en que ésta se cumple”.¹⁷

Aunque en el caso colombiano han sido *conocidas* esas dimensiones del habeas corpus, ellas no han sido efectivamente *reconocidas* por la ley ni por la jurisprudencia. De hecho el proyecto de ley que ya en 2001 presentara la Defensoría del Pueblo “por medio de la cual se reglamenta la acción constitucional y el derecho fundamental del habeas corpus”,¹⁸ definía las siguientes modalidades de habeas corpus: “habeas

¹⁶ CALDAS, Jorge. “Habeas Corpus: ¿Derecho, garantía o acción?”. *Derecho Penal y Criminología*, 63. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 1997, p. 23.

¹⁷ D’ALBORA, Francisco. “El Habeas Corpus correctivo”. *Prudentia Iuris*, 35. Bogotá, 1993, p. 98.

¹⁸ Radicado número 144 de 2001 (octubre 24). Gaceta del Congreso, 547. Bogotá, Octubre 26 de 2001.

corpus principal, clásico o reparador” (para restablecer la libertad de quien fuera ilegalmente privado de ella); “habeas corpus preventivo” (para la protección de quien viera amenazada su libertad); “habeas corpus restringido” (dirigido contra las perturbaciones al ejercicio de la libertad); y “habeas corpus correctivo” (dirigido a conjurar condiciones inadmisibles que rodean la privación de la libertad). Posteriormente otro proyecto de ley que llegaría hasta el control previo de constitucionalidad, consagraba en su texto definitivo un “adicional” habeas corpus correctivo: “Artículo 2º. Habeas Corpus Correctivo. También procederá el habeas corpus para evitar o corregir situaciones que configuren amenazas graves contra el derecho a la vida o la integridad de las personas sometidas a condiciones de reclusión”.¹⁹ Sin embargo, como es sabido, aquel primer texto no fue aprobado y éste último fue declarado inexecutable por un vicio de procedimiento en su formación.²⁰

Finalmente, tras dos años de discusión de un nuevo proyecto,²¹ la ley estatutaria 1095 de 2006 regularía integralmente el habeas corpus en Colombia. Su artículo primero ha definido el habeas corpus en términos que sólo incluyen (o mejor que mantienen) el sentido *reparador* del dispositivo: “El Habeas Corpus es un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o ésta se prolongue legalmente. Esta acción únicamente podrá invocarse o incoarse por una sola vez y para su decisión se aplicará el principio *pro homine*. El Habeas Corpus no se suspenderá, aun en los Estados de Excepción”.

Con ocasión del control de constitucionalidad de esta ley (Sentencia C-187 de 2006), la intervención ciudadana²² hizo reparos precisamente a la omisión de aquellas otras dimensiones (preventiva y correctiva) del habeas corpus. La Corte se refirió a ellas apenas en los *obiter dicta* de la sentencia. Sobre la dimensión *preventiva*, aclaró así toda duda:

“(…) en algunos países se contempla la posibilidad de ejercer un habeas corpus de carácter preventivo, entendido como el mecanismo encaminado a conjurar una amenaza cierta de privación irregular de la libertad personal que,

¹⁹ Proyecto de Ley Estatutaria No. 142 de 2002 Senado y No. 005 de 2002 Cámara, “por el cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2004.

²¹ Proyecto de Ley Estatutaria No. 284 de 2005 Senado y No. 229 de 2004 Cámara “Por medio de la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política”. Radicado en la Cámara de Representantes el 16 de noviembre de 2004.

²² Por ejemplo, la Comisión Colombiana de Juristas se manifestó “extrañada por la supresión del habeas corpus preventivo y correctivo, pues en su criterio el artículo 1o. del texto definitivo excluyó la mención expresa a esta categoría reconocida internacionalmente”. Corte constitucional. Sentencia C-187 de 2006.

sin embargo, aún no se ha concretado, forma de ejercicio de habeas corpus *que no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el precepto superior que establece el instituto –artículo 30– sólo contempla la posibilidad de recurrir al mismo cuando concurra el presupuesto previo y objetivo de que haya ocurrido efectivamente la privación de la libertad*.²³

Sobre la dimensión *correctiva* del habeas corpus, la Corte hizo afirmaciones mucho más esperanzadoras y que parecían finalmente conceder un alcance mayor al mecanismo:

“(…) el radio de protección del habeas corpus no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados con éste, y que le dan soporte, como son los derechos a la vida y a la integridad personal (...) En consecuencia, la definición adoptada por el legislador en el artículo primero del proyecto que ahora se examina *ha de entenderse como comprensiva tanto de la modalidad de habeas corpus reparador, como en la modalidad de habeas corpus correctivo*, entendido éste último como mecanismo para evitar o poner fin a situaciones que comporten amenazas graves contra los derechos fundamentales de la persona, como la vida o la integridad personal o el derecho a no ser desaparecido (...) El habeas corpus no solo garantiza el derecho a la libertad personal sino que permite controlar además, el respeto a la vida e integridad de las personas, así como impedir su desaparición forzada, su tortura y otros tratos o penas crueles, con lo cual, ha de considerarse que él cumple una finalidad de protección integral de la persona privada de la libertad”.²⁴

Estos *dichos de paso* vertidos en la sentencia podrían dar la impresión de que actualmente en Colombia procede el habeas corpus correctivo; y que además en hipótesis de “amenazas graves contra los derechos fundamentales de la persona” procedería la libertad inmediata, en cuanto única decisión posible cuando se trata de decidir favorablemente un habeas corpus: Ley 1095 de 2006, art. 6º: “Decisión. Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, la autoridad judicial competente *inmediatamente ordenará la liberación de la persona privada de la libertad*, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno”.

Sin embargo, es evidente que ni el legislador, pero tampoco la Corte tuvieron ni tienen en mente esa posibilidad. Primero, porque el proyecto de ley estatutaria inmediatamente anterior a la vigente (2002), *que conoció la misma Corte* (en 2004), contemplaba la dimensión correctiva del habeas corpus, pero matizaba en un inciso el desenlace de los incidentes que se comentan, así: “en ningún caso el

²³ Corte constitucional. Sentencia C-187 de 2006.

²⁴ *Ídem*.

habeas corpus correctivo dará lugar a disponer la libertad de la persona ni podrá ser utilizado para obtener traslados”.²⁵ Segundo, porque la ponencia que pretendía la constitucionalidad de este proyecto, derrotada en la Corte apenas *por reparos al procedimiento legislativo*, reconocía en su momento que es “razonable que la norma establezca que el habeas corpus correctivo en ningún caso dará lugar a disponer la libertad de la persona, pues lo que esta figura pretende es garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal de quien se encuentra privado de la libertad (...)”.²⁶ Y tercero, porque aún la Procuraduría General de la Nación alegó entonces que “resulta contrario a la Constitución que el Legislador (...) haya establecido la figura del habeas corpus correctivo para proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, derechos fundamentales amparados (...) *exclusivamente por la acción de tutela*”.²⁷

Sin que se haya hecho –como no se hizo– explícito en la ley estatutaria vigente, es francamente impensable que los jueces reconozcan el habeas corpus *correctivo*. Inclusive un juez suficientemente persuadido por los dichos de la Corte según los cuales la definición adoptada por el legislador comprende el habeas corpus reparador y el habeas corpus correctivo, sabrá también que la propia Corte no le ha indicado cómo decidir y que en todo caso ella misma no comparte la opción por la libertad inmediata. Y la ley, se reitera, no admite términos medios en la decisión del habeas corpus.

En las condiciones vigentes de una agresiva reacción gubernamental frente a las decisiones judiciales, de unas sensibilidades sociales y mediáticas tendencialmente conservadoras y de una cultura judicial todavía timorata, no es posible un pronóstico de valentía suficiente como para que el juez se valga apenas de esas palabras constitucionales y ordene una libertad *por vía correctiva*. El efecto paradójico de esos “generosos” dichos de la Corte, será que el juez se vea precisado a construir argumentos para negar la pretensión del habeas corpus correctivo. Lo que puede ocurrir en el mejor de los casos eso sí, lo cual no es nada novedoso por cierto, es que el juez rechace la petición de pretensiones correctivas indicando que en ese caso lo que procede es la acción de tutela.

²⁵ Proyecto de Ley Estatutaria No. 142 de 2002 Senado y No. 005 de 2002 Cámara. Publicado posteriormente (cuando trató de subsanarse un vicio de procedimiento), en la *Gaceta del Congreso* número 81 de 2003.

²⁶ En su salvamento de voto a la sentencia C-1056 de 2004, el magistrado Álvaro Tafur optó por transcribir el texto de los argumentos expuestos en la ponencia inicial que “llevaban no solamente a considerar subsanado el vicio invocado sino a examinar la materialidad del proyecto de ley”. Como se sabe, la sentencia finalmente sólo aludió a los vicios de procedimiento que originaron la inconstitucionalidad del proyecto de ley.

²⁷ Citado en: Corte constitucional. Sentencia C-1056 de 2004.

Dados aquellos dichos de la Corte y el texto final de la ley, queda claro entonces que la situación se mantiene tal como se concebía hace más de diez años; es decir que “los supuestos que la doctrina conoce como habeas corpus preventivo y habeas corpus correctivo, *son objeto de protección a través de la acción de tutela*”.²⁸ De una parte, para poder impetrar el habeas corpus, sigue siendo necesario que la privación de la libertad *se verifique efectivamente*. Por lo tanto cuando se advierte que la libertad *podría llegar a ser vulnerada próximamente*, la protección sigue reservándose a la acción de tutela. De otra parte, los jueces no “osarán” ser correctivos en casos de, por ejemplo, un “trato cruel, inhumano y degradante” en la prisión. Las posibilidades de defensa de la libertad en múltiples hipótesis *se resignan* así a la acción de tutela.

Esta situación no es insignificante. En un país como el nuestro, los efectos prácticos son evidentes.²⁹ Por ejemplo, es razonable pensar que “el tiempo” es uno de los factores con los cuales no puede contar quien advierte que su libertad se encuentra próxima a ser ilícita o arbitrariamente restringida o suprimida. Además, en sociedades de conflictos armados en las cuales los gobiernos buscan, persiguen o combaten permanentemente al enemigo (no siempre definido, no siempre idéntico, no siempre estable), son frecuentes los eventos en los cuales una “prognosis de vulneración” es perfectamente razonable o en los cuales los hechos indican fácilmente que la libertad personal se encuentra en riesgo.³⁰ Pese a la celeridad y accesibilidad que se ha otorgado a la acción de tutela, es evidente que el dispositivo más adecuado en términos prácticos, y significativo en términos políticos, sería el habeas corpus *preventivo*.

De otra parte, también por ejemplo, de haberse descrito directamente en la ley o modulado suficientemente en la jurisprudencia, el habeas corpus *correctivo* libraría a los jueces de muchas de las restricciones que se auto-imponen y del temor a las reacciones que suscitan sus decisiones.³¹ Los esfuerzos del juez son casi descomu-

²⁸ CÓRDOBA A., Miguel. “Habeas Corpus”. *Derecho Penal y Criminología*, 61. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 1997, p. 16.

²⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos comprendió hace buen tiempo que el habeas corpus es esencial para “controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Corte Interamericana de Derechos humanos. Opinión Consultiva OC-08/87.

³⁰ Y eso lo sabe la propia Corte Constitucional: “*la experiencia histórica ha demostrado que en las dictaduras la privación de la libertad es el primer paso para luego torturar y desaparecer a aquellas personas que no gozan de la simpatía del régimen de turno (...)*”. Sentencia C-620 de 2001. La cursiva es agregada.

³¹ Sobre algunas decisiones de tutela, decía esto un Ministro del gobierno de Álvaro Uribe: “Que la Empresa de Acueducto no tenga dinero, o no considere económica o socialmente razonable llevar agua a un barrio, eso no importa. En un Estado Social de Derecho no puede haber barrio sin agua y basta la sentencia de cualquier juez para que en diez días el acueducto se extienda hasta ese barrio o el gerente pare con sus huesos en la cárcel.

nales a la hora de justificar su intervención por vía de tutela. De hecho, casi todas las decisiones importantes en materia de prisiones han sido diferidas al máximo órgano constitucional. El juez constitucional de instancias inferiores, o bien no sabe justificar y entonces no se atreve a tutelar, o bien se atreve pero deja una pobre justificación librada a la reacción de otros poderes o de sus propios superiores. El problema es que cárceles y presos como los nuestros (de pobreza, hacinamiento, insalubridad y de conflictos armados), a veces no dan espera y requieren intervenciones inmediatas y sólidas. El habeas corpus *correctivo* sería también aquí un mecanismo más eficaz.

Así concebido el habeas corpus podría haber tenido inclusive un alcance estratégico importante en la lucha por el Estado Constitucional de derecho; es decir que por ejemplo, de una parte, la sola existencia del habeas corpus *preventivo* podría presionar intervenciones sobre la libertad mucho más cuidadosas en las cuales, o bien se restringe la tentación de vigilancia y persecución indiscriminadas, o el gobierno, los organismos de seguridad, la fiscalía y los jueces asumen la responsabilidad política –y penal– que hasta hoy no han asumido. De otra parte, la sola existencia del habeas corpus *correctivo* podría presionar políticas y decisiones más cuidadosas en el ámbito penitenciario, en las cuales o bien se reparan las condiciones indignas y los abusos en las prisiones, o esas mismas autoridades y los gobiernos penitenciarios asumen el costo político que implica en las sociedades contemporáneas una “temible salida de los presos”.

2. ACCIÓN DE TUTELA Y HABEAS CORPUS: CONTACTOS EXCLUYENTES

Ahora bien, no sólo el habeas corpus tiene aquel contacto “resignado” con la acción de tutela, sino que, en la vía contraria, la acción de tutela tiene un contacto “excluyente” con el habeas corpus. La cuestión es que la Constitución Política de Colombia ha condicionado la procedencia de la acción de tutela a la inexistencia de otro medio de defensa judicial, salvo que se la recurra como mecanismo transitorio y para evitar un perjuicio irremediable. Pero más específicamente en relación con lo que interesa ahora, la cuestión es sobre todo que el primer y principal decreto reglamentario de la acción de tutela (decreto 2591 de 1991), la hizo improcedente “cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus”.

Y así, sucesiva e indefinidamente, viene la marcha inexorable de la estupidez judicial (...). LONDOÑO, Fernando. “La economía en la Constitución de 1991”. *Revista Javeriana*, 137 (678). Bogotá, Universidad Pontificia, diciembre de 2001. Recuérdese también la reacción de este Ministro a la decisión del juez Vaca, en relación con un habeas corpus (clásico) concedido a uno de los hermanos Rodríguez Orejuela.

Como se ha dicho, no parece haber muchas dudas de que la acción de tutela seguirá ocupando el lugar que en una perspectiva radicalmente garantista habría de ocupar el habeas corpus correctivo y preventivo. Por eso en casos de evidente amenaza de la libertad o de los derechos “en el encierro”, los jueces seguirán tramitando la dilatada acción de tutela, sin considerar siquiera que allí sería oportuno el habeas corpus (preventivo o correctivo). Pero de otra parte, también los jueces seguirán rechazando o negando la acción de tutela que demande el *restablecimiento* de la libertad de alguien que ha sido privado ilegalmente de ella, sin considerar siquiera que en estos casos es inoportuno –y absurdo– exigir la forma del habeas corpus.

El habeas corpus *reparador*, es decir “el de nuestra legislación”, excluye la acción de tutela; o de otra manera, la acción de tutela sirve para proteger todos los derechos fundamentales, menos uno: el de la libertad personal en los casos más graves. La explicación es la mayoría de las veces evidente, eventualmente compleja, y ocasionalmente pasmosa: desde 1992 hasta hoy, la Corte Constitucional ha reiterado esto:

“El artículo 86 de la Carta establece que no es procedente la acción de tutela cuando el afectado con la violación o amenaza del derecho tenga a su alcance otro medio judicial de defensa, como lo es el Habeas Corpus respecto de la libertad personal. Así lo dispone también y, de manera expresa, el artículo 6º, numeral 2º, del Decreto 2591 de 1991 que dice: «artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: (...) 2. Cuando para proteger el derecho se puede invocar el recurso de habeas corpus»”.³²

Pero además, no ha cesado la Corte Constitucional de resaltar que la tutela no procede además ¡porque *el habeas corpus constituye un medio más apto o más expedito!* Se trata de un extraño afán protector que, por esa misma razón, descarta inclusive la posibilidad de protección transitoria de la libertad por vía de la tutela:

³² Corte Constitucional. Sentencia T-459 de 1992. Y lo mismo, recurrentemente cada año (T-242 de 1994, T-324 de 1995, T-320 de 1996...). En la sentencia T-659 de 1998, vuelve sobre el punto: “La doctrina de la Corte Constitucional sobre la improcedencia de la acción de tutela en los casos en los que el afectado cuenta con el recurso de habeas corpus, fue sentada desde que esta Corporación inició sus labores en 1992, y es consecuencia de lo establecido en el numeral 2 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991”. Y cada vez es más contundente: Sentencia T-223 de 2002: “(...) si el accionante consideró que se encontraba ilegalmente privado de su libertad, no era la acción de tutela el mecanismo al cual podía acudir para obtener la protección de su derecho fundamental a la libertad personal, pues como lo ha sostenido y reiterado la Corte Constitucional, la tutela no procede cuando el presunto afectado por la actuación de las autoridades cuenta con el habeas corpus para la defensa de sus derechos, máxime si el artículo 6º, numeral 2 del Decreto 2591 (...)”.

“(…) es improcedente la acción de tutela para salvaguardar los derechos reclamados por el demandante, precisamente, porque en este caso se dan los supuestos necesarios para que el actor interponga un medio de defensa judicial *idóneo y expedito*: el habeas corpus”.³³

“Es pertinente anotar que si bien el actor instauró la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable (...), debe tenerse en cuenta que el Habeas Corpus es un medio idóneo y efectivo para proteger la libertad personal, e incluso resulta ser aun más expedito que la acción de tutela, pues el término para decidir es mucho más corto. En consecuencia, tampoco es procedente conceder la protección constitucional solicitada de manera transitoria”.³⁴

A veces da la impresión de que el juez constitucional admitiera sin embargo la presencia simultánea del habeas corpus y la acción de tutela. Pero lo que ocurre es que, en un primer caso, la acción de tutela puede impetrarse contra cualquier providencia en la cual se verifique una vía de hecho: “(…) la acción de tutela es improcedente para proteger el derecho a la libertad personal, a menos que las decisiones judiciales que resuelvan el recurso de habeas corpus se constituyan en vías de hecho (...)”.³⁵ En un segundo caso, la acción de tutela procede sólo en cuanto se pretenda *la protección del habeas corpus* entendido en sí mismo como derecho fundamental. “La inejecución de una decisión judicial que concede un recurso de habeas corpus desconoce el núcleo esencial de este derecho fundamental si esta omisión trae como consecuencia que la garantía se torne impracticable, ineficaz o resulten irrazonables las exigencias para su ejercicio (...)”.³⁶

Los hechos que fueron objeto de esta última sentencia (T-046 de 1993) sirven perfectamente para ilustrar la irracionalidad a la que puede dar lugar la negación de tutela de la libertad con el pretexto de que procede una acción mucho más generosa, expedita, adecuada y garantista: es asombroso que la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia del 6 de agosto de 1992, *después de siete meses* de conflictos de competencia, *deniegue la tutela* solicitada alegando que en este caso el medio judicial al cual debía recurrirse estaba dado por la interposición del recurso de Habeas Corpus. Pero todavía *un mes y diez días después*, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 16 de septiembre de 1992), se pronunciaba en segunda instancia sobre esa decisión, reiterando que “si [el demandante] considera que la detención actual (...) resulta ilegal, ha debido recurrir nuevamente a la acción prevista en el artículo 30 de la Constitu-

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-320 de 1996.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-054 de 2003.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2002.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-046 de 1993.

ción Nacional [el habeas corpus]”. Y aún más, ya *en el año siguiente*, la Corte Constitucional decidió ¡conceder la tutela solicitada! y, en consecuencia, ordenar “(...) el cumplimiento inmediato y efectivo de la orden de libertad impartida en favor de la peticionaria”. Aclaraba eso sí la Corte Constitucional que lo hacía “*no para restaurar la libertad* (en cuyo caso sería insostenible la improcedencia de la tutela), sino para proteger *el derecho* al habeas corpus”. Un salvamento de voto, en este mismo caso, cierra el círculo del absurdo: “(...) ha debido negarse la tutela en el asunto bajo estudio, por cuanto existe otro medio de defensa judicial: el recurso de HABEAS CORPUS (...) Y, si bien pudo haberse producido en esta oportunidad un desconocimiento de la garantía, lo que lleva implícito en él es la violación del derecho a la libertad, el cual goza nuevamente de la posibilidad de ser protegido por el recurso de Habeas Corpus. Así se concluye de lo señalado en la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Esta, en consecuencia, ha debido ser confirmada (...)”.³⁷

Así pues, en el trámite de una acción de tutela los jueces pueden llegar a reconocer una vulneración evidente de la libertad, pero se abstendrán de ampararla alegando que debe acudirse ¡a un dispositivo más adecuado, más idóneo, más expedito!³⁸ Para decirlo con una caricatura, es como si ante una situación –naturalmente– urgente de violación de la libertad personal, el juez nos dijera *muchos días después*: “Señor ciudadano: estás legitimado para reclamar, relataste los hechos, señalaste la autoridad responsable y sé lo que me pides. Gracias a que interpusiste esta acción de tutela he descubierto que, en efecto, se te ha privado de la libertad; que esa detención se ha producido ilícitamente y constituye una actuación repudiable; que evidentemente se trata de una situación extremadamente riesgosa; que la justicia te debe protección... pero lamentablemente existe un medio más adecuado y has llenado el formato de amparo equivocado, no pronunciaste inicialmente las palabras correctas: no es acción de tutela, sino habeas corpus”.

La defensa de la libertad cuya vulneración puede ser evidente, puede dar lugar a una carga irracional e irrazonable para quien opta por la acción de tutela: ya no sólo ha de enfrentar la subsidiariedad de la tutela respecto de los medios ordinarios de defensa,³⁹ sino también respecto de medios extraordinarios como el habeas corpus.

³⁷ José Gregorio Hernández. Salvamento de voto a la sentencia T.046 de 1993.

³⁸ “La Corte [Constitucional] coincide con el fallador de primera instancia en que en principio la tutela no procede para amparar la libertad personal, puesto que la acción *idónea* para tal efecto es el habeas corpus”. (Sentencia No. T-324 de 1995).

³⁹ “(...) el sindicado goza, dentro del proceso en curso, de todos los medios de defensa judicial tendientes a la garantía del debido proceso y a la aplicación correcta de las disposiciones vigentes”. Corte Constitucional. Sentencia T-459 de 1992; Véase también: Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2002.

La situación, sin duda, ha de ser mucho más dramática, cruda o paradójica si se revisan otros niveles jurisdiccionales de decisión. Es “comprensible” que los jueces de tutela, atiborrados de trabajo en la materia de sus “naturales” jurisdicciones, encuentran en esa incompatibilidad entre tutela y habeas corpus una circunstancia afortunada para no asumir los incómodos, molestos, extraños o comprometedores “incidentes” que implican el trámite de tutelas de la libertad.⁴⁰

Finalmente, debe advertirse que en este trabajo no se olvida la importancia de las reglas, ni que el sistema jurídico implica un importante grado de orden. Pero igualmente, a veces es reconocible en ese sistema un injustificable temor porque se llegue a “*desquicia[r] inútilmente la función judicial*”⁴¹ o porque se pueda “*desarticular el sistema jurídico*”,⁴² un mundo “de procedimientos, de ritos y liturgias” a veces ajeno al interés que habrían de perseguir las formas procesales:

“(…) de ahí se sigue, entre otras cosas, una ulterior deformación profesional de la subjetividad del juez y de los demás hombres de leyes que se mueven en el proceso: es decir, esa específica cerrazón del «espíritu forense, espíritu de litigio, enredo y cábala», que todavía hoy les hace maestros en complicar lo que es simple y en simplificar lo que es complejo y que hizo definir a Bentham la jurisprudencia como «el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero»”.⁴³

Con lo que se ha dicho en este trabajo tampoco se trata (aunque tal vez sólo porque no es el plano de la discusión) de defender una perspectiva absoluta de la libertad o de provocar deliberadamente anarquía en el ordenamiento jurídico. De lo único que se trata es de alegar que, si se va a tomar en serio el ideario democrático y liberal de los derechos civiles y políticos consagrados en la Constitución colombiana, el amparo de la libertad personal habría de tener todos los instrumentos posibles y que, con ese objetivo, el habeas corpus y la acción de tutela pueden ser concebidas como garantías continuas o compatibles. Quien considere exagerada esta manera de imaginar las garantías citadas, habría de admitir entonces, por lo menos, que el liberalismo, la democracia y el estado de derecho son unos sistemas de creencias⁴⁴ tan finamente contruidos como difíciles de sostener en la realidad; para decirlo coloquialmente, “un cañazo insostenible”.

⁴⁰ Documentar lo que ocurre en “los despachos” en este sentido no es objeto de este texto. Ese será probablemente uno de los resultados colaterales de la investigación de la cual ha surgido este artículo.

⁴¹ Corte constitucional. Sentencia C-301 de 1993. La cursiva es agregada.

⁴² Corte constitucional. Sentencia T-054 de 2003.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995, p. 60.

⁴⁴ Debo agradecer específicamente en este punto al profesor William Fredy Pérez la sugerencia que me hiciera para usar esta expresión, y también haberme permitido conocer el libro de KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2001.

3. HABEAS CORPUS Y ACCIÓN DE TUTELA: LA CONTINUIDAD Y LA COMPATIBILIDAD QUE SE SUGIERE

La manera como han sido concebidos y regulados los dispositivos del habeas corpus y la acción tutela en relación con la libertad personal, han permitido mantener una relación entre ellas que aquí se han denominado como excluyente o resignada. La función de límite al poder propia de cualquier garantía de la libertad personal, y la libertad como derecho y principio declarado en el ordenamiento colombiano, se ven así eventualmente subordinadas a la compartimentación y orden que se presentan como “naturales” del sistema jurídico, pero que realmente se usan como justificación en un Estado con sobrecargas y represamiento de demandas de justicia frente a las cuales los poderes están muy poco dispuestos a ceder.

Por eso, en su momento la Corte Constitucional expuso tal vez el único “argumento explicativo” sobre la exclusión y la resignación mencionadas: “En el Estado de Derecho, cada institución está encuadrada dentro de las características y los fines señalados por la Constitución y por las leyes, *siendo necesario que se preserven los linderos entre ellas* en orden a hacer posibles los propósitos buscados por el Constituyente al establecerlas” (Sentencia No. T-459 de 2002).⁴⁵ Sin embargo, está claro que si los propósitos del constituyente eran los de defender la libertad personal, los linderos en el caso que se comenta no se justifican.

Con todo, hasta hoy no se hace más que reiterar lo que dice *un decreto reglamentario*, o prolongar el silencio de la ley y de la jurisprudencia: que la acción de tutela no procede para la defensa restaurativa de la libertad personal cuando se dispone del habeas corpus, y que el habeas corpus no procede para la defensa preventiva y correctiva de la libertad personal, porque en esos –y en el mejor de los– casos procede la acción de tutela: “A través de la tutela sólo es viable interpelar la protección de los derechos fundamentales y por medio del habeas corpus tan sólo es posible evaluar la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin”.⁴⁶

En pocas palabras, los dos más importantes y afines dispositivos constitucionales dispuestos para el amparo de los derechos fundamentales no se rigen por un *principio de compatibilidad* cuando se trata de la defensa de la libertad personal, pese

⁴⁵ Igualmente, en la Sentencia C-301 de 1993: “El derecho de acceso a la justicia tiene como presupuesto necesario la existencia de un aparato de justicia y de unos procedimientos articulados en función del trámite y resolución de las peticiones que se formulan al órgano y que sin ellos no sería posible resolver adecuada y ordenadamente”.

⁴⁶ PATIÑO G., María. “El habeas corpus”. *Derecho de Estado*, 8. Bogotá, Junio de 2000, p. 129.

a que la historia, esencia, finalidad y relevancia de ambos han hecho que: a) se los conciba como derechos fundamentales; b) se entienda que ambos deben tener el mayor grado de asequibilidad y de informalidad; c) que ellos deben ser flexibles al máximo en la legitimación para operarlas; d) que deben ser vistos como “acciones urgentes” y objeto de la mayor celeridad a su trámite; e) que se los debe vigilar celosamente estableciendo fuertes sanciones a los funcionarios que entorpezcan su curso; f) que esos dos dispositivos se rigen por el principio de la prevalencia del derecho sustancial, etc.

Pero las necesidades de “ordenación del sistema” parecen impedir lo que finalmente este trabajo supone adecuado: que cuando el juez conozca de una *acción de tutela referida a la violación de la libertad personal*, le otorgue un trámite inmediato en el entendido de que el ciudadano está pidiendo *el amparo* de ese excepcional derecho; que el juez entienda que ese “«detente Satanás»”⁴⁷ que se le pide pronunciar no da espera; que el juez, que es *quien conoce el derecho*, advierta que tiene entre manos una petición para que se emita una “orden de exhibición personal” o la demanda de una persona para que sea “manifestado” o puesto a su disposición; en breve, una acción de *habeas corpus*. Lo mínimo que habría de esperarse es que si no le correspondiera el conocimiento de la petición así entendida, la remitiera automática e inmediatamente al funcionario indicado.⁴⁸

En gracia de discusión (y para que no se diga que “no se propone nada concreto”), aquí se dirá por último que la concreción de esta “nimiedad” puede ser posible por dos vías, ambas muy difíciles de transitar, pero imaginables:

Primera: En el caso del *habeas corpus* correctivo, que el juez otorgue a las alusiones de la Corte el alcance de *ratio decidendi* y, por tanto, encuentre allí, como en la ley,

⁴⁷ El sentido de la Tutela, explicaba el Constituyente Juan Carlos Esguerra, es que “el juez le oponga una especie de «detente satanás» a la administración o a esa persona frente a quien se está haciendo la solicitud, para ordenarle que suspenda inmediatamente las actividades que está realizando y que están violando el derecho”. “Sesión Plenaria sobre el artículo 86, del 5 de Junio de 1991”. Banco de datos Constitucional Colombiano, Presidencia de la República, Bogotá, p. 10.

⁴⁸ “Téngase en cuenta que, según la jurisprudencia de esta Corte, «el juez u organismo judicial ante el cual se invoca un derecho primario, como los que busca proteger el artículo 86 de la Carta, debe entrar en el fondo del asunto para examinar, con criterio de justicia material, las circunstancias en medio de las cuales se ha producido el acto o la omisión que puedan estar causando la perturbación o el riesgo del derecho fundamental; para definir si el daño o la amenaza existen; para establecer sobre quién recae la responsabilidad del agravio y para impartir, con carácter obligatorio e inmediato, las órdenes encaminadas a restaurar la vigencia real de las garantías constitucionales». (...) Todo ello, claro está, sobre la base de la competencia, aunque, si se carece de ésta, el procedimiento a seguir no es el del rechazo de la demanda -con el consiguiente daño de la prevalencia del derecho sustancial- sino la remisión inmediata al competente, con informe al quejoso. Al fin y al cabo, se trata siempre de jueces que pertenecen a la misma jurisdicción: la constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia T-574 de 1994.

criterios vinculantes para decidir sobre la libertad inmediata de quien esté siendo afectado en sus derechos en el curso de una privación de la libertad.

En el caso de la acción de tutela, que el juez aplique directamente la Constitución –antes que el decreto reglamentario de la acción de tutela⁴⁹ e interprete que el texto constitucional lo habilita para valorar en *el caso concreto* la disponibilidad –y oportunidad– de otro medio de defensa judicial.⁵⁰ Por más extraordinario, expedito y adecuado que sea el habeas corpus, las circunstancias concretas y fácticas de una acción de tutela *ya presentada* en busca de la defensa de la libertad personal convierte al habeas corpus en un medio alternativo por el cual la tutela no podría esperar. De hecho el juez constitucional, muy marginalmente a veces pareciera acercarse a esta perspectiva. Es lo que ocurre por ejemplo con *dos líneas* de la sentencia T-242 de 1994 en las cuales la Corte dijo que “En relación con la libertad personal, la acción de tutela sólo puede proceder *cuando el Habeas Corpus* o las normas penales de garantía, *en cada caso en concreto, no constituyan mecanismos efectivos de defensa judicial*”.

De otra parte, el perjuicio irremediable que haría procedente transitoriamente la tutela, se encuentra determinado por la propia naturaleza del bien afectado. En este caso la *inmanencia* de la libertad, y no sólo la *inminencia* de su vulneración, ha de ser determinante. Tratándose de la afectación de la libertad personal, es evidente que a) el derecho comprometido *es fundamental*;⁵¹ b) es razonable suponer que de existir la afectación será *grave*;⁵² c) es de suponer que las medidas

⁴⁹ Este decreto por cierto incurrió en una irregularidad: el Inciso 2, Numeral 1, Artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, dice: “Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”. Como se sabe, este inciso se refería a “la segunda modalidad de acción de tutela” (es decir aquella que procede no obstante la existencia de otro medio de defensa judicial). La Corte Constitucional consideró que “en la obra del Constituyente [esa modalidad de tutela] se concibió como variable independiente de la ley (...); el Legislador, sin embargo, en virtud de la definición legal que consagra, convierte esta suerte de tutela en variable dependiente de la ley”. Podría discutirse si lo mismo no ocurrió cuando el legislador –y no el constituyente– por decreto (2591 de 1991) dispuso que la acción de tutela no procedería (...) “cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus” (art. 6, 2).

⁵⁰ La propia Corte Constitucional ha dicho que el juez debe “establecer si en realidad, *consideradas las circunstancias del solicitante*, se está ante un instrumento que sirva a la finalidad específica de garantizar materialmente y *con prontitud* el pleno disfrute de los derechos conculcados o sujetos a amenaza”. Corte Constitucional. Sentencia SU-086 de 1999.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-600 de 2002.

⁵² “(...) lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas”. Corte Constitucional. Sentencia T-253 de 1994 (Requisitos para afirmar que un perjuicio es irremediable).

que se requerirán para conjurar el perjuicio han de ser urgentes, y que la tutela es impostergerable.⁵³

Segunda: Otra vía de solución a esa situación que en este trabajo se ha descrito como paradójica o absurda, es la vía legal. En el caso del habeas corpus, la opción es evidente: se trataría de retomar la regulación de la dimensión preventiva y de regular explícitamente el habeas corpus correctivo.

En el caso de la acción de tutela, se trataría obviamente de una reforma por ley estatutaria del decreto 2591, artículo 6°, numeral 2, que excluya la causal de improcedencia de la acción de tutela “cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus”.

Es decir que se trata de una reforma que permita la coexistencia de las dos garantías aquí estudiadas, de la misma manera que ocurre con el caso de la coexistencia entre el habeas corpus y el “mecanismo de búsqueda urgente” regulado por la ley estatutaria 971 de 2005:

“Artículo 17: “Remisión. Cuando no exista norma que regule un procedimiento para la tramitación del mecanismo de búsqueda urgente y la práctica de las diligencias que surjan de él, se aplicarán las normas que regulan la acción de habeas corpus y las del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta, en todo caso, que la finalidad primordial de este mecanismo público tutelar de la libertad, la integridad personal y demás derechos y garantías que se consagran en favor de toda persona que se presume ha sido desaparecida, es la de prevenir la consumación del delito de desaparición forzada de personas”.

Como en el caso del habeas corpus y la acción de tutela, en el recientemente creado mecanismo de búsqueda urgente se trata también de “que los requisitos formales no entrapen la protección de los derechos”.⁵⁴

Una coexistencia, compatibilidad y remisión como las que la ley de búsqueda urgente consagra, es lo que de todos modos se extraña en el caso de la acción de tutela *cuando se dirige a la protección de la libertad personal*.

⁵³ “(...) hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergerable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio”. Corte Constitucional. Sentencia C-531 de 1993. Véanse igualmente las sentencias T-439 de 2000 y T-1157 de 2001.

⁵⁴ “La solicitud, al igual que la de tutela, puede hacerse verbalmente o por escrito. Con ello se persigue que los requisitos formales no entrapen la protección de los derechos de los presuntamente desaparecidos y que el mecanismo de búsqueda urgente opere con la mayor celeridad posible”. Sentencia C-473 de 2005.

Si el derecho de la libertad ha sido tan perseguido por el poder público en Colombia y si está visto que las vicisitudes del conflicto colombiano generan constantemente formas de afectación de la libertad, es conveniente defender la compatibilidad entre el *habeas corpus* y la acción de tutela, de tal manera que cuando el ciudadano demande la protección de aquel derecho, una acción pueda conducir a la otra o ser reconvertida *inmediatamente* en ella.

Dos instituciones de pura estirpe garantista⁵⁵ y dirigidas a la defensa de derechos fundamentales, se encuentran pues extrañamente condicionadas por las formalidades de su regulación específica, lo cual sigue generando contrasentidos y, sobre todo, cargas para el ciudadano. Quizá ello se explique porque “la época” (“el mundo” de los operadores jurídicos) se encuentra todavía influida por un fuerte positivismo ideológico⁵⁶ que los hace extremadamente “fieles” a las formas de compartimentación, codificación y redacción de los textos jurídicos. O también puede ser que ello ocurre porque en un medio afectado por la guerra es *explicable* que los gobiernos, los legisladores y los jueces, también participen de vez en cuando en la confrontación de enemigos con el uso del derecho penal, lo cual significa inmediatamente el sacrificio de la libertad, y obviamente la manipulación del encarcelamiento también de los mecanismos dispuestos para su protección.

Entender que *el habeas corpus* y *la acción de tutela invocada para la defensa de la libertad individual* son por excelencia y esencialmente los medios de amparo directos, inmediatos, expeditos y privilegiados para garantizar la libertad, permite justificar la continuidad y compatibilidad de estas instituciones. Ello, sin que se vulnere el orden normativo y sobre todo logrando la maximización de los derechos de los miembros de un grupo social que se encuentra en constante riesgo por cuanto su Estado y su gobierno están librando históricos combates contra diversos, cambiantes y difusos enemigos internos.

Con todo, ambos mecanismos de protección siguen siendo hasta hoy las vías por excelencia para hacer valer derechos que han sido históricamente vulnerados por los poderes públicos y privados en Colombia, muy a pesar de las modificaciones de que han sido objeto a través de reformas legales y pronunciamientos de las altas Cortes,

⁵⁵ La naturaleza próxima de ambas instituciones puede verse, en el caso argentino, si se examina el “*habeas corpus colectivo*” (con funciones correctivas y alcance colectivo). Véase: Suprema Corte Argentina (sobre condiciones de detención en cárceles y comisarías en Buenos Aires). Causa “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 2005. En: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3432.pdf>. (Consultado en agosto de 2007).

⁵⁶ “(...) el positivismo ideológico es una posición valorativa que sostiene que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones *un solo* principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente. Pero una vez que se advierte esto, se advierte también la radical debilidad del positivismo ideológico (...). Los principales representantes del positivismo están lejos de ser positivistas en el sentido ideológico”. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Décima edición. Barcelona, Ariel, 2001, p. 34-35.

y muy a pesar de que se vea “tan natural” que uno complementa resignadamente al otro, o que lo excluye en el momento que más requeriría aproximarlos.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVAREZ, Tatiana María. *El habeas corpus y la tutela de la libertad personal*. Trabajo de Grado. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2007.
- BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México, FCE, 1996.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El Proceso Penal*. Tomo 1. Quinta edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- CÁCERES NIETO, Enrique. *¿Qué es el derecho? Iniciación a una concepción lingüística*. México, Cámara de Diputados - Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CADAVID QUINTERO, Alfonso. “Habeas corpus y prevaricación judicial”. *Nuevo Foro Penal*, 63. Bogotá, Temis, enero-abril de 2000.
- CALDAS, Jorge. “Habeas Corpus: ¿Derecho, garantía o acción?”. *Derecho Penal y Criminología*, 63. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, septiembre-diciembre de 1997.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Madrid, Trotta, 1993.
- CÓRDOBA A., Miguel. “Habeas Corpus”. *Derecho Penal y Criminología*, 61. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero - abril de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-08/87, enero 30, serie A, No. 8.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. “La acción de tutela en Colombia”. *Ius Et praxis*, (3), 1. Talca, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Talca, Chile, 1997.
- CHINCHILLA, Tulio E. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Temis, 1999.
- D’ ALBORA, Francisco. “El Habeas Corpus correctivo”. *Prudentia Iurisis*, 35. Bogotá, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid, Trotta, 1995.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Hacia una nueva ley de amparo”. En: *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 287-338.
- _____. *Ensayos sobre el derecho de amparo*. México, Instituto de Investigaciones jurídicas, 1993.

- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “El debate sobre la tutela. La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?”. *Derecho Público*, 15. Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, diciembre de 2002.
- GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Trad. Manuel Martínez. Madrid, Trotta, 2003.
- KAHN, Paul. *El análisis cultural del derecho*. Barcelona, Gedisa, 2001.
- LONDOÑO BERRÍO, Hernando y PÉREZ TORO, William Fredy. “Proyecto de investigación *Seguridad, orden y libertad en la decisión judicial: el caso del habeas corpus. Medellín, 1997-2002* (versión final)”. Medellín, Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia, 2004 (Documento).
- LONDOÑO, Fernando. “La economía en la Constitución de 1991”. *Revista Javeriana*, 137 (678). Bogotá, Universidad Pontificia, diciembre de 2001.
- MALAGÓN P., Miguel. “Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5 (1). Bogotá, enero-junio de 2003, p. 77.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 10ª. edición. Barcelona, Ariel, 2001.
- PATIÑO G., María C. “El habeas corpus”. *Derecho de Estado*, 8. Bogotá, Junio de 2000.
- PÉREZ, William Fredy, et. al. *Estado de derecho y sistema penal. La emergencia permanente de la reacción punitiva en Colombia*. Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia- Biblioteca Jurídica DIKE, 1997.
- REIMUNDÍN, Nicolás R. “Semejanzas entre el fuero de manifestación del reino de Aragón y el habeas corpus de la carta magna Inglesa”. En: <http://www.monografias.com/trabajos11/fuero/fuero.shtml>. (Consultado en agosto de 2007).
- ROLLA, Giancarlo. “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano”. Centro di ricerca sui sistema costituzionali comparati - Università degli studi di Genova. En: <http://www.costituzionale.unige.it/crdc/docs/articles/Rolla3.pdf> (consultado en noviembre de 2005)
- URQUIZA, Carlos A. “Documentos Fundamentales del Constitucionalismo”. En: http://www.urquizadenis.com.ar/Documentos%20Fundamentales%20del%20Constitucionalismo/Fuero_de_Aragon.htm. (Consultado en septiembre de 2007).