

Manuel Fernando Quinche Ramírez

VÍAS DE HECHO

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS

Tercera edición actualizada con los
causales genéricos de procedibilidad



Colección Textos de Jurisprudencia



Vías de hecho

Acción de tutela contra providencias

Vías de hecho

Acción de tutela contra providencias

Manuel Fernando Quinche Ramírez



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2007 Editorial Universidad del Rosario
© 2007 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2007 Manuel Fernando Quinche Ramírez

ISBN: 978-958-8298-67-2

Primera edición: Bogotá, D.C., abril de 2007
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: María José Díaz Granados M.
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Diseño de cubierta: Angélica Quinche
Impresión: Servigraphic
Editorial Universidad del Rosario
Calle 13 N.º 5-83 Tels.: 336 6582/83, 243 2380
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando

Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias / Manuel Fernando Quinche Ramírez.
—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
336 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8298-67-2

Derecho constitucional / Derechos humanos / Derecho de petición / Acción de tutela / Derechos
civiles / Hermenéutica (Derecho) / I. Título / II. Serie.

342.085 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Prefacio a la tercera edición	20
Introducción	22
El constructivismo como marco teórico de las prácticas de los tribunales constitucionales	22
1. Construcción de la teoría de las vías de hecho	24
1.1 Las acciones constitucionales en el sistema nacional ...	24
1.2 El asunto de la tutela en contra de providencias judiciales	26
1.3 El curso constructivo de la vía de hecho	28
2. El constructivismo. Una lectura del profesor Rawls	29
2.1 Las teorías y las metateorías	30
2.2 El problema planteado y el constructivismo	33
2.3 El constructivismo, el pensamiento problemático y el concepto de verdad	38

Capítulo I

De las vías de hecho a las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Una reconstrucción

1. Primera decisión nacional sobre vías de hecho. La Sentencia T-006 de 1992	44
1.1 El motivo del pronunciamiento	44
1.2 Las tesis de la Corte Suprema de Justicia. La hermenéutica tradicional	45
a) La tesis de la especialidad, independencia, autonomía e igualdad de jerarquía de cada una de las salas	46

b)	La tesis de la improcedencia de la tutela en contra de sentencias ejecutoriadas	47
1.3	Tesis de la sala de revisión de la Corte Constitucional. La hermenéutica contemporánea	47
a)	Tesis de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procedimental	48
b)	Tesis histórica de la discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente	49
c)	Tesis de la defensa del contenido del Estado social de derecho	50
d)	Tesis del valor normativo de la Constitución Política	51
e)	Tesis del núcleo esencial de la Constitución Política	51
f)	Tesis sobre la cosa juzgada legal	52
1.4	Conclusiones	53
2.	Segunda decisión nacional sobre vías de hecho. La Sentencia C-543 de 1992	54
2.1	El motivo del pronunciamiento	55
2.2	La tesis del sector mayoritario de la Corte en 1992. La hermenéutica tradicional	56
a)	Argumento acerca del contenido de la acción de tutela	57
b)	Argumento de la prevalencia de la cosa juzgada legal	58
c)	“Argumento” biológico y del error	59
d)	Argumento del principio de autonomía y especialidad de los jueces	60
e)	Argumento derivado del derecho comparado	60
2.3	La inclusión de las “actuaciones de hecho” en el texto de la sentencia	61
3.	El curso posterior de la tutela contra providencias	63

3.1	La solución técnica que se omitió	63
3.2	El curso posterior de la vía de hecho	65
3.2.1	Primera decisión sobre vía de hecho posterior a la Sentencia C-543 de 1992	66
3.2.2	Decisiones posteriores sobre vía de hecho	69
3.3	De las vías de hecho a las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias	70
3.3.1	Primera etapa o “de asentamiento”	71
3.3.2	Segunda etapa. Primera formulación de las modalidades de la vía de hecho. Teoría de los defectos	72
a)	El defecto sustantivo	72
b)	El defecto fáctico	73
c)	El defecto orgánico	73
d)	El defecto procedimental	73
3.3.3	Tercera etapa. Segunda formulación de las modalidades de la vía de hecho. El test para la vía de hecho	73
3.3.3.1	El test estricto para vías de hecho. Los defectos	74
3.3.3.2	El test débil para vías de hecho. La inhibición	75
3.3.4	Cuarta etapa. De las vías de hecho a las causales genéricas de procedibilidad	77
4.	El tema central en juego. El contenido del concepto de seguridad jurídica	79
4.1	El concepto de seguridad jurídica	81
4.2	La seguridad jurídica en el formalismo jurídico. La existencia del “punto final”	83
4.3	La seguridad jurídica y la defensa de los derechos fundamentales	85

Capítulo II

Las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales

1. Operaciones contenidas en la tutela contra providencias judiciales	88
1.1 La operación orgánica en la tutela contra providencias .	89
1.2 La operación instrumental en la tutela contra providencias	90
2. Contenido conceptual de la tutela contra providencias judiciales	91
2.1 La tutela contra providencias como acto judicial de <i>armonización y compatibilización</i> de extremos	93
2.2 La tutela contra providencias como acto de ponderación entre principios contrapuestos	94
3. Las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales	96
3.1 El defecto orgánico	97
3.1.1 Defecto orgánico por juzgamiento ante justicia penal militar	99
3.1.2 Defecto orgánico por asumir el fiscal general competencias de los fiscales delegados sin fundamento	103
3.1.3 Otras modalidades de configuración del defecto orgánico	107
3.2 El defecto procedimental absoluto	108
3.2.1 Defecto procedimental por auto de archivo de las demandas de tutela en la Corte Suprema de Justicia	109
3.2.2 Defecto procedimental absoluto en los procesos ejecutivos hipotecarios con créditos del sistema UPAC	112
3.2.3 Otras modalidades de defecto procedimental ...	115

3.3	El defecto fáctico	117
3.3.1	Defecto fáctico por aceptación de prueba inconstitucional	118
3.3.1.1	La regla de exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso	120
3.3.1.2	Condiciones de aplicación de la regla de exclusión	121
3.3.1.3	El caso concreto	122
3.3.2	Defecto fáctico por dar como probados hechos carentes de prueba	123
3.3.3	Defecto fáctico por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes. Los casos de homonimia y suplantación	125
3.3.4	Defecto fáctico por omitir la valoración de la prueba	128
3.3.5	Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio	132
3.4	El defecto sustantivo	136
3.4.1	Defecto sustantivo por violación de norma sustantiva	137
3.4.2	Defecto sustantivo por interpretación que vulnera los derechos fundamentales	139
3.4.3	Defecto sustantivo por violación de principio constitucional	142
3.4.4	Defecto sustantivo por tomar decisión con base en normas inexistentes o inconstitucionales. La indexación de la primera mesada pensional	144

3.4.4.1	Defecto sustantivo por violación de principios constitucionales e interpretación inconstitucional, al negar la indexación de la primera mesada pensional	145
3.4.4.2	Defecto sustantivo por decisión fundada en lectura inconstitucional de norma declarada exequible mediante sentencia condicionada	149
3.5	El error inducido	151
3.5.1	El error inducido por la acción u omisión de servidor público	152
3.5.2	El error inducido por la acción u omisión de particular	155
3.6	La decisión judicial sin motivación	159
3.6.1	La decisión judicial sin justificación. El acto jurídico aparente. El enmascaramiento o mimetización de los meros actos de poder	159
3.6.2	Tutela por argumentación contradictoria. Tutela por ausencia de argumentación	160
3.7	Desconocimiento del precedente	164
3.7.1	El concepto de “precedente judicial” y su relación con la <i>ratio decidendi</i> de los fallos	164
3.7.2	Tutela por desconocimiento del precedente contenido en sentencias de constitucionalidad .	166
3.7.3	Amparo por desconocimiento del precedente contenido en fallos de tutela. La vulneración de la <i>no reformatio in pejus</i>	170
3.8	La violación directa de la Constitución	173
3.8.1	Violación directa de la Constitución por providencia que inaplica la excepción de inconstitucionalidad	174

3.8.2	Violación directa de la Constitución en eventos distintos a los de las siete causales ya estudiadas. La morosidad judicial	178
-------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Capítulo III

La actuación en la acción de tutela

1.	El trámite de la acción de tutela, telón de fondo de la tutela contra providencias	186
1.1	La tutela, sus principios y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental	188
1.2	Características generales de la acción de tutela	190
2.	Competencia. Conocimiento de la tutela contra providencias judiciales	193
2.1	La competencia normativa genérica para la acción de tutela contra providencias	194
2.2	El Decreto reglamentario 1382 de 2000 y la fijación de la competencia	196
2.3	Los autos de Sala Plena de la Corte Constitucional de septiembre 26 de 2000 y de febrero 27 de 2001	199
2.4	El Decreto reglamentario 404 de marzo 14 de 2001 ...	201
2.5	La sentencia del Consejo de Estado de julio 18 de 2002	202
3.	Requisito de procedibilidad: el agotamiento del trámite legal y sus recursos. La inexistencia de otro medio de defensa judicial	204
3.1	Base normativa y distinción entre improcedencia y denegación del amparo	204
3.2	El agotamiento del trámite legal y sus recursos	207
3.3	Excepciones al agotamiento del trámite legal y sus recursos	210
3.4	La eficacia del medio ordinario de defensa	213
3.5	El recurso de casación y el tema de la improcedencia...	216
3.5.1	La fase inicial. La casación como medio ineficaz de defensa	217

3.5.2	La fase posterior. La casación como medio eficaz de defensa	219
3.6	El recurso extraordinario de revisión y la improcedencia	221
3.7	La acción de nulidad y la improcedencia de la acción de tutela	224
3.7.1	La procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos	224
3.7.2	La acción de nulidad como medio eficaz de defensa	227

Capítulo IV

La actuación en la tutela contra providencias judiciales

1.	Los elementos constitutivos de la vía de hecho judicial. Periodo 1992-2003	230
1.1	Primer elemento. La existencia de una providencia judicial	232
1.2	Segundo elemento. Juicio de constitucionalidad sobre la actuación judicial, que descalifica su carácter jurídico	232
1.3	La lesión o amenaza del derecho fundamental	233
2.	Los requisitos de procedibilidad de la tutela contra sentencias. La Sentencia C-590 de 2005	234
2.1	La Sentencia C-590 de 2005. El recurso de casación y la tutela contra sentencias	234
2.2	Los requisitos de procedibilidad de la tutela contra sentencias	236
2.2.1	Los requisitos generales de procedibilidad de la tutela en contra de providencias	236
2.2.2	Los requisitos o causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias	238

3. Lo sustantivo. La violación de derechos fundamentales por una providencia judicial	239
3.1 El derecho al debido proceso en la tutela contra providencias	240
3.1.1 El derecho al debido proceso en el sistema nacional	241
3.1.2 El derecho al debido proceso en la Carta de 1991 y su comprensión jurisprudencial	243
a) Primera zona comprensiva del artículo 29 de la Constitución Política. El ámbito de aplicación	244
b) Segunda zona comprensiva del artículo 29 de la Constitución Política. Las modalidades que adopta el derecho al debido proceso	245
c) Tercera zona comprensiva del artículo 29 de la Constitución Política. La garantía del debido proceso en la prueba	246
3.1.3 Los derechos fundamentales y la teoría del núcleo esencial	247
3.1.4 El núcleo esencial del derecho al debido proceso: su carácter de cláusula abierta	250
a) La fijada en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Política	252
b) La fijada en el artículo 94 de la Constitución Política	252
3.1.5 Las protecciones concretas del derecho al debido proceso	253
3.2 El derecho de libre acceso a la administración de justicia	254
3.2.1 El núcleo esencial del derecho de libre acceso a la administración de justicia	256

3.3	El derecho a tutela judicial efectiva y otros derechos violados con providencias judiciales	258
4.	El fallo en tutela contra sentencias. Órdenes y nulidad	261
4.1	El fallo en acción de tutela	261
4.2	La orden de protección en tutela contra providencias: el decreto de nulidad	266
4.2.1	El concepto general de nulidad	267
4.2.2	El principio de taxatividad de las nulidades. La lectura de la nulidad desde el formalismo ...	268
4.2.3	El tema de las nulidades leído desde el derecho constitucional	270
4.3	La nulidad concreta en la tutela contra providencias	271
4.3.1	La orden de anulación debe respetar la identidad de la providencia que contiene la vía de hecho	272
4.3.2	La orden de anulación debe conservar la competencia del funcionario que profirió la providencia, salvo que se niegue a cumplirla	274
5.	La nulidad de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional. Vía de hecho de la Corte Constitucional	275
5.1	Oportunidad para proponer la solicitud de nulidad	276
5.2	Causales para solicitar la nulidad de los fallos de tutela	276

Capítulo V

La tutela contra providencias. El enfrentamiento entre las cortes.

Los proyectos de reforma judicial

1.	El supuesto equivocado de la discusión: la pretendida intangibilidad de la cosa juzgada	280
1.1	La acción de revisión	281
1.2	Las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos	282
1.3	Las decisiones de la Corte Penal Internacional	284

1.4	El ejercicio del principio de competencia o de jurisdicción universal	285
1.5	Otros límites a la cosa juzgada. Más falsaciones a su carácter de “inmutable”	287
2.	El enfrentamiento entre las cortes por las vías de hecho	288
2.1	Las vías de hecho en las decisiones de la Corte de Casación y del Consejo de Estado	289
2.2	La tensión entre la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional	291
2.2.1	La Sentencia T-1306 de 2001. El caso del señor Florentino Méndez Espinosa	292
2.2.2	La vía de hecho declarada por la Corte Constitucional	293
2.2.3	La respuesta de la Sala de Casación Laboral. El auto de Sala Plena de marzo 18 de 2002	296
2.3	La tensión existente entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional	298
2.3.1	El caso de Rosario Bedoya Becerra contra Ferrovías	299
2.3.2	La sentencia de reemplazo del Consejo de Estado de noviembre 17 de 2005	302
2.3.3	El auto de Sala Plena 249 de septiembre 6 de 2006 de la Corte Constitucional	303
2.3.4	El auto de Sala Plena de septiembre 20 de 2006 del Consejo de Estado	305
3.	El enfrentamiento entre las altas cortes. Los argumentos de cada una de las posiciones	307
3.1	Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado	307
3.2	Los argumentos de la Corte Constitucional	309
4 .	La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las vías de hecho en Colombia	314

4.1	La vía de hecho en contra del señor Sergio Emilio Cadena Antolinez. La Sentencia SU-1185 de 2001	315
4.2	La admisión del caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	318
5.	Los proyectos de reforma a la administración de justicia	318
5.1	La reforma a la justicia dentro del programa general de reformas a la Constitución de la administración Uribe	319
5.2	Los proyectos de reforma a la administración de justicia y a la acción de tutela	321
5.2.1	El proyecto de Acto Legislativo núm. 10 de 2002, Senado	321
5.2.2	El proyecto de reforma de febrero de 2004	323
6.	La regulación de la tutela contra sentencias. La necesidad de su reforma	326
6.1	La acción de tutela contra sentencias debe ser mantenida en el sistema colombiano	326
6.2	La regulación que se introduzca a la acción de tutela contra sentencias no debe sacrificar los derechos fundamentales	327
6.3	La regulación que introduzca el Congreso debe perfeccionar la figura, clarificarla y precizarla, sin sacrificarla	327
	Bibliografía	330

*A Germán, Carlos, Beto y Toty,
mis hermanos*

Prefacio a la tercera edición

Esta es la tercera edición de *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. El tema central del texto, como se sabe, es el de la procedencia de la acción de tutela en los casos en que jueces o magistrados han vulnerado los derechos fundamentales por medio de una providencia judicial. La tesis de la investigación señala que el amparo sí procede, que es instrumento de garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso judicial, y que evita que cualquier autoridad pública (para el caso, jueces o magistrados), tenga cláusulas de inmunidad o privilegios sobre los derechos fundamentales de las personas. Respecto a las ediciones anteriores, este es un libro más completo, más maduro, que además de profundizar alrededor de aspectos puntuales de la acción (su marco teórico, el sustrato conceptual y el contenido de la figura, la actuación ante los jueces, etc.), trabaja con profundidad la redefinición dogmática que se viene haciendo desde el año 2003, que desplazó la expresión “vías de hecho”, por la de “causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales”.

Muchas personas evitan o eluden el tema de la tutela contra sentencias y prefieren mejor, en nombre de lo que impropriamente denominan “la seguridad jurídica”, negar que jueces o magistrados, en algunos casos, vulneran con sus providencias los derechos fundamentales de las personas. De alguna manera, esa actitud es parecida a la del paciente que, necesitando tratamiento, se niega a aceptarlo, o la de quien ante la presencia de un recuerdo traumático, prefiere evadirlo mediante la negación, en lugar de enfrentarlo con ánimo y espíritu constructivo.

La tutela contra sentencias viene operando en Colombia desde hace quince años, y lo único que ha traído son beneficios. Ha sido una de las pocas vías que han encontrado los colombianos para preservar sus derechos, en el despliegue de un sistema judicial que parece ser especialmente severo con los humildes y más laxo con otras personas. En este sentido, la tutela contra providencias ha pasado a ser, sobre todo, el instrumento de la gente común. Tal vez por eso mismo algunos sectores la censuran tanto. Gracias a este mecanismo, dolores históricos de los ciudadanos, que muchos funcionarios no disminuyeron

pudiendo hacerlo, encontraron por fin, si no soluciones definitivas, cuando menos correcciones aleccionadoras: asuntos tales como los ciudadanos suplantados por delinquentes en procesos penales; los homónimos criminales, que conducen tanto inocente a las cárceles; la *no reformatio in pejus*; las condenas penales fundadas en normas derogadas o declaradas inconstitucionales; la inexplicable negativa de levantar los embargos hipotecarios en los créditos provenientes del sistema UPAC; la irrazonable negativa de la justicia laboral de reconocer el ajuste de la primera mesada pensional; o los casos de afectación de los derechos humanos por la justicia penal militar, son apenas unos pocos ejemplos de los sucesos dramáticos, dolorosos y trágicamente injustos, ventilados bajo la tutela contra sentencias.

Durante las épocas de autoritarismo en América Latina –hoy en momentáneo tránsito de desaparición–, cuando se violaron tantos derechos humanos, ciudadanos y abogados propusieron masivamente el recurso de hábeas corpus, sabiendo que ineludiblemente los jueces y los magistrados de la época les iban a negar la protección de los derechos a la libertad personal y al debido proceso. No obstante, la negativa no los arredraba y continuaban proponiendo sus acciones y recursos a sabiendas de que iban a perder. Sin embargo, el tiempo y los juzgamientos actuales vinieron a darles la razón a aquellos ciudadanos. En Colombia, todavía ciudadanos y abogados proponen acciones de tutela en contra de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, sabiendo que la protección de los derechos fundamentales invocados y eventualmente vulnerados, les va a ser sistemáticamente negada. El camino de los derechos humanos ha sido siempre lento y doloroso. Las conquistas han sido obtenidas con el sufrimiento de mucha gente común. Esperemos que el tiempo también les dé la razón.

Quiero agradecer con la mayor sinceridad a las personas que han hecho posible esta tercera edición: al doctor Alejandro Venegas Franco, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; a mis antiguos alumnos, a quienes quiero tanto; a mis lectores, a quienes tanto les debo, y a los colegas cercanos.

Bogotá, enero de 2007

El constructivismo como marco teórico de las prácticas de los tribunales constitucionales

Esta introducción se ocupa del tema del constructivismo, así como de la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana. Afirma que el modelo constitucional colombiano permite la práctica del constructivismo. Para el efecto, la categoría que se privilegia es la de uso de las normas. Conforme debe entenderse hoy, las normas no pertenecen ni al legislador, ni a los gobernantes, ni a la administración de justicia. Las normas nos pertenecen a todos nosotros, que somos quienes las usamos, quienes somos los usuarios de la administración de justicia. En este sentido, se nos llama ahora operadores jurídicos. La palabra “operador” es hermosa. Viene de la palabra latina *opus*, que significa obra, y remite a la relación que se establece entre un material, un mecanismo o artefacto y quien lo usa o maneja. Somos operadores jurídicos en tanto que inevitablemente trabajamos con artefactos que denominamos reglas, principios y valores, o simplemente normas.

Entre los diversos operadores jurídicos, los miembros de la Corte Constitucional aparecen en la cima del sistema normativo. Por expreso mandato del artículo 241 de la Carta, a ellos se les ha encomendado la tarea de “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, tarea ésta que ejercen “en los estrictos y precisos términos de este artículo”. En tal sentido, ejercen el llamado control judicial de constitucionalidad, contenido dentro de las funciones que precisa la citada norma. Para cumplir con el encargo de mantener la supremacía e integridad del texto constitucional, la Corte Constitucional, al igual que cualquier despacho judicial, produce sentencias y autos. Tales providencias no son más que artefactos gramaticales que deciden de fondo asuntos de constitucionalidad, o que revisan decisiones de tutela de los diversos jueces constitucionales de instancia, a efectos de unificar la doctrina y de servir como instrumento de control de las decisiones que se tomen alrededor de los derechos fundamentales.

Desde el momento en el que comenzó a ejercer sus funciones la Corte Constitucional, hasta el año 2006, la corporación ha proferido más de quince mil sentencias, construyendo tal número de aparatos gramaticales de tipo

argumental, por los que ha decidido asuntos de constitucionalidad y ha revisado decisiones de tutela. Uno de los hechos más significativos lo constituye el que a partir de su funcionamiento la corporación introdujo al sistema jurídico nacional, al habla de los ciudadanos y al uso de los operadores jurídicos, un novedoso y creciente número de expresiones técnicas con las que no se contaba en vigencia de la Constitución de 1886. Progresivamente expresiones como “núcleo esencial”, “bloque de constitucionalidad”, “estado de cosas inconstitucional”, “vías de hecho”, “derechos de carácter progresivo” y otras, aparecieron en el texto de las sentencias, para pasar luego al uso de los diversos operadores jurídicos, robusteciendo y precisando progresivamente su contenido, hasta aparecer hoy como verdaderas unidades conceptuales de contenido jurídico. A éstas y otras más, les corresponde hoy la existencia de un entorno conceptual y argumental propio o, lo que resulta más preciso, una cierta “teoría”, un saber específico que las determina conceptualmente. En este sentido, contamos hoy con saberes vinculados a los conceptos de bloque de constitucionalidad, núcleo esencial, vías de hecho o cualquiera otra de las mencionadas. En virtud de todo lo anterior, resulta razonable afirmar que por vía jurisprudencial se ha introducido una gruesa capa de contenidos, técnicas y metodologías constitucionales, que han renovado la comprensión del derecho constitucional y que, a la vez, posibilitan una defensa más adecuada y técnica de la Carta Política.

En concreto, esta introducción afirma que nuestro texto constitucional permite la aplicación del modelo del constructivismo. Igualmente, sostiene que esta posibilidad teórica ha sido actualizada por la Corte Constitucional, tal y como se desprende del contenido de las sentencias que ella produce. Para defender tal afirmación, en la primera parte reconstruyo en sus rasgos más genéricos la teoría de las vías de hecho. Uso aquí la palabra reconstrucción en el sentido que le diera Carlos Santiago Nino, como ejercicio de evidenciar “la transformación de un concepto inexacto y vago empleado en algún ámbito, por otro más propicio y exacto que pueda ser usado en la mayoría de las ocasiones en que se use el concepto anterior. En tanto, permite evidenciar los trazados de una cierta ruta fijada por la evolución del concepto”.¹ En la segunda parte y final de la introducción, denominada “El constructivismo. Una lectura del profesor Rawls”, hago una

¹ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Buenos Aires, 1992, p. 31.

presentación genérica del modelo del constructivismo, para poner de presente su pertinencia en la tarea de los tribunales constitucionales.

1. Construcción de la teoría de las vías de hecho

La teoría de las vías de hecho se construye a partir del ejercicio de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Como se sabe, la acción de tutela es una de las cinco acciones constitucionales que estableció la Constitución de 1991. Su cometido principal es el de servir como mecanismo eficaz de defensa de los derechos fundamentales y, en tal virtud, es una novedad en el sistema colombiano.

En esta introducción se hace la presentación genérica de la teoría de las vías de hecho. Como quiera que la intención es la de evidenciar su carácter constructivo, el acento será puesto precisamente en los momentos de edificación de este artefacto jurídico. Para hacerlo se apela a dos procedimientos. En primer lugar, se hace una demarcación que consiste en ubicar a la vía de hecho dentro del amplio espectro de las nuevas acciones constitucionales. En segundo lugar, y una vez hecha la demarcación, el escrito se ocupa de la construcción del instituto mostrando cómo se edificó o, lo que es lo mismo, cómo se pasó de una declaratoria inicial de inexequibilidad, a la construcción jurisprudencial que hoy posibilita el ejercicio, declaratoria y aplicación de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

1.1 Las acciones constitucionales en el sistema nacional

El texto inicial de la Constitución Política de 1886 no estableció ninguna acción de carácter constitucional. En consecuencia, sus usuarios tan sólo contaron con acciones de carácter legal. Esta limitante operativa fue apenas la consecuencia lógica del modelo hermenéutico impuesto en el país por medio de dicha Carta. Se trató de un texto de corte clerical, pensado para un país rural, que privilegió el ejercicio del poder oficial sobre el derecho individual que pudieran ostentar las personas. Dentro de tal régimen, las figuras del hacendado, el militar y el sacerdote aparecían como las de mayor poder, de modo análogo a como se planteara en otros textos constitucionales latinoamericanos.²

² Marcos Kaplan, *Formación del Estado nacional en América Latina*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1983, p. 73.

Fue tan sólo con la llegada del siglo XX, que por primera vez en el país se introdujo una acción de tipo constitucional que entrara a remover el exclusivo culto a la ley, a la figura del legislador y a las acciones simplemente legales. La Corte Constitucional ha señalado tan significativo suceso con las siguientes palabras:

Uno de los grandes aportes del derecho colombiano a la ciencia universal del derecho ha sido el hecho de haber consagrado por primera vez la acción pública de inconstitucionalidad, esto es, el control de constitucionalidad de las leyes mediante acción pública. Ello se consagró en la Ley 2ª de 1904, artículo 20, para los decretos leyes, y en el Acto Legislativo núm. 3 de 1910 para las leyes.⁵

Así entonces, y con la llegada a la presidencia de Carlos E. Restrepo y la reforma constitucional de 1910, se implementaba por vez primera en el país un control judicial de constitucionalidad por vía activa, en el que el ejercicio ciudadano de la acción de inconstitucionalidad constituía el dispositivo operatorio. El resto del siglo XX nacional asistiría al ejercicio permanente de dicha acción.

Con la expedición de la Carta Política de 1991, el país y su sistema jurídico, asisten al desplazamiento de un modelo constitucional anacrónico, que había propiciado la permanencia del país en el provincialismo jurídico, merced a un modelo hermenéutico bastante ligado a las prácticas del formalismo y a la concepción de un país clerical y rural. El nuevo texto constitucional, así como el nuevo modelo hermenéutico que éste establece, descansan ahora en el concepto de Estado social de derecho, que entra a desplazar la noción del Estado liberal clásico que rigió en el sistema nacional durante más de un siglo. Nuestra Corte Constitucional ilustra bellamente las dimensiones del desplazamiento en el siguiente pasaje:

La Constitución define a Colombia como un Estado social de derecho. El Estado social de derecho, a diferencia del Estado liberal clásico, no se limita a

⁵ Sentencia C-003 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 3.

reconocer los derechos a los individuos, sino que además funda su legitimidad, en la eficacia, en la protección y otorgamiento efectivo de los mismos. Eso significa que los derechos fundamentales, así como también los económicos, sociales, culturales y colectivos, no se miran como simples facultades o posibilidades a favor de los individuos, sino que son concebidos como beneficios que de manera imperativa deben ser otorgados a sus titulares.⁴

Es en esta nueva condición hermenéutica de no entender los derechos como simples facultades o posibilidades, sino como verdaderos beneficios exigibles imperativamente, que el constituyente de 1991, con muy buen criterio, amplió el espectro y listado de las acciones constitucionales para pasar de una sola acción al número de siete en la nueva Carta, estableciendo, además de la acción de inconstitucionalidad, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares, las acciones de grupo, la acción de pérdida de investidura y la tradicional acción de hábeas corpus, que también había sido introducida durante la vigencia de la Constitución de 1886.

1.2 El asunto de la tutela en contra de providencias judiciales

En términos generales, y a simple modo de anticipo, podemos decir que la vía de hecho consiste básicamente en una actuación realizada por un funcionario judicial y materializada en una providencia, que además de vulnerar uno o más derechos fundamentales, impone la necesidad de ser descalificada como acto jurídico mediante el amparo de tutela.

Se entiende así que el correctivo sugerido para expulsar del mundo jurídico el acto irregular es la acción de tutela. Esto quiere decir que dicha acción constitucional procede en contra de providencias judiciales, en los casos en que éstas vulneren o amenacen un derecho fundamental. La base normativa de tal solución judicial está constituida por el artículo 86 de la Constitución, que establece una acción constitucional rápida, eficaz y de carácter garantista, que procede en contra de los actos de *cualquier autoridad pública* (lo que incluye a jueces y

⁴ Sentencia C-158 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, consideración jurídica núm. 4.

magistrados) cuyo objetivo es la defensa de los derechos constitucionales fundamentales. Adicionalmente, los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991, contemplaban la posibilidad normativa de ejercitar la acción de tutela en contra de providencias judiciales, entendiendo por éstas, con el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil, tanto los autos como las sentencias.

La norma contenida en el artículo 86 de la Constitución es amplia y generosa. Contempla el ejercicio de una acción ágil, rápida, informal, que en nombre de los derechos fundamentales puede ser ejercida “en todo momento y lugar” por cualquier persona. Por lo mismo, nada se opone a que el amparo cobije a las providencias judiciales. Fue justamente bajo estos supuestos que el presidente de la República, con base en las facultades que le fueron conferidas por el literal b) del artículo 5° transitorio de la Constitución, expidió el Decreto 2591 de 1991, en el cual incluía los artículos 11 y 40, que regulaban todo lo atinente al ejercicio de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, especialmente en lo relacionado con las condiciones sustantivas de procedibilidad del amparo, así como el régimen de competencias aplicable, según la jerarquía del despacho judicial que hubiere proferido la providencia que era objeto de la acción.

Durante el tiempo de vigencia de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 (es decir, entre el 19 de noviembre de 1991 y el 10 de octubre de 1992), por primera vez en la historia del país fueron impetradas acciones judiciales en contra de sentencias proferidas por los jueces de la República. Obviamente, y en tanto herederos de una tradición formalista, el ejercicio de la tutela en este sentido no tuvo mayor eco, tal y como se desprende del escaso número de acciones impetradas. No obstante, y entre las propuestas, llegó a conocimiento de la Corte Constitucional un expediente que contenía el trámite de una acción de tutela promovida en contra de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Examinado el caso, y por encontrar mérito para ello, la Corte Constitucional amparó al derecho al debido proceso, por medio de la Sentencia T-006 de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, ocasión en la que en decisión dividida se dejaba sin efectos una sentencia judicial en virtud del ejercicio de una acción constitucional. Éste sería no sólo el primer precedente jurisprudencial, sino que también constituiría el primer paso en la construcción de la teoría de las vías de hecho.

Fijado de tal manera el primer precedente jurisprudencial en Colombia, algún ciudadano, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, solicitó a la Corte Constitucional la declaratoria de inexecutable de sendos artículos del Decreto 2591 de 1991. Examinado el asunto por la corporación, la Sala Plena, en decisión dividida de cuatro votos contra tres, y con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, declaró la inexecutable de algunos de los artículos contenidos en el decreto, incluyendo dentro de éstos los artículos 11 y 40, que establecían la posibilidad de accionar en tutela en contra de providencias judiciales. La decisión fue contenida en la Sentencia C-543 de 1992, en cuya parte motiva, no obstante, fue hecha una precisión hermenéutica que resultaría determinante para la construcción de la teoría de las vías de hecho en Colombia. Se estableció allí que la acción de tutela no procede en contra de providencias judiciales, salvo que lo dispuesto en ellas constituya una “actuación de hecho” de los funcionarios judiciales, eventos en los cuales la decisión judicial cuestionada debía ser descalificada como acto jurídico, procediendo por lo mismo el amparo de tutela.

De esta manera, y por la vía de la doctrina constitucional, se daba el segundo paso en la construcción de la teoría de las vías de hecho, en tanto que se fijaba la posibilidad constitucional de accionar en tutela en contra de providencias judiciales, por la concurrencia de las “actuaciones de hecho” de los funcionarios, que luego fueron denominadas “vías de hecho judiciales”.

1.3 El curso constructivo de la vía de hecho

A partir de la sentencia reseñada, comenzó entonces a edificarse desde la práctica judicial y la jurisprudencia constitucional, lo que hoy se entiende por causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Al comienzo, tímidamente, se profirieron fallos que entraban a amparar derechos fundamentales vulnerados por providencias judiciales. Con el paso del tiempo y la práctica judicial, la doctrina constitucional contenida en los fallos de las diversas salas de revisión, así como en las decisiones de la Sala Plena, fue refinando lentamente el marco teórico de referencia de la institución, así como el marco práctico de aplicabilidad de la teoría, hasta conformar un cuerpo de doctrina y

aplicación que exige hoy un uso técnico de la figura, para no desgastarla con un uso inadecuado.

Dentro de ese camino de construcción de la teoría, y como se verá a lo largo de este libro, varias sentencias de la Corte Constitucional han resultado determinantes, en cuanto que se erigieron como balances sucesivos en el tiempo, del curso tomado por la vía de hecho. Baste citar en la etapa inicial las sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998 y T-1017 de 1999, que contaron en su totalidad con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, y que fijaron jurisprudencialmente el contenido teórico de la vía de hecho; y posteriormente, entre otras muchas, las sentencias T-949 de 2003, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett, y la C-590 de 2005, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, las que además de ampliar el número de causales de procedencia del amparo, ajustaron la relación de la figura con el recurso extraordinario de casación.

Esta última fase de maduración de la teoría es la que corresponde al estado actual de nuestra jurisprudencia y de nuestra práctica judicial. En este sentido, este trabajo, en tanto reconstrucción, determina cada uno de los momentos reseñados en sus componentes, así como en las disputas suscitadas. De esta manera queda explicitado el camino que habrá de recorrer este trabajo.

2. El constructivismo. Una lectura del profesor Rawls

Esta segunda sección asume el constructivismo desde el punto de vista teórico. Si la primera parte se ocupó de la construcción de la vía de hecho en el sistema nacional, desde las prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional, esta segunda sección intenta nutrir discursivamente, aquello que fue presentado en un principio como mera aplicación o como mera práctica. Para el efecto se hace el siguiente recorrido. En primer lugar, se establece la diferencia entre una teoría y una metateoría. La fijación de tal diferencia cuenta con un objetivo estratégico, en cuanto que esa distinción permitirá, ya en el plano estrictamente jurídico, detectar el influjo que tiene en la decisión judicial la posición ética del intérprete de la norma, previamente fijada desde la metateoría. En segundo lugar, y una vez fijado el influjo de lo moral en lo jurídico, se ofrece una respuesta a las cuestiones de la posibilidad del acuerdo normativo y de la interpretación “correcta” de la norma, desde el modelo teórico del constructivismo. Finalmente, se derivan las

consecuencias que para la consideración de la teoría de la verdad conlleva la adopción del modelo del constructivismo.

2.1 Las teorías y las metateorías

En términos generales, una teoría es una oferta de sentido, hecha respecto de los acontecimientos de un determinado objeto o de un grupo de objetos. Como ofertas de sentido, las teorías cuentan básicamente con dos pretensiones de validez. En primer lugar, y en tanto teorías, aspiran a usar y contar con un conjunto de proposiciones que sean verdaderas. En segundo lugar, hacen gala de un discurso explicativo que ha de ser adecuado a las propias proposiciones, así como al comportamiento de ellas mismas respecto de otras proposiciones con las que se integren, o con las que disputen. En este sentido, la pretensión de validez de su discurso explicativo ha de estar dada por la “inteligibilidad o corrección constructiva de los productos simbólicos”⁵ que operen en la formulación de la teoría.

Las teorías acerca de los acontecimientos jurídicos comparten rasgos de familia similares con las otras de cualquier objeto, dado que finalmente se trata de ofertas de sentido. Unas y otras poseen intenciones explicativas fuertes, pues intentan dar razón de los acontecimientos que atañen a sus objetos; en tanto teorías, esperan poseer una fuerza argumentativa lo suficientemente fuerte para descalificar u objetar las diversas ofertas de sentido que esgrimen teorías rivales; en tanto verdaderas hijas de su tiempo, las teorías asumen como posible el carácter falible de los principios que invocan, como una inevitable consecuencia del carácter temporal de las verdades contenidas en toda teoría; y en fin, son todas ellas colocadas en el saludable espacio de la discusión pública, con el objetivo de ser contrastadas, discutidas y evaluadas en sus resultados y en su plausibilidad teórica, con miras a la corrección de sus procedimientos o, en el peor de los casos, a la descalificación de su pertinencia teórica, al no ser capaces de soportar ni la discusión pública, ni el contraste con otras teorías.

Desde el punto de vista clasificatorio se suele distinguir entre dos clases de teorías. Dentro de un primer grupo estarían las teorías simplemente explicativas,

⁵ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, 1 edición, Taurus, Madrid, Vol. I, 1987, p. 44.

es decir, aquellas cuya función principal sería la de describir de cerca el objeto de estudio, siendo éstas las que llamamos usualmente teorías. Por otra parte, y dentro de un segundo grupo, se ubicarían las teorías que se ocupan de las teorías, las que las clasifican, las discriminan en tipos y que tienen como característica específica la de describir desde fuera del grupo de las primeras teorías, el procedimiento que aquéllas adoptan. A éstas se las llama metateorías. Así tendríamos entonces, y por vía de ejemplo, que las diversas teorías explicativas propuestas acerca del origen del poder político durante la Edad Media (como la teoría de las dos espadas, la teoría del sol y de la luna, o la teoría de las dos ciudades, etc.), formarían parte del primer grupo de teorías que simplemente describen, mientras que la explicación que de todas éstas se hace desde una teoría comprensiva del poder político, que se ubicaría en el ámbito de una metateoría de lo político, en tanto que repiensa, reforma y clasifica las diversas teorías meramente descriptivas.

Para el caso concreto de la reflexión jurídica existe un amplio consenso con respecto a que la argumentación jurídica posee vínculos fuertes con la argumentación moral, hasta el punto de considerar que esta última representa el continente y la argumentación jurídica el contenido. No obstante, esta relación entre lo moral y lo jurídico se muestra siempre inestable, dependiendo constantemente del juicio de los intérpretes según la postura que éstos adopten, de donde resulta obvio que una variación en los intérpretes en el ámbito de la metateoría moral, implica, de suyo, variaciones en la teoría de lo jurídico.

La complejidad del asunto aparece en su dimensión, si se atiende a la diversidad de posibilidades comprensivas que ofrece el panorama de la ética actual, en el que atendiendo a una sola de las múltiples clasificaciones propuestas como “mapa de las teorías éticas” para usar la expresión que utiliza Adela Cortina,⁶ podríamos tener posiciones metateóricas que se debatieran entre:

- Éticas descriptivas y éticas normativas.
- Éticas no cognitivistas y éticas cognitivistas.

⁶ Adela Cortina, *El mundo de los valores. Ética y educación*, El Búho, Bogotá, 1997, pp. 113 a 122.

- Éticas materiales y éticas formales.
- Éticas teleológicas y éticas deontológicas.
- Éticas sustanciales y éticas procedimentales.
- Éticas de la convicción y éticas de la responsabilidad.

Lo anterior quiere decir que si un intérprete, por ejemplo, de un principio constitucional, se planta en una cierta postura ética, como el perfeccionismo moral, la forma de interpretar estará mediada por su decisión previa extrajurídica de carácter moral; o en otras palabras, la metateoría (la postura moral en torno al principio constitucional) habrá determinado a la teoría, o sea, a la postura jurídica en el caso concreto de la decisión. Fijemos la atención en un caso específico, como el contenido en la Sentencia C-222 de 1994 de la Corte Constitucional.⁷ El asunto que examinó entonces la corporación fue el de la constitucionalidad del artículo 43 de la Ley 153 de 1887 que establece: “Artículo 43. La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

El asunto jurídico en juego era el de la consideración de las fuentes del derecho y la solución del mismo (o sea, la solución en el ámbito de la teoría jurídica), que habría de verificarse mediante la declaratoria de exequibilidad o de inexequibilidad de la norma demandada. La Corte finalmente, en decisión dividida, declaró la exequibilidad de la norma. A efectos de lo que aquí se tematiza, resulta necesario precisar que en este caso concreto la decisión provino claramente desde la metateoría, como que el sector mayoritario adoptó una posición ética sustancialista y formal, que le permitió sostener que resultaba constitucional la descalificación de todas las demás costumbres distintas a las cristianas como fuentes de derecho, en desmedro de la posición ética del sector minoritario, edificada desde las éticas materiales y deontológicas.

En este caso concreto, como en otros de decisión dividida (por ejemplo, la Sentencia C-133 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, sobre punibilidad del aborto; o la Sentencia C-371 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo,

⁷ Sentencia C-222 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

sobre castigo moderado a menores de edad), la interpretación de los textos ambiguos de la Carta Constitucional (es decir, la interpretación de una gran cantidad de los términos empleados en la Constitución Política, en tanto poseen textura abierta), dependerá de una decisión previa extrajurídica, en tanto que moral. De esta manera, nos vemos enfrentados a un asunto bien complejo: un texto jurídico posee un conjunto de palabras que lo conforman, y la interpretación de tales palabras corre a cargo de nosotros los operadores jurídicos, calificados y no calificados, sólo que el sentido y alcance de esas interpretaciones parece depender en últimas de las posturas previas que en lo moral (y por extensión, en lo intelectual) adopten los operadores, pues en virtud de tales posturas es que se leen los principios de una cierta manera. La consecuencia inevitable de todo esto es la problematización radical de los procesos que acontecen en el ámbito de la interpretación judicial.

2.2 El problema planteado y el constructivismo

De la referida relación entre la teoría y la metateoría, entre la argumentación jurídica y la argumentación moral, y de la postura del intérprete en la solución concreta de los problemas, surgen varias preguntas inevitables: ¿qué nos puede garantizar que versiones diferentes y contrapuestas de un mismo principio puedan llegar a un acuerdo?; más aún, ¿cómo sabremos que hay una interpretación “correcta” de un término contenido en un texto constitucional? ¿Es tan amplio el margen de indeterminación como para suponer que cualquier interpretación es válida, en la medida en que sea consistente y convincente, o por el contrario, hay criterios últimos que nos permiten diferenciar entre interpretaciones contrapuestas con el fin de llegar a un puerto seguro?

La respuesta a éstas y similares preguntas es hoy ensayada desde diversos modelos o posturas, como el funcionalismo, la nueva retórica, las éticas del consenso, etc. Una de las estrategias posibles, tomada de la filosofía moral contemporánea y reducida en sus pretensiones a los intereses del presente texto, es la que se conoce con el nombre de “constructivismo”, de la cual es representante fuerte John Rawls con su texto *Liberalismo político*.⁸ Un escrito publicado en

⁸ John Rawls, *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, Colombia, 1996.

inglés por primera vez en el año 1993, pero que recoge los contenidos de conferencias dictadas entre 1980 y 1989, y que reforma buena parte de las tesis expuestas en *Teoría de la justicia* del mismo autor.⁹ En las siguientes líneas intentaremos hacer una presentación sucinta del significado del término constructivismo, y propondremos la tesis según la cual, este procedimiento es plausible en términos descriptivos y comprensivos, para aplicar a la forma real de interpretación de los textos constitucionales por parte de los tribunales constitucionales de posguerra, permitiendo que versiones diferentes y contrapuestas de un mismo asunto puedan llegar a un acuerdo. Quede claro que no se intenta reconstruir el contexto propio de la presentación del tema en la filosofía de Rawls. En las presentes líneas sólo se hará mención a aquellas características definitorias del constructivismo que resulten útiles al propósito de este pasaje del texto.

El constructivismo puede ser entendido en sentido amplio como un procedimiento teórico que afirma que el significado de los principios de una disciplina o actividad se logra como resultado de un proceso de construcción entre opiniones diversas de personas realmente existentes acerca del objeto considerado. De esta manera, el fundamento del constructivismo está en la participación intersubjetiva en la construcción de los conceptos. En tanto procedimiento teórico, algunos comentaristas colocan al constructivismo dentro de las llamadas éticas procedimentales, que al igual que las éticas formales, pero por vías diversas, entienden que la misión de la ética consiste en ocuparse de lo que tenga de universalizable el fenómeno moral. Esta postura encuentra que lo universalizable moral no está en los contenidos sino en los procedimientos que debe observar un grupo social en la determinación de las normas moralmente válidas que habrá de seguir, condición ésta deseable y operativa en el seno de las democracias liberales.

De conformidad con esto, el constructivismo resulta ser el punto de vista opuesto al intuicionismo, posición ética que supone que en virtud de ciertas cualidades internas (por ejemplo, la razón teórica o incluso la iluminación divina) las personas pueden intuir el contenido de los principios (que se suponen generales,

⁹ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 2 edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

previos a la experiencia y universales) y consecuentemente, ponerlos en práctica por medio de su aplicación.

El constructivista, desde el punto de vista de su función como intérprete considera, en sentido contrario al intuicionista, que el contenido de un principio (por ejemplo, un principio constitucional, como el principio de supremacía y prevalencia constitucional inserto en el artículo 4º de nuestra Constitución Política), no está predeterminado por el conjunto de palabras que lo conforman en su acepción oficial de acuerdo con el diccionario sino que, por el contrario, el significado del principio sería el resultado de procesos concretos de intercambios lingüísticos entre sujetos racionales con posibles convicciones diferentes. En este sentido, una lectura de diccionario del principio de supremacía constitucional, le bastaría considerar a la Constitución simplemente como “norma de normas”, “ley de leyes” o “Carta Magna”, tal y como se la suele considerar desde una comprensión semántica y de hábito lingüístico; mientras que el significado constructivo del mismo principio hoy nos arrojaría nociones como las de “constitucionalización de todo el derecho”, “constitucionalización de todos los procedimientos” y, en casos un poco más extremos, la “constitucionalización de las prácticas personales”.

El tipo de razón que supone el constructivismo (por ejemplo, el que supone Rawls), es el de “razón práctica”. A este respecto escribe Rawls:

Siguiendo a Kant en su método para establecer la distinción decimos: la razón práctica se relaciona con la producción de objetos según una concepción de esos objetos –por ejemplo, la concepción de un régimen constitucional justo, considerado el objetivo de la actividad política–, en tanto que la razón teórica se ocupa del conocimiento de determinados objetos.¹⁰

Atendiendo entonces a ese carácter de producción de objetos que ostenta la razón práctica, obsérvese entonces cómo operaría tal ejercicio tanto al momento del establecimiento de los principios, como al momento de la operación con ellos, tal y como ocurre con la actividad de los tribunales constitucionales.

¹⁰ *Ibid.*, p. 104.

Tómese para el caso una práctica social compleja, como lo es el establecimiento de una Constitución en un país específico (piénsese tan sólo por vía de ejemplo en el ejercicio de la Asamblea Nacional Constituyente colombiana del año 1991). Esta Constitución, en tanto heredera de las prácticas del constitucionalismo occidental moderno, habrá de contener evidentemente una serie de principios rectores que la conforman y que son, en últimas, el núcleo fuerte de la idea de sociedad política que se encuentra a su base. La pregunta acerca de cómo se constituyen estos principios, y la pregunta concomitante con respecto a cómo deben ser interpretados, se responde por medio del argumento de la construcción. En efecto, para llegar a los principios, los sujetos parten de un empleo de su razón que les permite ponerse de acuerdo intersubjetivamente en el modelo de sociedad a la que se quiere llegar, bien partiendo de las prácticas universales del pasado, de las propias tradiciones nacionales o de las simples ofertas de institucionalización de principios, que para el momento y en el lugar ofrezcan sus sujetos actuantes en el intercambio. Este momento bien puede ser identificado con las prácticas lingüísticas de los miembros de las asambleas constituyentes, cada uno de los cuales, individualmente o en grupo, ofrecen y defienden ante el pleno de los asambleístas sus diversas versiones del Estado por construir, desde el establecimiento de los principios, logrando así acuerdos que se plasman en el texto constitucional definitivo. Este momento del acuerdo, fruto de la discusión y del intercambio entre las diversas ofertas, resulta ser el momento mismo de nacimiento del principio, en tanto que éste, para ese preciso texto constitucional, no vino a existir sino en el momento en el que un miembro de la Asamblea Constituyente lo propuso a sus colegas, para que éstos, en tanto representantes del resto de la sociedad, lo discutieran en su plausibilidad, trayendo esa discusión como resultado la fijación del principio de manera definitiva. Así, el principio constitucional fue construido por la vía del acuerdo racional y con él, el establecimiento del régimen en el que el propio principio informa (en el sentido de dar forma) de manera definitiva al modelo de sociedad a que se ha llegado.

Ocurrido todo lo anterior, se llegaría al segundo momento. Una vez definido el principio (sigamos con el ejemplo del principio de supremacía constitucional), prácticas sociales posteriores en el tiempo (como la práctica social de administrar justicia, aneja a la práctica también social y normativa de la observancia de la

prevalencia de los derechos fundamentales), exigirán de los tribunales constitucionales la tarea de aclaración de aquellos aspectos de los principios que presentan textura abierta y que están, por tanto, sujetos a discusión a la luz, por ejemplo, de su choque con tradiciones jurídicas nacionales, o con lecturas alternativas de los mismos términos. En tales eventos, lo que se presenta también es la discusión y la decisión del tribunal, la que pasa a ser la lectura del principio mismo. Tomemos por ejemplo el caso de la Sentencia C-037 de 2000.¹¹ En este fallo, uno de los puntos centrales de la discusión está en la consideración del contenido del principio de supremacía constitucional, fijado en el artículo 4° de la Carta, y entendido como constitucionalización de todo el derecho; enfrentado con una tradición nacional apegada al principio de legalidad, entendido como la legalización de todo el derecho, incluida la propia Constitución. En este caso, y en infinidad de casos similares, la tarea teórica del fallo, así como la tarea del tribunal constitucional, consistirá en elucidar en su significación para el sistema, principios que aparentemente son claros. El argumento constructivista afirma que esta aclaración conceptual que se hace por medio del fallo es el resultado nuevamente de una construcción del concepto (para el caso, del concepto de supremacía constitucional y del concepto de legalidad) o, para ser más precisos, de una reconstrucción del principio, llevada a cabo desde la oferta de construcción de un ponente, hecha a sus colegas de sala, todo ello operando por medio de la interpretación del principio a la luz del presente.

De esta manera, el constructivismo propicia y avala la existencia de un sistema jurídico institucional e interpretativo dinámico, materializado en la producción de precedentes judiciales, en tanto que la carga semántica de un principio se muestra móvil, pues se transforma a través de sus posibilidades de interpretación, las cuales son ellas mismas cambiantes debido, por ejemplo, a intereses políticos actuantes en la toma de decisiones de los altos tribunales, o a variaciones en las prácticas sociales que indiquen que debe ahora entenderse por el principio, algo distinto a lo que se entendió por él en el momento de su escritura.

¹¹ Sentencia C-037 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

2.3 El constructivismo, el pensamiento problemático y el concepto de verdad

El hecho que ahora se resalta, y que se deriva de lo antes expuesto, es que por debajo de la oferta del constructivismo reside un elemento común a muchas tendencias teóricas contemporáneas: un desplazamiento en el concepto de verdad, por ejemplo, el de verdad jurídica. De esta manera, si la tradición del pensamiento jurídico decimonónico decía que la verdad era algo real, presente en la ley y que podía definirse previamente, un punto de vista más contemporáneo supone que la verdad es el resultado de una construcción conceptual que apunta al consenso intersubjetivo. Dentro de esta línea, esta última sección de la introducción se ocupa de tematizarlo como construcción, ligada a la teoría del pensamiento problemático y al modelo del constructivismo.

El punto de partida está constituido por un hecho empírico innegable percibido a finales del siglo XX, consistente en una gran modificación introducida de diversas maneras en el modelo hermenéutico tradicional. A efectos de fijar el que podría ser caracterizado como el rasgo definitorio de ese desplazamiento, resulta adecuado atender nuevamente al uso de las palabras.

Una caracterización del final del siglo XX puede ser hecha desde el uso del prefijo “pos”. Se habló en aquel entonces indistintamente del advenimiento de la sociedad poscapitalista desde la perspectiva de las ciencias económicas y de la administración (Peter Drucker); de la experiencia del pensamiento posmetafísico (Jürgen Habermas); de las sociedades poscoloniales (tal y como lo plantearon pensadores indios y pakistaníes de formación británica); y en general, de la posmodernidad como etapa filosófica, para usar el término que hizo carrera con Lyotard.

Respecto del alcance que pueda tener la expresión “pos”, aplicada como se vio a múltiples experiencias de lo social, resulta conveniente atender a las palabras de Vattimo. Para él, “el pos de posmoderno indica una despedida de la modernidad que, en la medida en que quiere sustraerse a sus lógicas de desarrollo y sobre todo a la idea de la ‘superación’ crítica en la dirección de un nuevo fundamento, torna a buscar precisamente lo que Nietzsche y Heidegger buscaron en su peculiar relación ‘crítica’ respecto del pensamiento occidental”.¹²

¹² Gianni Vattimo, *El fin de la modernidad*, 3 edición, Gedisa, Barcelona, 1990, p. 10.

Omitamos la referencia a Nietzsche y Heidegger, y centrémonos en la idea del sustraerse a las lógicas del desarrollo de la modernidad. Éstas, afirma el autor, se encuentran vinculadas a la noción de fundamento y a la del pensamiento como base y acceso al fundamento. En otras palabras, se trata de criticar y de tomar distancia de los modelos hermenéuticos y epistemológicos de la modernidad de tipo esencialista, preocupados por la legitimación casi exclusivista del concepto de fundamento.

En correspondencia con lo anterior afirmemos que el concepto contemporáneo de ciencia y pensamiento problemático atacan el modelo de las lógicas del fundamento, tal y como lo hacen otras formas de argumentación propias de la posmodernidad. De esta manera, el esquema de la ciencia como mero sistema axiomático-deductivo sería subsumible dentro del esquema más general de las lógicas del fundamento cuya crítica desarrolla el pensamiento actual, de modo tal que pone en evidencia las insuficiencias teóricas del concepto de sistema, del principio dogmático esencialista que suele inspirarlo, así como del precario alcance hermenéutico que le corresponde. Centrándose entonces en las prácticas del pensamiento problemático, las labores de interpretación (como operación con los principios) y de construcción (en tanto trabajo con ofertas de sentido y argumentos), traen la ruptura de los esquemas exclusivistas de las lógicas del fundamento, propiciándose con ese rompimiento soluciones diversas e ingeniosas, alejadas de las estrecheces de la deducción, y mejor vinculadas al carácter creativo del ejercicio con principios hacia la solución de problemas, trabajo éste que se desarrolla en el horizonte de la jurisprudencia.

En este sentido, y entrado en crisis el modelo tradicional, se asiste entonces al uso de numerosas expresiones nuevas y “débiles”, que progresivamente inundan algunos de los espacios del discurso académico, a la vez que permiten la entronización de un nuevo concepto de verdad, entendido como construcción.

Si se echa una mirada atrás, al llamado discurso filosófico de la modernidad, se asiste al encuentro con un gran número de palabras “pesadas” con pretensiones de eternidad que impiden el ejercicio de la construcción en cuanto pretenden a ser doctrinas comprensivas que aspiran a la permanencia. Palabras tales como “sistema”, “deducción”, “axioma”, “fundamento”, “ser”, “esencia”, “criterio de verdad”, “método”, etc., son apenas la expresión lingüística del modelo

lógico que el constructivismo critica: un sistema expresivo y semántico de significantes rígidos, estáticos, de escasa movilidad, de difícil desplazamiento, adecuado a operadores y usuarios que sustenten un perfil análogo al de esas mismas expresiones: hombres dogmáticos, rígidos, formalistas, siempre a cubierto en los espacios de lo meramente anticipable o de lo simplemente reproductivo.

Si, por el contrario, se atiende en las expresiones al uso en el pensamiento problemático y en el pensamiento del “pos”, habremos de encontrarnos con palabras como “fragmento”, “trama”, “operación”, “punto de vista” (acaso una forma de perspectivismo), “seducción” (desde los argumentos), “práctica”, “pluralidad”, “vector”, “fuerza”, “interpretación”, “interlocutor”, “estilo”, términos éstos que connotan referencia a un cuerpo ahora móvil de doctrina, a una pluralidad de problemas y de soluciones siempre dispuestas a ser revisadas o, lo que es más exacto, a sucesivas construcciones que no desprecian la diversidad de vías de acceso a la eventualidad del acuerdo intersubjetivo. De esta manera, el espacio ganado por los usos lingüísticos se corresponderá con la actividad de operadores abiertos al trabajo y al ingenio, que en nombre del rigor no habrán de despreciar vías de solución no tradicionales. Estos operadores, estos usuarios, asumirán sin temor lo que Viehweg denomina la “aporía fundamental”,¹⁵ el carácter móvil de las aplicaciones teóricas, pues a partir de su movilidad es que se podrán construir los contenidos de los principios y de las expresiones.

Este ejercicio, con las expresiones lingüísticas que el trabajo teórico propicia, no es en nada estéril. De análoga forma a como en poesía la identificación de las expresiones eufóricas y disfóricas propicia la determinación de la atmósfera del poema, a la vez que ilumina el camino hacia su interpretación definitiva, así también respecto del pensamiento problemático, de la construcción y de la ciencia, el encuentro con los términos usados y con sus nuevos procedimientos habrá de apuntar al afianzamiento de un nuevo concepto de verdad que tome distancia del dogmatismo, y que se muestre adecuado a las expectativas de los nuevos operadores y usuarios.

¹⁵ Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

Introducidas entonces las modificaciones al modelo tradicional de comprensión, ¿qué concepto de verdad correspondería a las nuevas prácticas hermenéuticas y epistemológicas? En opinión de Rorty, quienes defienden a ultranza los dogmatismos extremos de las lógicas del fundamento, “consideran a la ciencia como la actividad humana paradigmática, e insisten en que la ciencia natural descubre la verdad, no la hace”,¹⁴ con lo cual ligan el concepto de verdad con la noción de hallazgo, con la de descubrimiento. En este sentido, estos hombres saldrían a la búsqueda y al encuentro de las leyes y las verdades del mundo exterior, consistiendo entonces su labor en desentrañar de entre los diversos fenómenos, el puñado de leyes y de verdades que le garanticen un orden estable, como si éstas estuviesen esperando un alguien que las acceda.

En oposición a esta noción de la verdad que descansa sobre la posibilidad del hallazgo, se esgrime un concepto de verdad distinto, vinculado a la noción de construcción, conforme al cual se entiende que “la verdad es algo que se construye en vez de algo que se halla”,¹⁵ con lo cual se desplaza el acento del concepto a la actividad del sujeto y a las posibilidades del léxico que usa.

¹⁴ Richard Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991, p. 24.

¹⁵ *Ibid.*, p. 23.

Capítulo I

De las vías de hecho a las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Una reconstrucción

En la introducción se defendió la idea según la cual, el sistema constitucional colombiano ejerce la práctica del constructivismo jurídico. Para ello se puso de presente, a modo de evidencia, la construcción de la teoría de las vías de hecho constitucionales, que bien puede ser colocada al lado de otras teorías de construcción jurisprudencial, como la de la modulación de los fallos o la del estado de cosas inconstitucional. En la segunda parte de la introducción se tematizó el constructivismo como modelo y como práctica epistemológica en el ámbito de la teoría, para poner de presente la pertinencia del modelo teórico que el dato empírico ya había evidenciado. Así, se mostraba desde la teoría lo que la práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional ya había hecho.

Este primer capítulo trabaja de lleno el tema de la vía de hecho constitucional y, en este sentido, aborda los contenidos apenas anunciados en la parte final de la introducción. El tema específico de esta unidad es el del nacimiento de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el sistema colombiano. El capítulo hace el siguiente recorrido: inicialmente analiza la primera decisión de la Corte Constitucional sobre la vía de hecho. Se trata de la Sentencia T-006 de 1992, que contó con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que por primera vez en la historia del país se anulaba por medio de tutela una providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, estableciéndose el primer precedente judicial al respecto. En segundo término, analiza la primera sentencia que por vía de constitucionalidad (ya no por revisión de tutela) se ocupó del asunto de la tutela en contra de providencias. Tal es la Sentencia C-543 de 1992, en la que en decisión dividida, fundada en una lectura formalista, se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que permitían y regulaban el ejercicio de la acción de tutela sobre providencias judiciales. Igualmente se muestra cómo de manera paradójica, y “como sin quererlo”, la parte final de los considerandos de la sentencia,

en pasaje que estructuralmente parece ajeno al contenido mismo del fallo, permite la aplicación de la tutela en los casos de “actuaciones de hecho de los funcionarios”, sin configurar una sentencia integradora o de constitucionalidad condicionada, instrumentos éstos que habrían propiciado una solución técnica al asunto. La parte final del capítulo está dedicada a ilustrar la transformación dogmática acontecida alrededor del concepto de “vía de hecho”, que deja de ser pertinente, para dar paso a la formulación dogmática de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

1. Primera decisión nacional sobre vías de hecho. La Sentencia T-006 de 1992

Recién se instalaban las salas de revisión de tutelas en la Corte Constitucional, cuando en ejercicio de la potestad del numeral 9º del artículo 241 de la Carta Política, se enfrentó el asunto de revisar una decisión de otra alta corte, la Corte Suprema de Justicia, que acababa de perder la competencia que ejerciera durante casi cien años el control judicial de constitucionalidad. La decisión, que examinaba la presunta violación de sendos derechos fundamentales por la Corte Suprema, fue dividida. La mayoría estuvo del lado de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz (quien obró como ponente) y Alejandro Martínez Caballero, quienes ampararon el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes. La disidencia estuvo del lado del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, quien salvó el voto.

A continuación se expone el contenido del fallo desde la fijación de las tesis y los argumentos enfrentados, para en la parte final, señalar las conclusiones que se derivan del enfrentamiento.

1.1 El motivo del pronunciamiento

El asunto sustancial fue el siguiente: dos ciudadanos, en virtud de supuestas infracciones a la ley penal, fueron condenados a penas privativas de la libertad por cuenta del entonces existente Juzgado Trece Superior de Medellín. Los afectados interpusieron y tramitaron recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria, la que fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial. Finalmente, los condenados interpusieron el recurso

extraordinario de casación, que fue resuelto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que se abstuvo de casar la sentencia. Consolidada entonces la situación de los procesados, propusieron éstos acción de tutela con fecha 13 de noviembre de 1991, en contra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, y en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Conforme al dicho de los accionantes, la actuación de las corporaciones violaba los derechos fundamentales de la personalidad jurídica (art. 14 de la CP), honra (art. 21 de la CP) y libertad personal (art. 28 de la CP). Conoció de la acción de tutela la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, entidad que mediante fallo de fecha 9 de diciembre de 1991 resolvió denegar la solicitud de amparo, sin estudiar de fondo el asunto que había sido sometido a su conocimiento, conforme era su deber legal y constitucional. Enviado el fallo para su revisión eventual a la Corte Constitucional, la tutela fue escogida por la Sala de Selección, y posteriormente en Sala de Revisión, fue amparado el derecho fundamental constitucional al debido proceso en favor de los accionantes, ordenándose devolver el expediente a la Corte Suprema de Justicia, con el fin de que decidiera de fondo. Tal y como se expresó anteriormente, la decisión fue dividida.

Se exponen a continuación las tesis y los argumentos enfrentados, con el fin de poner en evidencia las líneas de discusión aún vigentes.

1.2 Las tesis de la Corte Suprema de Justicia.

La hermenéutica tradicional

La Corte Suprema de Justicia sostuvo en aquel entonces una tesis simplista, rígida y formal, que aún hoy mantiene y comparte con el Consejo de Estado.

El argumento de fondo es muy similar en su aplicación a aquel que sirviera de base durante el siglo pasado al ejercicio del control judicial de constitucionalidad que ejercitara la Corte Suprema de Justicia. Durante todo ese periodo, la Corte Suprema cultivó y defendió la tesis de la inhibición respecto de asuntos muy sensibles, sobre los cuales era necesario un pronunciamiento sustantivo. Sucesivamente, y casi hasta los años ochenta, se abstuvo la Corte Suprema de conocer de la constitucionalidad de los tratados públicos, de la constitucionalidad de los decretos que declaraban los ahora denominados estados de excepción, así como de la constitucionalidad de los actos reformativos de la Carta Política. En

todos estos eventos, la corporación defendió la tesis de su incompetencia, basada en el respeto al principio de autonomía e independencia de cada una de las ramas del poder público. Fue por lo mismo entonces, que al llegar a su conocimiento el ejercicio de una acción de tutela en contra de la propia Corte Suprema, ésta decidiera inhibirse de realizar el examen de constitucionalidad de la actuación de una de sus salas, en perjuicio de la observancia del artículo 5 de la Constitución Política que establece el principio de primacía de los derechos fundamentales. En este sentido, la postura inicial de la Corte Suprema de Justicia no fue más que la continuación de la práctica restrictiva que imperó durante toda la época de vigencia del estado de sitio.

La defensa del formalismo se hizo en desarrollo de dos tesis:

a) La tesis de la especialidad, independencia, autonomía e igualdad de jerarquía de cada una de las salas

Según el decir de la propia Corte Suprema de Justicia de entonces, “una sala especializada no puede por ello conocer de acciones de tutela contra decisiones judiciales de otra de las salas”.¹⁶ La tesis se defendía a modo de argumento, en defensa de lo que la Corte Suprema denominaba “principio de diversidad igualitaria”, cuya aplicación obligaba a la corporación a inhibirse de conocer de la acción de tutela, porque en su parecer, las normas constitucionales sobre función jurisdiccional son superiores a los contenidos normativos del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, entonces vigente. Desde este punto de vista, se hacía aparecer a la inhibición como el instrumento constitucional idóneo para el caso.

Como se puede apreciar, el argumento es puramente formal en el absoluto sentido de la palabra, y por lo mismo, violenta el contenido del artículo 228 de la Constitución Política que ordena la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. Así, pareciera que el sensible asunto de la violación de los derechos fundamentales es secundario frente a la preocupación por preservar la “pureza” funcional de sus salas. No en vano, y en el clima del estado de sitio que permitía el juzgamiento de civiles por militares, aquella misma corporación aceptó

¹⁶ Sentencia T-006 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

como dogma la superioridad institucional sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, al avalar la constitucionalidad de normas que defendían la doctrina de la seguridad nacional, sobre los derechos individuales de las personas.

b) La tesis de la improcedencia de la tutela en contra de sentencias ejecutoriadas

La Corte Suprema de Justicia, desde una lectura legal (que no constitucional) del principio de cosa juzgada legal, sostuvo la tesis de la intangibilidad de los fallos y, por lo mismo, la improcedencia de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales. El argumento expuesto en aquel entonces tuvo que ver con el concepto de seguridad jurídica, bajo una lectura estrictamente formal, que prefiere como hecho seguro una sentencia intocable, así ésta sea el producto de la violación de los derechos fundamentales.

Esta postura corresponde a una lectura llena de prejuicios respecto de la acción de tutela. Quienes así piensan, ven en la acción de tutela algo así como el ejercicio de una tercera instancia (cosa que no es cierta) y en tal virtud, le endilgan el carácter de “inicial, cautelar, policiva, subsidiaria y eventualmente accesoria”, en tanto que siempre sometida a la inexistencia de otro medio judicial de defensa, así dicho medio no sea ni oportuno, ni eficaz.

Si se tiene en cuenta que la Sentencia T-006 es de fecha mayo 12 de 1992, y que para aquel entonces aún no había sido declarada la inexequibilidad del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que daba vía libre a la tutela sobre sentencias judiciales, fácil es suponer la actitud de victorioso formalismo que se asumió pocos días después, y que infortunadamente se mantiene en algunos despachos judiciales más preocupados por el poder que por los derechos de las personas.

1.3 Tesis de la sala de revisión de la Corte Constitucional.

La hermenéutica contemporánea

Desde sus primeros fallos, la Corte Constitucional hizo suya la tarea de la defensa de los derechos fundamentales que le ordenan las preceptivas de los artículos 4º y 5º de la Constitución Política. Es en virtud de estos mandatos, y en cumplimiento de la función constitucional encomendada por el artículo 241 de la Carta Política,

según la cual se le encarga a la corporación el mantenimiento de la “integridad y supremacía” de la Constitución, que la Corte, por medio de la Sentencia T-006 de 1992, por primera vez en la historia sometió a revisión una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que versaba sobre el contenido de derechos fundamentales. Las anteriores decisiones de la Sala de Revisión habían versado sobre la jurisdicción administrativa, la función pública y el derecho al trabajo (T-001 de 1992); sobre el derecho a la educación y a la autonomía universitaria (Sentencia T-002 de 1992) y sobre la función pública (Sentencia T-003 de 1992).

Como se dijo, la Corte Constitucional amparó el derecho al debido proceso de los accionantes, y esgrimió en contra de la postura de la Corte Suprema de Justicia las siguientes tesis:

a) Tesis de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procedimental

Conforme lo sostiene la Sala de Revisión de Tutelas, la Corte Suprema de Justicia da una respuesta procesal (la inhibición), a un asunto estrictamente sustancial, como es examinar si en un trámite judicial fueron o no violados derechos fundamentales. Esta reticencia a examinar el derecho contraría tanto normas constitucionales, como la doctrina constitucional referida a la condición del juez y al contenido de su función.

Se violenta el texto constitucional, en tanto se transgrede la preceptiva del artículo 228 de la Carta, según al cual,

Artículo 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas e independientes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Al fijarse entonces por vía normativa la prevalencia del derecho sustancial, los argumentos de la “diversidad igualitaria” y de la “autonomía” pierden fuerza, pues ellos son puramente formales, y llevarían en la práctica a la existencia de decisiones inimpugnables, con lo cual, no sólo se contradiría la proyección

del constituyente de 1991, sino que se desvirtuaría el contenido de la acción de tutela, que no es otro que la garantía de integridad de los derechos fundamentales en sentido material.

Adicionalmente a lo anterior, se contraría la doctrina constitucional contenida entre otras, en la Sentencia C-083 de 1995, providencia en la que al referirse a las funciones y la condición del juez, perentoriamente la Corte estableció: “Pero que el juez tiene que fallar se deriva no de alguna disposición contingente del derecho positivo sino de lo que ónticamente significa ser juez. Por eso, lógicamente, en el derecho no hay lagunas...”.¹⁷

b) Tesis histórica de la discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente

La Sala de Revisión sostiene en este sentido la tesis según la cual cada vez que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente fue sometido a discusión el tema de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, siempre salió derrotada la postura del ala formalista de los constituyentes, tanto en las comisiones como en la plenaria. En este sentido, cada vez que se quiso incluir dentro del texto constitucional el límite de la tutela a las sentencias judiciales, se derrotó la propuesta, pues cada una de las proposiciones aditivas fue rechazada.

El estudio de las propuestas presentadas sobre la eficacia de los derechos fundamentales correspondió a la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, organismo que a su vez se dividió en subcomisiones. Entre éstas, la subcomisión tercera trabajó el tema específico de la acción de tutela, y la posibilidad de accionar en tutela en contra de providencias judiciales. Más aún, la tesis simplista, restrictiva y formalista propuesta entonces por el constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero fue derrotada. En su proyecto sobre “protección de los derechos constitucionales”, radicado bajo el número 81, respecto de la acción de tutela, el constituyente quiso incluir un límite normativo en su proyecto de artículo, según el cual, “Esta acción no procederá en relación con

¹⁷ Sentencia C-083 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, consideración jurídica núm. 6.2.3.

situaciones consumadas e irreversibles, sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada”.

Con esta previsión se excluía de plano la posibilidad de accionar en tutela en contra de providencias judiciales. No obstante, el hecho cierto es que esta proposición y otras similares fueron sucesivamente derrotadas y, de hecho, no se incluyó límite alguno en la norma constitucional. En opinión de la Sala de Revisión de Tutelas, estos sucesivos rechazos permiten afirmar una tesis muy fuerte, conforme a la cual, “no existe en Colombia una presunción de derecho que ampare la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos”,¹⁸ con la que de paso se cortó de tajo la centenaria incuestionabilidad de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, más amparada en el poder que en la consistencia de los razonamientos.

c) Tesis de la defensa del contenido del Estado social de derecho

La Corte Constitucional considera en su fallo que, de continuarse con la interpretación restrictiva y formal que hizo la Corte Suprema de Justicia, se estrecharían abiertamente los contenidos del Estado social de derecho, consagrado por el constituyente de 1991, y que es un principio y un valor fundamental de la Carta Política. De conformidad con un hermoso pasaje contenido en un salvamento de voto que hicieron los magistrados Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández, al interior de una desafortunada sentencia sobre acción de cumplimiento, “En el Estado social de derecho, (...) las autoridades no sólo tienen deberes negativos o de abstención, como en el Estado liberal, sino que tienen obligaciones positivas o de hacer, las cuales son, la contrapartida de los derechos prestacionales de las personas”.¹⁹

En este sentido las autoridades públicas –incluyendo las autoridades de la rama judicial– tienen, en virtud del valor del Estado social de derecho, la obligación positiva de respetar los derechos fundamentales en el contenido de

¹⁸ Sentencia T-006 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 10.

¹⁹ Sentencia C-157 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara. Salvamento de voto de los magistrados Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo.

sus propias sentencias, pues de no ser así, se llegaría al contrasentido de afirmar que las autoridades judiciales contarían con el poder de no observar la Constitución con lo cual, y conforme al dicho de la corporación, “las sentencias serían vehículos de reforma material de la Constitución”.

d) Tesis del valor normativo de la Constitución Política

Una de las afirmaciones más fuertes de la Corte Constitucional es aquella según la cual, con su postura, la Corte Suprema de Justicia desconoce a la Constitución como norma de normas, pues pretende colocar a sus propias sentencias por encima de la Constitución. Ello por cuanto el valor normativo de la Carta no se limita simplemente a que el Congreso, el ejecutivo o los jueces observen simplemente la Constitución. Por el contrario, al aceptar que no hay más derecho sustancial que el de la carta de derechos de la Constitución Política, se involucra con carácter de obligatoriedad sustancial un triple rango normativo que las cortes distintas a la Constitucional son reticentes a observar. Tales las normas de “tipo material” que definen y desarrollan las características del Estado colombiano, vinculadas a los fines y valores constitucionales, más los derechos y las garantías del título II de la Carta Política, todos ellos, no en el sentido de una proclama, sino en el sentido de la efectividad de los derechos y garantías.

Esta tesis del valor normativo de la Constitución Política fue pocos días después refrendada por la Sala de Revisión de Tutelas, en la clásica Sentencia T-406 de 1992, providencia en la que se afirmó que “la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato (...) Así se logra que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley”.²⁰

e) Tesis del núcleo esencial de la Constitución Política

En su providencia, la Corte Constitucional sostiene que los derechos fundamentales son el núcleo esencial de la Constitución Política de 1991, siendo la protección de los mismos la clave para la preservación del Estado social de derecho, en tanto

²⁰ Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, consideración jurídica núm. 20.

que éste articula la Constitución orgánica y la Constitución material, con la primacía de esta última, ya que “el Estado se configura genéticamente para servir como instrumento a la garantía y realización de los derechos”.²¹

Al definir la Corte los derechos fundamentales como el núcleo esencial de la Constitución Política, lo que establece es que tales derechos son el contenido esencial de toda la normatividad, en tanto que éste no puede ser sometido a condiciones hermenéuticas coyunturales. Tal es el sentido que se deriva del concepto de núcleo esencial adoptado por la corporación, refrendado en múltiples fallos, según el cual,

Se denomina “contenido esencial” al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.²²

La consecuencia inevitable de todo lo anterior es la descalificación absoluta de las tesis de la Corte Suprema de Justicia, en tanto que no sólo no se avienen al Estado social de derecho, sino que recortan el concepto mismo de derecho fundamental, como derecho sustancial encaminado hacia la igualdad real y efectiva.

f) Tesis sobre la cosa juzgada legal

Finalmente, sostiene la Corte Constitucional, que con la revisión de las sentencias judiciales en sede de tutela, de ninguna manera se quebranta la integridad de la cosa juzgada legal, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia al alegar la existencia de un derecho constitucional a la cosa juzgada legal.

Para desvirtuar la postura de la Corte Suprema, la Corte Constitucional demostró que la cosa juzgada legal no es un derecho inherente a la persona

²¹ Sentencia T-006 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 16.

²² Ver, entre otras, las sentencias T-02 de 1992, T-406 de 1992, C-131 de 1993 y T-237 de 1995.

humana, que no lo fue en el derecho romano, ni en el Código de Napoleón, ni en la teoría de la ficción de la certeza. Más aún, no sería ni un derecho supralegal o supraconstitucional. En opinión de la Corte Constitucional, la cuestión clave respecto de la cosa juzgada legal no es la de ver si se trata o no de un derecho humano, sino de observar si tal institución es o no compatible con un orden justo, puesto que el fin del proceso ha de ser una sentencia justa y no la cosa juzgada. Por lo mismo, el mero decisionismo no enarbola a la cosa juzgada, pues a lo que debe atenderse es a un mínimo de justicia material. En este sentido, el concepto de seguridad jurídica se enriquece, pues ya no encontrará su hábitat y su límite en la simple observancia de las formas, sino que deberá remitirse al “mínimo de justicia material”, que no es otro que la referencia a los derechos fundamentales, razón por la cual las providencias judiciales que los vulneren no habrán de hacer tránsito a cosa juzgada.

1.4 Conclusiones

En conclusión, la Sentencia T-006 de 1992 constituye el primer precedente judicial de la vía de hecho constitucional. Por primera vez en la historia del país, una sentencia de la Corte Suprema de Justicia era anulada por el pronunciamiento de otra alta corte, a causa de la violación de los derechos fundamentales.

En el caso analizado, como en otros posteriores, diversos sectores han hablado de un “enfrentamiento entre cortes”, o más gráficamente, de “choque de trenes”. En términos reales, las que se enfrentan no son propiamente dos instituciones, sino dos modelos hermenéuticos diversos. De un lado, una hermenéutica de corte exegético, tradicional, decimonónico, muy respetuosa de las formas, enfrentada por vez primera y en la más alta corte nacional, a un modelo hermenéutico contemporáneo, de tipo garantista, pluralista, más preocupado por la materia de los derechos y por el destino vital de sus usuarios, que por la integridad de las formas.

El enfrentamiento entre estas dos formas de leer un mismo asunto (la prevalencia en sede de tutela del derecho sustancial sobre el derecho procedimental), a partir del fallo estudiado, habrá de encontrar nuevos escenarios dentro de un lento proceso de ajuste en el que se ha progresado, pero que aún no termina (basta para el efecto referir los recientes sucesos de las sentencias

T-1185 de 2001, T-1306 de 2001, o T-902 de 2005, donde nuevamente se enfrentaron los referidos modelos hermenéuticos). Es precisamente este proceso de ajuste que aún no termina, el hecho que permite reafirmar la tesis que aquí se trabaja: la acción de tutela contra providencias judiciales es un constructo jurídico que en la actualidad ha llegado a su propia madurez, que cuenta con una dogmática propia y, sobre todo, es el mecanismo adecuado para la plena defensa de los derechos fundamentales, así como para lograr la realización de un derecho fundamental que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado se han empeñado en tener sometido y opacado: el derecho a la igualdad de trato jurídico desde los hábitos hermenéuticos heredados de una Constitución “clerical, parroquial, anacrónica”²⁵ como calificara el filósofo Rubén Jaramillo Vélez a la Constitución Política de 1886.

2. Segunda decisión nacional sobre vías de hecho. La Sentencia C-543 de 1992

Seis meses después de la aludida Sentencia T-006 de 1992, la Sala Plena de la Corte Constitucional, esta vez en sede de constitucionalidad, se enfrenta con el asunto de la exequibilidad de la acción de tutela sobre providencias judiciales. Es éste el segundo pronunciamiento judicial alrededor del tema. Para la época de este segundo fallo, la corporación contaba con un total de siete magistrados, cuya mayoría había sido integrante de la Corte Suprema de Justicia o, lo que significa lo mismo, se había formado en la exégesis y el formalismo jurídico. En esta segunda ocasión, y con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, triunfó la tesis de la improcedencia de la tutela sobre decisiones judiciales, en fallo polémico y dividido de mayoría simple de cuatro votos contra tres. De manera paradójica, los argumentos que triunfaron en la votación fueron justamente los mismos que habían sido derrotados en la Sala de Revisión de Tutelas, cuando se discutió la Sentencia T-006 de 1992, oportunidad en la que conforme se refirió, el magistrado Hernández Galindo había salvado el voto.

²⁵ Rubén Jaramillo Vélez, en cita que de él hace Óscar José Dueñas Ruiz, *Control constitucional*, 2 edición, Librería del Profesional, Bogotá, 1997, p. 182.

No obstante lo tajante de la decisión (la declaratoria de inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1992, que permitía la acción de tutela en contra de sentencias judiciales), dos hechos centrales se derivaron del contenido de este nuevo fallo:

- a) El transcurso del tiempo (quince años a la fecha), vino a dar la razón a quienes salvaron el voto en la Sentencia C-543 de 1992, mediante concienzudo escrito. Sus argumentos, en buena medida, constituyen el eje argumental de sentencias de unificación y de tutela, en las que triunfa la tesis de la procedencia de esta acción en contra de providencias judiciales y la declaratoria de nulidad de los fallos.
- b) Por primera vez y de manera expresa, en el contenido mismo del fallo, se habló de vías de hecho, aunque la forma lingüística que usó la providencia fue la de “actuaciones de hecho”. Con ésta se allanó el camino a la teoría de las vías de hecho constitucionales, hoy redefinida dogmáticamente por la de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Desde la consideración de los anteriores hechos se analiza a continuación la Sentencia C-543 de 1992.

2.1 El motivo del pronunciamiento

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, dos ciudadanos acudieron a la Corte Constitucional y demandaron los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991. Las normas demandadas fijaban un término de caducidad de dos meses para el ejercicio de la acción de tutela, cuando ésta fuera ejercida en contra de providencias judiciales (art. 11), a la vez que dejaban en libertad al accionante para ejercer otro tipo de acción legal en caso que fuere procedente (art. 12). Finalmente, el artículo 25 del decreto demandado establecía la posibilidad jurídica de obtener en la sentencia una orden en abstracto, en virtud de la cual, la parte accionada quedaba obligada al pago de indemnizaciones por daño, en los casos de actuación manifiestamente arbitraria.

Los argumentos de los demandantes fueron de dos tipos. En lo que se refiere a la inconstitucionalidad de la caducidad, los demandantes sostuvieron que tal lapso de tiempo contrariaba la prescripción del artículo 86 constitucional, según el cual, la acción podía ser ejercida “en todo tiempo y lugar”. Para el efecto se precisaba el alcance de la expresión desde diversos fallos tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado. Respecto de la inconstitucionalidad de la acción de tutela ejercida en contra de providencias judiciales, el argumento de los accionantes se centraba en el hecho de violarse la cosa juzgada legal.

Aunque el ataque de los demandantes se centró más en el término de caducidad, que en la propia viabilidad de la acción de tutela contra sentencias, fue este último el tema que centró la atención de la Corte, que declaró la inexecutable de los demandados artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, adicionando además la del artículo 40 del mismo estatuto, con base en el argumento de la unidad normativa. Respecto del artículo 25, también demandado, la Corte mantuvo su constitucionalidad.

De esta manera, y aunque no fuere el motivo inicial de la demanda, la parte mayoritaria de la sala declaró la inexecutable de la norma que contemplaba el ejercicio de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales. Se modificaba así la doctrina expuesta en la Sentencia T-006 de 1992, a la vez que se adicionaba antitécnicamente al final de la parte motiva del fallo, el evento de las “actuaciones de hecho”, como ocasión excepcional en la que procedía el amparo, aún en contra de lo dispuesto en una providencia judicial. En lo sucesivo se atiende a los argumentos contenidos dentro del fallo, así como a los del enfático salvamento de voto.

2.2 La tesis del sector mayoritario de la Corte en 1992.

La hermenéutica tradicional

Para la fecha del fallo –octubre 10 de 1992–, la corporación estaba constituida por siete magistrados. El sector mayoritario de la decisión estuvo constituido por los magistrados Simón Rodríguez Rodríguez, Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein y José Gregorio Hernández Galindo. Los cuatro jueces habían prestado con anterioridad sus servicios en la Corte Suprema de Justicia, tanto en

calidad de magistrados titulares, como de magistrados auxiliares. La parte minoritaria de la sala estuvo integrada por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, quienes venían tanto del sector privado, como del ejercicio de la docencia universitaria, y estaban familiarizados con modelos hermenéuticos diferentes al de la exégesis.

El perfil y el origen del sector mayoritario de la sala configuró el tipo de argumentación adoptado al momento de la decisión final: el formalismo y la exégesis impusieron su parecer, haciendo triunfar la tesis de la improcedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, bajo el apoyo de los argumentos de la seguridad jurídica y de la autonomía e independencia de la rama judicial. Sin embargo, y a pesar de la expresa declaratoria de inexequibilidad, en el contenido de la parte motiva del fallo se incluyó un pasaje argumental en virtud del cual solamente habría de proceder la acción de tutela en contra de sentencias judiciales, en los casos de “actuaciones de hecho” de los funcionarios. Es con base en esta única excepción que se construyó en su momento la teoría de la vía de hecho, hoy superada dogmáticamente por la enunciación de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

Los argumentos desde los cuales el sector mayoritario de la sala declaró la inexequibilidad de la tutela en contra de providencias, fueron:

a) Argumento acerca del contenido de la acción de tutela

Sabido es que durante ciento cinco años, los de vigencia de la Constitución de 1886, la lectura y la interpretación de los derechos fundamentales estuvo siempre regida por el paradigma del derecho civil y los civilistas, para quienes tales derechos eran, sobre todo, derechos subjetivos. Tanto era ello así, y tal el olvido del texto constitucional, que para que los colombianos supiesen de la existencia de los derechos fundamentales, estos tuvieron que ser insertados en el Código Civil. Esta fue nuestra herencia en materia de derechos fundamentales, y a decir verdad, hay herencias que se pagan caro.

El sector mayoritario de la Corte Constitucional, recogiendo la herencia hermenéutica del derecho privado, del derecho del dinero y los negocios, interpretó y entendió la acción de tutela, de conformidad con ese modelo, llegando a

calificarla como trámite preferente y sumario, al que se le endilgan como caracteres determinantes:

- La subsidiariedad, en virtud de la cual el amparo sólo opera en ausencia de otro medio de defensa judicial, así sea ineficaz, salvo la eventualidad del perjuicio irremediable.
- La inmediatez, en tanto que mecanismo inmediato, adecuado para evitar la violación o amenaza de un derecho fundamental.

Este par de características llevan a la sala a afirmar que la tutela es un medio judicial alternativo, adicional, complementario respecto del resto del orden judicial. Esta afirmación, que en sí misma es correcta, no obstante le permite a la sala derivar una afirmación que no lo es: la acción de tutela resultaría improcedente, por la simple existencia de otra cuerda procesal, aun en aquellos casos en los que esta cuerda no resulte eficaz.

Poco tiempo pasó para que la propia Corte Constitucional desvirtuara la absolutez de su inicial argumento formalista. Mediante fallos posteriores, la Corte corrigió esta postura, y en su lugar afirmó que la existencia de “otro medio de defensa judicial” no es impedimento absoluto, sino que tal medio de defensa ha de ser además eficaz, a efectos de no hacer írrito el derecho fundamental que se considera violado, que es el que finalmente importa.

b) Argumento de la prevalencia de la cosa juzgada legal

El segundo argumento que consideró fuerte el sector mayoritario de la sala tiene que ver con el principio de la cosa juzgada legal, calificado en el texto de la sentencia como “pilar de Occidente”. El argumento es inspirado y defendido desde una aclaración de voto que hiciera el civilista magistrado Jaime Geiffenstein Sanín,²⁴ aclaración en la cual llegó a hablarse incluso del “carácter metapositivo” del principio de la cosa juzgada legal, como si aún participaran todos en el antiguamente ingenioso juego de la metafísica. A su “pilar de Occidente” el sector

²⁴ Sentencia T-23 de 1992, aclaración de voto del magistrado Jaime Sanín Geiffenstein.

mayoritario lo caracteriza como inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio, en un peculiar esfuerzo argumental por hacerlo aparecer como un derecho humano (algunos no suelen distinguir muy bien entre lo que es un derecho humano y lo que es un derecho fundamental), para de este modo, y a partir de tal consideración, privilegiar el principio de la seguridad jurídica y su virtuosa fuerza para solucionar y definir conflictos, merced a soluciones fijas y estables que creen precisar el derecho. De contera, afirmó el sector mayoritario que la función de administrar justicia lleva implícito el principio de la cosa juzgada.

Todo este esfuerzo argumental de la sala es hecho únicamente en el interés de negar la tutela en contra de providencias judiciales, bien sea entendida la cosa juzgada en sentido material o en sentido formal, pues sin importar que haya o no violación del derecho fundamental, lo esencial habrá de ser (sostiene el sector mayoritario de la sala) la absoluta inmutabilidad de la sentencia, aun en contra del derecho fundamental, como que ella habrá de brindar la seguridad jurídica sin la cual (piensan), no podría sobrevivir el sistema jurídico.

c) “Argumento” biológico y del error

Bajo el nombre de “falacia del error judicial”, el sector mayoritario de la Corte apela a un argumento biológico, íntimamente vinculado a la aplicación del modelo del silogismo jurídico. Este sector “demuestra” que todos los jueces son biológicamente iguales, y lo que es mejor, que todos pueden equivocarse. Tras el brillante descubrimiento, encuentra la sala que las sentencias en general están constituidas por dos planos, un primer plano objetivo, integrado por las etapas y los elementos del proceso, y un segundo plano subjetivo, constituido por la operación mental que tiene suceso en el fallador, y que en el clima de la exégesis, la sala caracteriza como silogismo.

Esta equiparación entre el juez constitucional de tutela y el juez ordinario tiene como único objetivo argumental el de colocar en idéntico plano de falibilidad a uno y otro al momento de la decisión judicial. Tal naturalismo es tan sólo explicable desde una estrategia textual que evita enfrentar el asunto central. Si lo que importa en el juzgamiento de la tutela es la protección del derecho fundamental, el reforzado argumento biológico de la falibilidad de uno y otro juez ni le quita ni le pone al asunto principal. Que los jueces se equivocan es una evidencia

empírica que los sistemas tratan de evitar. Lo que sí resulta inevitable y es necesario asumir, es que no resulta serio construir desde esa evidencia empírica un argumento en contra del amparo al derecho fundamental. Por el contrario, el hecho de que los jueces se equivoquen, lo que indica es que la tutela en contra de sus decisiones equivocadas constituye un precioso instrumento, que sí logra avalar la seguridad jurídica.

La verdadera función garantizadora que cumple el proceso se encumbra aún más con el ejercicio de la tutela, en tanto que examen exceptivo constitucional de un asunto hasta aquel momento legal.

d) Argumento del principio de autonomía y especialidad de los jueces

La defensa del principio de autonomía y especialidad de los jueces ya había sido esgrimido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de la ya estudiada Sentencia T-006 de 1992. Para defender este argumento del formalismo jurídico, el sector mayoritario afirma que el juez debe fallar sin presiones, y que si alguna impropiedad se comete, es en la segunda instancia donde habrá de resolverse el asunto, sin necesidad de permear los criterios de jerarquía y especialidad que consagra la jurisdicción. Por lo mismo, considera la sala que se viola el principio de autonomía de los jueces, si un juez de otra especialidad ordena la modificación de una providencia judicial, aun si ella violenta un derecho fundamental. Tal en su parecer el tipo de distribución funcional que realiza el título VIII de la Carta Política, así como el artículo 228 de la misma, al fijar las jurisdicciones especiales, sin hacer siquiera mención de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental.

e) Argumento derivado del derecho comparado

El último argumento utilizado por el sector mayoritario tiene que ver con lo que el salvamento de voto de la sentencia denominó “una tendenciosa lectura del derecho comparado” sobre el tema.

La sala hace así una falsa lectura del recurso de amparo, privilegiando en cada país la estructura de la administración de justicia y la autonomía funcional del juez, sobre el contenido de los derechos fundamentales, todo ello en

nombre de la seguridad jurídica y de la certeza que debe irradiar de las decisiones judiciales. La debilidad del razonamiento usado y lo tendencioso de la estrategia textual utilizada, fue puesta de presente enérgicamente en el salvamento de voto, en el que se demostró, a partir de referencias normativas puntuales, que la tutela a nivel internacional no sólo constituye un instrumento idóneo para modificar el contenido de providencias judiciales, sino que además, tal mecanismo constituye sólo uno de aquellos al uso para la defensa de los derechos fundamentales.

2.3 La inclusión de las “actuaciones de hecho” en el texto de la sentencia

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, en la sentencia de constitucionalidad se impuso la lectura formalista de la parte mayoritaria de la corporación, en votación dividida de cuatro votos contra tres. Al respecto, el sector disidente elaboró y sentó un enérgico salvamento de voto que constituye hoy una valiosa pieza jurisprudencial, en la que se precisan los argumentos que responden a una lectura material del texto constitucional, que supera los restrictivos márgenes del formalismo jurídico superado hoy en buena parte del mundo.

En su estructura, el salvamento de voto está constituido básicamente por dos zonas comprensivas. Una zona que insiste en que la decisión de la Corte no estuvo guiada por un juicio jurídico sereno, sino por “una empecinada concepción del derecho que se resiste al cambio introducido por la nueva Constitución”, y que en este sentido, “la acción de tutela contra sentencias, lejos de sustituir o reemplazar los procesos ordinarios y especiales, los presupone, pues sin ellos no se producirían las sentencias y aquélla carecería de objeto”.²⁵

La segunda zona comprensiva del fallo, que es bien extensa, desarrolla aún más puntualmente los argumentos esgrimidos con ocasión de la Sentencia T-006 de 1992, ya expuestos en este trabajo, a los que ahora me remito.

Sin embargo, se debe señalar un hecho capital puesto de presente enérgicamente por el salvamento de voto, y es que como lo observa el sector

²⁵ Salvamento de voto de los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 1, de la Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

disidente, la parte mayoritaria, en conciencia del error en que incurrió al declarar inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, adicionó a la parte motiva del fallo algunos apartes. Este agregado se refiere justamente a lo que se llamó “actuaciones de hecho imputables al funcionario”, agregando que “...en hipótesis como éstas, no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia”, para afirmar finalmente y respecto de tales casos, la procedencia de la acción de tutela.

En resumen, habiendo triunfado la tesis de la inexecutable de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, se adicionó al texto aprobado en sala el aparte ya señalado, que establece genéricamente, y bajo el nombre de “actuaciones de hecho imputables al funcionario”, algunos eventos en los que es procedente la tutela en contra de providencias. En otras palabras, se adiciona a la sentencia una parte que no tiene correlato en la parte resolutive del fallo (al modo de una sentencia integradora, o de una sentencia de executable condicionada), tal y como habría correspondido a una opción adecuada. Resulta conveniente referir puntualmente la adición anunciada. Ella se encuentra enunciada en la consideración jurídica núm. 30 del salvamento en los siguientes términos:

... la adición de última hora, como ineluctablemente ocurre con los suplementos de su género, introduce contradicciones insalvables con el resto del texto, y particularmente con la parte resolutive. En efecto, de ser consecuente, la mayoría luego de su inesperado viraje ha debido también modificar la parte resolutive, declarando la executable parcial o condicional de los preceptos acusados, dado que ella misma reconoce, así sea tardíamente la constitucionalidad de la acción de tutela contra sentencias y demás decisiones judiciales.²⁶

De lo anterior se desprende entonces, que el verdadero contenido constitucional, aún aparentemente contrario a lo dispuesto en el fallo, no era otro que la viabilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

²⁶ Salvamento de voto, Sentencia C-543 de 1992, consideración jurídica núm. 30.

3. El curso posterior de la tutela contra providencias

Según se sabe, con posterioridad a los fallos analizados, y de modo progresivo, diversos despachos judiciales del país comenzaron a proteger los derechos fundamentales que eran violados por providencias judiciales. Estas decisiones, al comienzo aisladas, tuvieron como respaldo posterior los pronunciamientos de las Salas de Revisión, que produjeron una voluminosa jurisprudencia sobre el tema, que articula la actual teoría. Esta tercera sección del capítulo se ocupa de la evolución de la tutela contra sentencias posteriores a los fallos estudiados. En este sentido, reconstruye en sus momentos principales la producción jurisprudencial sobre el tema, tanto en sus etapas de evolución, como en sus contenidos.

3.1 La solución técnica que se omitió

La adición hecha a la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad analizada determinó el curso paradójico de la vía de hecho, pues a la vez que se disponía su expulsión del sistema normativo, comenzó la aplicación de la tutela contra sentencias, con base en el pasaje adicionado, muy en la conciencia de no haber sido englobado como cosa juzgada constitucional explícita, pues nada se dijo en la parte resolutive de la sentencia. En este sentido, la solución técnica del asunto habría consistido en hacer uso de la potestad constitucional que le permite a la Corte fijar el efecto de sus propios fallos, conforme a la doctrina constitucional que sentara la corporación días más tarde, en la Sentencia C-113 de 1993.

Por lo mismo, al momento de la decisión de inexecutable y del pasaje aditivo de la sentencia se contaba con la posibilidad normativa y jurídica de implementar un fallo que habría ahorrado muchas fricciones y desgaste a la administración de justicia. Más aún, la solución pudo haber sido derivada de las propias prácticas judiciales de la Corte Suprema de Justicia, corporación que en algunas oportunidades adoptó modalidades específicas de sentencia, hoy comprendidas bajo la denominación de sentencias de constitucionalidad condicionada.

El uso de las sentencias condicionadas en vigencia del control constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia fue una práctica ocasional. Ello no quiere decir, sin embargo, que haya de ser descalificado su uso frecuente por el carácter excepcional de su anterior ocurrencia, pues tal fenómeno ofrece una explicación. Ocurre que el diseño del control constitucional judicial dispuesto por

la Constitución de 1991, ha traído como consecuencia un abultado número de demandas anuales por inconstitucionalidad. Respecto de éstas, se ha encontrado que en algunos casos la simple declaratoria de exequibilidad o inexecutable resulta insuficiente a los fines de un adecuado control dentro de un Estado social de derecho. Por lo mismo, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de fijar el ejercicio de dos potestades fundamentales: la ya citada de fijar los efectos de sus propios fallos contenida en la Sentencia C- 113 de 1993; así como la potestad de modular los efectos de las sentencias de inexecutable, como técnica necesaria para asegurar la integridad y supremacía del texto constitucional, tal y como se establece en el texto de la Sentencia C-109 de 1995. De esta manera, las facultades genéricas de fijar los efectos de los propios fallos, así como la posibilidad de modular la sentencia, constituían medios de los que se pudo hacer uso en la Sentencia C-543 de 1992.

Podría argumentarse en contra que el tema de la modulación de los efectos de los fallos vino a ser trabajado por la Corte Constitucional tan sólo hasta 1995. Esta objeción es tan sólo parcialmente cierta, pues conforme se demuestra en el citado fallo,²⁷ la Corte Suprema de Justicia ya había hecho uso de tal alternativa judicial. Por lo mismo, esta sentencia de 1995, no habría hecho más que continuar una práctica que no era ajena al sistema nacional, y que en el caso concreto de la tutela en contra de sentencias judiciales habría propiciado una solución adecuada, mediante la implementación de una sentencia de constitucionalidad condicionada.

Podría argumentarse también en oposición, que este tema de la tutela en contra de sentencias constituye uno de los casos difíciles, o de “zona de penumbra”, para ser resuelto por vía de constitucionalidad, y que una decisión errada o atrevida al respecto habría atentado directamente contra la seguridad jurídica. Aunque esta afirmación es parcialmente cierta, habría resultado mucho más conveniente a efectos de la seguridad jurídica, la adopción de una sentencia más clara, más práctica, que no hubiese tenido que apelar a adiciones o insertos mal llevados al texto mismo de la sentencia.

²⁷ Sentencia C-109 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

En conclusión, el asunto de la tutela sobre sentencias y decisiones judiciales, aunque de difícil solución, pudo haber sido resuelto de un modo adecuado, y sobre todo, de un modo claro. Habría bastado para el efecto una sentencia interpretativa de constitucionalidad condicionada, conforme a la cual la Corte habría decidido mantener en el ordenamiento jurídico la norma demandada, pero condicionando su permanencia a que sólo resultaran válidas unas interpretaciones, mientras que las otras fueran inexecutable.

3.2 El curso posterior de la vía de hecho

La expedición de la Sentencia C-543 de 1992, fue inicialmente recibida como un gran voto de confianza al formalismo jurídico y al modelo hermenéutico de la exégesis. Prueba de ello es que luego de la publicación del fallo, la mayoría de los despachos judiciales del país cerró filas alrededor del modelo tradicional de interpretación, y negó sistemáticamente el amparo de tutela sobre sentencias judiciales. El argumento fue siempre el mismo: la declaratoria de inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, posición ésta que además de injusta, era defendida, desde una aparente ignorancia, pues los falladores adoptaban directamente el contenido de la decisión, y hacían caso omiso de la procedencia de la tutela en los casos de “actuaciones de hecho imputables al funcionario”, tal y como lo había dispuesto la Corte. Esta situación, entonces, llevó a otro extremo más pernicioso. Los despachos judiciales comenzaron a declarar improcedentes, de plano, todas las tutelas impetradas en contra de providencias judiciales, fundando su decisión en la declaratoria de inexecutable contenida en la Sentencia C-543 de 1992, sin consideración adicional alguna; con lo cual además, se sustraían del deber legal y constitucional de realizar el examen material del caso concreto que les era puesto a consideración. Esto trajo dos consecuencias desafortunadas: de un lado, los ciudadanos quedábamos de facto desprotegidos en los casos de violación de un derecho fundamental contenido en el texto de una sentencia judicial; de otro, se asistía a la desarticulación de la acción de tutela, así como a la desobediencia del mandato contenido en el artículo 5º de la Constitución Política, que dispone la prevalencia de los derechos inalienables de la persona humana, en tanto que el examen material sobre el derecho era despachado de plano, a la sombra del argumento formal de que lo atacado era una sentencia judicial.

Dado el anterior estado de cosas, y la entronización de tan odiosa práctica, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de tener que volver a construir por la vía de los fallos de revisión, la protección constitucional que ahora se obviaba, para lo cual reiteró que no es cierto que hubiere quedado excluida la acción de tutela sobre providencias judiciales, sino que, a pesar de no haber sido dispuesta una sentencia de exequibilidad condicionada, lo cierto era que en la parte final de la Sentencia C-543 de 1992 se había dado cabida a dicha tutela en los casos de “actuaciones de hecho imputables al funcionario”. Bajo estos supuestos, la Corte Constitucional tuvo que entrar a reconstruir la teoría de la tutela contra sentencias, cuyo camino, inicialmente dispuesto por la Sentencia T-006 de 1992, había quedado trunco en virtud de la posterior Sentencia C-543 de 1992.

3.2.1 Primera decisión sobre vía de hecho posterior a la Sentencia C-543 de 1992

Al indagar la Sala de Revisión acerca de cuál era el primer precedente jurisprudencial en torno a la tutela sobre sentencias judiciales por configuración de una vía de hecho, afirmó en el texto de la Sentencia T-055 de 1994 que “La Corte Constitucional ha reiterado esta posibilidad a partir de la Sentencia T-079 de 1993, en la cual se considera procedente la interposición de la acción de tutela frente a providencias judiciales que encubren una vía de hecho”.²⁸

Según allí se afirma, la Sentencia T-079 de 1993 actualizó jurídicamente la posibilidad de accionar en tutela contra providencias judiciales, opción que para entonces aparecía un tanto confusa, y que propiciaba después de casi cuatro meses de receso una solución jurisprudencial por vía de hecho. La solución contenida en la Sentencia T-079 de 1993, además de reactualizar la tutela contra sentencias judiciales, ofrece una situación muy interesante, ya que la vía de hecho allí tratada fue de doble frente, tanto sobre la actuación de un funcionario judicial, como sobre la actuación de un funcionario administrativo que cumplía tareas de contenido judicial. Ambos actos fueron objeto de descalificación

²⁸ Sentencia T-055 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 11.

constitucional simultánea, por violación de los derechos fundamentales de defensa, debido proceso e igualdad procesal. Los casos son los que siguen.

En el año 1991, la defensora de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), regional San Andrés, declaró en situación de abandono a un menor de edad de dos años, y ordenó en consecuencia iniciar los trámites de adopción. Impugnada posteriormente la decisión administrativa, ésta pasó a conocimiento del Juzgado Promiscuo de Familia de San Andrés, a efectos de realizar el control de legalidad respectivo. Este despacho judicial profirió finalmente sentencia, en virtud de la cual se homologaba la decisión administrativa.

Posteriormente, y por medio de apoderado, la madre del menor accionó en tutela, tanto en contra de la defensora de familia, como del Juzgado Promiscuo de Familia de San Andrés, a fin de obtener la protección de los derechos fundamentales vulnerados, la revocatoria de la resolución administrativa expedida, y la cancelación de la inscripción en el registro que fue avalada por el juzgado de instancia.

En primera instancia, conoció de la tutela la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cartagena, corporación que con fecha agosto 24 de 1992, concedió el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y la defensa, violentados tanto por la resolución administrativa, como por el fallo judicial. Impugnada la decisión de amparo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la protección de los derechos vulnerados, argumentando de un modo muy similar a como lo había hecho la Sala Civil del Tribunal. Seleccionado el proceso en la Corte Constitucional, correspondió a la Sala Segunda de Revisión, conformada por los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero; esta sala confirmó en todas sus partes y por la violación de los mismos derechos fundamentales, los dos fallos de instancia.

La violación de los derechos fundamentales consistió en lo que técnicamente se denomina un “defecto fáctico” configurado en dos oportunidades sucesivas:

- En la Defensoría de Familia, en tanto que allí se declaró en situación de abandono al menor, fundando la decisión en pruebas que no satisfacían las exigencias de los artículos 175 del Código de Procedimiento Civil, y 55 del Código del

Menor, además de lo cual se impidió sistemáticamente a la madre del menor ejercer la defensa de su derecho, así como la verificación del contradictorio.

- En el Juzgado Promiscuo de Familia, despacho en el que el yerro detectado fue mayúsculo, ya que el fallador no realizó el control de legalidad que le correspondía, conforme al ejercicio obligatorio de su órbita funcional, además de lo cual entró a decidir sin efectuar la fundamentación necesaria a la providencia.

Planteada entonces la anterior situación de violencia sobre los derechos fundamentales de la accionante, la Sala de Revisión fijó la siguiente tesis de fondo, que señalaría en buena parte el camino para la aplicación de la vía de hecho en tutelas: “Es procedente la acción de tutela cuando se ejerce para impedir que las autoridades públicas, mediante *vías de hecho* vulneren o amenacen derechos fundamentales” (énfasis en el original).²⁹

Esta tesis, además de establecer perentoriamente la posibilidad de la tutela en contra de providencias judiciales, fija para el caso concreto, que el sujeto activo de la infracción pueda ser toda autoridad pública, con lo cual resulta posible solicitar y obtener el amparo tanto sobre providencias judiciales (autos y sentencias), como sobre decisiones administrativas de contenido judicial. Así, en el presente caso se dispuso dejar sin efectos jurídicos dos instrumentos, la resolución administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y la sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia de San Andrés, en virtud de dos razones de peso: i) en atención al aspecto sustantivo constitucional, puesto que ambas decisiones violaban los derechos fundamentales de defensa, igualdad procesal y debido proceso; ii) en atención al aspecto funcional constitucional, por el que se dispuso dejar sin efectos jurídicos ambas providencias, cada una de la siguiente manera:

- Respecto de la sentencia de homologación del juzgado proferida en diciembre 12 de 1991, por cuanto ella contenía una típica vía de hecho judicial.

²⁹ Sentencia T-079 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 6.

- Respecto de la Resolución 115 de octubre 31 de 1991, proferida por la defensora de familia del ICBF Regional San Andrés, en el entendido de que la decisión allí contenida es de naturaleza judicial, sólo que los defensores de familia desarrollan en ciertos casos labores anteriormente conferidas a los jueces, “con el fin de agilizar los trámites judiciales en materia de protección al menor”.⁵⁰

Con lo anterior se sentó como jurisprudencia en materia de tutela que son pasibles de vía de hecho no sólo las providencias judiciales, sino que también quedan cubiertas por el amparo las decisiones administrativas cuyo contenido sea de carácter judicial.

3.2.2 Decisiones posteriores sobre vía de hecho

Con posterioridad a la sentencia reseñada, la teoría de las vías de hecho ganó progresivamente espacio, tanto en la jurisprudencia nacional como en varios despachos judiciales. Sin embargo el camino recorrido, aunque de progreso, ha tropezado siempre con el mismo escollo: la actitud reticente de algunos despachos y, más precisamente, la actitud personal de numerosos funcionarios, quienes más que una postura intelectual o doctrinaria al respecto, insisten en lo que el magistrado Ciro Angarita Barón en el salvamento de voto ya reseñado caracterizó como “una empecinada concepción del derecho que se resiste al cambio introducido por la nueva Constitución”.

En otras palabras, un grueso sector de nuestros jueces, con el Consejo de Estado a la cabeza, prefieren continuar en lo que el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz caracterizó como “provincialismo jurídico”,⁵¹ con su aferramiento a la exégesis, al espíritu restrictivo y a la gramática meramente estructuralista, en desmedro de la obligación personal y judicial de mantener la estricta observancia de los artículos 4º y 5º de la Constitución Política, que contienen los mandatos de

⁵⁰ Sentencia T-079 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 2.

⁵¹ Eduardo Cifuentes Muñoz y otros, *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, p. 7.

la supremacía constitucional y la prevalencia de los derechos inalienables de la persona humana, sobre cualquier otra clase de derechos. Sólo la actitud intelectual y personal de numerosos funcionarios judiciales que hacen honor a su investidura, permitió la dogmática de la tutela contra sentencias, y lo que resulta aún más valioso, que continúe brindando protección y justicia material a numerosos colombianos. En este sentido es de esperar que en virtud de un estudio serio, así como de una adecuada pedagogía constitucional los nuevos abogados, y sobre todo los nuevos estudiantes de derecho, que no vieron pasar su infancia y su juventud bajo la ley marcial del estado de sitio en Colombia, puedan tomar distancia de quienes nostálgicos de represiones pasadas, se empecinan en impedir la plena defensa de los derechos fundamentales.

Pero independientemente de la postura de quienes se niegan a abandonar prácticas hermenéuticas restrictivas, el hecho real es la recurrente actitud de los ciudadanos encaminada a la defensa de sus derechos, acompañada de los despachos de la Corte Constitucional, y que ha permitido la maduración de la teoría. Esta afirmación del carácter creciente de la protección se puso en evidencia inicialmente en la Sentencia SU-047 de 1999, providencia en la que a propósito del carácter “arbitrario” de la decisión judicial sobre la que recae la vía de hecho, se demuestra el carácter general de la aplicación que hizo la doctrina de la Corte, en una reseña de fallos que ilustra el uso generalizado de la protección constitucional aquí referida durante la primera etapa, ahora superpuesta por la reconfiguración dogmática del instituto, bajo la presentación de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias.

3.3 De las vías de hecho a las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias

A partir del año 2003, la jurisprudencia de la Corte Constitucional alrededor de la acción de tutela en contra de providencias judiciales experimenta una profunda reconfiguración dogmática que consiste, específicamente, en la superación de la teoría de las vías de hecho y los cuatro defectos en ella contenidos (sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico), para dar paso a la enunciación de la *teoría de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*, que es la actualmente al uso. No obstante, y para llegar a

esta última etapa, resulta necesario hacer mención de cuatro fases o momentos sucesivos:

- Una primera fase que se podría denominar “de asentamiento”, y que correspondería a la producción jurisprudencial de los años 1992 a 1994.
- Una segunda fase, que correspondería a la formulación de la “teoría de los defectos”, que constituyó la primera presentación de las modalidades de la vía de hecho.
- Una tercera fase, que correspondería a la formulación de la “teoría del test” para la vía de hecho, que fue la segunda presentación de las modalidades de misma, que se formuló en el año 1999.
- Una cuarta y actual fase, en la que hay una reformulación de la teoría de los defectos y se entra a manejar el concepto de causales genéricas de procedencia de la acción de tutela contra providencias, articulada jurisprudencialmente desde el año 2003.

Dada la especificidad de cada etapa y el progreso que ha representado cada una de ellas para la construcción de la teoría, resulta conveniente una presentación de las mismas.

3.3.1 Primera etapa o “de asentamiento”

Esta primera fase corresponde al periodo que va de los años 1992 a 1994, etapa durante la cual las decisiones sobre vías de hecho fueron produciéndose aisladamente y con ocasión del ejercicio de la revisión eventual de las acciones de tutela encomendado a la Corte Constitucional. Durante este periodo son proferidas sentencias de tutela sobre vías de hecho, que tan sólo se refieren al caso concreto del derecho vulnerado (usualmente el de debido proceso), sin referencia a una doctrina unitaria. En este sentido, cada una de las sentencias proferidas cumplía aisladamente la tarea de protección del derecho fundamental. Esta primera fase de asentamiento está constituida por el grueso de sentencias que sobre vía de hecho fueron proferidas desde 1992 hasta mediados de 1994, momento en el cual, y a partir de la Sentencia T-231 de 1994, resulta fundado hablar del comienzo de una segunda fase.

3.3.2 Segunda etapa. Primera formulación de las modalidades de la vía de hecho. Teoría de los defectos

Este segundo periodo de construcción de la teoría de las vías de hecho se configura a partir de la formulación de la teoría de los defectos, que permitió la identificación de cuatro modalidades o cuatro maneras de darse la vía de hecho. Esta etapa comprende el periodo que va desde la expedición de la Sentencia T-231 de 1994, hasta el año 1999, periodo en el que puede ser resaltado el valor doctrinal de las sentencias T-008 de 1998³² y T-1017 de 1999.³³

Como se explicó, una vez expedida la Sentencia C-543 de 1992, las decisiones sobre vías de hecho fueron presentándose de manera aislada. Las distintas salas de revisión iban conociendo de eventos en los que providencias judiciales violaban derechos fundamentales, para una vez verificada la vulneración, proceder al amparo respectivo. De esta manera, la protección operaba de un modo teóricamente difuso, en tanto que las salas, una vez percibida la configuración de la vía de hecho, procedían al otorgamiento de la protección, pero sin contar con una dosificación adecuada, ni con la identificación técnica de las modalidades genéricas en que operaba la tutela contra sentencias. No obstante, lentamente la Corte Constitucional fue fijando con precisión los eventos de procedencia, hasta llegar a la formulación de la teoría de los defectos, mediante la identificación de cuatro clases de yerros, errores o descalabros genéricos en los que incurrieran algunos funcionarios judiciales. Tales los defectos sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental, los que fueron definidos específicamente de la siguiente manera:

a) El defecto sustantivo

La Sentencia T-231 de 1994 lo define como la “utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición”. La Sentencia T-008 de 1998 dice que se configura cuando “la decisión impugnada se funda en una norma *evidentemente* inaplicable”. Finalmente, la sentencia T-1017 de 1999 afirma que una sentencia constituye una vía de hecho por defecto sustantivo “por encontrarse fundada en una norma claramente inaplicable en el caso concreto”.

³² Sentencia T-008 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ Sentencia T-1017 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

b) El defecto fáctico

Según la Sentencia T-231 de 1994 el defecto fáctico es la utilización de un poder concedido al juez “en la aplicación del derecho sin contar con el aporte de los hechos determinantes”. La Sentencia T-008 de 1998 lo refiere en los casos en que “resulta *incuestionable* que el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”. Finalmente, la Sentencia T-1017 de 1999 dice que lo habrá, “cuando resulta evidente que el fundamento fáctico o probatorio de la decisión es absolutamente inadecuado”.

c) El defecto orgánico

La Sentencia T-231 de 1994 dice que hay defecto orgánico en los casos de “ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular”. La Sentencia T-008 de 1998 lo identifica en los casos en que “el funcionario que profirió la decisión carece, *en forma absoluta*, de competencia para hacerlo”. Finalmente, la Sentencia T-1017 de 1999 dice que éste “se produce en aquellos eventos en los cuales el funcionario judicial carece por completo de competencia para resolver el proceso”.

d) El defecto procedimental

La Sentencia T-231 de 1994 caracteriza el defecto procedimental como “la actuación por fuera del procedimiento establecido”. La Sentencia T-008 de 1998 afirma que se presenta cuando “el juez actuó *completamente* fuera del procedimiento establecido”. Finalmente, la Sentencia T-1017 de 1999 lo predica “si el fallador se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones”.

3.3.3 Tercera etapa. Segunda formulación de las modalidades de la vía de hecho. El test para la vía de hecho

Este periodo de la construcción de la teoría se articula a partir de 1999, con la expedición de la ya citada Sentencia T-1017 de 1999, providencia en la cual la Corte Constitucional, tomando como base los cuatro defectos ya enumerados, desarrolla la teoría del test para la vía de hecho. La de los test constitucionales es una técnica que consiste en un examen o escrutinio al que es sometida una

situación o un problema jurídico, que entra a ser resuelta desde criterios puntuales articulados por el test. En concreto se trata de una metodología que permite evaluar la consistencia constitucional de una solución o de un resultado. De acuerdo con la formulación del test, éste varía de intensidad, según la situación, por lo cual suele hablarse de test estricto, de test débil y aún de test intermedio. La finalidad en todos los casos es la de adoptar una herramienta técnica que contenga criterios claros de evaluación, de modo tal que sea posible neutralizar los criterios acomodaticios y tendenciosos que le han hecho mucho daño a los ciudadanos, tales como las “razones de Estado”, el “interés general”, el “bien común”, o la “moral pública”, bajo cuya sombra han crecido toda suerte de soluciones demagógicas y de fuerza.

3.3.3.1 El test estricto para vías de hecho. Los defectos

La expresión “test” para la vía de hecho fue introducida por primera vez en la jurisprudencia nacional, mediante la Sentencia T-1017 de 1999 en la que refiriéndose al test estricto señaló:

La jurisprudencia ha establecido un estricto test para definir si una determinada decisión judicial adquiere el carácter de vía de hecho. Al respecto, la Corte ha indicado que una decisión judicial podrá ser impugnada a través de la tutela cuando se presenten, de manera ostensible, uno de los siguientes cuatro defectos: 1) defecto sustantivo ...; 2) defecto fáctico ...; 3) defecto orgánico ... y 4) defecto procesal.⁵⁴

Esto quiere decir que el test estricto corresponde al examen riguroso que ha de hacerse de la situación, ubicable únicamente dentro de las cuatro modalidades caracterizadas inicialmente como “defectos”. De acuerdo con la Corte, la aplicación de este test estricto descansa en la defensa del principio de autonomía judicial y en la protección de la cosa juzgada.

⁵⁴ Sentencia T-1017 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 2.

3.3.3.2 *El test débil para vías de hecho. La inhibición*

En sentido contrario, la característica fundamental del test débil consiste en que el examen, escrutinio o juicio que se hace no resulta ser tan riguroso, tan severo. Para la Corte, el test débil deberá ser aplicado únicamente en presencia de fallos inhibitorios, dado que respecto de éstos no es predicable la consecuencia de la cosa juzgada. Sobre el punto la corporación precisó:

En estos casos, el test para identificar si la decisión constituye una verdadera vía de hecho resulta distinto y, evidentemente, menos estricto. En efecto, como ya lo había manifestado esta corporación, para que una decisión judicial inhibitoria sea considerada una vía de hecho, basta con que se demuestre que el juez tenía dentro del ordenamiento jurídico una oportunidad clara y objetiva de proferir sentencia de fondo. En estas circunstancias, se configura una vulneración del derecho al debido proceso de las partes que han sometido su disputa a la decisión judicial.³⁵

Lo anterior quiere decir que la evaluación del juez de tutela en los casos de aplicación del test débil habrá de contar con dos elementos: i) la existencia de una decisión inhibitoria; ii) la seguridad de entender que con lo recaudado en el proceso resultaba posible proferir decisión de fondo, en vez de inhibirse de fallar.

Esta doctrina de la inhibición como causal de la declaratoria de la vía de hecho fue también objeto de pronunciamiento por la vía del control abstracto de constitucionalidad, mediante la Sentencia C-666 de 1996. En ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, un ciudadano acudió a la Corte y demandó los artículos 94 y 373 del Código de Procedimiento Civil. Respecto de la primera norma le solicitaba a la Corte que declarara inconstitucional el hecho de la declaratoria de caducidad, en aquellos eventos en los cuales el proceso finalizara con sentencia inhibitoria. Respecto de la segunda norma, el accionante buscaba que las sentencias inhibitorias no fuesen incluidas dentro de aquellas que hacen tránsito a cosa juzgada. En opinión del demandante, las normas acusadas vulnera-

³⁵ Sentencia T-1019 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 2.

ban los artículos 29 y 228 de la Constitución, en tanto que los fallos inhibitorios impiden la efectividad de los derechos contenidos en la Constitución, ya que desde aspectos puramente formales se favorecía la ineficacia de la administración de justicia.

Examinado el asunto, la Corte optó por declarar la exequibilidad condicionada de los dos segmentos normativos demandados. En el pasaje pertinente la Corte declaró:

Tercero. La exequibilidad de los preceptos enunciados se condiciona además, en el sentido de que las providencias judiciales inhibitorias únicamente pueden adoptarse cuando ejercidas todas las atribuciones del juez y adoptadas por él la totalidad de las medidas procesales para integrar los presupuestos del fallo, resulte absolutamente imposible proferir decisión de fondo.³⁶

Para llegar a su decisión, la Corte realizó un examen acerca de lo que constituye el ejercicio de la función judicial y la tarea del juez al decidir el derecho. Sobre el punto sostuvo que la inhibición ha de ser una medida de carácter excepcional, posible únicamente en casos extremos, en los que el juez se ve enfrentado a esa única alternativa. Por lo mismo, cuando se profiere un fallo inhibitorio sin atención a una razón jurídica valedera, lo que realmente se hace es impedir el acceso de las personas a la administración de justicia. La consideración de este carácter excepcional del fallo inhibitorio, así como la necesidad de la justificación jurídica de su ocurrencia, llevó a la Corte a afirmar la siguiente tesis:

Se configura, en tales ocasiones, una verdadera e inocultable vía de hecho, toda vez que, al inhibirse sin razón válida, el juez elude su responsabilidad, apartándose de la Constitución y de la ley; realiza su propia voluntad, su interés o deseo, por encima del orden jurídico; atropella a quienes están interesados en los resultados del juicio y hace impracticable el orden justo preconizado por la Constitución.³⁷

³⁶ Sentencia C-666 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, puntos resolutivos.

³⁷ Sentencia C-666 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

La decisión de la Corte de caracterizar los fallos inhibitorios como vías de hecho obedece a la ley interna contenida en tales decisiones. En ellas actúa la voluntad o el deseo del funcionario y no la del ordenamiento. El juez decide allí no cumplir su función, decide abstenerse de hacerlo, dando prelación a la mera formalidad del derecho. Esta actitud, lejos de garantizar la integridad de la actuación jurisdiccional, viola varias normas constitucionales, tales como el Preámbulo, el principio de efectividad contenido en el artículo 2, el derecho al debido proceso dispuesto en el artículo 29, y con él, los derechos a fallo, a jurisdicción y a procedimiento, que son cumplidos tan sólo en apariencia. Se impide finalmente el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia fijado en el artículo 229 de la Constitución, en tanto que si bien el sujeto es vinculado al trámite procesal, éste resulta nugatorio, pues no cumple la necesidad material para la cual fue establecido.

En conclusión, al caracterizar la Corte Constitucional al fallo inhibitorio como una vía de hecho, lo único que hace es defender el principio de efectividad, garantizando a los colombianos el derecho a fallo como característica axial de la relación entre las personas y la rama judicial.

3.3.4 Cuarta etapa. De las vías de hecho a las causales genéricas de procedibilidad

Posteriormente, y a partir del año 2003, la Corte Constitucional, inicialmente por iniciativa del despacho del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, en el interés de perfeccionar el marco teórico-normativo de la tutela contra sentencias, y en especial, intentando aminorar las características de “arbitrariedad” o “grosería” de su ocurrencia, comenzó a cambiar la denominación de los defectos de la vía de hecho por lo que luego fue denominado causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro de lo que fue descrito como una “redefinición dogmática”. El anuncio del desplazamiento fue hecho en la Sentencia T-441 de 2003, en la que la Corte revisó un fallo de tutela que negaba el amparo a una madre que impugnaba el mantenimiento de la patria potestad de un padre señalado de cometer abusos sexuales sobre sus hijas menores. Sobre el punto la Corte señaló que: “A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pueden identificarse *diversas situaciones genéricas de violación de la*

*Constitución que autorizan la procedencia de tutela en contra de providencias judiciales, incluidas las sentencias*³⁸ (énfasis agregado).

De esta manera, se introducían modificaciones en la denominación de la figura, adelantándose un proceso de refinamiento doctrinal, que llevó a la corporación a hablar de un verdadero “avance jurisprudencial”, que fue descrito por el Tribunal en los siguientes términos:

10. Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta redefinición ha operado a partir del poder de irradiación del principio de eficacia de los derechos fundamentales (art. 2, CP) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 de la CP).

En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “*causales genéricas de procedibilidad*”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de la tutela (...) ³⁹ (énfasis agregado).

En esta perspectiva, dentro del ensanchamiento conceptual señalado y el nuevo tratamiento lingüístico de la figura, fueron fijadas con precisión ocho causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales:⁴⁰

- a) El defecto orgánico
- b) El defecto procedimental absoluto
- c) El defecto fáctico
- d) El defecto material o sustantivo
- e) El error inducido

³⁸ Sentencia T-441 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 11.

³⁹ Sentencia T-949 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 10.

⁴⁰ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 25.

- f) La decisión judicial sin motivación
- g) El desconocimiento del precedente
- h) La violación directa de la Constitución

El esfuerzo de la Corte por configurar dogmáticamente la institución y precisar las diversas modalidades ha venido ganando espacio entre los distintos operadores y usuarios de la administración de justicia. Sin embargo, el uso de la nueva denominación de “causales genéricas de procedibilidad” ha tenido que adaptarse a los hábitos lingüísticos de los ciudadanos, los abogados y de la propia Corte, quienes continúan empleando la denominación de “vías de hecho” para referirse a esta modalidad de la tutela. Prueba de ello es la Sentencia T-058 de 2006, en la que al entrar a definirse la eventual violación del derecho al debido proceso por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional consideró que se habían configurado de modo explícito dos vías de hecho.⁴¹ Las razones de esta integración en el uso de las expresiones son muy obvias, estando relacionadas con las leyes de economía del lenguaje que operan entre los hablantes, así como con el gran poder semántico de la expresión “vías de hecho”, que adicionalmente le otorga un fuerte rasgo de identidad a la figura.

4. El tema central en juego. El contenido del concepto de seguridad jurídica

La totalidad de este capítulo trabajó el tema del nacimiento de la teoría de las vías de hecho, para luego dar paso a su redefinición dogmática, desde el concepto de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias. De conformidad con lo expuesto, el recorrido trazado por la figura ha estado marcado siempre por el enfrentamiento entre dos maneras de entender el derecho constitucional, de percibir los derechos fundamentales y de discernir el derecho con ocasión del ejercicio de la acción de tutela. De un lado se ha identificado la lectura de los defensores del formalismo jurídico, el sector tradicional de los

⁴¹ Sentencia T-058 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

abogados colombianos, cuyo entendimiento no va más allá de la exégesis y su culto al principio de legalidad, a la figura del legislador, siempre gustosos del autoritarismo, del culto a las puras formas, y que se ha cernido en el sistema judicial colombiano como destino inmerecido, ya extrañamente anunciado por un civilista colombiano al afirmar que: “Fuimos herederos universales de la escuela exegética francesa, y aún lo somos. Exegéticamente estudiaron derecho nuestros mayores, y exegéticamente nos lo enseñaron”.⁴²

Del otro lado se ubica la lectura de quienes son llamados indistintamente progresistas o garantistas. Éstos han adicionado a las lecturas tradicionales de los clásicos franceses del derecho civil y del derecho público, con su culto por el principio de legalidad, la lectura de autores contemporáneos y mejor ventilados, así como a tradiciones más respetuosas del principio de supremacía constitucional y de la efectividad (que no de la mera proclama) de los derechos fundamentales. En este sentido se trabaja ahora con intensidad en bibliotecas de tradición anglosajona, en versión norteamericana e inglesa, así como en las tradiciones del derecho continental europeo, especialmente el español y el alemán. Por lo mismo, la lectura que se hace es sobre el Estado social de derecho, que supera en garantías a la lectura restrictiva del simple Estado de derecho del liberalismo clásico, centrándose ahora el interés, más que en la figura del legislador, en el uso de la norma, así como en la efectividad real y material de los derechos contenidos en ella.

Es desde el dato de la existencia de los dos modelos hermenéuticos (el del formalismo jurídico, propio de la consideración del Estado liberal clásico, y el del garantismo, propio de la consideración del Estado social de derecho) que se aborda el tema de la seguridad jurídica, uno de los más polémicos en el panorama actual. Tanto es esto así, que el sector más tradicionalista de nuestros abogados denuncia la fractura de la seguridad jurídica por parte de la Corte Constitucional, con ocasión de las diversas modalidades de fallos de constitucionalidad, así como con la ocurrencia de los fallos de tutela contra sentencias. Por su parte, los lectores contemporáneos de la Constitución, afirman la continuidad del

⁴² Arturo Valencia Zea, *Derecho Civil*, Tomo I, Parte general y personas, 8 edición, Temis, Bogotá, 1979, p. 115.

concepto de seguridad jurídica, solamente que ajustado al modelo hermenéutico propicio al Estado social de derecho que adoptó la Carta constitucional de 1991.

En atención a lo expuesto, el recorrido que hace esta parte final del capítulo es el siguiente. Inicialmente, aborda el concepto de seguridad jurídica. Luego de su presentación, expone las consecuencias que se derivan de la lectura que sobre el mismo hace el modelo del formalismo jurídico. Finalmente, se presenta el contenido del concepto de seguridad jurídica bajo la concepción del Estado social de derecho. Quede desde ya claro que la lectura que aquí se hace tanto del tema de la seguridad jurídica, como del tratamiento que ha sido dado a la tutela contra sentencias, se hace desde la perspectiva hermenéutica planteada a modo de tesis por la Corte Constitucional desde sus principios, conforme a la cual, “para la realidad del derecho es más importante establecer cuáles son los criterios de interpretación y aplicación de las normas, que establecer cuál es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría”.⁴³

4.1 El concepto de seguridad jurídica

Lo que sea la seguridad jurídica, se encuentra muy vinculado a la vocación semántica de la expresión. En general, la expresión lingüística “seguridad”, apunta tanto a la implementación de los mecanismos que impiden que algo falle, como al sentido de confianza de quien es objeto de lo seguro. En lo que tiene que ver con el concepto de seguridad jurídica en concreto, la Corte Constitucional ha venido afirmando su carácter de principio jurídico en los siguientes términos: “El Estado-juez, al igual que los otros órganos, está atado a los principios de economía procesal, igualdad, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial”.⁴⁴

Como quiera que la seguridad jurídica es definida como un principio, resulta necesario precisar que sea uno de ellos. Alexi entiende por principios las “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden

⁴³ Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, consideración jurídica núm. II.

⁴⁴ Sentencia 1017 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 19.

ser cumplidos en diferente grado”,⁴⁵ y según posibilidades jurídicas y reales. Adicionalmente, señala que las normas de derecho fundamental son ellas mismas principios jurídicos y constitucionales. En este sentido, y dentro de esta línea, por ejemplo, los principios de libertad personal (art. 28, CP) y de prevalencia de los derechos fundamentales (art. 5, CP), serían normas de aplicación inmediata, de carácter general, para ser cumplidas y aplicadas en Colombia, de la mejor manera posible, aun bajo las condiciones de conflicto armado, históricamente permanentes en el país.

Las características de los principios son:

- Son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato. Sobre el punto Alexi ha precisado que “toda norma es o bien una regla o bien un principio”.⁴⁶
- Son normas de carácter general. Esto significa que son aplicables sin restricción a un universo muy grande de casos y en todas las especialidades jurídicas. Así por ejemplo, los principios de participación, de buena fe o de defensa, son exigibles y aplicables indistintamente en derecho civil, penal, laboral, administrativo o constitucional.
- Son las normas que deciden los casos difíciles o complejos. Más aún, operan en todos aquéllos en los que las simples reglas resultan insuficientes o contradictorias, así como en los casos en que se involucran normas de derecho fundamental.
- Sus conflictos son resueltos por ponderación, es decir, por una operación en la que puestos en conflicto varios principios, se determina cuál de ellos tiene mayor peso específico en la circunstancia concreta.

De acuerdo con la caracterización hecha, la seguridad jurídica, en tanto que principio, tendría contenido normativo, o lo que es lo mismo, contendría el mandato de residencia de “la certeza por parte de la colectividad y sus asociados

⁴⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 86.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 87.

en relación con la definición de los conflictos que se llevan a conocimiento de los jueces”.⁴⁷

Esta certeza en el carácter de las decisiones judiciales constituye el elemento esencial de la seguridad jurídica. Es esta certeza la que despierta el sentimiento de confianza y adhesión al sistema, que llamamos seguridad jurídica, y que hace que los asociados confíen en su aparato judicial, en tanto que éste, como prueba de su acción, habrá de producir soluciones sólidas, llamadas sentencias, que entran a definir con seguridad los litigios. Es justo este elemento el que despierta el sentimiento de pertenencia al sistema.

En este sentido, tanto formalistas como garantistas aceptan que el de seguridad jurídica es un principio, y que él, “reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan a conocimiento de los jueces”, conforme se dijo. Sin embargo, al vincular el principio de seguridad jurídica con el principio de la cosa juzgada y con la intangibilidad de las sentencias, es que comienzan las diferencias, pues al asociar esos temas surgen dos preguntas ineludibles: ¿descansa la seguridad jurídica en el carácter inmutable de la sentencia, por el solo hecho de ser sentencia judicial, así vulnera derechos fundamentales?, o en sentido contrario, ¿descansa la seguridad jurídica en el principio según el cual, las sentencias son inmutables, salvo que éstas violen preceptos constitucionales o derechos fundamentales, caso en el cual puede contarse con la seguridad de que el fallo podrá ser revisado a efectos de asegurar la justicia material?

Son éstas las dos posturas en disputa. La primera corresponde a la tesis central del formalismo jurídico alrededor del principio de seguridad jurídica. La segunda corresponde a la tesis del garantismo acerca del mismo punto.

4.2 La seguridad jurídica en el formalismo jurídico. La existencia del “punto final”

Tomando como punto de partida el concepto de seguridad, “la actividad de la jurisdicción no puede moverse eternamente en el terreno de lo provisional. El

⁴⁷ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

punto final, después de agotados todos los momentos procesales, se erige en factor insustituible de la convivencia, en cuanto implica la consolidación real del criterio de justicia”.⁴⁸

De acuerdo con esta afirmación, la sentencia final dentro de un proceso judicial, por el solo hecho de ser sentencia y de ser final, brinda seguridad jurídica, ya que no puede ser objeto de una nueva revisión, sin importar cuál sea el contenido de la misma, pues se presume que si agotó todos los trámites de la instancia, ha de ser conforme a derecho. De esta manera, si una sentencia final, a pesar de los controles usuales de los recursos y de las instancias, llega a su punto culminante de ejecutoria, y alcanza el carácter de cosa juzgada, por ese solo hecho no puede ser revisada, así el contenido del fallo vulnera derechos fundamentales.

Esta tesis descansa en el carácter estrictamente formal del juzgamiento, y olvida la preceptiva constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental que establece el artículo 228 de la Constitución. En efecto, los defensores del formalismo jurídico vinculan equivocadamente la sentencia de “punto final” con el programa constitucional de la vigencia de un orden justo que dispone el artículo 2° de la Constitución, en tanto entienden que el solo suceso de la cosa juzgada legal asegura la vigencia del orden justo, asumiendo de manera equivocada, que de un suceso formal (el trámite de las instancias), se deriva necesariamente un suceso material (la vigencia del orden justo por la observancia de los derechos fundamentales y los principios constitucionales).

Este celo formal, que encumbra la cosa juzgada legal aún más allá de los mandatos constitucionales, descansa igualmente en otra lectura equivocada, que esta vez se realiza sobre los principios de autonomía y especialidad de la rama judicial, principios éstos que le sirven para descartar la posibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, olvidando que el principio de autonomía funcional no es absoluto, pues “Los jueces son independientes y autónomos. Su independencia es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución”.⁴⁹

⁴⁸ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁹ Sentencia SU-1219 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 7.2.

En conclusión, los defensores de esta tesis del “punto final”, asumen una presunción de constitucionalidad del contenido de la totalidad de los fallos judiciales que no es correcta, pues como lo ha puesto de presente el mecanismo de revisión en sede de tutela, y el sistema internacional de protección de los derechos humanos, son muchas las violaciones de los derechos fundamentales contenidas en sentencias judiciales. Por lo mismo, hacer descansar la seguridad jurídica en la mera inmutabilidad formal del fallo es un error, tan sólo corregible por una concepción de la seguridad jurídica que descansa en el hecho de que cualquier fallo que viole derechos fundamentales podrá ser revisado, pues sólo así podrá consolidarse un verdadero sentimiento de seguridad, de certeza, de pertenencia y de adhesión al sistema judicial al que pertenecemos.

4.3 La seguridad jurídica y la defensa de los derechos fundamentales

Quienes por el contrario luchan por la garantía de los derechos fundamentales defienden la tesis de la inexistencia de fallos inimpugnables, pues toda decisión judicial, así sea de punto final, podrá eventualmente ser sometida al examen de la acción de tutela, cuando quiera que la sentencia violente los mencionados derechos. En este sentido, afirman que la lectura de los formalistas “sacrifica el interés general, la justicia y la primacía de los derechos fundamentales que dicen defender en aras de una espuria seguridad jurídica, representada por las sentencias violatorias de los derechos fundamentales devenidas inimpugnables”.⁵⁰

Al existir la posibilidad constitucional de la revisión de los fallos que vulneran derechos fundamentales, el contenido del concepto de seguridad jurídica se desplaza al plano material. Así, no basta simplemente que la sentencia sea de punto final para que ella brinde seguridad jurídica, o lo que es lo mismo, no basta la mera forma jurídica por el solo hecho de ser sentencia. Por el contrario, la seguridad jurídica consistirá entonces, en que todos los jueces y ciudadanos del país habrán de saber que todas las decisiones judiciales son revisables, cuando

⁵⁰ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, salvamento de voto de los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 16.

ellas violan los derechos fundamentales. Esta certeza de los fallos inconstitucionales dispone una seguridad jurídica mucho más integral y material respecto de la ofrecida por los formalistas en tanto que:

- Brindará a los ciudadanos la seguridad jurídica de que sus derechos fundamentales son realmente intangibles, pues ni siquiera las decisiones de los jueces pueden vulnerarlos.
- Brindará a los propios jueces la seguridad jurídica de tener que ajustar sus decisiones a la vigencia y el contenido de los derechos fundamentales, ya que tendrán la certeza de que sus decisiones no serán legitimadas ni judicial ni socialmente, si no se adhieren al cumplimiento de aquéllos.

Este contenido material de la seguridad jurídica descansa en sólidos preceptos constitucionales que son actualizados con ocasión de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales. Tal es la preceptiva del artículo 5° de la Constitución Política, que establece perentoriamente la primacía de los derechos fundamentales de la persona; la del artículo 86 de la Constitución Política, que fija la protección directa de los derechos fundamentales constitucionales por medio de la acción de tutela; y el ya referido artículo 228 de la Carta, que ordena la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. Más aún, tiene como fundamento la existencia y la coherencia del propio sistema normativo, pues como bien lo anota la Corte, “la seguridad jurídica de un sistema normativo se funda precisamente en el respeto que se le asigne a las disposiciones constitucionales que irradian todo el ordenamiento, y a la unidad y armonía de los diferentes niveles legales con las disposiciones de la Carta”.⁵¹

Sólo a partir de la consideración de un concepto de seguridad jurídica que asegure el sometimiento de las decisiones judiciales a la primacía de los derechos fundamentales de la persona, podrá ser asumida la lógica del orden justo, configurada desde el respeto de las garantías individuales y desde la aceptación de la consistencia del propio sistema normativo.

⁵¹ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 9.

Capítulo II

Las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales

El capítulo I entró de lleno en el tema de la tutela contra providencias judiciales, para lo cual reconstruyó puntualmente el contenido de los dos precedentes jurisprudenciales más antiguos y más importantes sobre el tema, enfrentando, a propósito de ellos, dos tipos de lectura: la de los defensores de la exégesis, que repudian a la acción de tutela por estar cerca del ciudadano y por querer desmontar un hermético sistema de interpretación que privilegia al poder sobre las personas; enfrentada a la lectura de los defensores de la tutela, en tanto instrumento de defensa de los derechos fundamentales y de las personas. Hecha la reconstrucción, se tematizó el asunto de la seguridad jurídica, para mostrar cómo este concepto se enriqueció a partir de la aplicación del nuevo modelo constitucional.

Fijados los precedentes, este capítulo se ocupa de las distintas causales de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Para el efecto, el capítulo se divide en tres zonas comprensivas que evacuan progresivamente el tema. En la primera parte, el texto se detiene en la determinación de las operaciones contenidas al momento de proferirse un amparo de tutela en contra de una decisión judicial. Señaladas las operaciones, el texto se adentra en trabajar el contenido conceptual de la tutela contra providencias judiciales, esta vez alejadas de las nociones de arbitrariedad y de acto burdo que gobernaban en el pasado el concepto de vía de hecho. En la tercera parte y final del capítulo, se encara la labor más ardua: se explicita cada una de las causales genéricas de procedibilidad en sus distintas modalidades, desde sus clasificaciones internas, con aplicaciones concretas para cada una de éstas. La finalidad de este capítulo es ver el derecho en acción, en lo que se refiere a la tutela contra providencias judiciales.

1. Operaciones contenidas en la tutela contra providencias judiciales

Alrededor de la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales se han hecho varias afirmaciones. Se la entiende como el resultado de

una cierta actuación en sede de tutela, que permite proteger los derechos fundamentales y, muy especialmente, el derecho al debido proceso, cuando ha sido vulnerado por un funcionario judicial. También se hace consistir en una declaración que hace un juez constitucional, cuando encuentra que una providencia judicial ha vulnerado derechos fundamentales de modo tal que dicho funcionario, al vulnerar tales derechos, actuaba fuera del poder que ostentaba por su calidad de servidor público. Si bien todas estas afirmaciones aumentan la comprensión que se tiene sobre el instituto, resulta conveniente detenerse en el tipo de operaciones que hace el juez constitucional al conceder un amparo de éstos.

En primer lugar, los fallos de tutela sobre providencias judiciales consisten en decisiones en las que junto a la orden de protección del derecho fundamental violado, se contiene usualmente en la parte motiva del fallo la declaración de existencia de la situación irregular que anteriormente era designada como vía de hecho. En segundo lugar, este tipo de fallos están contenidos tanto en sentencias de las salas de revisión, como en sentencias de unificación (SU). Este hecho es muy significativo, pues indica que existe unidad doctrinal en la Corte alrededor de la institución.

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse la existencia de una doble operación en la tutela contra providencias judiciales. De un lado, una operación de tipo orgánico, que consiste propiamente en la declaración de un estado de cosas que vulnera uno o más derechos fundamentales en virtud de una providencia; y de otro lado, una operación de carácter instrumental, que se concreta propiamente en la orden de protección decretada con ocasión de la violación de los derechos fundamentales en una providencia judicial.

1.1 La operación orgánica en la tutela contra providencias

En sentido orgánico, la tutela contra providencias consiste en *una declaración* contenida en un fallo de tutela, usualmente en la parte motiva, en virtud de la cual el juez constitucional constata y expresa la transgresión de uno o más derechos fundamentales, en una providencia judicial, sea ésta un auto, una resolución o una sentencia. La consecuencia de la constatación de la violación del derecho fundamental consistirá en la anulación del acto jurisdiccional, conforme a la orden de protección que habrá de ser emitida para el efecto.

Este amparo consiste en una declaración, en tanto que el juez constitucional fija la existencia de un estado de cosas, consistente en la violación de sendos derechos fundamentales en una providencia judicial. El juez constitucional de tutela –y todos los jueces lo son al fallar una petición de amparo–, para adoptar su decisión, examina los hechos que se ponen en su conocimiento frente a la normativa de los derechos fundamentales. Bajo este propósito podrá o no adelantar actividad probatoria, en el interés de establecer si existe o no violación del derecho fundamental. Así, el juez constitucional habrá de confrontar el contenido y la forma de la providencia atacada, con la normativa de los derechos fundamentales, para otorgar o negar el amparo. En este sentido, *su labor es de verificación*, pues verifica la observancia de los mencionados derechos. Cuando el asunto llega a la Corte Constitucional, esta labor de verificación se duplica, pues las salas de revisión entran a verificar tanto la relación sustancial del derecho fundamental con la providencia atacada, como la calidad de los fallos de instancia en relación con el derecho violado.

En síntesis, en los casos de violación de un derecho fundamental por una decisión judicial, el juez de tutela pone de presente tal situación, declarando la existencia de la transgresión, para proceder luego a impartir las órdenes de protección que sean del caso, y poder restablecer así en su derecho al accionante. Es en este último sentido, y en atención a la orden, que se puede hablar de una operación instrumental en la tutela contra providencias judiciales.

1.2 La operación instrumental en la tutela contra providencias

En sentido instrumental, la tutela contra providencias no es ya una declaración, sino un mandato de protección, de amparo o de tutela, que emite el juez constitucional, y que consiste en *una orden* que se imparte a la autoridad judicial que violó el derecho fundamental mediante la providencia atacada, todo ello con ocasión de la previa declaratoria de existencia de la violación.

Realizada entonces la labor de verificación encomendada al juez constitucional, que constató la violación del derecho fundamental por una providencia, procederá el juez de tutela a fijar la consecuencia de la declaración, amparando el derecho fundamental mediante órdenes concretas que restituyen la armonía al derecho conculcado. En este sentido, la labor del juez es ahora de *corrección*,

pues las órdenes que se impartan buscarán solucionar la situación de violencia sobre el derecho.

Así entonces, en caso de configurarse la causal genérica de procedibilidad, el juez de tutela ordena usualmente declarar la nulidad de la actuación judicial surtida, declaración que involucra tanto a la providencia atacada, como a todo lo que se haya surtido con posterioridad a ella, siempre que tenga que ver materialmente con lo declarado nulo. Por lo mismo, habrá de procederse a rehacer toda la actuación invalidada, comenzando por la providencia misma, pues nació a la vida jurídica viciada.

2. Contenido conceptual de la tutela contra providencias judiciales

De conformidad con lo afirmado en el capítulo anterior, a partir del año 2003 acontece una “redefinición dogmática” de la figura en estudio, por la cual, en el plano semántico y conceptual, se abandona la expresión “vías de hecho”, para dar paso a las “causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales”, en un desplazamiento que responde no sólo a intereses conceptuales y epistemológicos, sino que busca además, en lo posible, acercar las posiciones antagónicas de las altas cortes, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, para las que resulta inadmisibles plantear que una decisión judicial sea una vía de hecho, dado que para ellos toda decisión judicial, cualquiera que sea su contenido, es una vía de derecho, pues como se dice popularmente, “humanos somos y nos equivocamos”, o como lo afirmó en su estilo la Sala de Casación Laboral, esa sala que paradójicamente tiene nombre de derecho fundamental, de derecho al trabajo,

una decisión jurisdiccional adoptada como culminación de un proceso será siempre una sentencia judicial y nunca podrá ser una vía de hecho. Ello será así aun en aquellos casos en los que pudiere pensarse que el fallo resulta equivocado pues de la posibilidad del error no está exenta ninguna decisión humana.⁵²

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de octubre 12 de 2005, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia T-333 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 5 de los *Antecedentes*.

En otras palabras, si hay un error judicial, o una acción dolosa, así sea grave, no es del cargo del autor (para el caso, el juez o magistrado), sino de quien lo padece, de la parte débil ante el descomunal poder del Estado, del ciudadano.

En este sentido, y antes del año 2003, la legitimación conceptual de la tutela contra providencias se hizo alrededor de la expresión y del concepto de “vías de hecho”, entendiendo así la jurisprudencia que procedía la acción de tutela en contra de una actuación judicial, en atención a que el juez malversaba la competencia que el Estado le había otorgado; a que el funcionario actuaba con desamparamiento, es decir, que no actuaba con fundamento en el poder que le había otorgado la ley, sino que actuaba bajo el designio de su poder personal; a que el afectado tenía el derecho público a jurisdicción, el que le había sido mancillado por el juez violador de los derechos fundamentales; o a que los actos del juez, por los hechos devenidos en actos simplemente particulares y no institucionales, resultaban “desnaturalizados”, con lo cual, además, se hacía uno de los muchos usos inadecuados de la palabra “naturaleza”, tan cercana al esoterismo y tan impropia en las ciencias.⁵⁵

Por el contrario, y dentro de la redefinición dogmática a la que se asiste, el centro de la discusión no es puesto ahora alrededor de la figura o de la actuación del juez que viola los derechos fundamentales, sino en los términos de la adopción de una metodología que permita aliviar la tensión existente entre dos extremos contrapuestos: de un lado, la obligación constitucional, internacional y doméstica, de dar prelación a la defensa de los derechos fundamentales; y del otro, el ejercicio de la autonomía interpretativa del juez. Justamente bajo esta perspectiva es que se entiende que el contenido de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales descansa tanto en el ejercicio de la armonización o compatibilidad de los dos extremos señalados, como en un ejercicio de ponderación constitucional.

⁵⁵ Ver entre otras, las sentencias T-231 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, o T-081 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

2.1 La tutela contra providencias como acto judicial de *armonización y compatibilización* de extremos

Como se ha insistido, a partir del año 2003, y por iniciativa del despacho del magistrado Eduardo Montealegre Lynett principalmente, la teoría de las vías de hecho, y con ella, la de los defectos, comenzó a ser desplazada y redefinida dogmáticamente por la enunciación de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. La cuestión central consistió en plantear la evolución del concepto de vía de hecho, de modo tal que no sean tan sólo el capricho o la arbitrariedad del funcionario judicial los dispositivos de la acción inconstitucional, sino que se incluyan además otros eventos, especialmente relacionados con el desborde de la discrecionalidad interpretativa del juez, hasta el punto de vulnerar los derechos fundamentales de los usuarios de la administración de justicia. En este sentido puntualizó la Corte en la Sentencia C-590 de 2005, que examinó a fondo la relación existente entre la acción de tutela y el recurso de casación, que los eventos de procedencia de aquélla en contra de providencias judiciales, “involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda transgresión de la Carta, sí se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.⁵⁴

A ese reajuste de la expresión, se hizo corresponder un desplazamiento de la figura, de modo tal que la actuación del juez y la solución del caso por vía de tutela, *no fuesen comprendidas* como la simple existencia de un acto “arbitrario” o “caprichoso”, ahora solucionado por vía judicial. Entendió mejor la Corte Constitucional, que de lo que se trata es de *armonizar dos extremos*, hasta ahora presentados como antagónicos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado:

- Los principios de autonomía judicial y de seguridad jurídica, radicados en cabeza del juzgador de instancia, y

⁵⁴ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 25.

- Los principios de supremacía constitucional, prevalencia de los derechos fundamentales de la persona y el compromiso internacional del Estado colombiano de protegerlos.

Sobre el punto, la Corte Constitucional señaló que la enunciación de las causales genéricas ha de ser una fórmula que permita:

armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que puedan verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.⁵⁵

Para la Corte, al ser comprendido el asunto en los términos de armonización entre principios contrapuestos, los principios de autonomía judicial y de seguridad jurídica quedan salvaguardados, pues la cuestión deja de ser la simple censura de un acto ilegal, para ser comprendido como una operación jurídica que responde a los mandatos de coherencia y fidelidad entre los distintos enunciados contenidos en la Constitución. A continuación se verá cómo dentro de esta línea de pensamiento, iniciada por las sentencias T-441 de 2003, T-462 de 2003 y T-589 de 2003, se da un paso adicional al comprender la figura dentro del concepto técnico de *ponderación* entre principios constitucionales contrapuestos.

2.2 La tutela contra providencias como acto de *ponderación* entre principios contrapuestos

Dentro de la línea discursiva desarrollada por la Corte de concebir a la tutela contra providencias como una actividad de armonización entre principios contrapuestos, y no como la simple identificación de actos arbitrarios, la corporación dio un paso más al entender el contenido de dicha procedencia como una actividad de *ponderación*. De esta manera, y desde el año 2005, se ha venido

⁵⁵ Sentencia T-949 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 9, citando la Sentencia T-462 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

sosteniendo la tesis según la cual, la contraposición entre el principio de autonomía judicial (de un lado) y los principios de supremacía de la Constitución y de prevalencia de los derechos fundamentales (del otro), vinculan al operador jurídico con la *obligación*

no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre las normas en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado.⁵⁶

La presentación inicial de lo que es la ponderación en el medio colombiano, corrió por cuenta de los lectores de Robert Alexi, especialmente del capítulo III de la *Teoría de los derechos fundamentales*, a partir de la distinción analítica que se hace entre las reglas y los principios. Allí se afirmó que las tensiones entre las reglas se denominan “conflictos”, y que la solución de las mismas se resuelve en la dimensión de la validez, en el plano de la aplicación; mientras que la tensión entre principios, puestos en colisión, es decir, en aquella situación en la que “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”, en la medida en que “bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”,⁵⁷ entra a ser resuelta por la vía de la *ponderación* entre aquéllos. Al precisar la noción, Carlos Bernal reitera que la ponderación es la manera de resolver la incompatibilidad que se presenta entre normas con estructura de principio, y que consiste en “una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”,⁵⁸ señalando luego que esos tres elementos estructurales son: la ley de

⁵⁶ Sentencia T-328 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica núm. 9, Sentencia T-102 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica núm. 3.

⁵⁷ Alexi Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 90.

⁵⁸ Carlos Bernal, Estructura y límites de la ponderación, *Revista Doxa* núm. 26, Barcelona, 2003.

la ponderación (que implica observar el grado de afectación de los principios en el caso concreto, el “peso abstracto” de los principios relevantes, y la valoración de operaciones empíricas); la fórmula del peso, y las cargas de argumentación.

En concreto, el valor de desplazar el tema de la tutela contra providencias, del plano de las vías de hecho (es decir, de la consideración de la arbitrariedad o del carácter burdo del acto), al de las causales genéricas de procedibilidad (es decir, al plano de la armonización entre principios, o al de la ponderación entre los mismos), está en que epistemológicamente el asunto se desplaza del sitio de las posiciones de poder que enfrentan a las cortes, al plano argumental, al plano justificatorio, donde la cuestión central dejará de ser la de quién tenga la solución correcta, para ser mejor, la de quien ofrezca la estructura argumental más consistente, de conformidad con el sistema constitucional colombiano.

3. Las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

Evaluadas las operaciones contenidas en la tutela contra providencias, así como el contenido conceptual de la figura, se desarrolla a continuación la sección tercera del capítulo, que además de ser la más extensa de todo el libro, es la más importante, en la medida en que se ocupa de analizar cada una de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias. En este sentido, se plantea a la siguiente pregunta: ¿en qué casos concretos procede la acción de tutela en contra de una providencia judicial?

Para responder la anterior pregunta serán desarrolladas, en sus distintas modalidades, cada una de las causales de procedibilidad, a saber:

- a) El defecto orgánico
- b) El defecto procedimental absoluto
- c) El defecto fáctico
- d) El defecto material o sustantivo
- e) El error inducido
- f) La decisión judicial sin motivación
- g) El desconocimiento del precedente
- h) La violación directa de la Constitución

3.1 El defecto orgánico

Conforme se expresa en la ya citada Sentencia T-008 de 1998, se está en presencia de un defecto orgánico en aquellos casos en los que “el funcionario judicial que profirió la decisión carece, *en forma absoluta*, de la competencia para hacerlo”, usando la Corte el recurso de las letras resaltadas, con el fin de recabar alrededor de la ausencia de competencia, que habrá de ser “absoluta”. Como bien se sabe, en el sistema colombiano la falta de competencia constituye en la gran mayoría de los casos una causal de nulidad cuya declaratoria devuelve el proceso a sus adecuados cauces.

En el caso concreto de la configuración de la vía de hecho por defecto orgánico, el usuario se enfrenta a una situación radical: la falta de competencia del funcionario no puede ser corregida, bien porque la situación se encuentra completamente consolidada, o porque habiéndose hecho uso de los recursos ordinarios y aun de los extraordinarios, los funcionarios de conocimiento han insistido en validar la actuación fundada en una competencia inexistente, conculcando de esta manera el derecho fundamental a un debido proceso sustantivo.

Resulta conveniente precisar el concepto de competencia antes de ilustrar casos concretos de configuración de tutela contra providencias por defecto fáctico. La base normativa se encuentra contenida en el artículo 29 de la Carta, que en el pasaje referido a la competencia establece:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...).

Es justamente en este inciso segundo en el que se fija la garantía constitucional del llamado juez natural, es decir, aquel a quien la Constitución o la ley le han asignado el conocimiento de determinados asuntos. En otras palabras, se establece allí como derecho fundamental la garantía de que las personas sólo podamos ser juzgadas por el juez competente previamente fijado, en atención a que toda competencia ha de ser reglada. El concepto de competencia fue

precisado por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “La competencia de una autoridad judicial ha sido entendida como la porción, la cantidad, la medida o el grado de jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, mediante la determinación de los asuntos que le corresponde conocer; atendidos determinados factores (materia, cuantía, lugar, etc.)”.⁵⁹

Operando así la distribución de la jurisdicción entre los diferentes jueces, en virtud de la aplicación de determinados factores, resulta conveniente determinar cuáles son precisamente esos factores, así como las características o calidades que ostenta la competencia, como que de la inobservancia de ellos podría derivarse la falta de competencia del funcionario de conocimiento y, consecuentemente, la eventual configuración del defecto orgánico. Al respecto la Corte Constitucional dispuso:

La competencia se fija de acuerdo con distintos factores, a saber: la naturaleza o materia del proceso y la cuantía (factor objetivo), la calidad de las partes que intervienen en el proceso (factor subjetivo), la naturaleza de la función que desempeña el funcionario que debe resolver el proceso (factor funcional), el lugar donde debe transitarse el proceso (factor territorial), el factor de conexidad.

La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad, porque no se puede variar en el curso del proceso (*perpetuatio jurisdictionis*); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de orden público puesto que se funda en principios de interés general.⁶⁰

Los anteriores factores y calidades de la competencia deben ser tenidos en cuenta en la consideración de la vía de hecho, pues sobre la base de ellos descansa la procedencia de la tutela. Son casos paradigmáticos de configuración de defecto orgánicos los siguientes:

⁵⁹ Sentencia C-111 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁰ Sentencia C-655 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

3.1.1 Defecto orgánico por juzgamiento ante justicia penal militar

La Sentencia SU-1184 de 2001 es un excelente ejemplo de una vía de hecho por defecto orgánico en la revisión de un caso en el que fue amparado el derecho fundamental de debido proceso por desconocimiento del juez natural, en atención a que el juzgamiento del brigadier general Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, y del teniente coronel Hernán Orozco Castro, habían sido hechos por la justicia penal militar, la que carecía de competencia por tratarse de actos fuera del servicio (por ser crímenes de lesa humanidad) y por ostentar el general Uscátegui fuero constitucional de juzgamiento, asignado a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La secuencia de los hechos es la siguiente:⁶¹ el día 12 de julio de 1987, cien sujetos de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José del Guaviare, provenientes de Necoclí y Apartadó (Antioquia). Éstos fueron recogidos por el Ejército colombiano y transportados en sus camiones. Posteriormente se unieron con paramilitares del Meta y Casanare y se ubicaron en Charras, un caserío situado frente a Mapiripán, mediado por el río Guaviare. El día 15 de julio de 1997, tras rodear el pueblo, los sujetos penetraron en Mapiripán usando armas y prendas de uso privativo del ejército. Una vez allí, ocuparon el pueblo y las oficinas públicas, secuestrando a las personas que posteriormente serían torturadas y asesinadas, bien en el matadero municipal, en la plaza central, o en las calles de la población.

Iniciada la ocupación y la matanza, el juez del pueblo, abogado Iván Costas Norma, informó telefónicamente lo que estaba sucediendo a la Procuraduría Delegada de los Derechos Humanos en el Meta, al Tribunal Superior del Meta y al coronel Hernán Orozco, a la guisa comandante del batallón Joaquín París, quien informó de todo al general Uscátegui, comandante de la Séptima

⁶¹ La secuencia de hechos que a continuación se reseña se deriva del contenido de la Sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, y de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del Caso de la “Masacre de Mapiripán” contra Colombia, sentencia de fondo de septiembre 15 de 2005, Serie C, núm. 134, párrs. 96.29 a 96.176, con base en la aceptación de responsabilidad hecha por el Estado colombiano, que incluyó la aceptación de los hechos de la demanda planteada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Brigada con sede en San José del Guaviare. Según los testimonios recaudados, los perpetradores llegaron con una lista de 27 personas que fueron torturadas y descuartizadas, hasta completar un total de 49 víctimas, varias de las cuales (sus cuerpos), fueron arrojados a las aguas del río San José. De acuerdo con el fallo de la Corte Interamericana, “La incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto minuciosamente planeado desde varios meses antes de la masacre, ejecutado con previsiones logísticas y con la colaboración, aquiescencia y omisión de los miembros del ejército”.⁶² Como consecuencia de los hechos, además de las torturas, degollamientos y descuartizamientos, sobrevino un gran desplazamiento de la población que aún hoy continúa.

Tan solo el día 23 de julio de 1997, la Fiscalía Regional de Villavicencio inició la investigación previa, la que fue trasladada el 28 de julio de 1997 a la Unidad Nacional de Derechos Humanos, haciéndose apertura de investigación en contra de Carlos Castaño Gil y Julio Enrique Flores González. El día 7 de abril de 1997 se profirió resolución acusatoria en contra de Castaño Gil, Flores González, tres pilotos, dos miembros del ejército y otros sujetos. El día 13 de abril de 1999 se decretó la detención preventiva del coronel Lino Sánchez, y el 20 de mayo de 1999 se ordena la detención preventiva del general Uscátegui por homicidio, secuestro agravado y falsedad ideológica. Finalmente el día 2 de junio de 1999, el comandante del Ejército, a instancia de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Armadas, planteó una colisión positiva de competencias, afirmando que los hechos sucedidos constituían actos del servicio militar. Llevado el caso al Consejo Superior de la Judicatura, éste, mediante providencia de fecha agosto 18 de 1999, declaró la competencia de la justicia penal militar, remitiendo allí los expedientes del general Uscátegui y del coronel Orozco “para lo de su competencia”. Meses después, el 12 de febrero de 2001, el general y el coronel fueron condenados por el delito de prevaricato por omisión, siendo absueltos de los homicidios, los secuestros y la falsedad ideológica.

En atención a los hechos, el día 30 de septiembre de 1999, la ciudadana Nori Giraldo de Jaramillo, representada por el abogado Luis Guillermo Pérez Casas

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la “Masacre de Mapiripán” contra Colombia, sentencia de fondo de septiembre 15 de 2005, Serie C, núm. 134, párr. 96.43.

(quienes habían actuado como parte civil dentro del proceso penal), accionaron en tutela, por vía de hecho, en contra de la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, que había otorgado la competencia a la justicia penal militar. De la acción conoció la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que el día 15 de octubre de 1999 negó el amparo, alegando falta de legitimación de la parte civil, que tan sólo tenía facultades para buscar la reparación patrimonial. Igualmente señaló que no había violación de derecho alguno, en la medida en que el Consejo Superior de la Judicatura había hecho una interpretación consistente del artículo 221 de la Constitución. Los accionantes impugnaron la sentencia, invocando el precedente contenido en la Sentencia C-358 de 1997, las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en materia de derecho internacional de los derechos humanos, y la violación del fuero especial de juzgamiento del general Uscátegui, quien debía ser juzgado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Considerada la impugnación, la Sala de Casación Penal confirmó el fallo del Tribunal, indicando que no hubo arbitrariedad alguna, que la interpretación del Consejo Superior había sido razonable, y que la acción de tutela no era una tercera instancia.

Llegado el expediente a la Corte Constitucional, éste fue seleccionado por insistencia de la Defensoría del Pueblo y llevado a Sala Plena. El problema jurídico del caso consistía en determinar si la asignación de competencia hecha por el Consejo Superior a la justicia penal militar, consistía o no en una vía de hecho, pues al parecer, la decisión de agosto 18 de 1999, además de contrariar la doctrina nacional e internacional sobre los actos de prestación del servicio militar, violaba el artículo 235 de la Constitución, que contempla un fuero especial de juzgamiento para los generales de la República.

Para resolver el problema, la Corte, además de trabajar los temas del alcance de la parte civil y de los derechos a la verdad y la justicia, radicados en las víctimas, abordó en detalle el tema del fuero de juzgamiento militar y especialmente, el de las reglas que fijan las condiciones en las que un proceso puede ser de conocimiento de la justicia penal militar, señalando desde la Sentencia C-358 de 1997⁶⁵ la existencia de las siguientes tres reglas:

⁶⁵ Sentencia C-358 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- a) Que se trate de un acto del servicio, es decir, que haya nexo o vínculo entre el acto y la actividad que se desarrolla en la función del cuerpo armado. Se precisa que el acto no es del servicio, si está guiado por un propósito criminal.
- b) Que el acto no se configure como un delito de lesa humanidad, con lo cual, dejaría de ser un acto del servicio.
- c) Que alegándose obediencia debida, no haya exceso en el ejercicio de ésta; o para decirlo en términos de la Corte Constitucional, “una cosa es la obediencia debida y otra cosa es la obediencia ciega”.⁶⁴

Bajo las anteriores consideraciones, la Corte entró a resolver el caso, estableciendo la siguiente tesis:

(...) resulta evidente que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura incurrió en vía de hecho al desconocer el precedente de la Corte en materia de competencia de la justicia penal militar, así como al desconocer expresas reglas constitucionales sobre la competencia para juzgar a los generales de la República. Este desconocimiento implica la violación del derecho al juez natural.⁶⁵

En este sentido, la Corte concedió la tutela al derecho al debido proceso, por desconocimiento del juez natural, declarando así la nulidad de la providencia de agosto 18 de 1999, mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de competencias existente entre el comandante del Ejército Nacional y la Fiscalía General de la Nación. En su lugar, dispuso la Corte la expedición de una nueva providencia, sometida a los lineamientos de la parte motiva del fallo de constitucionalidad. De esta manera, se configuró el defecto orgánico, en la medida en que el juez penal militar carecía completamente de competencia para dictar los fallos penales respecto del general Uscátegui y del

⁶⁴ Sentencia SU-257 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, citando la Sentencia T-409 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁵ Sentencia SU-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 28.

coronel Orozco, pues la atribución de competencia hecha por el Consejo Superior había sido inconstitucional, por vulnerar el derecho fundamental al juez natural.

3.1.2 Defecto orgánico por asumir el fiscal general competencias de los fiscales delegados sin fundamento

La Sentencia T-058 de 2006 es otro excelente ejemplo de configuración de vía de hecho por defecto orgánico, en la medida en que aconteció una usurpación de competencia por el fiscal general de la nación, respecto de la competencia de los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, dentro de la investigación de los ex ministros Saulo Arboleda y Rodrigo Villamizar en el caso del “miti y miti”, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Los hechos tuvieron que ver con un eventual acuerdo hecho entre los señores Saulo Arboleda y Rodrigo Villamizar (entonces ministros de comunicaciones y de minas e hidrocarburos en el gobierno Samper), alrededor de la adjudicación de una frecuencia radial al señor Mario Alfonso Escobar en la ciudad de Cali. Así, el día 20 de agosto de 1997, el fiscal general de la nación abrió investigación preliminar en contra de los ex ministros, vinculando formalmente mediante indagatoria al señor Villamizar el 21 de noviembre de 1997, para definir luego su situación jurídica, dictando medida de aseguramiento el 8 de junio de 1998, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos. Posteriormente, y con fecha octubre 21 de 1998, el fiscal general calificó el mérito de la investigación, acusando al procesado por el señalado delito, todo ello luego de desatar los recursos que se interpusieron en contra de todas las resoluciones. Llevado el caso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para adelantar la etapa del juicio, ésta, mediante providencia de fecha octubre 25 de 2000, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, en aplicación del antiguamente vigente artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, declaró la nulidad parcial de lo actuado, que incluyó tan sólo la etapa del juicio, dejando incólume la investigación adelantada por el fiscal general durante la etapa del sumario. Como argumento la Corte señaló que el señor Villamizar no ostentaba ya la calidad de ministro, pues había renunciado el día 20 de noviembre de 1997, y que adicionalmente, la conducta desplegada no tenía que ver con el cargo que había ejercido, careciendo por lo mismo del fuero especial de juzgamiento señalado por el artículo 235 de la

Constitución. En consecuencia, dispuso el rompimiento de la unidad procesal, continuar en la Corte Suprema con el juzgamiento de Saulo Arboleda, y remitir el caso del señor Villamizar a los juzgados penales del circuito para su juzgamiento.

El asunto correspondió al Juzgado 53 Penal del Circuito de Bogotá, y allí la defensa del procesado alegó la falta de competencia del fiscal general al reemplazar por intermedio de la fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al fiscal delegado ante los jueces del circuito, señalando además la necesidad de decretar la nulidad desde la acusación, peticiones estas que fueron desatendidas. Surtido el juicio, el juez 53 declaró penalmente responsable al ex ministro, condenándolo a 52 meses de prisión y al pago de 14 salarios mínimos legales vigentes. Como pena accesoria fue condenado a la interdicción de funciones públicas, siéndole además decretada una inhabilidad para ejercer cargos públicos por el lapso de diez años. La providencia fue apelada por la defensa, que alegó la “inimputabilidad” del procesado, la falta de prueba acerca de la determinación de la conducta y la atipicidad de la misma. Adicionalmente, se solicitó la nulidad de la actuación por falta de competencia del fiscal, por haber actuado uno distinto al delegado ante los juzgados penales del circuito. Tramitada la apelación, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del 13 de septiembre de 2002, negó la nulidad impetrada, señalando que nunca se recusó al fiscal general, quien adicionalmente estaba facultado para actuar por medio de su delegada ante la Corte Suprema, así esto trajera como consecuencia la exclusión del derecho a la segunda instancia. Respecto de la condena, se revocó parcialmente la decisión, en el sentido de disminuir la pena de 52 a 39 meses de prisión.

La defensa recurrió en casación. Allí solicitó la nulidad de lo actuado desde el día 21 de agosto de 1997, fecha de la apretura formal de la investigación, argumentando la falta de competencia del fiscal general, en atención a la renuncia que del cargo de ministro había hecho el señor Villamizar. Adicionalmente, se solicitó casar la sentencia por la configuración de un error de hecho, pues lo que prohibía la ley era la intercesión de un funcionario público en el contrato, y no la de un particular. El recurso fue resuelto el día 11 de noviembre de 2003, negándose la Corte Suprema a casar la sentencia, señalando que la competencia del fiscal general era originaria, que la aclaratoria de la nulidad parcial con ruptura de la unidad procesal no había sido impugnada y que, adicionalmente, el

recurrente había equivocado la técnica de casación, pues no se trataba de error de hecho por falso juicio de identidad, sino de un error en el raciocinio.

Finalmente, el afectado accionó en tutela ante la Sala de Casación Civil, la que se negó a conocer de la acción, ordenando el archivo de la misma. El afectado entonces, invocando la aplicación del auto de febrero de 3 de 2004,⁶⁶ llevó el caso ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, solicitando la protección del derecho fundamental al debido proceso, causada por el desconocimiento de la presunción de inocencia, por la incompetencia del fiscal general durante el proceso, así como por la falta de valoración de numerosas pruebas por el juzgador. El Consejo Seccional negó el amparo el 28 de noviembre de 2003, señalando que la acción de tutela no es una tercera instancia, que la delegación hecha por el fiscal general al fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia era adecuada, y que la valoración de las pruebas había sido correcta. La decisión fue impugnada ante el Consejo Superior de la Judicatura, insistiéndose en los argumentos de la usurpación de competencia del fiscal general en atención a la inexistencia del fuero constitucional de ministro, en la supresión del derecho a la segunda instancia, y en la ausencia de motivación del acto de delegación. Finalmente, mediante sentencia del 7 de julio de 2004, la corporación confirmó el fallo impugnado, argumentando que hubo convalidación de la nulidad alegada, agregando que la misma no fue alegada ante la Corte Suprema de Justicia. Respecto de las pruebas, simplemente afirmó que las actuaciones de los juzgados accionados habían sido “juiciosas”.

Seleccionado el caso para revisión, la Corte Constitucional entró a resolver las siguientes preguntas jurídicas: ¿procede o no la acción de tutela, en atención a que aparentemente algunos de los recursos de la instancia no fueron usados?; ¿se vulneró el derecho al juez natural durante la investigación, pues el fiscal general de

⁶⁶ Auto de Sala Plena de febrero 3 de 2004, que literalmente dispone que “los ciudadanos tienen el derecho de acudir ante cualquier juez (unipersonal o colegiado), incluyendo una corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante una acción de tutela la protección del derecho fundamental que considere violado con la actuación de la Sala de Casación de dicha Corte”. En idéntico sentido ver también la Sentencia T-328 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto.

la nación adelantó la investigación sin atender a que el señor Villamizar había renunciado a su condición de ministro el día 20 de agosto de 1997?

La Corte encontró que al ex ministro le había sido aceptada la renuncia el día 20 de agosto de 1997, y que adicionalmente durante el proceso había apelado el fallo de primera instancia y había recurrido en casación. Sin embargo, el accionante tan solo había planteado la nulidad por falta de competencia del fiscal general durante la investigación, al momento de interponer el recurso de casación. Para resolver, la Corte consideró que la norma vigente entonces era el artículo 306 del Decreto 2700 de 1991, que permitía al afectado plantear la nulidad hasta la casación, sin que se configurase la convalidación del acto, la que tan sólo fue introducida posteriormente por el numeral 4 del artículo 310 de la Ley 600 de 2000, por lo cual aceptó la procedencia de la acción, señalando que: “mal podría decirse que la defensa convalidó la irregularidad y que no puede por ende invocar la protección constitucional, porque está claro que quien posterga su solicitud de nulidad hasta la fase final, siguiendo las previsiones legales que así se lo permiten, no consciente en ello en la irregularidad”.⁶⁷

Precisando además que no podía darse una supuesta vulneración del deber de colaboración con la administración de justicia, pues de la aplicación del artículo 95.7 de la Constitución no pueden derivarse consecuencias adversas para el procesado, ya que dicha lealtad no va hasta el punto de marginar la defensa, para suplir al juez en la conducción de un proceso sin irregularidades.

Declarada la procedencia de la acción, la Corte entró a examinar el fondo del asunto, relacionado con la falta de competencia del fiscal general para investigar a quien había renunciado a su condición de ministro. En este sentido, y tras examinar la legislación penal existente por entonces, así como las normas sobre derecho internacional de los derechos humanos ratificadas por Colombia, insistió en que está proscrita la fijación *ex post facto* de competencias judiciales, o su señalamiento *ad hoc* por autoridades judiciales o administrativas, hasta el punto que la vulneración del principio del juez natural da lugar a la tutela por vía de hecho, lo que justamente había acontecido en el caso en estudio, en la medida en que:

⁶⁷ Sentencia T-058 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 3.

el fiscal general quebrantó las garantías constitucionales del accionante, en cuanto lo investigó y acusó lesionando sus derechos al juez natural y al recurso, y que en igual conducta incurrieron el juez 53 penal del Circuito de Bogotá, la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque estas últimas pasaron por alto la situación, estando obligadas a restablecer las garantías del imputado, en el ámbito de la investigación y el juzgamiento adelantados en su contra.⁶⁸

En los anteriores términos se configuraba de modo pleno el defecto orgánico, ya que el fiscal general carecía de competencia para adelantar la investigación que culminó con la condena del procesado. Adicionalmente, con esa conducta se habían vulnerado los derechos al juez natural, impidiéndose además al procesado el acceso a la segunda instancia, que en los términos de la Corte Constitucional, es un verdadero derecho fundamental.

3.1.3 Otras modalidades de configuración del defecto orgánico

Además de las modalidades ya señaladas de defecto orgánico, que preferentemente acontecen en los casos de usurpación de competencia con procesados que ostentan fuero constitucional de juzgamiento, la Corte ha precisado que hay también lugar a la declaratoria de vía de hecho por defecto orgánico, por violación del derecho fundamental al juez natural, en los siguientes casos:⁶⁹

- a) Cuando se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada por la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación. Las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta.
- b) Cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas.

⁶⁸ Sentencia T-058 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 5.1.

⁶⁹ Sentencia T-058 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 4.1.

- c) Cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores.
- d) Cuando se desconocen el fuero constitucional y el legal.
- e) Cuando se realizan juicios *ex post* con tribunales *ad hoc*.
- f) Cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria.

3.2 El defecto procedimental absoluto

Esta causal de procedibilidad se configura en todos aquellos casos en los que “el juez actuó *completamente* por fuera del procedimiento establecido”. Como en el caso del defecto anterior, el acento textual se centra en una expresión, en el adverbio “completamente”, resaltando de esta manera el radical alejamiento del procedimiento provocado por la providencia.

De acuerdo con el uso genérico de la ley procedimental, la actuación surtida por fuera del procedimiento puede ser saneada, bien por actuación posterior que la convalida, por no haberse ejercido los recursos ordinarios, o por declaratoria de nulidad, evento en el cual se retrotrae la actuación hasta el momento de ocurrencia del yerro procesal. No obstante, cuando ninguno de estos medios opera debidamente, o cuando la insistencia del funcionario o de la jurisdicción que profirió la providencia propicia la violación del derecho fundamental, nace a la vida jurídica la opción de accionar en tutela, pues en tanto violación del debido proceso sustantivo, la acción de tutela contra la providencia judicial pasa a ser el único medio idóneo para solucionar la irregular situación planteada. En estos eventos, el funcionario judicial se aleja de la cuerda procesal, violentando las formas propias del juicio, y vulnerando con ello el derecho fundamental.

A continuación se presentan dos casos paradigmáticos de configuración de defecto procedimental, que corresponden a dos prácticas judiciales recurrentes, obstinadas y violatorias de la Constitución. El primero está relacionado con la tozuda conducta de la Corte Suprema de Justicia en lo que mal se ha denominado el *choque de trenes*, que consiste en ordenar, mediante auto, el archivo de las demandas de tutela, sin examinar el caso. El segundo evento tiene que ver con la irregular conducta de algunos jueces del circuito, que inconstitucionalmente se niegan a decretar el desembargo de los inmuebles en aquellos procesos ejecutivos

con título hipotecario, en los que ha sido decretada la nulidad del proceso, con base en lo ordenado por la Ley 546 de 1999, sobre financiación de vivienda.

3.2.1 Defecto procedimental por auto de archivo de las demandas de tutela en la Corte Suprema de Justicia

Como se sabe, acontece un enfrentamiento entre la Corte Constitucional de un lado, y la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de otro, con ocasión de la contumacia de estas últimas corporaciones que se niegan a tramitar y fallar de forma ajustada a la Constitución las acciones de tutela que proponen los ciudadanos en contra de providencias judiciales. Una de las últimas modalidades adoptadas consiste en que por medio de un auto, el despacho rechaza la acción y ordena el archivo del expediente, sin pronunciarse de fondo, con lo cual se configura una nueva vía de hecho, esta vez por defecto procedimental, en la medida en que dicha actuación acontece completamente por fuera del procedimiento establecido para el trámite de la acción.

El caso contenido en la Sentencia T-328 de 2005 resulta especialmente valioso, e involucra el ejercicio de la acción por parte del señor Frank Eliécer Mozo Rovira, mismo que había sido sujeto de protección anteriormente por medio del auto de febrero 3 de 2004 ya citado. De acuerdo con los hechos, el ciudadano propuso a comienzos del año 2003 una acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Radicada la demanda, ésta fue repartida a la Sala de Casación Civil, la que mediante auto que contó con ponencia del magistrado Manuel Ardila Velásquez, resolvió *rechazar* la petición, pues consideró que resultaba improcedente atacar por dicha vía una providencia de un órgano límite. Adicionalmente, el despacho ordenó el archivo del expediente, con lo cual se impedía su remisión a la Corte Constitucional.

Ante el archivo de su solicitud, y el deseo de retirar sus documentos, el señor Mozo Rovira elevó tres derechos de petición al magistrado Ardila Velásquez, con fechas septiembre 12 de 2003, abril 22 de 2004 y mayo 7 de 2004, negándosele la devolución de sus documentos, precisando el despacho, eso sí, que la custodia de los expedientes “no puede quedar al desgaire”, que la justificación del desarchivo “no aflora de la petición precedente”, y que el asunto “no amerita un nuevo pronunciamiento al respecto”.

En tan extrema situación, el señor Mozo Rovira interpuso el día 28 de julio de 2004, acción de tutela en contra de la Corte Suprema de Justicia, ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, invocando la protección de los derechos fundamentales de petición y de acceso a la administración de justicia. Esta corporación, mediante auto del 30 de julio de 2004, se abstuvo de conocer de la acción, remitiéndosela por competencia a la Corte Suprema, en aplicación del Decreto reglamentario 1382 de 2000. Ya en la Corte, el asunto fue repartido a la Sala de Casación Laboral, la que mediante sentencia de agosto 19 de 2004, declaró improcedente el amparo, afirmando que dicha acción no procede en contra de providencias judiciales, y que los derechos de petición habían sido respondidos oportunamente. El afectado impugnó el fallo, argumentando la falta de idoneidad y el contenido evasivo de las respuestas del magistrado, insistiendo en que aún no le habían sido devueltos sus documentos. La impugnación fue resuelta por la Sala de Casación Penal el día 6 de octubre de 2004, confirmando la decisión de primera instancia, pues según su modo de sentir, los derechos de petición sí habían sido resueltos.

Remitido el expediente a la Corte Constitucional, fue seleccionado y repartido a una de las salas de revisión. Para resolver, la Corte planteó dos preguntas jurídicas: ¿vulneró la Sala de Casación Civil los derechos fundamentales del peticionario, al rechazar la solicitud de amparo y ordenar el archivo de los documentos y de la demanda?; y adicionalmente, ¿vulneró el magistrado Ardila Velásquez los derechos fundamentales del señor Mozo Rovira, al no ordenar el desarchivo y devolución de los documentos que éste acompañó a la demanda?

La Corte Constitucional, tras reconstruir su doctrina acerca de la procedencia de la acción de tutela contra providencias, examinó en concreto si la decisión de archivar la petición y de no remitir el expediente para su revisión resultaban violatorias de los derechos fundamentales. El punto de partida fue estrictamente normativo y evidenció que tanto el artículo 86 de la Constitución, como los artículos 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991 prescriben que en todo caso, el juez de tutela remitirá el expediente a la Corte Constitucional para su revisión eventual. En segundo lugar, la Corte censuró la práctica de la Corte de Casación, consistente en decidir asuntos de tutela mediante la expedición de un

auto que resuelve no tramitar la acción, por ser violatoria del derecho de acceso a la administración de justicia, estableciendo la siguiente *ratio decidendi*:

Se vulnera el derecho a tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales cuando un juez o tribunal de tutela decide no dar trámite a la misma, cualquiera sean los fundamentos en que se base, puesto que el fallo jurisdiccional respectivo –positivo o negativo– debe ser susceptible de revisión eventual por parte de la Corte Constitucional como órgano de cierre del ordenamiento jurídico en el ámbito constitucional en lo atinente a los derechos constitucionales.⁷⁰

La Corte, además, precisó seis proposiciones:

1. Que la acción de tutela es conducente en contra de todas las autoridades judiciales, incluyendo las altas cortes.
2. Que esa conducencia se fundamenta en el deber que vincula a todas las autoridades del Estado, de proteger los derechos fundamentales.
3. Que todo proceso de tutela debe tener como decisión definitiva una sentencia que deniegue o acceda las pretensiones del peticionario.
4. Que todas las sentencias con las que culmina una acción de amparo deben ser remitidas a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
5. Que una decisión distinta a la sentencia, contenida en un auto, por ejemplo, vulnera los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a tutela judicial efectiva.
6. Que toda decisión con que finalice una tutela, aunque formalmente no sea una sentencia, debe entenderse como tal, y remitirse a la Corte Constitucional.

De esta manera, y en consideración a la *ratio decidendi* expuesta, y a las proposiciones señaladas, la Corte procedió a:

- Declarar la nulidad de la decisión de la Sala de Casación Civil dentro del expediente No. 110010203000200200504, por la que se negó a admitir la

⁷⁰ Sentencia T-328 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica núm. 16.

acción de tutela presentada por el señor Mozo Rovira en contra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

- Amparar los derechos a tutela judicial efectiva, debido proceso y defensa, del señor Mozo Rovira.
- Ordenar a la Sala de Casación Civil que le devuelva al ciudadano Mozo Rovira los documentos que allegó con su solicitud de tutela.
- “Quinto. Autorizar al ciudadano Frank Mozo Rovira, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, a acudir ante cualquier juez unipersonal o colegiado, incluyendo a una corporación de igual jerarquía a la Corte Suprema de Justicia, para reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales que considere violados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”.⁷¹

Se configuraba así una manifiesta vía de hecho, en la que concurrían de modo directo y simultáneo tres causales genéricas de procedibilidad: el defecto sustantivo, pues con la emisión del auto y el archivo del expediente la Corte Suprema daba aplicación a una norma inexistente, en lugar de aplicar el artículo 32 del Decreto 2592 de 1991, tal y como era su deber; se configuraba también la causal genérica de la violación directa de la Constitución, pues la Corte Suprema transgredía de plano el artículo 86 de la Carta, que expresamente dispone que “en todo caso” y una vez proferida la decisión final, el expediente debe ser remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Finalmente, se tipificaba el defecto procedimental absoluto, pues con la expedición del auto, la orden de archivo del expediente y la negativa a devolver los documentos del accionante, la Corte Suprema se colocaba completamente fuera del procedimiento establecido por los artículos 86 de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991.

3.2.2 Defecto procedimental absoluto en los procesos ejecutivos hipotecarios con créditos del sistema UPAC

Ésta es una modalidad de vía de hecho muy frecuente, en la que incurrían numerosos juzgados civiles del circuito, y las salas civiles de algunos tribunales

⁷¹ Sentencia T-328 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto, puntos resolutivos.

superiores, las que en abierta contradicción con la doctrina constitucional vigente, continúan favoreciendo de modo inconstitucional la posición de los bancos, en desmedro nuevamente de la posición de los ciudadanos.

La cuestión tiene como origen la declaratoria de inexequibilidad que hiciera la Corte Constitucional de las normas que regulaban el sistema de crédito para adquisición de vivienda que se denominó “UPAC”,⁷² que en un momento dado se convirtió en un sistema ilegal de expoliación a los deudores, hasta el punto de volver las deudas impagables, con el despojo de los inmuebles por medio de procesos ejecutivos hipotecarios. Ahora bien, ocurrió que tras la caída de las normas sobre UPAC fue expedida la Ley 546 de 1999, que es la ley marco sobre vivienda, por la que se ordenó la suspensión de la totalidad de los procesos ejecutivos, la reliquidación de la totalidad de los créditos otorgados, y finalmente la terminación de la totalidad de los procesos ejecutivos que hubieren sido iniciados. Tales fueron los claros mandatos del artículo 42 de la Ley 546 de 1999. Sin embargo ocurrió que, incurriendo en una vía de hecho por defecto procedimental, algunos jueces civiles se niegan a dar aplicación a la ley, apartándose completamente del procedimiento establecido para dicha clase de procesos y de créditos.

La Sentencia T-333 de 2006 es apenas un ejemplo entre las numerosas acciones de tutela, contentivas de un mismo patrón fáctico, falladas por la Corte Constitucional, con fundamento en la misma *ratio decidendi*. Los hechos tienen que ver con un proceso ejecutivo con título hipotecario iniciado el 30 de junio de 1999 ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, propuesto por la Corporación de Ahorro y Vivienda las Villas S. A. en contra del señor Gustavo Cáceres Ferro, por encontrarse en mora en el pago del crédito de un apartamento. El mandamiento ejecutivo fue librado el día 22 de julio de 1999 y una vez notificado, el demandado contestó la demanda, propuso excepciones, solicitó pruebas y presentó recursos. Finalmente, y dentro del ejercicio de las actividades desplegadas, el día 15 de abril de 2004 el señor Cáceres Ferro solicitó al despacho la nulidad de lo actuado, argumentando que el mismo se había negado a la suspensión provisional del proceso, así como a la posterior terminación del mismo,

⁷² Se trata de las sentencias C-383 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, C-700 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y C-747 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

dispuestas por el artículo 42 de la Ley 546 de 1999. Al resolver, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá negó la solicitud de nulidad mediante auto de septiembre 29 de 2004, providencia que, tras ser apelada, fue confirmada en decisión dividida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Ante la situación, el señor Cáceres Ferro accionó en tutela ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, invocando la protección del derecho al debido proceso. El amparo le fue negado, mediante providencia de septiembre 12 de 2005, en la que la corporación afirma que cuando no obra prueba del pago de la obligación o de su refinanciación, no hay lugar a la terminación del proceso ejecutivo. Impugnada la decisión ante la Sala de Casación Laboral, ésta, mediante fallo de octubre 12 de 2005, confirmó la negativa señalando que las decisiones judiciales no pueden ser vías de hecho, así haya error o cualquier otra causa.

Seleccionado el caso en la Corte Constitucional, fue repartido a la Sala Tercera de Revisión, la que entró a resolver la siguiente pregunta jurídica: ¿vulneraron el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá los derechos fundamentales del accionante, al no dar por terminado el proceso hipotecario, con desconocimiento del artículo 42 de la Ley 546 de 1999? Para resolver la Corte reconstruyó su jurisprudencia acerca de *los alcances* de la reliquidación de los créditos otorgados en sistema UPAC, dentro de los procesos hipotecarios iniciados en contra de los deudores, especialmente en lo relacionado con la aplicación del artículo 42 de la Ley 546 de 1999, tal y como había sido sometida a examen de constitucionalidad por medio de la sentencia C-955 de 2000,⁷³ y a su vez desarrollado por vía de tutela mediante una sentencia de unificación, la SU-846 de 2000,⁷⁴ quedando en claro los siguientes puntos:

- Que todos los créditos otorgados en el antiguo sistema UPAC debían ser reliquidados.
- Que la suspensión de todos los procesos ejecutivos era idónea y automática.

⁷³ Sentencia C-955 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁷⁴ Sentencia SU-846 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

- Que el afectado podía recurrir al juez ordinario en busca de ser resarcido por los perjuicios causados.

Agregándose respecto de la existencia de los procesos, que todo ello sucedía con independencia de lo acontecido dentro del proceso ejecutivo en curso, y que una vez conocida por el deudor la reliquidación del crédito, el proceso debía terminar, pues la finalización de los procesos no se condicionó a lo convenido por las partes en la reliquidación, sino a la operación unilateral de reliquidación, formulándose de la siguiente manera la *ratio decidendi* del caso:

En este orden de ideas, incurre en vías de hecho por configurarse un vicio de carácter procedimental y sustantivo, el juez que suspende el proceso ejecutivo hipotecario, iniciado con antelación al 31 de diciembre de 1999, para efectos de la reliquidación del crédito ordenada por el parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 y conocido el monto de la obligación se abstiene de terminar y archivar el asunto.⁷⁵

Por todo lo anterior, la Corte Constitucional consideró que los despachos accionados habían vulnerado el derecho al debido proceso del señor Cáceres Ferro al continuar con la ejecución, por lo que se procedió a revocar los fallos de tutela, a amparar el derecho vulnerado y a ordenar al Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá que diera por terminado el proceso hipotecario dentro de las 48 horas siguientes “sin más trámite”, pues con su actuación se había apartado de modo absoluto del procedimiento establecido por el artículo 42 de la Ley 546 de 1999.

3.2.3 Otras modalidades de defecto procedimental

Dada la característica de cláusula abierta de cada uno de los defectos que originan vías de hecho, refiero a continuación sendos casos de vías de hecho por defecto procedimental mencionados por la Corte Constitucional, dentro del contenido de

⁷⁵ Sentencia T-333 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 3.2.

la Sentencia SU-159 de 2002. Si bien en este fallo la Corte no dispuso la protección de derecho alguno, cuando menos reconstruyó de modo afortunado buena parte de la teoría de la procedencia de la acción de tutela contra providencias. A continuación reproduzco literalmente tres modalidades de defecto procedimental que la Corte detectó, así:⁷⁶

1. Defecto procedimental por pretermisión de eventos o etapas señaladas en la ley, relacionadas con el ejercicio del derecho a una defensa técnica, materializada en la posibilidad de contar con la asesoría de un abogado, ejercer el derecho de contradicción y presentar y solicitar las pruebas que se consideren pertinentes. Ejemplo de este defecto es el contenido en el patrón fáctico de la Sentencia T-984 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
2. Defecto procedimental por no comunicarse al afectado la iniciación de un proceso en su contra, impidiéndose de esta manera su participación dentro del mismo. Tal el caso contenido en la Sentencia T-654 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, evento en el que se declaró la existencia de la vía de hecho, porque se probó que no se notificaron providencias determinantes al procesado, teniendo el juzgado el conocimiento del lugar de residencia y domicilio del mismo.
3. Defecto procedimental por no notificarse a una de las partes dentro de un proceso todas aquellas decisiones que por ley deben serle notificadas. Tal el caso contenido en la Sentencia T-639 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell, en el cual la Corte declaró la existencia de la vía de hecho, pues ni siquiera se le informó al afectado la iniciación de investigación en su contra.

Además de los casos ya referidos, la Corte Constitucional viene declarando el defecto procedimental en todos aquellos en los que se tramitan acciones de tutela y no se informa a terceros que puedan resultar afectados con la decisión final que se adopte. Obsérvese que en estos eventos la Corte no protege el derecho de quien es parte dentro del trámite de la acción, sino que, con criterio garantista,

⁷⁶ Sentencia SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

se entra a proteger a terceros, que aunque ajenos a la relación sustantiva directa, pueden eventualmente salir afectados por la decisión.

3.3 El defecto fáctico

De conformidad con la Corte Constitucional, se está en presencia de un defecto fáctico en aquellos casos en los que examinada la decisión judicial que es objeto de tutela, “resulta *incuestionable* que el juez carece de apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”. Como se observa, la Sala ha colocado el adjetivo “incuestionable” en letras resaltadas, indicando mediante el adverbio que no se trata de la ausencia de cualquier apoyo probatorio, sino de uno de entidad superior.

De modo análogo a como acontece con otros, es posible identificar diversas modalidades de configuración de este defecto, que la jurisprudencia constitucional ha venido depurando. Como sentencia hito suele señalarse la T-442 de 1994, de acuerdo con la cual se configura este defecto, cuando hay negación o valoración inadecuada de la prueba, en aquellos casos en que:⁷⁷

- Se ignora la prueba, al negarla o impedir su práctica.
- Se omite la valoración de la prueba, o se valora la prueba ilícita.
- Sin razón valedera, no se da por probado un hecho que surge clara y objetivamente de la prueba aportada al proceso.

Estas tres primeras modalidades del defecto fáctico evolucionaron con el curso de la jurisprudencia, desde la variedad de los casos configuradores de violación del debido proceso, concurriendo además el reacomodamiento dogmático de la tutela contra providencias judiciales, todo lo cual implicó la ampliación de los casos en que es identificable el defecto fáctico. En este sentido la Corte Constitucional, al trabajar en sus recientes fallos⁷⁸ el defecto fáctico, ha planteado

⁷⁷ Sentencia T-442 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷⁸ Sobre el punto puede ser trabajada la Sentencia T-102 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, que a su vez retoma el precedente fijado en la Sentencia SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

dos dimensiones de ocurrencia del mismo, la dimensión positiva, que implica acciones valorativas o acciones inadecuadas del juez, y la dimensión negativa, que implica omisiones en el decreto, en la práctica o en la valoración de las pruebas. A su vez, en cada una de estas dimensiones se desarrollan otras tantas modalidades del defecto fáctico. Éstas son:

- a) Dimensión positiva del defecto fáctico
 - Defecto fáctico por aceptación de prueba inconstitucional.
 - Defecto fáctico por dar como probados hechos sin que exista prueba de los mismos.
- b) Dimensión negativa del defecto fáctico
 - Defecto fáctico por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes.
 - Defecto fáctico por omitir la valoración de la prueba y dar por no probado el hecho que emerge claramente de ella.
 - Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio.

3.3.1 Defecto fáctico por aceptación de prueba inconstitucional

Considera la Corte que procede tutela contra sentencia por defecto fáctico en dimensión positiva, “cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (art. 29, CP) (...)”.⁷⁹

Para los intereses del texto, se trabaja a continuación la Sentencia SU-159 de 2002, que si bien no dispone un amparo por esta modalidad del defecto fáctico, sí contiene la doctrina de la Corte sobre el punto. Como se recordará, el caso tiene que ver con la acción de tutela interpuesta por el ex ministro Saulo Arboleda en contra de las sentencias que lo condenaron por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, dentro de un caso que fue popularmente conocido como del “miti y miti”. De conformidad con los hechos descritos en la sentencia, la revista *Semana* núm. 798, de agosto de 1997, publicó un artículo

⁷⁹ Sentencia T-102 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica núm. 5.

en el que transcribía una conversación que habían sostenido los entonces ministros Saulo Arboleda (de Comunicaciones) y Rodrigo Villamizar (de Minas e Hidrocarburos), que sugería un acuerdo celebrado entre éstos alrededor de la adjudicación de una emisora radial en la ciudad de Cali a favor del señor Mario Alfonso Escobar. Con base en la anterior información, la Fiscalía General abrió y adelantó investigación en contra de los dos ministros, hasta el punto de dictarse resolución de acusación en contra de Saulo Arboleda como autor y de Rodrigo Villamizar como determinador, del delito de interés ilícito en la celebración de contratos.

Llevado el caso a la Corte Suprema para el adelantamiento del juicio, ésta declaró la nulidad parcial de lo actuado en contra del señor Villamizar, remitiendo sus diligencias a los jueces penales del circuito, y decidió continuar la actuación allí en contra del señor Arboleda, la que culminó el día 25 de octubre de 2000, fecha en que se profirió sentencia condenatoria contra este último, por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, adjudicándosele las penas de prisión, multa e interdicción de derechos y funciones públicas.

Dada la situación, el afectado accionó en tutela en contra de la Fiscalía General de la Nación y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Antitécnicamente planteó la existencia de nueve vías de hecho que fueron reducidas por la Corte Constitucional a tres clases de defectos: un defecto sustantivo, originado en la indebida adecuación típica del delito por el que se lo condenó, así como por no haberse aplicado una causal de justificación que beneficiaba al condenado; un defecto procedimental, originado en que al procesado le fue negada la práctica de algunas pruebas solicitadas durante el proceso; y finalmente la configuración de un defecto fáctico, pues en opinión del accionante, las decisiones de la Fiscalía y de la Corte Suprema tuvieron como fundamento una prueba ilícita, materializada en la grabación obtenida y publicada por la revista *Semana*, que fue incorporada al proceso. La acción fue tramitada ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, que negó el amparo el 1 de diciembre de 2000, señalando que la ilicitud de la prueba inicial no lograba excluir el resto del material probatorio. Adicionalmente, señaló que la valoración de la prueba hecha por la Corte Suprema de Justicia estuvo regida por el principio de autonomía funcional, que cualquier omisión no constituye vía de hecho, y que la adecuación típica había sido la correcta. Impugnado el fallo, el caso pasó al Consejo

Superior de la Judicatura, que el día 1 de febrero de 2001 rechazó los argumentos del accionante.

Llegado el expediente a la Corte Constitucional, éste fue seleccionado y sometido al conocimiento de la Sala Plena, la que desestimó los razonamientos del accionante, negando por lo mismo el amparo. No obstante, en lo que se refirió a la vía de hecho por defecto fáctico y al manejo dado a la prueba ilícita, la Corte enunció las tesis y los fundamentos que a continuación se reconstruyen. Alegaba el accionante la existencia de defecto fáctico, pues en su opinión, el fundamento probatorio de la condena se había construido sobre la base de la prueba ilícita recaudada. Para resolver, la Corte Constitucional formuló una pregunta jurídica muy amplia: ¿aconteció la violación del debido proceso, al haberse proferido una resolución de acusación y una sentencia condenatoria, en un proceso penal iniciado a partir de una noticia periodística que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas? Planteada la cuestión, la Corte dividió metodológicamente su trabajo en dos secciones: en la primera, determinaría *la regla constitucional aplicable sobre exclusión de pruebas* obtenidas con violación del debido proceso, así como las condiciones necesarias para la aplicación de esa regla. En segundo lugar, examinaría si las actuaciones y los procedimientos seguidos por la Fiscalía y la Corte Suprema de Justicia se habían ajustado a la regla constitucional sobre exclusión de pruebas.

3.3.1.1 La regla de exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso

La regla de exclusión de pruebas está contenida en el artículo 29 de la Constitución, donde se señala que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Para la Corte, esta regla tiene dos elementos:⁸⁰

- a) Las fuentes de la exclusión. De acuerdo con la Corte, el constituyente y el legislador penal han indicado dos fuentes de exclusión de las pruebas:

⁸⁰ Sentencia SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 4.2.1.

- La prueba inconstitucional, que es la obtenida con violación de los derechos fundamentales, como suele acontecer en los casos de confesión obtenida mediante tortura.
 - La prueba ilícita, que es la adoptada mediante actuaciones ilícitas, que constituyen una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado.
- b) La sanción por la prueba inconstitucional o la prueba ilícita. La sanción consiste en el rechazo de la prueba y en su exclusión del acervo probatorio por invalidez, lo que implica, en términos de la Corte, que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar responsabilidad.

3.3.1.2 *Condiciones de aplicación de la regla de exclusión*

La Corte Constitucional explicó que si bien la regla de exclusión del artículo 29 opera “de pleno derecho”, su aplicación no es sencilla, ni mecánica y, adicionalmente, implica el cumplimiento de cuatro consideraciones:⁸¹

- a) Se debe examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecte el debido proceso. En este sentido, las irregularidades menores que no vulneren principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas.
- b) El asunto debe contener la violación del derecho fundamental al debido proceso en sentido sustancial y no simplemente formal.
- c) La decisión de la exclusión de la prueba implica la ponderación entre el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, respecto del goce efectivo de otros derechos constitucionales como la vida, la libertad y la integridad.
- d) En cuarto lugar, se exige que el funcionario judicial *de manera expresa* determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.

⁸¹ Sentencia SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 4.2.2.

3.3.1.3 *El caso concreto*

Para resolver en concreto, la Corte entró a examinar si las actuaciones y los procedimientos seguidos por la Fiscalía y la Corte Suprema se habían ajustado o no a la regla constitucional sobre exclusión de la prueba inconstitucional. Como punto de partida la Corte asumió, como lo habían hecho la Fiscalía y la Corte Suprema, que la conversación telefónica sostenida por los dos ministros estaba amparada por el derecho fundamental a la intimidad. Por lo mismo, compartió la decisión de haber excluido como prueba la grabación, pues había sido obtenida con violación del derecho fundamental a la intimidad.

La Corte Constitucional encontró que la Fiscalía, al momento de calificar el mérito de la investigación, había excluido expresamente la grabación y tan solo había tenido en cuenta aquellas pruebas legítimamente practicadas durante el sumario, las que le resultaron suficientes para acusar. De forma análoga, y esta vez en la etapa del juicio, la Corte Suprema había excluido la grabación ilícita, dictando sentencia con fundamento en las pruebas lícitamente recaudadas. Desde las anteriores consideraciones la Corte Constitucional adoptó la tesis del caso, de acuerdo con la cual, “las actuaciones de la Fiscalía y de la Corte Suprema de Justicia se ajustaron a la regla constitucional sobre exclusión de pruebas aportadas al proceso penal con violación del debido proceso”, de modo tal que la verificación de los hechos y las conductas “se fundamentó en la existencia de pruebas autónomas que no guardan relación alguna, ni directa ni indirecta con la grabación telefónica”.⁸² Finalmente, se insistió en que las pruebas que sirvieron de base a la acusación y condena no habían sido derivadas de la prueba inválida, sino que habían tenido una fuente separada, independiente y autónoma, que apenas si tenían un vínculo muy atenuado con la prueba inicial.

En consideración de todo lo anterior, y en decisión dividida, con tres salvamentos de voto, se confirmó la negativa del amparo.

⁸² Sentencia SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 4.3.2.1.

3.3.2 Defecto fáctico por dar como probados hechos carentes de prueba

La Sentencia T-538 de 1994, contiene un excelente fallo, que además de hacer una consistente presentación de los principios de buena fe y confianza legítima alrededor de decisiones judiciales, desarrolla la tesis según la cual, es inconstitucional trasladar las consecuencias del error de los jueces o magistrados a los ciudadanos y, especialmente, a los procesados.

Los hechos tuvieron origen en un fallo condenatorio por el delito de tentativa de homicidio, proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín en contra de un ciudadano. En oportunidad, la sentencia fue impugnada mediante recurso de apelación, el que posteriormente fue sustentado el día 22 de marzo de 1994. El expediente fue remitido a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín que mediante providencia de marzo 22 de 1994, declaró desierto el recurso, por haber sido sustentado fuera del término legal previsto. De acuerdo con el Tribunal, el secretario del juzgado había señalado equivocadamente, mediante constancia secretarial, el día de iniciación del término para sustentar, error este que había provocado la extemporaneidad de la sustentación por parte del defensor. Adicionalmente, el Tribunal consideró que el defensor había actuado sin la debida diligencia, y que la precisión alrededor del vencimiento del término no dependía de la constancia secretarial, sino del defensor, dado que el artículo 26 de la Ley 81 de 1993 “era muy claro”. Por todo lo anterior, el Tribunal declaró la condena en firme.

El condenado accionó en tutela, alegando la violación de los derechos al debido proceso, la defensa y la legalidad. Como argumento señaló que si existió error secretarial en la fijación de la fecha de iniciación del término para sustentar el recurso, el remedio jurídico era la declaratoria de nulidad de dicha etapa, y no la declaratoria de falta de sustentación del recurso, lo que de facto traía como consecuencia la supresión del derecho a la segunda instancia. De la acción conoció el Tribunal Administrativo de Antioquia, que el día 14 de junio de 1994 amparó los derechos al debido proceso y a la segunda instancia, argumentando que tanto el secretario del Juzgado Primero, como el defensor habían actuado de buena fe, que las interpretaciones hechas eran constitucionales y

consistentes y que, por lo mismo, procedía la acción de tutela contra la sentencia. La decisión fue impugnada por la Sala Penal del Tribunal, y al ser decidida el 8 de julio de 2004, el Consejo de Estado revocó el amparo concedido por improcedente. Indicó que la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues no puede reexaminarse por tutela algo ya resuelto.

El caso fue seleccionado en la Corte Constitucional y llevado a la Sala Tercera de Revisión. Allí se formuló la siguiente pregunta jurídica: ¿la actuación por la que se declaró desierto el recurso de apelación, aceptado por el juez de primera instancia, constituye materialmente una vía de hecho, por un defecto capaz de despojarla de su carácter de providencia judicial? Para resolver, la Corte entendió que a la base del asunto concurrían dos interpretaciones, ambas consistentes, acerca del momento en el que debía iniciar el conteo del término, así.

- Para el Juzgado Primero, para el defensor y para el Tribunal Administrativo, resultaba correcto que el término comenzara a contar desde el otro día de la constancia secretarial.
- Para la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el término comenzaba a contarse desde el mismo día de la constancia secretarial.

La Corte precisó que la norma legal no era clara acerca del momento de iniciación del conteo del término y que, por lo mismo, las dos interpretaciones resultaban consistentes. De ahí que no se configuraba vía de hecho por interpretación violatoria de la Constitución. No obstante, se precisó que si eventualmente hubiese existido error por parte del secretario del Juzgado, eso no probaba que había existido negligencia o descuido del defensor, como lo aseveraba la Sala Penal del Tribunal y que, por el contrario, sí procedía la tutela contra la sentencia, estableciendo que: “El error fáctico en que incurrió la autoridad judicial consistió en presuponer, cuando no existía, una conducta omisiva y negligente del defensor en la inobservancia de los términos. La parte procesal no fue responsable del presunto error del funcionario”.⁸⁵

⁸⁵ Sentencia T-538 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 7.

La Corte hacía evidente que la Sala Penal había decidido desde una suposición y no desde una prueba: suponía como hecho probado la negligencia del defensor, careciendo de prueba que fundamentara esa impresión o emoción. Por el contrario, lo que aparecía probado era la conducta de un defensor, que en ejercicio del principio de confianza legítima la había depositado en los funcionarios judiciales, y que paradójicamente resultaba castigado por creer y confiar en ellos, todo lo cual resultaba vulnerando también el principio de buena fe, en la medida en que por seguir la vía que le indicaba la jurisdicción, se le impedía acceder a la segunda instancia.

Para concluir, la Corte reiteró algo que se olvida con desafortunada frecuencia, como es que “el sindicado es sujeto procesal y no víctima procesal”, y que en definitiva, “para corregir el error judicial no era necesario sacrificar de manera tan palmaria el derecho de defensa del sindicado (art. 21, CP) y considerar falta suya el haber confiado razonablemente en la autoridad pública (art. 83, CP)”,⁸⁴ por lo cual procedió a revocar la sentencia del Consejo de Estado y a confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo, pero “por las razones expuestas”.

3.3.3 Defecto fáctico por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes. Los casos de homonimia y suplantación

La Sentencia T-902 de 2005 define de manera muy precisa esta modalidad del defecto fáctico, al señalar que “se presenta cuando el funcionario judicial omite el decreto y la práctica de pruebas, lo cual tiene como consecuencia impedir la debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico debatido”.⁸⁵ Indudablemente, este tipo de hipótesis degradan la condición del procesado o de cualquier otro sujeto procesal, hasta el punto de impedir que se cumpla la finalidad del proceso, como es defenderse probando.

⁸⁴ Sentencia T-538 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 8.5.

⁸⁵ Sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 4 a).

Este defecto se presenta con mayor frecuencia de la deseada, presentando recurrencias como en los casos de procesos de filiación natural, por omisión de la práctica de la prueba antropoheredobiológica (cuyo estadio más avanzado es hoy el de la llamada prueba de ADN),⁸⁶ o en situaciones aún más dramáticas, como son los casos de homonimia o de suplantación personal en la comisión de ilícitos penales. Justamente con uno de estos casos, contenido en la sentencia T-949 de 2003, se ilustra esta clase de defecto.

Los hechos señalan que el 12 de marzo de 2003, el señor Mauricio Vargas Espinosa, persona de intachable conducta personal y social, se acercó en Bogotá a las oficinas del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), con el fin de tramitar y obtener el pasado judicial, en donde le informaron que registraba una condena por los delitos de hurto agravado y calificado, y porte ilegal de armas, proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín. El proceso penal indicaba que en octubre de 1997, tres sujetos habían hecho un asalto en la Avenida las Palmas de Medellín, y siendo posteriormente capturados, uno de ellos se identificó en la diligencia indagatoria con el mismo nombre y número de cédula de ciudadanía del señor Vargas Espinosa. Dentro del proceso penal no fue allegada oportunamente la tarjeta decadactilar del capturado, ni consignadas su “señales particulares”. Tan sólo se recaudó la copia de la tarjeta de control de la Cárcel Distrital de Medellín, donde se consignaban la totalidad de las huellas digitales y la foto del asaltante. Finalmente, el procesado se sometió a sentencia anticipada, siendo condenado el 20 de enero de 1998 a pena de prisión de 18 meses y 20 días, que luego de ser cumplida, se extinguió. Como hecho relevante se destaca que el señor Vargas Espinosa había vivido toda su vida en la ciudad de Bogotá, que se desempeñaba como conductor de vehículos de servicio público, y como seña particular presentaba malformaciones en sus manos, con pérdida de la falange de algunos de sus dedos, por un accidente acontecido a los 17 años, en 1988.

Puesto el señor Vargas Espinosa en la situación extrema de suplantación de su identidad por un delincuente, con registro de una condena en su contra,

⁸⁶ Sentencia T-488 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica.

acudió a la acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales, especialmente el de buen nombre, alegando que las autoridades habían omitido el deber de identificación de la persona capturada y procesada. En este sentido, y como consecuencia del amparo, solicitó la revocatoria de las sentencias proferidas con su nombre, la cancelación de las comunicaciones emitidas y una aclaración pública acerca de los hechos. De la acción conoció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó el amparo por improcedente, a pesar de la prueba de la homonimia y de la completa inocencia del señor Vargas Espinosa. Señaló la Sala que existía un medio ordinario de defensa, consistente en el trámite de corrección ante los jueces de penas y medidas de seguridad, vía esta que calificó como “la más cercana” y “la más rápida”, desde la consideración de dos sentencias proferidas por la Sala, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, una de las cuales contó con el salvamento de voto del magistrado Edgar Lombana Trujillo, quien consideró que procedía el amparo, pues la desidia del Estado afectaba los derechos fundamentales del ciudadano.

Seleccionado el expediente en la Corte Constitucional, fue llevado a la Sala Séptima de revisión. Allí la Corte se formuló la siguiente pregunta jurídica: ¿es procedente la acción de tutela para proteger derechos de terceros que puedan verse afectados en procesos penales por homonimia o suplantación, cuando las autoridades judiciales incumplen el deber de identificación y el error judicial es evidente? Para resolver, la Corte señaló que en principio compartía la regla jurisprudencial adoptada por la Corte de Casación en casos similares, de acuerdo con la cual, el medio ordinario de defensa era el trámite ante el juez de ejecución de penas, ya que los asuntos sobre identidad no podían ser sometidos a la brevedad de la tutela. No obstante, la Corte Constitucional, en atención a las características del patrón fáctico que el caso ofrecía, entendió que el precedente establecido, aunque correcto, resultaba insuficiente para una adecuada defensa de los derechos fundamentales de quien era puesto en indefensión por la suplantación, reestructurando la regla de procedencia de la acción, mediante una nueva *ratio decidendi*: “Cuando de los medios de prueba disponibles y debidamente allegados al proceso, resulte evidente que se trata de una suplantación u homonimia, es aceptable que la acción de tutela pierda subsidiariedad y se contemple como mecanismo principal para la protección de los derechos fundamentales”,

procediendo también, “cuando los trámites para la corrección del Estado implican carga desproporcionada para el ciudadano”.⁸⁷

Así, y al evaluar los hechos desde la nueva regla, encontró la Sala que se estaba en presencia de un defecto fáctico por dos razones: en primer lugar, porque había evidencia de una gran contradicción entre la identidad consignada en la tarjeta alfabética del verdadero señor Vargas Espinosa y la que había ofrecido el sujeto infractor condenado; y en segundo lugar, “porque en su deber de establecer la verdadera identidad de la persona del imputado tanto la Fiscalía como el Juzgado *debieron practicar y valorar las pruebas idóneas, suficientes y pertinentes para ello*, situación que no ocurrió en este caso”⁸⁸ (énfasis agregado), siendo que dicha práctica y valoración habría resultado determinante, máxime si se tienen en cuenta las malformaciones en las manos del señor Vargas Espinosa. Concluyó entonces la Corte que en el caso concreto habían sido vulnerados los derechos fundamentales al buen nombre y al hábeas data del accionante, por lo que procedió a revocar los fallos de instancia, amparando los derechos vulnerados, ordenando también al juzgado penal y al de ejecución de penas que incluyesen las respectivas constancias en los fallos, y que procediesen a establecer la verdadera identidad del infractor. Igualmente, se ordenó la supresión definitiva de la información relacionada con la comisión del delito y la condena adjudicada.

3.3.4 Defecto fáctico por omitir la valoración de la prueba

Esta clase de defecto fáctico se presenta cuando el funcionario judicial,

a pesar de que en el proceso existan elementos probatorios, omite considerarlos, no los admite o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que de

⁸⁷ Sentencia T-949 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 8.

⁸⁸ Sentencia T-949 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 11.

haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico variaría sustancialmente.⁸⁹

Lo anterior supone un escenario en el que además de que la prueba exista y haya sido allegada al proceso, su consideración resulte decisiva en el mismo, solo que por cualquier razón (negligencia, interés o poder), el juez, apartándose del mandato constitucional, no la ha considerado.

La Sentencia T-902 de 2005, además de reavivar la tensión entre las cortes alrededor de la tutela contra sentencias, resulta ser modélica en esta clase de defecto fáctico, al tratar una cuestión que tuvo origen en la demanda que por nulidad y restablecimiento del derecho promoviera ante la jurisdicción administrativa la señora Rosario Bedoya Becerra en contra de la Empresa de Vías Férreas (Ferrovías), por haber sido destituida del cargo de vicepresidente financiero, mediante un acto con desviación de poder.

La demandante había sido vinculada a la empresa en el cargo de vicepresidente financiero mediante Resolución 660 de abril 18 de 1996, durante la administración del señor Julián Palacio Luján, quien fuese vinculado a investigaciones penales y privado de la libertad, siendo posteriormente reemplazado en el cargo por el señor Ciro Vivas Delgado. De acuerdo con la demandante, desde su posesión el señor Vivas Delgado mostró especial interés en la licitación No. 001 de 1997, cuyo objeto era la concesión a treinta años para la operación y el mantenimiento de la red atlántica férrea y operación del ferrocarril que une a Santa Marta con Bogotá.

Al proceso de licitación concurrieron dos consorcios: Ferrocarriles de la Paz (Fepaz), quien ofreció asumir los costos de rehabilitación y operación de la red y pagar al Estado dinero por la operación; y Ferrocarril Colombiano del Atlántico, que para la misma actividad exigía el pago por parte del Estado colombiano de la suma de 123 millones de dólares, es decir, \$196.000'000.000 aproximadamente. Inicialmente la licitación fue adjudicada el 27 de enero de 1998 a FEPAZ, sin lograrse finalmente la adjudicación del contrato, en atención a que

⁸⁹ Sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 4 b).

el Departamento del Cesar “impidió la constitución de la sociedad”, por lo cual Ferrovías, al parecer de un modo inadecuado, procedió a revocar la adjudicación hecha, mediante resolución de fecha 29 de mayo de 1998, ordenando adicionalmente hacer efectiva la garantía otorgada por el consorcio ganador. De acuerdo con la accionante, el presidente de Ferrovías, señor Ciro Vivas, le solicitó adelantar los trámites necesarios para obtener la disponibilidad presupuestal necesaria para una nueva adjudicación, a lo que aquella se negó, adelantándose según su dicho una persecución en contra de los funcionarios que tuviesen que ver con temas de presupuesto, contabilidad o finanzas. Simultáneamente, el mismo funcionario inició trámites ante el Departamento Nacional de Planeación en busca de los recursos necesarios para la ejecución de la obra por parte de Ferrocarril Colombiano del Atlántico. Ante la situación, el día 2 de julio de 1998, la funcionaria le dirigió una comunicación al presidente de la entidad, indicándole que no participaría en actos irregulares de adjudicación, remitiendo copia de la misma a los órganos de control. La respuesta del presidente fue la declaratoria de insubsistencia, comunicada mediante Oficio 000578 de julio 7 de 1998.

Ante la situación, la señora Bedoya Becerra propuso, por medio de apoderado judicial, acción de nulidad con restablecimiento del derecho ante la jurisdicción administrativa, alegando que el acto de destitución había sido expedido con una clara desviación de poder. Tramitado el proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia el 25 de abril de 2002, declarando la nulidad de la Resolución 452 de julio 7 de 1998, que contenía el acto de insubsistencia, ordenando el reintegro de la demandante al cargo que venía ocupando. La decisión fue apelada y el expediente remitido al Consejo de Estado, Sección Segunda, que el día 11 de septiembre de 2003 revocó la decisión del Tribunal, negando así la nulidad del acto de insubsistencia.

En firme la sentencia, la afectada propuso acción de tutela en contra del Consejo de Estado, alegando la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico, pues en su opinión no habrían sido valoradas pruebas específicas y decisivas que obraban en el expediente, lo que implicaba la violación del derecho al debido proceso. De la tutela conoció en primera instancia la sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó el amparo, afirmando superficialmente que la acción de tutela no procede en contra de providencias judiciales, ni siquiera en los

casos de vías de hecho. Impugnada la decisión, el expediente fue enviado a la Sección Quinta, que confirmó la negativa, reiterando la improcedencia de la acción e invocando la doctrina contenida en la Sentencia C-543 de 1992.

Remitido el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, fue seleccionado y repartido a la Sala Sexta de Revisión, donde fue formulada la siguiente pregunta jurídica: ¿incurrió en vía de hecho por defecto fáctico el fallo proferido por el Consejo de Estado, al no apreciar parte del material probatorio allegado al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que la accionante seguía contra Ferrovías? Para resolver, la sala reconstruyó la jurisprudencia constitucional acerca de la acción de tutela contra providencias, deteniéndose en las reglas vigentes sobre el defecto fáctico, las que fueron enunciadas e ilustradas desde casos específicos, haciendo un acento metodológicamente necesario en los casos de defecto fáctico por falta de valoración del acervo probatorio. Surtida la anterior presentación, que operó a modo de marco teórico, se procedió a la solución del caso concreto. Sobre el punto la Corte fue muy precisa y enunció la tesis central del fallo:

En el presente caso existió una vía de hecho por defecto fáctico, en punto a la omisión en el decreto y valoración de la prueba que definitivamente podía cambiar el sentido del fallo de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que la señora Rosario Bedoya Becerra, siguió contra Ferrovías.⁹⁰

De acuerdo con la Corte, el fallo de la Sección Segunda, que revocara la declaratoria de nulidad hecha por el Tribunal Administrativo, señalaba como sustento: i) que la demandante no había aportado el documento que contenía su concepto negativo a la nueva adjudicación, y ii) que no había pruebas acerca de la irregularidad de la licitación. Para verificar el aserto, la Corte Constitucional decretó la práctica de la prueba de inspección judicial sobre el expediente, la que

⁹⁰ Sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerado Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 5.

se realizó el 12 de agosto de 2005, encontrándose dentro del mismo dos pruebas claves, que el Consejo de Estado había señalado como ausentes y que sí se encontraban dentro del expediente, como son:

- a) La carta del 2 de julio de 1998, que expone tanto las irregularidades que la accionante encontrara en el proceso de licitación, como su concepto negativo a la adjudicación (folios 15 a 17 del segundo cuaderno).
- b) La carta de respuesta del presidente de Ferrovías, contenida en el Oficio 000578 de julio 7 1998.

Concluyendo así la Corte que:

Las pruebas anteriores, no fueron valoradas por la sentencia de segunda instancia y a juicio de esta Sala son determinantes para concluir, precisamente en lo que debía, a juicio de la sentencia cuestionada, probarse en el proceso de nulidad para poder demostrar la motivación oculta del acto administrativo que declaró la insubsistencia del cargo de la accionante.⁹¹

Por lo anterior, la Corte determinó que se había incurrido en defecto fáctico en dimensión omisiva, vulnerando el derecho al debido proceso de la accionante, teniendo que ser revocadas las sentencias que negaron la tutela, para así dejar sin efectos el fallo del 11 de septiembre de 2003, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que negara la nulidad del acto de insubsistencia. Finalmente, la Corte le otorgó un término de 30 días al Consejo de Estado, a fin de “realizar las gestiones necesarias para dictar una nueva sentencia con base en los lineamientos (que) aparecen en la parte motiva de esta sentencia”.

3.3.5 Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio

La Corte Constitucional ha establecido que se está frente a esta última modalidad de defecto fáctico, “cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia

⁹¹ *Idem.*

probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido”,⁹² y señala como un caso concreto de su ocurrencia el contenido en la Sentencia T-450 de 2001, en el que el juez 15 de Familia de Bogotá aumentó el valor de la cuota alimentaria de una demandante, sin tener fundamento probatorio para ello, pues la evidencia que fue allegada al expediente tan solo permitía un aumento significativamente menor al otorgado por el despacho.

En los casos de configuración de esta clase de defecto fáctico, el juez se abstiene irregularmente de sopesar el valor individual o conjunto de los medios probatorios aportados al proceso, eludiendo de esta manera la conclusión jurídica que los propios medios probatorios le imponen, adoptando en apariencia una providencia formalmente adecuada, pero que en su contenido resulta inconstitucional. Se repite, no es que el juez no valore o que no tenga libertad para hacerlo, sino que lo hace en contravía de las evidencias que el propio ciclo probatorio le ha aportado.

Una sólida sentencia de la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, que contó con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, sirve de referente a la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico en la modalidad de valoración defectuosa, con violación del derecho al debido proceso de los miembros del Sindicato Nacional de Trabajadores de Icollantas S.A. El fallo es especialmente significativo, si se tiene en cuenta que se tuteló el derecho de los trabajadores, en contra del juez Promiscuo Municipal de Sibaté, mismo funcionario que inconstitucionalmente se había rehusado a la declaratoria de un manifiesto desacato, en tanto que la empresa Icollantas S.A. no había dado cumplimiento a las órdenes impartidas por la Corte mediante Sentencia T-330 de 1997, con la tácita aquiescencia del juzgado.

De conformidad con los hechos descritos en el fallo (Sentencia T-555 de 1999), la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-330 de 1997, amparó los derechos constitucionales a igualdad y asociación, en cabeza de sindicatos relacionados con la industrial del caucho y las llantas, ordenándose a la empresa Icollantas S.A., entre otros proveídos, colocar a los trabajadores sindicalizados y

⁹² Sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 4 c).

no sindicalizados en plano de igualdad de aplicación de lo que allí se denomina “plan de beneficios”, efectuando, si resultare del caso, los pagos en sumas de dinero necesarios a efectos de asegurar dicha igualdad. Como la empresa condenada eludió el pago integral de lo ordenado por la tutela, los trabajadores promovieron incidente de desacato en contra de aquélla. Tramitado el incidente, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté negó la existencia de incumplimiento por parte de Icollantas S.A., fundando su decisión en los testimonios aportados por los patronos y sus apoderados.

Dada esta situación, los afectados promovieron acción de tutela en contra del juez Promiscuo Municipal de Sibaté, por edificarse una vía de hecho por defecto fáctico. De la acción conoció la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que mediante providencia del noviembre 10 de 1998, negó el amparo, afirmando que la interpretación dada por el juez a la aplicación del plan era razonable, pues se fundaba en las pruebas y los documentos allegados, y que si alguna discrepancia surgía respecto del dinero que debía ser pagado, lo adecuado era acudir a la justicia ordinaria. La decisión del Tribunal fue impugnada, conociendo de ella la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la negativa, enfatizando el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Llegado el expediente a la Corte Constitucional para su revisión eventual, éste fue seleccionado y repartido a la Sala Quinta de Revisión. La pregunta jurídica que la sala debía resolver resultaba bien técnica, pues debía determinar si en un incidente de desacato, la valoración del material probatorio hecha por el juez de primera instancia, así como la interpretación que tal juez hizo de la orden de tutela impartida en la Sentencia T-330 de 1997, constituían o no una vía de hecho.

Para responder la pregunta la Corte adoptó la siguiente estrategia textual: inicialmente trabajó alrededor del concepto de vía de hecho, su ocurrencia y los requisitos necesarios para su configuración. Acto seguido, recabó en la discrecionalidad del juez al momento de valorar las pruebas allegadas, fijándole sin embargo un preciso límite a esa facultad en los siguientes términos: “Aunque los jueces gozan de autonomía para efectuar la valoración probatoria en los procesos que conducen, incurren en vía de hecho cuando ella es contraevidente”.⁹⁵

⁹⁵ Sentencia T-555 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Al fijar este límite a la autonomía del juez, la Corte entró a demarcar perentoriamente los cauces por los que puede fluir la tarea valorativa del juez, pues éste no puede proferir decisiones que contradigan el contenido del material probatorio allegado, hasta el punto que la decisión aparezca contraevidente respecto de los hechos probados, evento en el cual se configura la vía de hecho, pues de conformidad con el dicho de la Corte, “cabe entonces la tutela, (...) cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido”, y en consecuencia,

se puede producir también una vía de hecho en el momento de evaluar la prueba, si la conclusión judicial adoptada con base en ella es contraevidente, es decir, si el juez infiere de ella hechos que, aplicando las reglas de la lógica, la sana crítica y las normas legales pertinentes, no podrían darse por acreditados, o si les atribuye consecuencias ajenas a la razón, desproporcionadas o imposibles de obtener dentro de tales postulados.⁹⁴

Hecha esa precisión, la Corte encontró que comparada la orden de tutela contenida en la Sentencia T-330 de 1997 con la realidad acontecida, existía el desacato, pues de acuerdo con las pruebas allegadas, resultaba evidente que la accionada Icollantas S.A. había desconocido el mandato de la Sala, con el inconstitucional beneplácito del Juzgado Promiscuo Municipal de Sibaté, despacho que en lugar de propiciar el cumplimiento de las órdenes impartidas, por medio de las sanciones previstas para los casos de desacato, por el contrario había avalado la desobediencia de la accionada, bajo la apariencia de un análisis interpretativo que resultaba contraevidente al ser contrastado con el material allegado. El punto más sensible que encontró la Corte fue que la empresa Icollantas S.A. había realizado los pagos que se le habían ordenado, *únicamente* con efectividad a partir del día 10 de junio de 1996 y hasta el día 10 de agosto de 1997, dejando de pagar las sumas causadas desde 1994. No obstante, la Corte Constitucional fue más

⁹⁴ Sentencia T-555 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

allá, y saliéndole al paso al posible argumento de la duda en la determinación del momento desde el cual debieron aplicarse los pagos, descalificó la tendenciosa lectura, esgrimiendo para el caso un argumento constitucional, pues si alguna duda hubiere podido surgir en el entendimiento del juez Promiscuo Municipal de Sibaté, éste habría tenido que resolverla no desde su parecer personal, sino desde la solución constitucional que le propiciaba el artículo 53 de la Carta, que establece el principio de favorabilidad en materia laboral. En los anteriores términos, e incluso ante la eventualidad de la duda, el juez de instancia ha debido declarar el desacato, y al no hacerlo, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, como que su peculiar decisión resultaba ser contraria al material probatorio.

3.4 El defecto sustantivo

De conformidad con la Sentencia T-008 de 1998, se configura el defecto sustantivo y hay lugar a la interposición de la acción en contra de una providencia judicial, “cuando la decisión judicial se funda en una norma *evidentemente* inaplicable” (énfasis en el original); o para utilizar las expresiones contenidas en la Sentencia T-1017 de 1999, por encontrarse la decisión judicial “fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto”. Obsérvense los dos adverbios utilizados: “claramente” y “evidentemente”, referidos al adjetivo “inaplicable” que se refiere a la norma utilizada por el juzgador. El uso de estos adverbios denota la notoriedad que habrá de tener el yerro judicial, no bastando que la norma no sea la aplicable, pues su inaplicabilidad ha de ser superlativa, so pena de no constituir una vía de hecho.

No obstante, y a pesar de la claridad de la expresión “decisión judicial fundada en norma inaplicable al caso concreto”, al profundizar la Corte Constitucional en el estudio del defecto, se encontró con que el alcance de la expresión iba mucho más allá del simple concepto genérico de norma, y que por el contrario, la protección de tutela cobijaba: el defecto sustantivo por violación de norma sustantiva, el defecto sustantivo por violación de la cosa juzgada constitucional, el defecto sustantivo por interpretación inaceptable, el defecto sustantivo por violación de un principio constitucional, el defecto sustantivo por exclusión de sentido normativo único, y otros eventos análogos que daban lugar a la configuración de la causal.

Sin embargo, a partir del año 2003, con ocasión de la redefinición dogmática de la vía de hecho y del planteamiento de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, aconteció que algunas de las modalidades del defecto sustantivo fueron desarrolladas como causales autónomas, tal y como aconteció especialmente con el defecto sustantivo por violación del precedente constitucional. Más aún, la Corte Constitucional redefinió el defecto de modo tal que integró un nuevo contenido al ya dispuesto por la jurisprudencia, entendiendo también por defecto material o sustantivo, “los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”.⁹⁵ A continuación se desarrollan, desde casos concretos, las distintas modalidades de este defecto.

3.4.1 Defecto sustantivo por violación de norma sustantiva

En este caso, la vía de hecho se configura desde la consideración de un defecto estrictamente normativo: el funcionario judicial, dentro del contenido de la sentencia, funda su decisión en norma claramente inaplicable o, lo que significa lo mismo, omitiendo la aplicación de la norma adecuada. En estos eventos, el flagrante desconocimiento de la norma legal aplicable configura la vía de hecho, en tanto que la decisión judicial carece de fundamento objetivo, pues éste resulta abiertamente contrario al contenido de la ley.

Un caso típico de defecto sustantivo por violación de norma sustantiva es el enmarcado en la Sentencia T-573 de 1997, proferida por la Sala Primera de Revisión de Tutelas. El caso consistía en que un ciudadano, junto con otras dos personas, había sido condenado por el juez 26 Penal Municipal de Medellín a una pena principal de 28 meses de prisión por tentativa de hurto calificado y agravado, a la vez que se le negaba la excarcelación a todos los procesados, bajo el manido argumento de la concurrencia del factor subjetivo. La sentencia no fue recurrida. No obstante, y con posterioridad al fallo, uno de los condenados accionó en tutela, pues en su opinión le estaban siendo vulnerados los derechos al

⁹⁵ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 25.

debido proceso, igualdad, defensa y libre acceso a la administración de justicia, pues el juez de instancia, al tasar la pena, no dispuso la rebaja que le ordenaba el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal, conforme a la cual, en los casos de restitución de la cosa e indemnización de perjuicios, habrá lugar a una disminución de la pena de la mitad a las tres cuartas partes.

Tramitada la acción de tutela ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, el despacho procedió a conceder el amparo, ordenando la protección de los derechos invocados por el accionante. Seleccionado posteriormente el expediente, y remitido a una de las salas de revisión de tutelas de la Corte Constitucional, ésta procedió a confirmar la protección concedida por el juez de instancia, sosteniendo para el efecto la siguiente tesis central:

De esta manera, la omisión en que incurrió el juez acusado consistió en no aplicar una norma, sin importar el sentido en que lo hubiese hecho, cuando estaba obligado a ello, tal como lo dispone el artículo 61 del Código Penal, según el cual, el juez al momento de fijar la pena, debe tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación, así como la personalidad del agente (...)

En este caso, la vía de hecho la constituyó la omisión en que incurrió el juez acusado al no hacer consideración alguna sobre la procedencia o improcedencia del artículo 374 del Código Penal.⁹⁶

Como se aprecia entonces, hubo violación evidente de la norma sustantiva por la aplicación de otra que no era procedente en el caso concreto, lo que constituyó una arbitrariedad que vulneró los derechos al debido proceso, igualdad y primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, y que por tanto, constituía una vía de hecho judicial. En consecuencia, el juez de tutela ordenó la anulación de la sentencia condenatoria, a la vez que dispuso proferir un nuevo fallo que observara perentoriamente la normativa del artículo 374 del Código Penal entonces vigente.

⁹⁶ Sentencia T-573 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía, consideración jurídica núm. 3.

3.4.2 Defecto sustantivo por interpretación que vulnera los derechos fundamentales

El caso del senador Edgar Perea es un excelente ejemplo de violación de los derechos fundamentales, originada en la interpretación inconstitucional que hace una alta corte, para el caso, el Consejo de Estado. El señor Edgar José Perea Arias fue elegido senador de la República por voto popular, para el periodo 1998-2002. En el ejercicio del cargo el senador fue especialmente cumplido y puntual según se demostró en el expediente. Sin embargo, durante el cumplimiento de sus funciones, el entonces senador aceptó la invitación de un canal de televisión para narrar unos partidos de fútbol, la que fue aceptada bajo la condición de hacerse a título gratuito y sin relación contractual. No obstante, y una vez realizadas las transmisiones, en mayo de 2000 un ciudadano solicitó al Consejo de Estado la pérdida de investidura de congresista de Perea Arias, pues en su opinión éste había incurrido en la incompatibilidad prevista en el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución, que establece que los congresistas no podrán “desempeñar cargo o empleo público o privado”.

Adelantado el proceso ante el Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 18 de julio de 2000, éste decretó la pérdida de investidura del senador, por considerar que había sido demostrada la incompatibilidad. En firme la providencia, el afectado interpuso acción de tutela en contra del Consejo de Estado, por vías de hecho. De la acción conoció el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, que mediante providencia de fecha 15 de noviembre de 2000, negó el amparo por improcedente, dentro de una providencia que confundió la figura de la improcedencia con la negación sustantiva del amparo. La decisión no fue impugnada, y tras su remisión a la Corte Constitucional, fue seleccionada para revisión. En atención a la dificultad técnica del asunto, y la calidad de las partes, el caso fue sometido al conocimiento de la Sala Plena de la corporación, bajo ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil. La Corte decidió el asunto mediante Sentencia SU-858 de 2001, revocando el fallo del Consejo Seccional que había negado el amparo, decretando en su lugar la improcedencia de la acción por existir otro medio de defensa judicial, encarnado en el Recurso Extraordinario Especial de Revisión. Al respecto la Sala sostuvo la siguiente tesis:

... dentro del proceso de pérdida de investidura de los congresistas existe un medio de defensa idóneo para la protección del derecho al debido proceso y como resultado del cual el afectado puede obtener la restitución total de su derecho, o abrir la vía para la obtención de una reparación patrimonial compensatoria.⁹⁷

Sometiéndose a lo dispuesto por la Corte, el ex senador tramitó el recurso ante el Consejo de Estado, organismo éste que confirmó su fallo anterior el día 13 de agosto de 2002. Agotado así el medio ordinario de defensa, el afectado volvió a solicitar el amparo de tutela. Por mandato del Decreto 1382 de 2000, la Sección Quinta del Consejo de Estado conoció de la acción, y la rechazó por improcedente mediante providencia del 23 de julio de 2003. Al no ser impugnado el fallo, éste fue nuevamente remitido a la Corte Constitucional, donde fue seleccionado y repartido a la Sala Primera de Revisión, que luego de surtir el trámite respectivo, mediante Sentencia T-1232 de 2003, revocó el fallo de la Sección Quinta, y en su lugar amparó los derechos al debido proceso, al ejercicio de cargos y funciones públicas, al ejercicio y control del poder político, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión del accionante.

La pregunta jurídica que debió resolver la Corte Constitucional en la segunda oportunidad fue la siguiente: ¿incurrió el Consejo de Estado en una vía de hecho y vulneró los derechos fundamentales del señor Edgar José Perea Arias, al despojarlo de su investidura de senador de la República, y posteriormente, al confirmar dicha decisión al resolver el recurso de revisión? La respuesta de la Corte Constitucional fue un *sí* y, en tal sentido, amparó los derechos del senador, dejando sin efectos las providencias del Consejo de Estado. La Corte desarrolló su pensamiento abordando básicamente dos temas, uno relacionado con la procedencia de la acción de tutela cuando se incurre en una vía de hecho, y otro referido específicamente al alcance de la causal del artículo 180, numeral 1o. de la Constitución.

⁹⁷ Sentencia SU-868 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica núm. 3.4.1.

La Corte encontró que la declaratoria de la pérdida de investidura decretada en contra del señor Perea Arias constituía una arbitrariedad, fundada en una interpretación judicial que no resultaba razonable, y que vulneraba los derechos fundamentales del accionante, de modo tal que lo que en últimas hacía el Consejo de Estado era inventarse una causal de pérdida de investidura hasta entonces inexistente, en la medida en que el señor Perea no había ejercido ni cargo, ni empleo alguno al narrar los partidos de fútbol, en tanto que su relación con la empresa de televisión no había estado mediada ni por un contrato de trabajo, ni por una relación legal o reglamentaria. La tesis de la Corte fue la siguiente:

Las interpretaciones que vulneran los derechos fundamentales, no merecen el amparo y respeto prodigado por el orden jurídico, por lo que deben ser retiradas del mismo, mediante los mecanismos de protección pertinentes.⁹⁸

Para defender su tesis la Corte utilizó, entre otros, los siguientes argumentos:

1. Un argumento por precedente, de tipo normativo histórico, encarnado en la Sentencia C-543 de 1992, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, en el que se estableció la regla constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales por vías de hecho.
2. Otros argumentos por precedente, para la defensa y legitimidad de la doctrina constitucional acerca de las vías de hecho. Para estos efectos fueron señaladas las sentencias SU-1185 de 2001, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, y C-1026 de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.
3. Argumentos por analogía acerca de la procedencia de la acción de tutela en contra de sentencias que resuelven recursos extraordinarios. Entendió la Corte que si el amparo procede aun en contra de fallos que deciden el recurso extraordinario de casación, entonces de análoga forma resulta viable en contra de fallos que deciden el recurso extraordinario de revisión.

⁹⁸ Sentencia T-1232 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, consideración jurídica núm. 16.

4. Un argumento lógico deóntico, derivado de la ya señalada prescripción del artículo 86 de la Constitución Política, según el cual el amparo de tutela sobreviene en los casos de violación de los derechos fundamentales por parte de “cualquier autoridad pública”, categoría ésta en la que estarían incluidos los jueces de todo nivel.
5. Igualmente utilizó la Corte argumentos finalísticos, reiterando que el objetivo de la acción de tutela es la protección y defensa de los derechos fundamentales, sin importar de quién o de dónde provenga la violación o amenaza de los mismos.

3.4.3 Defecto sustantivo por violación de principio constitucional

En esta modalidad, el carácter normativo inicial del defecto sustantivo vuelve a asumirse plenamente, tan sólo que la norma que deja de ser aplicada es un principio constitucional y no una norma legal. El contenido de lo que sea una norma con estructura de principio fue desde el comienzo señalado por la Corte Constitucional:

b) Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata tanto por el legislador como por el juez constitucional.⁹⁹

Se tiene entonces que si el que se deja de aplicar es un principio constitucional, la disposición que haya aplicado el juez inobservando el principio resulta ser una norma “evidentemente inaplicable”, surgiendo así el defecto sustantivo.

Entre diversas situaciones de configuración de este defecto, resulta ilustrativo traer al caso un pronunciamiento de la Sala Tercera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, resuelto en el año de 1998, que se fundaba en los hechos que a continuación se describen. El 5 de agosto de 1991, un ciudadano

⁹⁹ Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, consideración jurídica núm. 7.

residente en el municipio de Tasco (Boyacá), y por asuntos relacionados con una deuda, ocasionó la muerte a su suegro mediante el uso de arma cortopunzante. Tramitado el proceso ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, el procesado, de modo libre y espontáneo, confesó plenamente su responsabilidad, razón por la cual y mediante sentencia de fecha septiembre 5 de 1995, el juzgado lo condenó a una pena principal de trece años y cuatro meses de prisión por el delito de homicidio agravado, habiéndole concedido una rebaja de la sexta parte por confesión, de conformidad con el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 38 de la Ley 81 de 1993. La decisión no fue apelada ni por el defensor ni por el representante del Ministerio Público.

Transcurridos dos años, en octubre de 1997, el condenado solicitó al juez que lo condenó la modificación de la sentencia, consistente en la reducción de la misma a la cantidad de diez años y ocho meses de prisión. El condenado elevó su solicitud, fundándola en la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, pues para la fecha de ocurrencia del homicidio la rebaja por confesión fijada por el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal alcanzaba hasta una tercera parte del total de la pena que debía ser impuesta. Mediante dos pronunciamientos, el uno de diciembre de 1997, y el otro de enero de 1998, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río negó la solicitud, alegando la inexistencia de supuesto fáctico, así como el vencimiento de toda oportunidad procesal.

Ante la negativa, el procesado interpuso acción de tutela ante la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, alegando la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y libertad personal. Esta corporación, mediante providencia de fecha mayo 5 de 1998, revocó la sentencia condenatoria de fecha septiembre 7 de 1995, y ordenó al juez otorgar dentro de la respectiva providencia la rebaja de la tercera parte de la pena a que era acreedor el procesado por confesión, todo ello en atención a que por el principio de favorabilidad era aplicable el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal (vigente al momento de los hechos), y no la Ley 81 de 1993 en su artículo 38.

La Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, luego de considerar en el ámbito teórico en qué consiste la vía de hecho, y de evaluar los elementos y los eventos en los que ella se configura, encontró que el vicio alegado por el accionante era de tal magnitud, que resultaba evidente a simple vista,

razón por la cual se estaba en presencia de una vía de hecho. Para el efecto, el despacho simplemente atendió al recorrido temporal de la realización del delito, de la confesión y del juzgamiento, encontrando que habiéndose realizado la conducta típica el día 5 de agosto de 1991, el procesado tenía entonces pleno derecho a la reducción de la tercera parte de la pena en virtud del principio de favorabilidad. La Corte sostuvo puntualmente la siguiente tesis: “ciertamente, aquella providencia que, de manera flagrante, vulnera el principio de favorabilidad, queda de inmediato revestida de un defecto sustantivo de tal magnitud que origina una vía de hecho. En efecto, se trataría en este caso de una decisión absolutamente arbitraria...”¹⁰⁰

Reconocida la palmaria existencia de la vía de hecho, procedió la sala a considerar el hecho procesal según el cual la sentencia no había sido apelada, es decir, que para el caso concreto, el mecanismo ordinario de defensa no había sido agotado. La Corte consideró que aunque ello era cierto, la omisión no resultaba imputable al actor, pues conforme a la jurisprudencia de la corporación, la negligencia o descuido del abogado no puede alegarse en todos los casos en contra del procesado.

3.4.4 Defecto sustantivo por tomar decisión con base en normas inexistentes o inconstitucionales. La indexación de la primera mesada pensional

Se trabajan como ejemplo de esta modalidad las sentencias SU-120 de 2003 y C-862 de 2006, que resuelven constitucionalmente un mismo problema jurídico: el de la indexación de la primera mesada de los pensionados, tanto por vía de tutela, como por la de constitucionalidad. La cuestión es además especialmente significativa para el caso del defecto sustantivo o material, pues simultáneamente acontece la ocurrencia de:

- Defecto sustantivo por violación de los principios constitucionales de igualdad, debido proceso, favorabilidad y seguridad social en el pago oportuno de pensiones.

¹⁰⁰ Sentencia T-567 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 5.

- Defecto sustantivo por interpretación inaceptable alrededor de las normas que dejan de regular lo relacionado con la indexación de la primera mesada pensional.
- Defecto sustantivo por decisión sobre norma que, aunque declarada exequible, lo fue de modo condicionado por la Corte Constitucional, presentándose que los jueces de instancia, avalados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desatienden la cosa juzgada constitucional contenida en la Sentencia C-862 de 2006.

3.4.4.1 Defecto sustantivo por violación de principios constitucionales e interpretación inconstitucional, al negar la indexación de la primera mesada pensional

La Sentencia SU-120 de 2003 ofrece un caso con acumulación de tres expedientes de tutela tramitados en contra de Bancafé y Caja Agraria, que comparten un mismo patrón fáctico, relacionado con la negativa de las tres entidades y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de indexar la primera mesada pensional de sendos ex trabajadores. Para los accionantes, con dicha negativa se habían vulnerado los derechos a igualdad, debido proceso, seguridad social y trabajo. En todos los casos, los accionantes habían prestado servicios como trabajadores durante más de veinte años en sociedades de economía mixta, habiendo satisfecho al momento del retiro el requisito de tiempo de servicio para la pensión, pero no el de edad, con lo cual transcurría un lapso de tiempo entre el momento de retiro de la entidad y el pago de la primera mesada pensional, por el cumplimiento de la edad.

Todo lo anterior provocaba un problema jurídico: ¿cuál habría de ser el valor por pagar en la primera mesada pensional: el valor líquido del 75% del salario que devengaba el trabajador al momento del retiro de la entidad, o el valor equivalente al 75% de ese salario, actualizado, año tras año, es decir, indexado, tras cumplir el requisito de edad?

En todos los casos ocurrió que los bancos accionados, mediante actos administrativos, procedían al reconocimiento de las pensiones, sólo que, al momento de liquidar el valor de la primera mesada, la entidades tomaban como referencia el valor del año de retiro del servicio, sin efectuar reajuste alguno, y sin

importar que hubiesen transcurrido cuatro, nueve o doce años respectivamente, al momento de pagarse y reconocerse la primera mesada. En atención al precario reconocimiento de sus pensiones, los afectados acudieron a la justicia laboral en procura de la actualización de sus mensualidades, tramitando las instancias hasta la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde les fue negado el derecho al reajuste a todos los antiguos trabajadores.

Los afectados accionaron en tutela, aduciendo la violación de los derechos fundamentales de igualdad, debido proceso, seguridad social y trabajo. Alegaron ser víctimas de trato discriminado, pues históricamente la Sala de Casación Laboral había venido reconociendo la indexación a antiguos trabajadores del Banco Popular, de la Caja Agraria y del Banco Cafetero, mientras que a ellos se les negaba ese mismo derecho. Las acciones de tutela fueron radicadas en distintos despachos judiciales, que negaron el amparo afirmado que no se presentaba ninguna violación de derechos fundamentales, que las decisiones de la Sala de Casación eran el producto del ejercicio de su autonomía valorativa, y que se trataba de un simple asunto de interpretación. Impugnadas las decisiones y llevados los casos a segunda instancia, las negativas de amparo fueron confirmadas.

Remitidos los casos a la Corte Constitucional, éstos fueron seleccionados y posteriormente acumulados en un solo expediente. Por la importancia del asunto éste fue conducido a la Sala Plena, para unificación. La pregunta jurídica formulada por la Corte fue clara y precisa: ¿las decisiones de la Sala de Casación Laboral, que negaron la indexación de la primera mesada pensional a los accionantes, vulneraron los derechos fundamentales a igualdad, debido proceso, trabajo y seguridad social? En concreto la cuestión ofrecía el siguiente panorama normativo:

- No existe norma concreta para liquidar el monto de base para la pensión de quienes se retiran sin cumplir la edad de pensión.
- Ninguna disposición ordena indexar expresamente la base de la liquidación de la pensión.
- Ninguna disposición excluye la indexación.

Para suplir la indefinición normativa, la Corte Constitucional encontró que concurrían, entre otros, los artículos 13 y 53 de la Constitución, los artículos

21, 260 y 267 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, las leyes 4 de 1976 y 71 de 1988 sobre reajuste anual de pensiones y la Ley 445 de 1998, sobre nivelación de pensiones. Adicionalmente, se vio en la necesidad de examinar la *doctrina probable* edificada por la Corte de Casación sobre el punto, identificando allí tres momentos distintos:

- a) Una primera etapa, que iría de 1982 hasta el 18 de agosto de 1999, en la cual la Corte de Casación ordenaba el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional, por razones de justicia y equidad, tomando como fundamento la existencia de la inflación monetaria que afectaba todo, incluyendo el salario y las pensiones.
- b) Un segundo periodo, que se inicia con la sentencia de agosto 18 de 1999, donde la Sala de Casación cambió de postura,

sin que se hubiera presentado un cambio legislativo relevante, o un cambio en la situación política, social o económica (...) que tenga injerencia sobre la manera como se había formulado inicialmente el principio que fundamentó cada aspecto de la decisión y sin ponderar los bienes jurídicos involucrados en el caso concreto.¹⁰¹

- c) Un tercer momento, que considera las decisiones tomadas por la Sala de Casación durante el año 2002, que contienen fallos contradictorios, que reconocen o niegan la indexación, acompañados de criterios de decisión no unificados.

Para resolver, la Corte focalizó su trabajo alrededor del principio de autonomía judicial, de la vigencia y alcance de los principios constitucionales y de los límites que éstos imponen a la autonomía judicial, así como respecto de los temas del límite de las interpretaciones, la necesidad de su conformidad con la Constitución, el derecho a la igualdad de trato jurídico, y la urgente necesidad del respeto

¹⁰¹ Sentencia SU-120 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 5.5.

por el acto anterior de los propios jueces. Considerando que la negativa de los amparos se fundaba en el supuesto ejercicio del principio de autonomía, la Corte Constitucional procedió a reiterar su *jurisprudencia en vigor* sobre el punto, actualizando una regla ya clásica, según la cual,

los jueces y los tribunales son autónomos e independientes (...); pero en esa labor no les es dable apartarse de los hechos, dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente aportadas, y desconocer las disposiciones constitucionales, porque la justicia se administra en relación con los hechos debidamente probados, y los contenidos, postulados y principios constitucionales son criterios hermenéuticos de forzosa aplicación –artículos 6, 29 y 230 CP–.¹⁰²

La regla anterior operó como premisa para declarar la existencia del defecto sustantivo, tal y como se deriva de la tesis central del fallo, en la que a modo de balance argumental se precisó:

En suma, al decidir sobre la procedencia de indexar la primera mesada pensional, los jueces no pueden desconocer la necesidad de mantener el equilibrio de las relaciones de trabajo y el valor adquisitivo de las pensiones como lo indican los artículos 53 y 230 CP. (...) de manera que si el juzgador no opta por lo expuesto (...) hacen necesaria la intervención del juez constitucional para restablecer los derechos fundamentales mínimos de los trabajadores.¹⁰³

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional encontró que, con su conducta, la Sala de Casación Laboral violaba un derecho fundamental, injustamente opaco en Colombia, como lo es el derecho a la igualdad de trato jurídico, hasta el punto de sostener que la sala accionada debía aplicar en todos los casos la misma interpretación razonable, pues *“el mandato de aplicar la ley de*

¹⁰² Sentencia SU-120 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 3, recogiendo los precedentes contenidos en las sentencias C-083 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, y C-739 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰³ Sentencia SU-120 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galis, consideración jurídica núm. 3.2.

*manera general y uniforme está dirigido a todos los jueces y magistrados, singulares y colegiados*¹⁰⁴ (énfasis agregado). Así pues, y desde las anteriores consideraciones, fueron revocadas las decisiones de los jueces de instancia, y en su lugar se dispuso dejar sin efecto los fallos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ordenándole que decidiera nuevamente los recursos de casación interpuestos y negados, esta vez reconociendo el derecho a indexación de las mesadas de los pensionados.

3.4.4.2 Defecto sustantivo por decisión fundada en lectura inconstitucional de norma declarada exequible mediante sentencia condicionada

Esta misma solución al problema jurídico de la indexación de la primera mesada pensional, que declara la existencia de vía de hecho por defecto sustantivo cuando se niega la indexación, fue nuevamente resuelta por la vía del control abstracto de constitucionalidad contenido en la Sentencia C-862 de 2006, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. La consecuencia inevitable de esto es que en el caso de que los jueces laborales, o cualquier otra jurisdicción, sigan desconociendo este derecho constitucional, se configurará el defecto sustantivo, no sólo por violación de principios constitucionales y por interpretación constitucional, sino por fundar su decisión en enunciado inconstitucional declarado así en sentencia de exequibilidad condicionada.

La norma demandada se refiere al establecimiento de los requisitos que debe satisfacer el trabajador para tener derecho a la pensión de jubilación, relacionados con el tiempo de servicio personal y la edad. Adicionalmente, el numeral segundo demandado dispone textualmente: “2. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad expresada tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte (20) años de servicio”.

¹⁰⁴ Sentencia SU-120 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 6.1.2.

En opinión del demandante, si bien la norma demandada había sido derogada por la Ley 100 de 1993, seguía produciendo efectos jurídicos, razón por la cual cabía el pronunciamiento acerca de su constitucionalidad. Indicó igualmente que el enunciado violaba el artículo 13 de la Carta sobre el derecho a igualdad, pues establecía una diferencia de trato no justificada entre quienes en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 veían actualizado el valor de sus mesadas bajo el régimen de administración de los fondos de pensiones, y quienes no estaban allí incluidos, que perdían la posibilidad de los ajustes. De conformidad con su criterio, la anterior lectura se fundaba en una adecuada comprensión del principio *in dubio pro operario*, así como en la defensa del derecho a la seguridad social y los derechos de los trabajadores.

La Corte Constitucional, tras considerar que la demanda cumplía los requisitos necesarios para un pronunciamiento de fondo, trabajó el tema de la evolución legislativa en materia de actualización de las obligaciones en materia laboral, encontrando que el legislador ha previsto como regla general, la actualización periódica, tanto de las mesadas ya reconocidas, como del ingreso base de liquidación de la primera mesada, hasta el punto de ser “*un derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional dentro de cuyo ámbito de conductas protegidas se encuentra el derecho a la indexación de la primera mesada pensional*”¹⁰⁵ (énfasis en el original).

Al analizar la cuestión en concreto, la Corte determinó que ciertamente había una ausencia de regulación legislativa acerca de la indexación del salario base para la liquidación de la mesada pensional prevista en el numeral segundo, que originaba numerosos problemas interpretativos, tratándose propiamente de una *omisión legislativa relativa*, ya resuelta por vía de tutela, que implicaba que en virtud del principio *in dubio pro operario* debe indexarse el salario base para la liquidación de la pensión de quienes se retiren o sean retirados luego de veinte años de servicio, sin haber alcanzado la edad para jubilarse. La Corte fue clara en precisar que la línea jurisprudencial construida era respetuosa de la competencia legislativa sobre el tema, solo que al existir la laguna normativa,

¹⁰⁵ Sentencia C-862 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica núm. 5.

“(…) es preciso adoptar un criterio reparador de la afectación constatada. En esa medida se considera que la indexación, al haber sido acogida por la legislación vigente para los restantes pensionados, es un mecanismo adecuado para la satisfacción de los derechos y principios constitucionales en juego”,¹⁰⁶ todo lo cual al momento de resolver condujo a la Corte a modular el fallo, adoptando una sentencia condicionada, que en los puntos resolutivos literalmente dispuso:

Declarar *exequible* la expresión “salarios devengados en el último año de servicios, contenida en el numeral 1) del artículo 260 del CST y el numeral 2) de la misma disposición, *en el entendido que* el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional de que trata este precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, IPC, certificado por el DANE (segundo énfasis agregado).

La consecuencia de lo resuelto por la Corte es única: los fallos que profiera la jurisdicción laboral desconociendo la indexación de la primera mesada pensional en patrones fácticos como los descritos, son ellos mismos una vía de hecho por defecto sustantivo.

3.5 El error inducido

En el año 2001, la Corte Constitucional desarrolló doctrinariamente una causal de procedibilidad distinta a las contenidas en los cuatro defectos vistos con anterioridad. Se trata de lo que en su momento se llamó vía de hecho por consecuencia, y que hoy la Corte Constitucional designa como tutela contra providencias por error inducido. Ésta acontece en aquellos eventos en los que la violación de los derechos fundamentales contenida en la decisión judicial ocurre como consecuencia de la actuación irregular de otros órganos estatales, y aún de particulares, distintos al juez o funcionario que profiere la decisión, o para decirlo en los términos recientes de la Corte, el error inducido “se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Sentencia C-862 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica núm. 7.

¹⁰⁷ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 25.

De conformidad con el Tribunal Constitucional, se trata del caso de sentencias que implican un compromiso importante de principios y derechos fundamentales, hasta el punto de resultar procedente el amparo constitucional. En estos eventos, la actuación del juez se ajusta al contenido constitucional de los procesos, sólo que el defecto de la decisión no es atribuible al incumplimiento de sus deberes, sino al hecho de que el funcionario judicial fue inducido en error, al actuar confiando en una actuación estatal o particular, que encarnaba la vulneración de las garantías constitucionales. En estos casos, la vulneración del derecho al debido proceso sobreviene como consecuencia de la actuación inconstitucional de personas distintas al fallador.¹⁰⁸

Esta causal de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales ha sido aplicada por la Corte en cuatro tipos de situaciones fácticas, que se nutren del mismo hecho: en todas ellas la violación del derecho fundamental sobreviene como consecuencia de la inducción en error al funcionario judicial, bien por otro órgano estatal, o por un particular. A continuación se examinan dos casos modélicos de inducción en error, el uno causado por servidores públicos distintos al juez, y el otro debido a la acción u omisión de un particular.

3.5.1 El error inducido por la acción u omisión de servidor público

La Sentencia SU-014 de 2001 es un caso paradigmático en materia de error inducido (o de vía de hecho por consecuencia, para utilizar la nomenclatura anterior) causado por la actividad o la omisión de servidores públicos. Los hechos señalan que al señor Luis Eduardo Torres Sepúlveda le fue abierta en el mes de septiembre de 1993, por una fiscalía seccional de la ciudad de Bucaramanga, una investigación preliminar por los delitos de falsedad y estafa, que en febrero 10 de 1995 se convertiría en un proceso formal, al serle dictada resolución de apertura de investigación, con vinculación mediante diligencia indagatoria, para lo cual fue librada orden de captura en contra del citado señor. Comoquiera que no fue obtenida su comparecencia, el procesado fue emplazado y declarado persona

¹⁰⁸ En este mismo sentido pueden ser estudiadas las sentencias T-407 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-759 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-1180 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y T-1192 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynnett, entre otras.

ausente el día 14 de julio de 1995, siéndole designado un defensor de oficio. Posteriormente, la Fiscalía Sexta Delegada ante los juzgados penales del circuito de Bucaramanga dictó resolución de acusación en contra del procesado por los mencionados delitos, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Agotada la etapa del sumario, el juez noveno penal del circuito de Bucaramanga dio inicio a la etapa del juicio, decidiendo, entre otros proveídos, oficiar el día 28 de junio de 1999 a distintas autoridades, entre ellas el DAS, la Sijin, la Fiscalía 93 de Bogotá y a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bucaramanga, a fin de constatar si el acusado se encontraba privado de la libertad, sin obtener respuesta positiva.

Tramitado el juicio, el día 21 de noviembre de 1999 fue dictada sentencia, siendo el señor Torres Sepúlveda declarado responsable de los punibles de falsedad y estafa, y condenado a pena privativa de la libertad. En firme la sentencia, meses después, el día 16 de febrero de 2000, el señor Torres Sepúlveda fue detenido en virtud de la orden de captura proferida como consecuencia de la condena decretada por el juez penal de Bucaramanga. Al momento de la captura el afectado alegó que había permanecido privado de la libertad en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, entre el 7 de julio de 1997 y el 31 de diciembre de 1999, por lo cual consideraba que el proceso en el que había sido condenado había sido surtido sin las debidas notificaciones, en su ausencia y con violación del debido proceso.

En atención a las circunstancias de la condena, y de su nueva detención, el señor Torres Sepúlveda accionó en tutela ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, en contra del Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad, alegando la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad, debido proceso y defensa, que resultaban vulnerados por no haberle sido notificadas las providencias interlocutorias dictadas en su contra, siendo que permaneció recluso en un establecimiento carcelario del Estado colombiano, por órdenes de autoridad judicial. Como argumento central señalaba que no le habían surtido las notificaciones personales de las providencias interlocutorias, en los términos que establecía el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, todo lo cual le había impedido concurrir al proceso para ejercer su defensa material. Luego de practicar algunas pruebas, mediante providencia de mayo 16 de

2000, el Tribunal negó la solicitud de amparo, afirmando que las actuaciones del juez y de los fiscales habían sido correctas. Sin embargo, sostuvo que hubo negligencia de “otros organismos del Estado”. Impugnada la decisión por el accionante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de instancia, al considerar que el juzgado penal había actuado con la debida diligencia, agregando además que no había violación del derecho de defensa, ya que el condenado había contado siempre con la asistencia del defensor de oficio.

Finalmente, el caso fue seleccionado en la Corte Constitucional, y sometido a la decisión de la Sala Plena de la corporación. Para resolver, la Corte planteó la pregunta jurídica de dos maneras: ¿la actuación desarrollada por la autoridad judicial, fundada en información insuficiente suministrada por otras autoridades estatales, configuraba una vía de hecho?; y adicionalmente, ¿se afectan los derechos fundamentales de una persona, con el inadecuado tratamiento de la información relativa a la privación de la libertad? Para resolver el caso, la Corte tomó como punto de partida la *ratio decidendi* de los fallos que resolvían una de las modalidades del defecto procedimental, de acuerdo con la cual, “la omisión de las autoridades judiciales de notificar debidamente las actuaciones del proceso constituye una violación al debido proceso, de tal envergadura, que la decisión judicial deviene en vía de hecho”.¹⁰⁹ No obstante, en el caso concreto acontecía que la falta de notificación de las providencias no ocurría como consecuencia de la incuria del juez noveno ni de la Fiscalía, quienes habían agotado los medios razonables a su alcance para obtener la notificación, en virtud de la emisión de oficios destinados a autoridades públicas relacionadas con la privación de la libertad de las personas. Por lo mismo, ninguno de los funcionarios judiciales había incurrido en vía de hecho.

Al examinar la situación, la Corte encontró que la doctrina vigente sobre la vía de hecho judicial y sus cuatro defectos, resultaba insuficiente para resolver el caso, pues los funcionarios judiciales no habían causado la violación de los derechos fundamentales. La Corte entendió entonces, que la tarea de administrar justicia no es un asunto estrictamente judicial, y que la violación de los derechos

¹⁰⁹ Sentencia SU-014 de 2001, M. P. Martha SÁCHICA Méndez, citando como precedentes las sentencias T-247 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz, T-684 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell, y T-498 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

del señor Torres Sepúlveda acontecía como consecuencia del incumplimiento por distintos órganos estatales de la orden de colaborar armónicamente con la administración de justicia, hasta el punto que el juez “actuó confiado en la recta actuación estatal, cuando en realidad ésta se ha realizado con violación de los derechos constitucionales, *al inducirlo en error*”¹¹⁰ (énfasis agregado).

Ahora bien, en el caso específico, lo que aconteció fue una deficiencia permanente en el manejo de la información que tiene el Estado, relacionada con la privación de la libertad de personas sometidas a procesos judiciales, desconociéndose de esta manera que existe un derecho fundamental constitucional “a que la información que, en circunstancias concretas, resulta vital para el ejercicio de los derechos fundamentales, realmente circule y efectivamente llegue a las personas o a las autoridades que, en caso de desconocer la información, pueden vulnerar los derechos fundamentales de la persona”.¹¹¹ De esta manera, y a partir del hecho de que los funcionarios del Estado colombiano nunca informaron al juez noveno penal del circuito de Bucaramanga la detención del accionante, se derivó entonces la violación del derecho fundamental a la circulación de la información vital, todo lo cual indujo en error al juez de la causa, ocasionándose con ello la violación del derecho de defensa del demandante. En este sentido, la Corte procedió a revocar los fallos de tutela y, en su lugar, amparó los derechos a la circulación de la información vital, al debido proceso y al derecho de defensa. Adicionalmente, declaró la nulidad de la sentencia proferida por el juzgado penal, así como la de todo lo actuado a partir de la declaratoria de persona ausente del señor Torres Sepúlveda.

3.5.2 El error inducido por la acción u omisión de particular

De conformidad con la *ratio decidendi* contenida en la anterior sentencia de unificación, así como en los fallos posteriores de tutela por error inducido,¹¹² para su configuración debían ser satisfechos dos requisitos:

¹¹⁰ Sentencia SU-014 de 2001, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, consideración jurídica núm. 5.

¹¹¹ Sentencia SU-014 de 2001, M. P. Martha Sáchica Méndez, consideración jurídica núm. 6.

¹¹² La Corte Constitucional cita las decisiones contenidas en las sentencias T-407 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-759 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-1180 de 2001, M. P.

- a) Que la decisión judicial que se cuestiona implique la violación de los derechos fundamentales.
- b) Que la decisión judicial se haya fundado en la apreciación de hechos o de situaciones jurídicas aportadas por terceros al proceso, respecto de las cuales el juez haya sido inducido en error.

No obstante, de allí surgía una pregunta jurídica: el tercero que aportaba la prueba del hecho o de la decisión que inducía en error al juez, ¿debía ser necesariamente un servidor público, o podía ser también un particular? Este asunto fue resuelto por la Corte en la Sentencia T-492 de 2003. De acuerdo con los hechos, una pareja había contraído matrimonio y constituido una familia en junio de 1984, habiendo dado lugar al nacimiento de dos hijos, en junio de 1985 y octubre de 1992, respectivamente. No obstante, y en atención a la existencia de relaciones sexuales extramatrimoniales por parte del esposo, éste dio lugar al nacimiento de un niño en el año 1995. Ahora bien, como el padre se negaba a dar alimentos a este último, fue obligado judicialmente a pagar el 35% de su salario mensual como cuota alimentaria, que le fue fijada por el Juzgado Cuarto de Familia de Bucaramanga, mediante sentencia de febrero 6 de 1998, aconteciendo que durante el trámite de la instancia, el padre condenado le ocultara al juez el hecho de tener otros dos menores habidos dentro del matrimonio.

De la existencia del hijo extramatrimonial, y de la condena por alimentos, tan sólo se vino a enterar la esposa en el mes de septiembre de 2002, ante lo cual propuso acción de tutela en contra del Juzgado Cuarto de Familia por violación del derecho fundamental a igualdad, pues en su opinión, con la fijación de la cuota del 35% del salario, los hijos matrimoniales habían sido puestos en desventaja, hasta el punto de padecer dificultades económicas. Del proceso conoció la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que dio aviso al despacho demandado. El Juzgado Cuarto, al contestar la acción, indicó que la accionante contaba con otro medio de defensa, agregando además que durante el trámite del proceso de filiación el padre nunca informó de la existencia de los otros menores con obligaciones

Marco Gerardo Monroy Cabra; T-349 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería; T-362 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-705 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

alimentarias. Surtido el trámite, el Tribunal, mediante providencia del 16 de septiembre de 2002, decidió la acción, tomando tres resoluciones:

- a) Negó la existencia de la vía de hecho judicial, al considerar que el juez había obrado correctamente, pues ignoraba la existencia de los otros hijos.
- b) Constató que sí habían sido violados los derechos fundamentales de los otros dos hijos menores, por lo que redujo la cuota alimentaria a un 16,66% del salario del padre, como medida provisional, ordenándole además a éste iniciar un proceso de revisión de la cuota, dentro de los cuatro meses siguientes al fallo.
- c) Se abstuvo de revocar la sentencia del Juzgado Cuarto, pues constató la existencia de otro medio de defensa judicial.

Seleccionado el caso en la Corte Constitucional, fue repartido a la Sala Séptima de Revisión, donde fueron planteados los siguientes problemas jurídicos: ¿se vulneró el derecho a la igualdad de los dos hijos matrimoniales al fijarse una cuota alimentaria del 35% del salario del padre a favor el hijo extramatrimonial?; y adicionalmente, ¿la decisión del juez de fijar dicha cuota, *sin conocer la existencia* de los dos hijos matrimoniales, resultaba ser violatoria de la Constitución y solucionable por la vía de tutela?

Para resolver el primer asunto la Corte, tomando como fundamento lo establecido en la Sentencia T-288 de 2003, reiteró que la cuestión del trato igualitario entre los hijos se definía alrededor de la equitativa distribución de los recursos de los padres hacia éstos, puesto que “la extracción de los recursos del patrimonio de una persona no puede conducir a su pauperización o a impedirle, más allá de lo que resulta razonable, la realización de su proyecto de vida”,¹¹⁵ encontrando así que la cuota del 35% había sido fijada sin considerar los intereses de los hijos matrimoniales, lo que implicaba un trato discriminatorio no justificado, a la luz de la aplicación del test estricto de igualdad.

¹¹⁵ Sentencia T-492 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 9.

Determinada la violación del derecho a la igualdad, la Corte procedió a examinar si procedía o no la acción de tutela, y si el silencio del padre acerca de la existencia de los dos hijos matrimoniales, que había determinado la decisión del juez, podía ser resuelto o no por la vía de la acción de amparo. Para resolver, la Corte precisó que la condición del padre en el proceso judicial implicaba el deber de actuar como garante de los derechos de sus hijos, así como el desarrollo del deber de lealtad procesal, que a su vez implicaba el deber de no ocultar información. No obstante, al examinar la cuestión desde la eventualidad del error inducido, la Corte encontró que era necesario revisar la *ratio decidendi* dispuesta en la Sentencia SU-014 de 2001, así como en los fallos posteriores, precisando como nueva *ratio decidendi*, que:

Tratándose de decisiones judiciales, el acto violador de la Constitución debe ser directamente imputable a una autoridad judicial o particulares que presten funciones al Estado (v. gr. peritos). En los restantes casos, esto es, que un particular induzca a un juez en error, no procede la tutela por cuanto no se estaría en alguna de las situaciones en las cuales procede la tutela por acción de los particulares.¹¹⁴

Por lo anterior, no bastaba con que el juez hubiese sido inducido en error por un tercero, sino que este último debía ser servidor público o particular en ejercicio de funciones públicas, agregando además para el caso específico, que resultaba necesaria la satisfacción de un requisito adicional, como es que la decisión judicial debe afectar a alguna de las partes en el proceso, lo que en el caso concreto no acontecía, pues los hijos matrimoniales no eran parte en el proceso de filiación. Para finalizar, la Corte sostuvo además, que por sus características, el proceso de revisión de la cuota alimentaria resultaba ser un medio adecuado de defensa.

Si bien el caso descrito no presenta la aplicación de una tutela contra providencia judicial por error inducido por particular, sí permitió ajustar la doctrina

¹¹⁴ Sentencia T-492 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 12.4.

constitucional acerca de la concurrencia de dicho amparo originado en la acción u omisión de un particular.

3.6 La decisión judicial sin motivación

Dentro de la redefinición dogmática de las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, fue incluida como sexta causal la existencia de una decisión judicial sin justificación o motivación. En términos epistemológicos, esta nueva causal es la más importante de todas, pues implica fijar la atención en la consistencia argumental de las sentencias. De un modo optimista y ligero se ha aceptado en general que las providencias judiciales que producen los jueces en Colombia satisfacen los estándares de argumentación que le pueden ser exigidos a un texto en general, y en especial a un texto jurídico. Pues bien, ocurre que tan sólo a partir de las experiencias propiciadas por la Constitución de 1991, y la inclusión de la teoría jurídica en los programas académicos y en las prácticas de los colegas serios, es que se ha venido a explorar, desde criterios objetivos, si las providencias de nuestros jueces tienen realmente consistencia argumental, o si por el contrario, son un conjunto de palabras que no respetan las reglas de la lógica, que despliegan deducciones ilegítimas, que inconscientemente despliegan diversas falacias y que, en general, se limitan a reproducir modelos de autos o de sentencias grabadas en un computador, que se repiten en los despachos judiciales a lo largo del tiempo.

Es por lo anterior que la formulación de esta causal de procedibilidad es un verdadero avance que centra el foco de atención en un problema incómodo pero importante, el del déficit argumental de las providencias y de algunos de los funcionarios que las producen. A continuación se describe el contenido de la causal y se implementa un caso concreto.

3.6.1 La decisión judicial sin justificación. El acto jurídico aparente. El enmascaramiento o mimetización de los meros actos de poder

La Corte Constitucional ha dotado de contenido en varias ocasiones a esta causal de procedencia de la tutela. Así, en el año 2003, al comienzo de la señalada reconfiguración dogmática, señaló: “en cuarto lugar, se presentan las situaciones en las cuales la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas

en lo que respecta a la decisión misma, y que se contraen a la insuficiente sustentación o justificación del fallo (...).¹¹⁵

Tiempo después, y recogiendo precedentes de los años 2004 y 2005, la Corte, mediante Sentencia T-171 de 2006, describió la causal de la siguiente manera: “IV. Decisión sin motivación. Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos”.¹¹⁶

Más recientemente, y en atención a nuevas descripciones, la Sentencia T-388 de 2006 dispuso que la causal se configura “b) Cuando la providencia tiene graves problemas ante una insuficiente sustentación o justificación de la decisión”.¹¹⁷

En todas estas hipótesis se está ante el mismo hecho concreto: los despachos judiciales hacen un gran despliegue verbal, usan muchas palabras y “razonamientos” apenas aparentes que, examinados técnicamente, no resultan ser ni razonamientos ni argumentos, todo lo cual lleva a que tan solo en apariencia se esté frente a una providencia judicial, pues en realidad se está ante un mero acto de poder, presentado en la fachada de muchas palabras.

3.6.2 Tutela por argumentación contradictoria. Tutela por ausencia de argumentación

El caso contenido en la Sentencia T-114 de 2002 es un buen ejemplo acerca de la manera como se razona en algunos despachos judiciales, y lo que es mejor, acerca de cómo no deberían hacerlo. Los hechos señalan que en el año 1990, el Banco de Colombia inició un proceso ejecutivo con título hipotecario en contra del señor Julio Enrique Olaya Herera para obtener el pago de dos pagarés por un

¹¹⁵ Sentencia T-462 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 12.

¹¹⁶ Sentencia C-171 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica núm. 4, recogiendo precedentes contenidos en las sentencias T-200 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas, y T-1285 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas.

¹¹⁷ Sentencia T-388 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, consideración jurídica núm. 3, recogiendo el precedente dispuesto en la Sentencia T-1112 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas.

valor total de \$1.300.000. El proceso fue tramitado ante el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, que decretó el embargo y secuestro de los predios Jaboque alto y Jaboque bajo, que fueron desprendidos de la administración del propietario demandado para ser puestos a órdenes del secuestre. Posteriormente sucedería que dichos bienes, ya bajo el cuidado del secuestre, resultaron afectados y disminuidos, en virtud de un proceso de anegación.

Surtido el trámite de la instancia, en el momento de ser desatado el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del juez 14 civil del circuito, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión, declarando probada la excepción de prescripción, ordenando por lo mismo el levantamiento de las medidas cautelares. Adicionalmente, condenó al Banco demandante al pago de los perjuicios ocasionados.

Con fundamento en la decisión del Tribunal de Bogotá, el señor Olaya tramitó ante el juzgado incidente de liquidación de perjuicios en contra del Banco, logrando finalmente el día 31 de enero de 2000, que el juez declarara probada la reclamación de los perjuicios, ordenado que le fuese pagada la suma de \$18.915.682, así como las costas del proceso. La entidad financiera afectada apeló, y la decisión fue finalmente revocada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó los numerales 2, 3 y 4 del auto del Juzgado 14 que había dispuesto la responsabilidad por los perjuicios. Como argumento de la revocatoria, el Tribunal señaló que no se había probado la responsabilidad por el daño causado por el Banco con posterioridad al perfeccionamiento de la medida cautelar, agregando además que el deber de custodia y protección del inmueble embargado y secuestrado era una carga del propietario y no del ejecutante.

Terminado así el proceso, el señor Olaya accionó en tutela, alegando la violación del derecho fundamental al debido proceso por el Tribunal, solicitando que se ordenara la revocatoria de su decisión. De la acción conoció el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, que negó la protección el día 2 de abril de 1991, aduciendo que la decisión atacada era acorde con la ley y la jurisprudencia, y que las pruebas habían sido bien ponderadas, fundándose en una interpretación racional. Esta nueva decisión fue impugnada, pasando a conocimiento del Consejo Superior de la Judicatura, que con fecha junio 5 de 2001,

decretó la nulidad de lo actuado desde el día 31 de enero de 2000 (fecha en que había sido emitido el auto que condenaba por perjuicios), por considerar que se había violado el principio de la doble instancia, ya que el Juzgado 14 se había abstenido de pronunciarse acerca del daño emergente por el deterioro del inmueble, lo que sí había hecho el Tribunal, de modo tal que este pronunciamiento específico había tenido origen en un único juez.

Llevado el caso a la Corte Constitucional, fue seleccionado y repartido a la Sala Séptima de Revisión, donde fueron formuladas tres preguntas jurídicas:

- a) ¿Incurrieron los jueces de instancia en vía de hecho por interpretación inconstitucional, al entender que el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil dispone el establecimiento de responsabilidad aquiliana y no de responsabilidad objetiva?
- b) ¿Hubo interpretación inconstitucional por parte del Tribunal, al derivar de la ley procesal la carga de protección del bien secuestrado exclusivamente en cabeza del propietario demandado?
- c) ¿Se configuró una vía de hecho por parte del Tribunal, al decidir la ausencia de prueba del nexo causal del daño, sin considerar que el propietario del bien embargado había sido separado del contacto directo con el bien, como consecuencia del secuestro?

La solución del primer asunto no ofreció dificultad. La Corte Constitucional, siguiendo los precedentes de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y que la lectura correcta del Código de Procedimiento Civil indicaba que para la declaratoria de responsabilidad por daño subsiguiente a la orden de embargo debía ser aplicada la regla general sobre responsabilidad civil extracontractual, es decir, que el perjuicio *solamente* es indemnizable en la medida de su comprobación. En este sentido, la interpretación dada por el Tribunal en su sentencia acerca de la responsabilidad aquiliana era correcta.

Por oposición, al resolver el segundo y tercer problema jurídico, la Corte determinó la transgresión de normas constitucionales señalando la tesis central del caso desde el comienzo de la parte considerativa así: “La Corte considera que el

tribunal demandado incurrió en vía de hecho por dos razones: insuficiente argumentación y la introducción de elementos ajenos al juicio de responsabilidad”.¹¹⁸

Respecto al primer punto (la insuficiente argumentación), la Corte encontró que al entrar a responder la pregunta: ¿quién debe soportar la carga de cuidar y mantener la integridad del bien embargado y secuestrado?, el Tribunal había dado una respuesta contradictoria, pues dentro del texto de decisión atacada había asignado de modo contradictorio la misma carga tanto al demandante como al demandado, para luego, sin argumento alguno, adjudicársela exclusivamente al señor Olaya, propietario del inmueble secuestrado. Dentro de esa perspectiva, la Corte concluyó que “La línea argumentativa del tribunal es completamente contradictoria, pues en primer lugar sujeta el deber de control a un hecho incierto (el futuro adjudicatario) para luego fijarlo en el propietario mientras no sea vencido”¹¹⁹ y, lo que es peor, ya que “a lo anterior ha de sumarse el hecho de que una y otra conclusión se apoyan en premisas contradictorias”,¹²⁰ la de la estructura del secuestro para apoyar la carga del futuro adjudicatario, y la de las facultades de administración de todo propietario para apoyar la carga en el propietario demandado.

Respecto al segundo punto (la introducción de elementos ajenos al juicio de responsabilidad), la Corte se detuvo a analizar los *razonamientos* hechos por el Tribunal acerca del requisito de demostración del nexo causal para declarar la responsabilidad por daño. Para la Sala Civil, quien estaba obligado a cuidar el bien secuestrado era su propietario, que además debía iniciar las acciones necesarias para su preservación. Adicionalmente le exigía al mismo la prueba de que el perfeccionamiento de las medidas cautelares le había impedido proteger adecuadamente el bien. Para la Corte Constitucional, las consideraciones hechas acerca del juicio de causalidad por el Tribunal eran equivocadas por la ausencia de consideración de un elemento determinante, consistente en que no fueron

¹¹⁸ Sentencia T-114 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 5.

¹¹⁹ Sentencia T-114 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 6.

¹²⁰ *Idem*.

ponderadas las consecuencias que se derivan de las medidas cautelares sobre el bien, que menguan la capacidad real del propietario para protegerlo. La falta de consideración de este elemento desarticulaba argumentalmente la carga de preservación impuesta al propietario.

Por todo lo anterior, la Corte declaró la vía de hecho y decidió revocar las decisiones de los jueces de instancia, decretando la nulidad de todo lo actuado en el incidente de regulación de perjuicios, a fin de que la nueva decisión se ajustara a lo dispuesto en la parte motiva del fallo de tutela.

3.7 Desconocimiento del precedente

Tanto la sentencia C-590 de 2005 como otros fallos, presentan como séptima causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias el desconocimiento del precedente, “hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos, la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”.¹²¹ Ahora bien, como de lo que se trata es de identificar los eventos de violación del precedente que dan lugar al amparo, resulta indispensable precisar conceptualmente lo que sea un precedente judicial, así como fijar la relación del mismo con el concepto técnico de *ratio decidendi*. Acontecido esto, se procederá entonces a la determinación de dos casos modélicos de procedencia de la acción de tutela por violación del precedente judicial.

3.7.1 El concepto de “precedente judicial” y su relación con la *ratio decidendi* de los fallos

En numerosas ocasiones la Corte Constitucional ha abordado el tema del precedente judicial, así como el de su contenido y alcance, para lo cual ha vinculado dicho concepto con el de *ratio decidendi* de los fallos. Recientemente, en el texto de la esclarecedora Sentencia T-292 de 2006, la Corte, reiterando los contenidos

¹²¹ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 25.

de las sentencias T-104 de 1993 y SU-047 de 1999, ambas con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, precisó el concepto al señalar que se reconoce como *precedente*, “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver que por su pertinencia para la solución de un problema jurídico constitucional, *debe considerar necesariamente* un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”¹²² (énfasis en el original), agregando además y para mayor claridad, que lo vinculante de un antecedente judicial es la *ratio decidendi* de la sentencia, o del grupo de sentencias, con lo cual se ponía de presente la relación entre los conceptos de precedente y de *ratio decidendi*. Sobre el punto la Corte afirmó: “Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su *ratio decidendi*. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencia(s) pertinente(s)”.¹²³

Ya la Corte se había referido específicamente al concepto de *ratio decidendi*, al entender que ésta “corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la “*formulación del principio, regla o razón general de la sentencia que constituye la base de la decisión judicial*”¹²⁴ (énfasis en el original), resaltando así su importancia, hasta el punto de ser considerada una fuente formal de derecho.

Adentrándose la Corte en la institución jurídica del precedente, identificó tres clases:

- a) El *precedente aplicable*, que es referido como “aquella sentencia anterior y *pertinente*, cuya *ratio* conduce a una regla –prohibición, orden o autorización–

¹²² Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 25.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 18.

- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”.¹²⁵
- b) El *precedente horizontal*, cuyo concepto está vinculado al de disciplina jurisprudencial, e implica el deber que tienen jueces y tribunales de ser consistentes con sus decisiones previas, de modo tal que no sea posible que casos iguales sean resueltos de manera distinta con un mismo juez, estableciéndose como mecanismos de protección y salvaguarda del derecho a la igualdad de trato jurídico las sentencias de reiteración, las de unificación, y el mecanismo de revisión de los fallos de tutela. En sentido contrario, el juez tan sólo podrá apartarse legítimamente de su propio precedente en los casos de cambio de Constitución, cambio de legislación o cambio de jurisprudencia.
- c) El *precedente vertical*, cuya existencia implica un límite para el ejercicio de la autonomía judicial, así como el sometimiento de los demás jueces y tribunales a la interpretación vinculante que realiza la Corte Constitucional a partir de sus sentencias. Por lo mismo, “respetar el precedente constitucional para quienes administran justicia no es una opción más dentro de nuestro complejo sistema jurídico, sino un deber, especialmente porque es a través del ejercicio de esta actividad que se asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales”.¹²⁶

A continuación se examinan dos casos prototípicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, el uno derivado de la violación del precedente contenido en sentencias de constitucionalidad, y el otro, de la vulneración del precedente dispuesto en sentencias de tutela.

3.7.2 Tutela por desconocimiento del precedente contenido en sentencias de constitucionalidad

Es éste un evento interesante de configuración de la acción de tutela contra providencias judiciales, que en el pasado fue considerado como uno de los casos

¹²⁵ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 26.

¹²⁶ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 28.

de defecto sustantivo. En estos eventos, lo contenido y resuelto en el fallo entra en abierta disputa con la cosa juzgada constitucional, materializada en la doctrina emanada de las decisiones de la Corte. Para decirlo en otras palabras, la sentencia judicial cuestionada entra en pugna con el precedente jurisprudencial que tanto particulares como servidores públicos deben respetar.

Esta causal de procedencia de la tutela explicita la disputa que alrededor del alcance de los fallos de la Corte Constitucional se da entre las altas cortes, muy especialmente con el Consejo de Estado, tensión ésta que tiene que ver con la respuesta que se dé a una única pregunta: ¿qué parte de los fallos de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada constitucional?

Uno de los fallos más publicitados en este respecto fue el contenido en la Sentencia SU-640 de 1998,¹²⁷ providencia en la cual fue declarada la existencia de una vía de hecho por violación de la cosa juzgada constitucional, ocasionada por un fallo del Consejo de Estado. En términos concretos, el asunto fue el siguiente. Con fecha junio 5 de 1996, el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución 062 del mismo año, extendió al término de tres años el periodo del alcalde de Fresno, Tolima, recientemente elegido por elección popular. Expedida y notificada la resolución, el acto administrativo fue objeto del ejercicio de una acción de nulidad, en cuyo trámite se dispuso inicialmente la suspensión provisional del acto por parte del Consejo de Estado (julio 9 de 1997). Finalmente, el mismo declaró la nulidad parcial de la resolución, mediante decisión de la Sala Plena de fecha junio 9 de 1998.

Dada la situación, y teniendo en cuenta que los alcaldes de los municipios de El Guamo y Coyaima habían sido también suspendidos de sus cargos por situaciones análogas, el alcalde electo de Fresno interpuso acción de tutela en contra del Consejo de Estado, inicialmente en virtud de la suspensión provisional del acto administrativo y como mecanismo transitorio. Conoció de la acción la Sala Laboral del Distrito Judicial de Ibagué, y en pronunciamiento de abril 15 de 1998, negó el amparo solicitado, pues en su parecer existía trámite judicial pendiente sobre los mismos hechos (se refería la sala al trámite de la acción de nulidad).

¹²⁷ Sentencia SU-840 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Escogido el expediente por la Sala de Selección en la Corte Constitucional, el accionante allegó copia de la sentencia de junio 9 de 1998 de la Sala Plena del Consejo de Estado, en la que se declaraba la nulidad parcial de la resolución en lo que tenía que ver con la extensión del periodo del alcalde a tres años. Las “tesis” del Consejo de Estado fueron las siguientes: en primer lugar, sostuvo que el periodo de los alcaldes es institucional y no personal. En segundo lugar, afirmó que alrededor de la calidad del periodo de los alcaldes existe un “vacío legal”, lo que se hace patente en los numerosos pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional al respecto. Finalmente, y haciendo una interpretación tendenciosa acerca del alcance de los fallos de constitucionalidad, afirmó la obligatoriedad de los mismos, pero restando todo poder vinculante a la parte motiva o considerativa de los fallos.

La Corte Constitucional centró su atención en contestar la siguiente pregunta: ¿vulneró el Consejo de Estado los derechos fundamentales del alcalde, al suspender provisionalmente la resolución del Consejo Nacional Electoral que extendía a tres años su periodo? Para responder afirmativamente la pregunta, la Corte Constitucional partió de su reiterada tesis acerca del periodo de alcaldes y gobernadores de elección popular. De acuerdo con ésta, el periodo de aquellos tiene carácter personal y no institucional. Dos fueron los argumentos centrales usados por la corporación, uno de carácter normativo y el otro de carácter jurisprudencial. Por el primero se afirmó que son dos las normas constitucionales que ordenan considerar el periodo como personal, tales los artículos 260 y 314 de la Constitución Política, cuya inobservancia apareja la violación de los derechos fundamentales de participación popular y de libre ejercicio de los derechos políticos. Por el segundo argumento, la Corte estableció que la inobservancia de la doctrina constitucional uniforme constituía también una vía de hecho, en tanto que al fallar la Corte sobre asuntos de constitucionalidad, no expresaba opinión alguna respecto del periodo de los alcaldes, sino que interpretaba la Constitución en un sentido obligatorio para todos los operadores. Fue por lo mismo que la corporación se permitió recordar la unidad interpretativa sostenida alrededor del periodo de los alcaldes y de los gobernadores de elección popular contenida en las sentencias C-011 de 1994, C-586 de 1995 y

C-448 de 1997,¹²⁸ todas de constitucionalidad, en las que se dispuso que el periodo de los alcaldes era personal y no institucional.¹²⁹

De esta manera dispuso la Corte que en las dos decisiones del Consejo de Estado examinadas (la de la suspensión provisional del acto y la del fallo), se verificaba la violación del precedente constitucional y de la cosa juzgada, en detrimento de los derechos fundamentales de un ciudadano elegido como alcalde de un municipio, al igual que el derecho de sus electores, lo que entrañaba una manifiesta vía de hecho. En este sentido, se configuraba plenamente la casual de procedencia, en tanto que la decisión del Consejo de Estado se “fundó” en el desconocimiento del precedente fijado por el órgano de cierre de la justicia constitucional en Colombia.

Un año más tarde, y por medio de una nueva sentencia de unificación, la Corte Constitucional volvió a pronunciarse en idéntico sentido al expuesto, reiterando su propia doctrina sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias en los eventos de desconocimiento del precedente. Para el caso, profirió la Sentencia SU-168 de 1999, en la que al resolver dispuso:

Así mismo, habrá de fallarse de manera semejante, señalando que tanto los autos de suspensión provisional dictados por el Consejo de Estado en relación con las resoluciones 46 de 1996 y 30 de 1997 del Consejo Nacional Electoral, como las sentencias de nulidad proferidas en relación con aquellas constituyen una vía de hecho, puesto que su desconocimiento de la *ratio decidendi* de los fallos de la Corte Constitucional constituye una violación de la cosa juzgada constitucional y de la misma constitución.¹⁵⁰

¹²⁸ Sentencia C-011 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-586 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-448 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁹ Esta doctrina fue finalmente modificada por medio del Acto Legislativo núm. 2 de 2002, por el cual se precisó que el periodo de gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles es institucional y no personal.

¹⁵⁰ Sentencia SU-168 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 9.

3.7.3 Amparo por desconocimiento del precedente contenido en fallos de tutela. La vulneración de la *no reformatio in pejus*

El desconocimiento de la doctrina constitucional vigente relacionada con el principio constitucional de prohibición de reforma en peor (la *no reformatio in pejus*), resulta ser un caso modélico de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias. A continuación, y a propósito del caso contenido en la Sentencia T-291 de 2006, se reconstruye la línea de precedentes edificada por la Corte acerca del punto, reiterando la tesis de la procedencia de la tutela en contra de sentencias que desconozcan el precedente constitucional contenido en fallos de tutela. La garantía y el derecho fundamental se encuentran fijados en el inciso final del artículo 31 de la Carta en los siguientes términos: “Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

Los hechos descritos en la sentencia indican que un sujeto que ejercía el cargo de fiscal delegado fue declarado penalmente responsable del delito de lesiones personales por el Juzgado 37 Penal Municipal de Bogotá, el día 13 de noviembre de 2003. Como consecuencia de lo anterior, se lo condenó a la pena principal de doce meses de prisión y al pago de perjuicios. La providencia fue apelada, tanto por su apoderada, quien solicitó la revocatoria de la condena, como por la parte civil, que impugnó lo relacionado con los perjuicios. Un año después, el día 26 de noviembre de 2004, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá desató la apelación interpuesta, confirmando la condena y adicionándole la interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

En firme las condenas, el afectado accionó en tutela, alegando la existencia de una vía de hecho judicial originada en la violación de los principios de favorabilidad y de *no reformatio in pejus*. En su opinión, se había violado la favorabilidad, pues se le había impuesto la sanción prevista en la Ley 599 de 2000, siendo que la conducta se había realizado bajo la vigencia del Decreto Ley 100 de 1980. En lo que tenía que ver con el segundo principio, sostenía el accionante que no había lugar a la adición de la condena, en tanto fue apelante único en lo referido a la libertad, pues la apelación interpuesta por la parte civil había atacado únicamente lo resuelto alrededor de las indemnizaciones. De la

tutela conoció en primera instancia la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que denegó el amparo el 21 de septiembre de 2005, afirmando que la acción de tutela no era una tercera instancia, y que la providencia atacada se ajustaba al principio de legalidad. Impugnado el fallo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el día 15 de noviembre de 2005, revocó parcialmente el fallo de instancia, concediendo el amparo en lo referido al principio de favorabilidad, pero negándolo en lo demás.

Llevado el caso a la Corte Constitucional, fue seleccionado, correspondiéndole a la Sala Primera de Revisión, que entró a resolver las siguientes preguntas jurídicas: ¿se vulneraron los derechos al proceso justo, defensa, favorabilidad y *no reformatio in pejus*, con ocasión de la providencia de segunda instancia que adicionó la condena de interdicción de funciones públicas?; y posteriormente y de modo más preciso, puestas en conflicto las garantías constitucionales de la prohibición de la *reformatio in pejus* y de la legalidad de la pena, ¿cuál debe prevalecer? Para resolver dichos problemas, la Corte reconstruyó inicialmente su doctrina sobre tutela contra sentencias, para analizar luego el caso desde el principio de favorabilidad y, finalmente, encarar el problema central de la eventual violación de la *no reformatio in pejus*. Respecto de la última cuestión, la Corte procedió a reconstruir su línea jurisprudencial sobre el tema, tomando como eje el contenido de la Sentencia C-055 de 1993, por la que había sido declarado inexecutable el artículo 430 del anterior Código Penal Militar, que permitía la reforma de la sentencia en perjuicio del procesado,¹⁵¹ fijando así el precedente inicial de la garantía.

Dispuesto el fundamento, la Corte centró el argumento en la Sentencia SU-327 de 1995, en la que a propósito de la fijación de los límites del poder punitivo del Estado impuestos por el Constituyente, se fijó como *ratio decidendi* que:

aquellas providencias que restrinjan el ámbito de aquella prohibición y que propician la agravación de las penas en supuestos fácticos no previstos por el constituyente, configuran verdaderas vías de hecho en cuanto permiten

¹⁵¹ Sentencia C-055 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

extender el ejercicio del poder punitivo del Estado a ámbitos no previstos en la Carta y en cuanto despojan al procesado de una garantía, que a la vez comporta un derecho fundamental.¹³²

Precisado así el límite impuesto por el constituyente, que consiste en la imposibilidad de aumentar la pena en los casos de apelante único, indicó la Corte la manera como ha de ser resuelto el conflicto que surge en los casos concretos, entre el principio de prohibición de la *reformatio in pejus* y el principio de legalidad de la pena, disponiendo en la Sentencia T-1186 de 2003, que para la solución de dicha tensión,

se pondera de tal manera que se dé prelación al primero sobre el segundo: al condenado no se lo puede hacer víctima de los errores cometidos por los agentes estatales al momento de imposición de la pena, mucho más si en el proceso existían mecanismos que permitían ajustar la pena a la ley sin menoscabar los derechos fundamentales del sentenciado¹³³ (énfasis agregado).

Para luego precisar finalmente, y alrededor del concepto de “apelante único”, que el juez debe considerar *el interés* de quienes apelan, pues si el condenado apela la pena privativa de la libertad impuesta y la parte civil apela únicamente el valor de la indemnización, entonces habrá de entenderse para los efectos de la *reformatio in pejus*, que hay un único apelante, pues “sería absurdo y a la vez inconstitucional, acabar agravando la condena de privación de la libertad del procesado, si habiendo apelado la sentencia, el juez decide finalmente aumentar la pena principal por efecto de la pretensión concurrente, pero de naturaleza estrictamente económica, elevada por la parte civil”.¹³⁴

De esta manera, y para resolver el caso concreto, la Corte invocó la continuidad de sus propios precedentes y la aplicación de las reglas contenidas

¹³² Sentencia SU-327 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

¹³³ Sentencia T-1186 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³⁴ Sentencias T-474 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y T-575 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

en la *ratio decidendi* de los anteriores fallos, fijando como tesis central del caso, que la aplicación de la garantía de la *no reformatio in pejus*

resultaba un imperativo constitucional sin consideraciones valorativas de otra naturaleza como la legalidad de la pena, confrontación ésta que, luego de ser ya reiteradamente estudiada por esta colegiatura, *es doctrina de la Corte*, la que implica que cede el segundo ante el primero, siendo estricta la aplicación de éste por tratarse precisamente de un derecho fundamental y su inobservancia se erige en una verdadera vía de hecho judicial¹⁵⁵ (énfasis agregado).

Finalmente, la Corte encontró que el accionante había sido apelante único, pues la parte civil tan sólo había apelado la condena en perjuicios, por lo cual procedió a revocar los fallos de tutela disponiendo dejar sin efecto la decisión del juez 16 penal del circuito de Bogotá, que había adicionado la interdicción, ordenándole que resolviera de nuevo la apelación, limitando la decisión a lo planteado por el apelante, pues su decisión había vulnerado, además de los principios, el precedente constitucional.

3.8 La violación directa de la Constitución

La última de las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra providencias es la que literalmente denomina la Sentencia C-590 de 2005 como “violación directa de la Constitución”, sin desarrollar explicación alguna. Ésta, sin embargo, puede ser derivada del contenido de la Sentencia T-492 de 2003, en la que al referirse a la causal, la Corte señaló que se configuraba respecto de

hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Sentencia T-291 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, consideración jurídica núm. 6.3.

¹⁵⁶ Sentencia T-492 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 12.1, citando como precedente la Sentencia T-441 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

De esta manera, la causal opera en dos modalidades: i) en los casos de inaplicación de excepción de inconstitucionalidad, y ii) a la manera de una cláusula abierta, en los casos de violación directa y flagrante de la Constitución que no se puedan enmarcar en las causales genéricas de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales ya estudiadas.

Como objeción en contra de esta causal se suele señalar que en general toda vía de hecho implica una violación directa de la Constitución y, en este sentido, tener una causal específica bajo esa denominación resulta no sólo anti-técnico, sino redundante. En principio, la objeción es correcta, pues necesariamente cualquiera de las causales de procedibilidad implica una violación de la Carta Política. Sin embargo, individualizarla como causal permite el logro de dos efectos útiles. De un lado, potenciar el alcance de esa forma de control concreto de constitucionalidad por vía de excepción, como es la excepción de inconstitucionalidad; y de otro, permite erigir como vía de hecho todas aquellas violaciones de los derechos fundamentales por jueces y magistrados, que no se tipifiquen en las causales ya expuestas.

3.8.1 Violación directa de la Constitución por providencia que inaplica la excepción de inconstitucionalidad

La segunda parte del enunciado contenido en el inciso primero del artículo 4 de la Constitución, establece la llamada *excepción de inconstitucionalidad*. Ésta es una figura jurídica en virtud de la cual, cuando a la solución de un caso concreto concurren dos soluciones divergentes, una ofrecida por la ley y otra ofrecida por la Constitución, deberá entonces el funcionario *inaplicar* la ley, para aplicar directamente la Constitución. Obsérvese que la norma no es declarada inexecutable, sino que simplemente no se aplica, por resultar inconstitucional en el caso concreto. Ésta es una institución antigua en el derecho colombiano y estaba plasmada en el artículo 215 de la Constitución de 1886. Como tal, la excepción de inconstitucionalidad es una manera de ejercer control concreto de constitucionalidad. Si se tiene en cuenta que el sistema de control constitucional acogido en Colombia es mixto, en el sentido de que comparte características de los sistemas concentrados (es decir, de aquellos en los que el control de constitucionalidad es ejercido por un único órgano, para el caso colombiano, la Corte Constitucional) y de los

sistemas difusos de control (es decir, de aquellos en los que el control puede ser ejercido por cualquier órgano de la jurisdicción, como acontece con el caso de las acciones de tutela), entonces la excepción de inconstitucionalidad resultaría ser una de las modalidades del control difuso de constitucionalidad.

Ejemplos concretos de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad son, entre otros, los contenidos en el auto 071 de febrero 27 de 2001, por el cual, la Corte Constitucional dispuso la inaplicación del Decreto reglamentario 1382 de 2000, que fijaba competencias para acción de tutela, ordenando aplicar directamente el artículo 86 de la Constitución;¹⁵⁷ o el caso contenido en la Sentencia T-1290 de 2000, en la que la Corte dispuso el amparo del derecho fundamental a la educación de unos menores residentes en el departamento del Huila que habían visto vulnerado su derecho en la medida en que una norma reglamentaria, el artículo 16 del Decreto 3011 de 1997, expedido por el Ministerio de Educación, les impedía asistir a la escuela nocturna, siendo que por circunstancias personales y familiares se veían obligados a trabajar en las horas del día. En este sentido la Corte, haciendo uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, dispuso en el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia, “*inaplicar*, por ser incompatible con la Constitución, el artículo 16 del Decreto 3011 de 1997, en cuanto que exige que los estudiantes de jornadas nocturnas demuestren haber estado por fuera del servicio público educativo por dos (2) años o más”.¹⁵⁸ Obsérvese que la Corte no expulsa la norma del sistema, sino que simplemente la inaplica para el caso de los menores estudiantes. Por lo demás, la norma sigue vigente.

Un interesante caso de vía de hecho, esta vez por violación directa de la Constitución, al ser inaplicada la excepción de inconstitucionalidad, es el planteado en la Sentencia T-522 de 2001. Los hechos fueron los siguientes: durante el año 2000, una ciudadana fue vinculada a un proceso penal mediante diligencia indagatoria, bajo la sindicación de encubrimiento por favorecimiento de un delito de competencia de fiscales y jueces especializados, antiguamente denominados “de orden público” o “sin rostro”. De conformidad con una norma vigente

¹⁵⁷ Corte constitucional, auto 071 de febrero 27 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵⁸ Sentencia T-1290 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, puntos resolutive.

durante aquella época, todos los delitos de competencia de la justicia especializada de orden público quedaban excluidos del beneficio de la libertad provisional, y como consecuencia de ello, hizo carrera la idea de excluirlos también de la concesión de la detención domiciliaria.

En firme la vinculación de la procesada, su apoderado solicitó expresamente la detención domiciliaria como sustituto de la detención preventiva, basando su petición en la satisfacción de los requisitos del artículo 396 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, que establecía los requisitos para esta detención; así como en la cosa juzgada constitucional contenida en la Sentencia C-392 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell, que había declarado inexecutable el artículo 26 de la Ley 504 de 1999. En octubre de 2000 la Comisión de Fiscales Especializados negó la detención domiciliaria, con base en el inciso 2o. del artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, norma que prohibía dicho beneficio en asuntos de competencia de jueces especializados.

Dada la situación, la afectada promovió acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de la Fiscalía Especializada, por vía de hecho, en ese entonces configurable como defecto sustantivo, en atención a la violación de la cosa juzgada constitucional, el debido proceso y la inaplicación de la solución dada por la Constitución y la Corte Constitucional. De la acción conoció en primera instancia la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, y en segunda instancia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. En ambos casos se negó la protección constitucional, argumentando que la discrepancia entre las partes era puramente interpretativa y que, en este sentido, la decisión de los fiscales estaba amparada por el principio de autonomía. Posteriormente, el expediente fue remitido a la Corte Constitucional, donde fue seleccionado y repartido a la Sala Tercera de Revisión.

De acuerdo con el entendimiento de la Corte, la pregunta jurídica que debía ser resuelta era la siguiente: ¿incurrir en vía de hecho un funcionario judicial cuando la decisión que toma se funda en la aplicación de una disposición cuyo contenido normativo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por desconocer derechos fundamentales? La respuesta a la pregunta jurídica giró alrededor del contenido dispuesto en la Sentencia C-392 de 2000, desarrollado respecto de dos normas:

- El inciso 3o. del artículo 35 de la Ley 504 de 1999, que sustituía para todos los efectos la expresión “juez regional” por la de “juez del circuito especializado”. Esta norma fue declarada inexecutable.
- El artículo 26 de la Ley 504 de 1999, que en su inciso 2o. excluía del beneficio de detención parcial en el lugar de trabajo o en el domicilio a los sindicados por delitos de competencia de los jueces especializados. Esta norma fue declarada inexecutable.

La Corte encontró que la decisión que declaraba inexecutable el artículo 26 de la Ley 504 de 1999, cobijaba también a la detención domiciliaria, y que además de esto, no resultaba razonable que si alguien satisfacía los requisitos del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente, le fuese negada la detención domiciliaria bajo el único argumento de una competencia centralizada. De esta manera, y sobre el caso concreto, sobrevenían dos soluciones, la una, derivada exegéticamente del Código de Procedimiento Penal, y la otra proveniente de la Constitución, en virtud de la declaratoria de inexecutable ya mencionada. La tesis de la Corte fue puntual:

Considera la Sala que cuando señala la Corte en la Sentencia C-392 de 2000 que no es constitucional una norma que niegue la posibilidad a un sindicato a acceder a una medida de aseguramiento, en razón únicamente a quien es el juez competente de conocer su caso, es evidente que se desconocería y contraveniría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente ése, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos porque los procesos se adelantan ante jueces especializados.

Así pues, la Comisión de Fiscales incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo, al fundar su decisión en una disposición evidentemente contraria a la Constitución, omitiendo de manera absoluta, a pesar de que fue pedido por el abogado defensor, analizar su compatibilidad con la Carta y su aplicabilidad en el caso concreto.¹³⁹

¹³⁹ Sentencia T-522 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 3.1.

Adicionalmente, y con base en el anterior razonamiento, la Corte estableció que además estaba siendo vulnerado el derecho a la libertad, pues éste no consiste simplemente en imponer medida de aseguramiento arbitraria, sino que como acontecía en el caso en estudio, negar la detención domiciliaria e imponer exclusivamente la detención preventiva implicaba una afectación a ese derecho fundamental.

3.8.2 Violación directa de la Constitución en eventos distintos a los de las siete causales ya estudiadas. La morosidad judicial

La violación de los derechos fundamentales por jueces y magistrados, originada en providencias judiciales, ofrece una gran variedad de casos posibles. Prueba de ello es la descripción hecha de las diversas modalidades trabajadas a lo largo de este capítulo. Sin embargo, la experiencia judicial demuestra que, de análoga forma a como en un mismo patrón fáctico pueden concurrir distintos defectos, así mismo acontece que una providencia judicial viole flagrantemente la Constitución, los derechos fundamentales, sin que sea posible encuadrar la conducta de modo definitivo en ninguna de las modalidades descritas. En estos últimos casos bien cabe afirmar como causal, la violación directa de la Constitución.

El caso contenido en la Sentencia T-030 de 2005, además de aleccionador, es un excelente caso de violación directa de la Constitución, sin que se tipifique ninguna otra causal. Los hechos tienen que ver con otro de los males endémicos nacionales: el de la mora judicial¹⁴⁰ y la consecuente degradación de los derechos de los usuarios de la administración de justicia. El escenario del caso concreto fue el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá. Los hechos señalan que el señor Rafael Solano Conde, antiguo funcionario del Banco Popular,

¹⁴⁰ La mora judicial en el país es tan dramática, que se llega a casos como el de las acciones de reparación “directa” tramitadas en el Consejo de Estado por las víctimas de la muerte de los 19 comerciantes acontecida en Puerto Araújo a manos de paramilitares con la aquiescencia de miembros del ejército colombiano en octubre de 1987. Sobre estos hechos sobrevino sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano en el año 2004, 17 años después de los asesinatos, sin que a esa fecha el Consejo de Estado hubiese decidido los casos. CIDH, Caso 19 comerciantes contra Colombia, sentencia de fondo, julio 4 de 2004, Serie C, núm. 109.

había solicitado el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, la que le fue negada, viéndose por ello en la necesidad de promover proceso ordinario laboral, que fue radicado en el Juzgado Décimo Laboral bajo el No. 443 de 2001. De acuerdo con el accionante, el proceso fue adelantado en medio de las maniobras dilatorias del demandado, cerrándose el debate probatorio el 9 de mayo de 2003, cuando fue fijada la fecha del 14 de julio de 2004 para dictar sentencia, es decir, 14 meses después, en abierta violación del artículo 81 del CPT, que obliga citar a las partes para audiencia de juzgamiento dentro de los diez días siguientes al cierre de las pruebas.

En atención a la actitud del juzgado para con su proceso, a la mora judicial y a la calamitosa situación personal (se trataba de un anciano de 59 años, desempleado, en estado de pobreza, sin servicio de salud, residente en una población del departamento del Huila), el afectado se vio en la necesidad de accionar en tutela contra el despacho, solicitando la protección de los derechos a la igualdad, debido proceso, acceso a la justicia y seguridad social. La acción fue radicada el 14 de mayo de 2003 en el Tribunal Superior del Huila, quien mediante auto se abstuvo de conocer de la misma, remitiendo el expediente por competencia al Tribunal Superior de Bogotá, donde fue repartido a la Sala Laboral, que el 11 de junio de 2003 negó el amparo, considerando que la mora del juez décimo era justificada, que su conducta no era negligente y que debía mejorarse el exceso de trabajo.

La sentencia no fue recurrida, y el expediente fue remitido a la Corte Constitucional, donde fue seleccionado y repartido a la Sala Cuarta de Revisión, que antes de considerar el fondo del asunto, practicó pruebas que consistieron en un interrogatorio formulado a los jueces 10, 18, 19 y 20 laborales del circuito de Bogotá, referido a los términos de duración de los procesos ordinarios, al plazo para dictar sentencia, al número de sentencias proferidas durante el año 2003, así como al número de procesos pendientes para fallo. Las evidencias mostraron que el Juzgado 10 tenía 908 expedientes para fallo, mientras que el Juzgado 18 no tenía ninguno (estaba al día), y el Juzgado 20 apenas contaba con 19 expedientes; que un proceso antes del cierre demoraba en el Juzgado 10 aproximadamente tres años, mientras que en los otros dos juzgados apenas tardaba seis meses; y que el plazo para dictar sentencia en el Juzgado 10 era de

14 meses, y eventualmente de 28 (es decir, dos años y medio), mientras que en los otros dos despachos se fallaba en el mismo mes del cierre del debate.

Para resolver, la Corte Constitucional se formuló la siguiente pregunta jurídica: ¿se vulneran o no los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso sin dilaciones injustificadas, de persona de 59 años de edad que tramita proceso ordinario por pensión de jubilación, con la decisión del juez de fijar audiencia de juzgamiento 14 meses después del cierre del debate probatorio? La Corte entró a considerar inicialmente el contenido esencial de los derechos fundamentales mencionados. Respecto del derecho de acceso a la justicia, previsto en el artículo 229 de la Constitución, afirmó que se trata de un verdadero derecho fundamental, destinado a hacer efectivos los derechos, las obligaciones y las garantías fijadas en la Constitución Política, de modo tal que se logre

una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver”¹⁴¹ (énfasis en el original).

Respecto del segundo derecho, es decir, del debido proceso sin dilaciones injustificadas, la Corte, tras caracterizarlo también como un derecho fundamental autónomo, vinculó su contenido al derecho a tutela judicial efectiva, desde decisiones del Tribunal Constitucional Español, en el entendido de ser aquel que se satisface “con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para defender sus intereses”,¹⁴² garantizándose que todo ello acontezca dentro de los plazos fijados en la ley, lo que de acuerdo con la Corte implica:

¹⁴¹ Sentencia T-030 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, citando la Sentencia C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴² Sentencia T-030 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, citando numerosos precedentes del Tribunal Constitucional Español.

- La diligente observancia de los términos procesales.
- La constitucionalización del derecho a los plazos establecidos normativamente.
- El deber de los funcionarios de adoptar todas las medidas pertinentes para lograr su cumplimiento.
- El deber de los funcionarios y de las partes de abstenerse de adelantar conductas que dilaten el trámite judicial.

Precisado el que podía ser el marco teórico de consideración del caso concreto, la Corte procedió a su solución, para lo cual actualizó el contenido de la Sentencia C-543 de 1992, fundadora de la línea jurisprudencial sobre vías de hecho, cuya *ratio decidendi* incluye la procedencia de la tutela contra providencias en los casos de mora judicial en los siguientes términos:

(...) nada obsta para que por vía de tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales.¹⁴³

Precisando eso sí, que la causal no opera de plano por el mero vencimiento de los términos, sino que hay que examinar en concreto si se trata de una mora justificada en sentido restrictivo, ya que se debe estar en presencia de una situación probada y objetivamente insuperable para el funcionario, pues la congestión o el exceso de trabajo que siempre alegan los funcionarios morosos, “no constituye por sí mismo, sin más evaluación, argumento suficiente para justificar la dilación en que se haya incurrido”.¹⁴⁴

Para el caso concreto del juez 10 laboral, se encontró que éste había desconocido las oportunidades fijadas en el artículo 81 del CPT, al fijar la fecha para

¹⁴³ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴⁴ Sentencia T-030 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

fallo al año y dos meses del cierre, con posibilidad de duplicarse el término, lo que constituía otro de los indicadores de la inmanejable situación que atravesaba el Juzgado. No obstante, consideró la Corte que la acumulación de expedientes no era tan solo imputable a la conducta del juez, cuya gestión había sido calificada por el Consejo Superior de la Judicatura como “satisfactoria”, por lo que concluyó que la falta de decisión en término no correspondía a su incuria o capricho. Sin embargo, y aunque el funcionario quedaba eximido de responsabilidad por la mora, no acontecía lo mismo respecto de los derechos fundamentales de las partes, ya que:

la probada congestión en un despacho judicial no es *per se* causal para no otorgar el amparo constitucional solicitado, en la medida en que de admitirse dicha interpretación (...) el derecho al acceso a la administración de justicia y a un debido proceso sin dilaciones injustificadas se transformarían en meras garantías formales.¹⁴⁵

Lo anterior llevó a la Corte a establecer la siguiente regla jurisprudencial: si a un funcionario le resulta materialmente imposible cumplir los términos deberá, so pena de incurrir en vía de hecho:

1. Solicitar, cuantas veces sea necesario, la intervención del órgano instituido para llevar el control del rendimiento de los despachos y tomar las medidas de descongestión.
2. Solucionar con eficacia y eficiencia la situación de la persona que ha solicitado intervención jurisdiccional, pues si esto no acontece, el ciudadano quedaría sometido a la espera indefinida de la autoridad.
3. Informar al administrado de la gestión que el funcionario adelantó ante el órgano de control y descongestión.

La Sala encontró que si bien la mora del funcionario se debía a los problemas estructurales de la rama judicial, el juez 10 no había cumplido los deberes identificados por la Corte en su test, pues:

¹⁴⁵ *Ídem.*

- Aunque solicitó oportunamente la intervención del Consejo Superior de la Judicatura, no había insistido en la misma.
- En sus comunicaciones no señaló las particularidades del caso del señor Solano Conde para que se tomaran las medidas necesarias.
- Omitió informar las gestiones adelantadas al accionante, sometiendo a indefinición su derecho de acceso a la justicia.

En atención a lo anterior, la Corte procedió entonces a conceder el amparo, revocando la sentencia que lo había negado, tutelando los derechos al acceso a la administración de justicia y a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Por lo mismo, ordenó al juez décimo reasumir el conocimiento del proceso, por entonces sometido a descongestión, para que dictara la respectiva sentencia. Finalmente, se ordenó también compulsar copias al Consejo Seccional de la Judicatura para que se investigara disciplinariamente la conducta del funcionario judicial.

Capítulo III

La actuación en la acción de tutela

En los dos capítulos anteriores ha sido reconstruido en sus aspectos nodales el tema de la acción de tutela en contra de providencias, bajo el interés de ofrecer un panorama integral de la figura. En este sentido, el capítulo primero se ocupó de hacer una reconstrucción de los antecedentes desde las características jurisprudenciales. Para el efecto fueron analizados en detalle los contenidos de las dos primeras decisiones sobre el tema, originadas tanto en la Sala de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, como en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad de la Sala Plena. En ambos casos se puso de presente la tensión que se da entre el modelo hermenéutico de la exégesis, y el de las lecturas contemporáneas de la Constitución y de los derechos humanos. Hecha esa primera reconstrucción, el final del capítulo reseñó el curso posterior de la tutela contra providencias, evidenciando que a partir del año 1993, pasó a ser de uso común en la totalidad de los despachos de los magistrados que integran la Corte.

Fijado el origen de la tutela contra providencias, y determinado su curso durante más de diez años, el capítulo dos se ocupó de trabajar asuntos relacionados con el contenido, así como con las formas y modalidades que adopta en el cambiante espacio de la experiencia jurídica. En este sentido, dio respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué formas, maneras o modalidades asume la acción de tutela en contra de providencias judiciales? Para dar respuesta a la cuestión fueron diferenciadas básicamente dos etapas. Una primera de 1993 a 2003, durante la cual fue diseñada y aplicada la teoría de los defectos, según la cual se estaba frente a una vía de hecho judicial, en aquellos casos en los que se configuraba un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental. Luego se mostró que a partir del año 2003, se asistió a lo que fue considerado como una *reconfiguración dogmática* de la tutela contra providencias, de modo tal que la expresión “vías de hecho” fue desplazada por la de “causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales”, fijándose un total de ocho causales dentro de las que quedaban abarcados los cuatro defectos iniciales.

Evacuados así los temas del constructivismo como modelo epistemológico, del origen y curso de la tutela contra sentencias, así como el del contenido y las

modalidades de la figura, este tercer capítulo detiene su mirada en el aspecto procesal, es decir, en los temas que tienen que ver con la actuación y el trámite de la acción de tutela en general, en tanto que ésta resulta ser el telón de fondo de la institución de la acción de tutela contra providencias. Evacuado el tema general de este capítulo tercero, se dará paso en el siguiente a los aspectos procesales específicos de la tutela contra sentencias.

1. El trámite de la acción de tutela, telón de fondo de la tutela contra providencias

Por sobre todo, la acción de tutela es una acción de protección, de carácter constitucional. En vigencia de la Constitución de 1886, nuestro sistema tan sólo contaba con una acción constitucional, la de inconstitucionalidad, cuyo conocimiento correspondía a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Con la expedición de la Constitución de 1991, fueron establecidas en el derecho colombiano siete acciones constitucionales: la de hábeas corpus (art. 30, CP), la acción de inconstitucionalidad, también llamada de vía activa (art. 241, CP), la acción de tutela (art. 86, CP), la acción de cumplimiento (art. 87, CP), las acciones populares y de grupo (art. 88, CP), y la acción de pérdida de investidura (art. 184, CP). Salvo el caso de la acción y el derecho fundamental de hábeas corpus, y de la acción de inconstitucionalidad establecida en Colombia a partir de 1910, el establecimiento de estas acciones constitucionales es una novedad en el país.

La base normativa de la acción de tutela está integrada por el ya citado artículo 86 de la Constitución, así como por las siguientes normas legales y reglamentarias: el Decreto 2591 de 1991, el Decreto reglamentario 302 de 1992, el Decreto reglamentario 1382 de 2000 que inconstitucionalmente, por la vía del reglamento, modificó el sistema de competencias fijado para la acción de tutela; y el Decreto reglamentario 404 de 2001, que suspendió durante un año la vigencia del anterior.

La definición de la acción de tutela se encuentra contenida en la extensa norma del artículo 86 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 86. 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.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Según se ha precisado, se trata de una acción constitucional establecida con la finalidad de brindar protección inmediata a los derechos fundamentales constitucionales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados, protección que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De acuerdo con la finalidad propuesta, la concreción del amparo ha de consistir en una orden que imparte el juez constitucional, a efectos de que el particular, o la autoridad pública que violenta el derecho fundamental, cese en su acción o amenaza dentro de un término de tiempo, usualmente fijado en 48 horas, pero que puede ser ampliado dependiendo del caso concreto y del derecho fundamental de que se trate.

La tutela contra sentencias, ya se sabe, acontece con ocasión de un trámite de tutela ejercido en contra de una autoridad judicial. En este sentido, la cuerda procesal es la misma de la tutela y, por lo mismo, los requisitos de procedibilidad, el curso de la actuación, la sentencia y sus efectos, están ligados y dependen de la actuación en tutela. Ahora bien, como éste no es un texto sobre

tutela, la referencia sucesiva que se haga a esa acción será hecha sólo a propósito de la tutela contra sentencias, que es aquí el tema principal.

1.1 La tutela, sus principios y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental

El artículo 3° del Decreto 2591 de 1994, contiene la enumeración de los principios que rigen la acción de tutela. La norma establece: “Artículo 3° *Principios*. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia”.

Como se observa, se contienen aquí los principios usualmente dispuestos en la parte general de códigos y cuerpos normativos similares. No obstante, y en el caso concreto de la acción de tutela, resulta conveniente resaltar el valor y contenido del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, dispuesto en el artículo 228 de la Carta en los siguientes términos:

Artículo 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

En cuanto tiene que ver en general con la acción de tutela, y en especial con la que sucede en contra de providencias judiciales, la aplicación de este principio ha sido uno de los hechos que ha despertado mayor resistencia entre jueces y magistrados formalistas y exégetas. La cuestión radica en que quien invoca la vía de hecho enfrenta una dificultad teórica y práctica enorme, pues ataca providencias judiciales formalmente impecables, es decir, autos y sentencias respecto de los cuales han sido observados los pasos formales de su producción, y que en este sentido no podrán ser atacados desde una visión simplemente formal del artículo 29 de la Constitución Política. Así por ejemplo, al cuestionar una providencia judicial por defecto fáctico (es decir, por un yerro que tenga que ver con las pruebas), lo usual es que la providencia atacada esté bien producida, que contenga las partes usuales de un proveído de tal tipo, como la

identificación de la autoridad judicial, la fijación de los hechos, la aparente consideración de la prueba y de los testimonios, la deducción de responsabilidades y, finalmente, la decisión. Más aún, la práctica judicial, valiosamente ayudada por la herramienta del computador, garantiza aún más la observancia de la forma, como que en numerosos despachos se llega simplemente a cambiar nombres y circunstancias en formatos preconcebidos.

En la consideración del núcleo de este principio resultan comunes las posturas tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como de la Corte Constitucional colombiana. En efecto, ha sido doctrina constante de la primera el afirmar que: “Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades”,¹⁴⁶ postura que es compartida por la Corte Constitucional al entender que “la finalidad de la norma procesal es ser un mero medio para la efectiva realización del derecho material”,¹⁴⁷ y no un impedimento para el cumplimiento del mismo. Dentro de esta línea la corporación ha considerado que se vulnera este principio cuando, por ejemplo, el Consejo de Estado impide el ejercicio de la acción de simple nulidad en contra de actos particulares;¹⁴⁸ o en los casos de aplicación de un rigorismo exagerado de la ley procesal, como acontece cuando el funcionario se niega a recibir la denuncia penal que formula alguien que, por sus convicciones religiosas, se abstiene de jurar;¹⁴⁹ o cuando en el despliegue de un exceso ritual manifiesto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia le niega el estatus de pensionado a quien ha satisfecho los requisitos de edad y de tiempo de servicio, bajo el “argumento” de que su abogado no planteó “la proposición jurídica completa”.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 comerciantes contra Colombia, sentencia de excepciones preliminares de junio 12 de 2002, Serie C, núm. 93, párr. 35.

¹⁴⁷ Sentencia T-1306 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 5.2.1.

¹⁴⁸ Sentencia C-426 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica núm. 7.4.

¹⁴⁹ Sentencia T-547 de 1991, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 6.

¹⁵⁰ Sentencia T-1306 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

1.2 Características generales de la acción de tutela

En el año 1992, y dentro del programa general de pedagogía de la acción de tutela ordenado por el gobierno, el entonces asesor presidencia Manuel José Cepeda, identificó como características centrales de la acción de tutela las siguientes:¹⁵¹

- a) Acceso a la justicia. La acción de tutela, como ninguna otra, propicia el contacto directo del ciudadano con la administración de justicia, en la medida en que no exige la mediación del “letrado” o del abogado, como sí acontece con las acciones derivadas de los códigos y de las leyes. En este sentido, y de acuerdo con el artículo 86 de la Carta, la acción puede ser ejercida por “toda persona”, es decir, por menores de edad, por personas con algún grado de incapacidad, por personas jurídicas, por agentes oficiosos, por defensores públicos, por representantes de asociaciones, etc. Este rasgo es muy importante, pues además de intentar que la acción le pertenezca más a las personas que a los abogados, propicia modificaciones en la comprensión de la práctica judicial y en la relación entre el ciudadano y la función de adjudicar el derecho.
- b) Concreción, realidad. El despliegue de esta característica permitiría modificar uno de los lastres más notorios del derecho en Colombia: el del enmascaramiento, el del uso del lenguaje que oculta las prácticas del dominio y del poder, el del uso de los eufemismos. En sentido contrario a como acontece con las demás acciones procesales, la acción de tutela permite abordar de modo directo el núcleo problemático de asuntos que han permanecido ocultos, tales como la discriminación sexual, la servidumbre en las relaciones laborales, desenmascarando además los componentes reales de las relaciones en la vida social: el dominio del médico sobre sus pacientes; los esquemas del sometimiento y discriminación en las relaciones educativas; el dominio y la indignidad en el presidio. Así, la tutela trabaja de modo directo en los niveles del

¹⁵¹ Manuel José Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991*, Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Bogotá, 1991, pp. 71 a 81.

dolor, del sometimiento y de las privaciones de quienes ocupan las escalas inferiores en las jerarquías del poder.

- c) Un juez poderoso. En términos generales, los jueces en Colombia han sido siempre poderosos. Basta una declaración judicial o una medida cautelar, para destruir el plan de vida de una persona o de una familia, o para socavar un patrimonio. Sin embargo, el juez de tutela es poderoso en otro sentido, en sentido activo, pues en virtud de la facultad de dar órdenes, puede hacer lo que ningún otro juez puede, es decir, restituir la integridad a un derecho fundamental. Para el cumplimiento de este objetivo, el margen de opciones es diverso y amplio. Puede ordenar libertades, dejar sin efecto providencias judiciales, disponer el reconocimiento de derechos prestacionales y, en general, articular cualquier medida que resulte necesaria para preservar el derecho fundamental, todo lo cual implica un gran poder, especialmente útil, cuando el funcionario no es medroso.
- d) Inversión de las reglas usuales, especialmente las relacionadas con el procedimiento. Ésta es una consecuencia de los principios de informalidad y de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental. El sistema judicial colombiano ha sido históricamente dominado por un formalismo en ocasiones burdo. El derecho ha sido negado con inusitada frecuencia por la ausencia de papeles secundarios, de sellos, de certificaciones, de permisos, y por la falta de cumplimiento de requisitos adicionales a los del legislador, dispuestos discrecionalmente por cualquier persona o funcionario. En sentido contrario, la tutela intenta superar la maraña de mediaciones que ha impedido la realización del derecho. Cuando menos procesalmente limita a lo estrictamente inevitable la figura del abogado, los incidentes procesales, las nulidades, las notificaciones dilatorias y, en general, una gran suerte de ritualidades que en vez de permitir la garantía de los derechos, impiden su eficacia.
- e) Trámite preferencial. Dos elementos infortunados acompañan el ejercicio de la función judicial en nuestro medio: la morosidad y la diferencia de trato jurídico. La mora judicial es un hecho notorio, que ha llegado a excesos como el del Consejo de Estado, en el que el trámite de una acción fácilmente supera los diez años, o en el que las acciones electorales se fallan al vencimiento de los periodos de los elegidos. La diferencia de trato jurídico es otro

rasgo desafortunado: procesos con identidad de causa, de hechos y de pretensiones son resueltos de manera diferente con afectación de la seguridad jurídica (aquí sí) y del derecho a la igualdad. El trámite preferencial de la acción de tutela intenta neutralizar este par de lastres en la medida en que se evita la indefinición de los derechos. Adicionalmente, el acicate de la eventual apertura de procesos disciplinarios a quien exceda el término de diez días para el fallo, hace que por primera vez se cuente con una acción dinámica, que encamine el aparato judicial a la protección de los derechos fundamentales.

- f) El derecho constitucional como derecho común. Ésta es la característica más importante e invaluable de la acción de tutela. En Colombia el derecho en general, y muy especialmente el derecho constitucional, ha estado bajo el dominio de unos pocos, sobre todo de abogados y políticos. En el caso especial del derecho constitucional la situación es más extrema, pues históricamente ha estado en manos de los administrativistas y de aquellos a quienes se denomina “estadistas”. La acción de tutela, con su inmediatez, su concreción y su informalidad, busca justamente el efecto contrario: que la Constitución y los derechos fundamentales le pertenezcan a las personas y no a unos pocos. Que el derecho constitucional sea del patrimonio común de la gente, de modo tal que ésta sepa que la igualdad, la libertad, la dignidad o el debido proceso no son palabras de abogado, sino derechos “de verdad” que pueden ser exigidos judicialmente.

Sea del caso simplemente agregar, que estas características generales de la tutela en Colombia pueden ser también predicadas del establecimiento de la acción en el sistema interamericano de protección. En efecto, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica, que ingresó en el sistema interno mediante la Ley 16 de 1972, dispone una norma que en general comparte los mencionados rasgos, sólo que para el sistema regional de protección. El texto específico señala lo siguiente:

Artículo 25. Protección judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra

actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Parte se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso,
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial,
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Dos cortos comentarios. En primer lugar, esta norma –que hace parte de nuestro derecho interno– incluye como objeto expreso de protección las actuaciones violatorias de derechos fundamentales ocasionadas por personas que actúan en ejercicio de funciones oficiales, y como obviamente los jueces de la República actúan en tal calidad, autos y sentencias resultan pasibles de la protección que aquí se establece. En otras palabras, desde el año 1972, Colombia se encontraba en mora de establecer un instrumento judicial de amparo que, como el de la tutela, protegiese eficazmente los derechos fundamentales de la acción de jueces y magistrados.

Adicionalmente, en la norma comentada se resaltan dos características de la acción: la sencillez y la rapidez, caracteres éstos que la norma nacional, bajo los principios de celeridad, eficacia e informalidad, recogió para Colombia, traduciendo así el interés continental de protección de estos derechos.

2. Competencia. Conocimiento de la tutela contra providencias judiciales

El asunto de fijar a quien corresponda el conocimiento de la tutela contra providencias ha sufrido algunas transformaciones desde la expedición del Decreto 2591 de 1991 a la fecha. Según se ha expuesto, aquélla corresponde a un uso específico de la protección de tutela, y en este sentido, la competencia fijada para la acción determina la competencia para su procedencia. A partir de la expedición de la Constitución de 1991 es posible distinguir cuatro momentos o etapas diversas en lo que tiene que ver con el tema de la competencia para vías de hecho. La

primera etapa correspondería al establecimiento de la base normativa inicial, conformada por el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991. La segunda fase correspondería a la de expedición y consecuencias del Decreto reglamentario 1382 de 2000, que bajo el aparente interés de “establecer reglas para el reparto de la acción de tutela”, introdujo modificaciones al sistema de competencias. El tercer periodo corresponde al fijado a partir de la expedición del auto de Sala Plena, de fecha septiembre 26 de 2000, de la Corte Constitucional, ocasión en la que la Sala decidió inaplicar el citado decreto, haciendo uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, por ser violatorio del artículo 86 de la Constitución Política. Finalmente se tendría la situación actual, que obliga a la aplicación del Decreto 1382 de 2000, tras la sentencia del Consejo de Estado.

2.1 La competencia normativa genérica para la acción de tutela contra providencias

Dos son las fuentes normativas genéricas de competencia para la acción de tutela contra sentencias. Se trata del artículo 86 de la Carta y del Decreto 2591 de 1991. El artículo 86 de la Constitución Política, en su inciso primero, establece la determinación general de competencia en los siguientes términos: “Artículo 86. 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 (...)”.

Esta norma constitucional sobre competencia fue posteriormente desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, por el cual se desarrolló legislativamente la acción de tutela, en virtud del ejercicio de facultades extraordinarias de que fue investido el presidente de la República con ocasión del artículo 5º transitorio de la Constitución. Dicho decreto establece en su artículo 37, la siguiente norma:

Artículo 37. Primera instancia. Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud.

El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y

derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio.

De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar.

Conforme ha sido fijado por el artículo 43 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando un juez de la República decide un asunto con ocasión de un trámite de tutela, actúa en calidad de juez constitucional y no en la de juez de jurisdicción, tal y como se desprende de la norma:

Artículo 43. Estructura de la jurisdicción constitucional. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 a 244 de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban preferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

Esto quiere decir de plano, que el factor objetivo de competencia, que atiende a la materia del proceso y la cuantía, no resultaban determinantes para fijar el juez competente. Igual exclusión sufren los demás factores de competencia. Ninguno de ellos, ni el subjetivo (que sólo opera extrañamente en los casos de tutela en contra de la prensa), ni el funcional, ni el de conexidad, resultan operativos respecto de la tutela. Solamente el factor territorial resulta decisivo al momento de la determinación de la misma.

En conclusión, y sobre la base normativa del artículo 86 de la Carta y del Decreto 2591 de 1991, de la tutela contra sentencias, en principio, podía conocer cualquier juez del país, de cualquier jurisdicción o especialidad, siempre y cuando fuese tenido en cuenta exclusivamente el factor territorial de competencia. Por lo mismo, y con base en esas normas, el afectado escogía el juez o la sala del tribunal que habría de conocer de su solicitud de amparo.

Ahora bien, en el caso concreto de la tutela contra sentencias, bien podía suceder que la violación del derecho fundamental a la misma persona hubiese ocurrido inicialmente en un distrito judicial, para continuar tanto la vulneración, como sus efectos, en otro distrito o territorio. Es el caso nada hipotético que acontecía, por ejemplo, con investigaciones y providencias judiciales emanadas de la hoy inexistente justicia regional (fiscales y jueces sin rostro), cuyas primeras decisiones correspondían a los jueces y fiscales del respectivo territorio o distrito, siendo las decisiones finales de los fiscales delegados ante el Tribunal Nacional, o del propio Tribunal Nacional. En estos eventos de violación de los derechos fundamentales a una misma persona, ¿al juez de qué territorio corresponderá la competencia? De atenderse al criterio general que se usa para el derecho privado, una de las posibles soluciones sería la de considerar como juez competente al del domicilio del accionante. No obstante, y atendiendo al contenido constitucional de la acción de tutela y a los principios que la informan, como son los de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia e informalidad, la competencia era determinada por el propio usuario: éste, al escoger despacho para el trámite, escogía competencia por territorio. Fijado entonces el despacho por el petente, siempre que se respetara el factor territorial, se entraba a conocer la prevención de la acción, excluyendo por tanto la competencia de quienes eventualmente pudieren ostentarla al igual que él.

2.2 El Decreto reglamentario 1382 de 2000 y la fijación de la competencia

A instancias del Ministerio de Justicia y del Derecho, el presidente de la República, invocando el ejercicio de las facultades del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, referidas a la potestad reglamentaria, expidió con fecha julio 12 de 2000 el Decreto reglamentario 1382 de 2000, “por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”.

Haciendo uso de una intencional falta de técnica jurídica, la parte considerativa del decreto reafirma la competencia atribuida por el Decreto 2591 de 1991 al juez de la jurisdicción donde ocurre la violación o amenaza del derecho fundamental, para luego, y “con el fin de racionalizar y desconcentrar el conocimiento de las mismas”, entrar literalmente a distribuir competencias

respecto de las acciones de tutela. Al estudiar en este texto el defecto orgánico en el capítulo anterior, se explicó con base en la jurisprudencia, que la competencia cumplía ciertas características, así:

La competencia debe tener las siguientes calidades: *legalidad*, pues debe ser fijada por la ley; *imperatividad*, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; *inmodificabilidad* porque no se puede variar en el curso del proceso (*perpetuatio jurisdictionis*); la *indelegabilidad*, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es *de orden público* puesto que se funda en principios de interés general.¹⁵²

Como se observa, la primera de las calidades que debe ostentar la competencia es que ésta debe ser otorgada por la ley, es decir, por uno de los instrumentos normativos tramitados en el Congreso, o por un acto con fuerza material de ley, vale decir, por un decreto con fuerza de ley. Ahora bien, el Decreto 1382 de 2000 pertenece a la categoría de los decretos reglamentarios. Estos decretos, según explica Juan Manuel Charry, ejercitan una de las características típicas de la función ejecutiva, “la potestad reglamentaria, consagrada en el artículo 189-11, consistente en la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”,¹⁵³ ostentando así un contenido estrictamente administrativo. Por lo mismo, el control constitucional de esta clase de decretos está a cargo del Consejo de Estado, conforme a la preceptiva del artículo 237, numeral 2º de la Constitución. Siendo todo esto así, resulta absolutamente obvio que el citado decreto contenga disposiciones inconstitucionales, no sólo por la violación del artículo 86 de la Constitución Política, que establece que la acción de tutela pueda ser interpuesta por cualquier persona ante cualquier juez, sino también por la violación de los numerales 1º y 2º del artículo 150 de la Carta.

¹⁵² Sentencia C-111 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵³ Juan Manuel Charry Uruña, *Justicia constitucional*, Ediciones Banco de la República, Bogotá, 1993.

Pero independientemente de la constitucionalidad del decreto, que soportó varias demandas de nulidad ante el Consejo de Estado por ser de su competencia, obsérvese ahora en qué medida modificó las reglas de competencia para el ejercicio de la acción de tutela, y especialmente para el ejercicio de la tutela contra sentencias. Este asunto es regulado por el numeral 2 del artículo 1° del decreto que determina la competencia así:

1. Si la acción se propone en contra de providencia emanada de cualquier juzgado o tribunal del país, diferente a una alta corte, el despacho competente para conocer será el del superior funcional del despacho o funcionario accionado.
2. Si la acción se propone en contra de algún despacho o funcionario de la Fiscalía General de la Nación, la competencia corresponde al superior funcional del juez al que está adscrito el fiscal delegado. Así por ejemplo, si la acción se propone en contra de un fiscal delegado ante los jueces penales del circuito, la competencia será de la sala penal del tribunal superior del distrito judicial respectivo.
3. Finalmente, si la accionada es una alta corte, bien de la jurisdicción ordinaria, de la administrativa o de la disciplinaria, ella misma será competente para decidir sobre la constitucionalidad en materia de derechos fundamentales, de su propia providencia (es decir, será a la vez juez y parte), sólo que para el efecto, la misma corporación conformará “salas de decisión, secciones o subsecciones conformadas para tal fin”, según lo establece el artículo 4° del decreto.

Esta distribución de competencias, además de violar el artículo 31 de la Constitución, que establece el derecho fundamental a la segunda instancia, tuvo como consecuencia práctica la concentración de la tutela contra sentencias en el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, lo que agudizó el enfrentamiento entre cortes, si se tiene en cuenta que ilegalmente estas corporaciones se niegan a dar trámite a la acción, o a reconocer la violación de los derechos fundamentales. De contera, el control sobre la vigencia de los derechos fundamentales al interior de las providencias judiciales quedaba así monopolizado en las cumbres del poder.

2.3 Los autos de Sala Plena de la Corte Constitucional de septiembre 26 de 2000 y de febrero 27 de 2001

La vigencia del decreto reglamentario planteó conflictos normativos en diversos planos:

- En el plano constitucional, la norma del artículo 86 mantenía vigencia, disponiendo que las personas podían proponer la acción “ante los jueces” como cláusula general.
- En el ámbito legal, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, continuaba fijando la competencia general de la tutela en “los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza”.
- En el plano constitucional se precisaba también, que las reglas sobre competencia sólo podían ser expedidas por el Congreso, en virtud de los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución. Más aún, en el caso de la tutela, acontecía la reserva de ley estatutaria de acuerdo con los artículos 152 y 153 de la Carta.
- En el plano reglamentario, un simple decreto de esta clase entraba a modificar enunciados dispuestos en la Constitución, vulnerando igualmente la reserva de ley estatutaria y las competencias del Congreso.

Este conflicto normativo dio luego paso a conflictos judiciales que llevaron a que, en diversos lugares del país, los jueces comenzaran a repudiar la competencia o a arrogársela, en ambos casos, con invocación del decreto reglamentario. Quienes se arrogaban la competencia, contrariando las reglas del decreto, invocaban como argumento la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4 de la Carta, de acuerdo con la cual, “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

El primero de estos casos llegado a la Corte tuvo que ver con un conflicto de competencia planteado entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Junín (Cundinamarca) y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El asunto consistía en que varios ciudadanos habían accionado en contra de los Ministerios de Hacienda y de Educación, por la eventual violación de los derechos al trabajo, a la

igualdad y a la dignidad, al no haberse dispuesto el aumento de sus salarios para el año 2000. Respecto de la acción, mediante auto de agosto 8 de 2000, el juzgado había declarado su incompetencia, fundándose en el artículo 1 del Decreto reglamentario 1382 de 2000, remitiendo por tanto el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, despacho que por medio del auto de agosto 24 de 2000 repudió la competencia, al considerar que el numeral 4 del artículo 1 del decreto era inconstitucional, por lo cual, había resuelto inaplicarlo. Sometido el asunto a la Corte, ésta desató el conflicto de competencia el día 26 de septiembre de 2000, en favor del juzgado de Junín, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad, resolviendo inaplicar el decreto y aplicar directamente la Constitución. La tesis central del auto señaló que “el artículo 1 del Decreto 1382 del 12 de julio de 2000 fue mucho más allá de la usurpación al Congreso de la República para introducir modificaciones en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, para reformar, sin atribución alguna, el artículo 86 de la Constitución”.¹⁵⁴

Luego de expedida la anterior providencia, continuaron llegando a la Corte numerosos conflictos de competencia originados en el mismo problema jurídico. Con el fin de dar una solución definitiva al asunto y evitar la congestión en la corporación, se dispuso en el numeral cuarto de la parte resolutive del auto de Sala Plena de febrero 27 de 2001: “Cuarto. Otorgar efectos *inter pares* a la decisión de inaplicar el artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, para que en aquellos casos que sean semejantes, todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido”.¹⁵⁵

La Corte, en la parte considerativa del auto, reiteraba los ya señalados argumentos de la violación directa de la Constitución por medio de un reglamento, los de la transgresión de la reserva de ley estatutaria sobre los derechos fundamentales, así como los de usurpación de las competencias del Congreso en materia de competencias judiciales. Adicionalmente, indicó que con la aplicación del decreto se había menguado el derecho a la protección inmediata de los

¹⁵⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, auto del 26 de septiembre de 2000, expediente ICC-118, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, consideración jurídica núm. 8.

¹⁵⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, auto 071 de febrero 27 de 2001, expediente ICC-135, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, puntos resolutivos.

derechos fundamentales, con afectación de la supremacía normativa de la Constitución. Sin embargo, y a pesar de la afirmación de los efectos inter pares del auto, la Corte precisó los límites de su decisión, pues no le correspondía efectuar el control constitucional de los decretos reglamentarios, razón por la cual señaló así mismo, que “la decisión que finalmente adopte la máxima corporación judicial competente, en este caso el Consejo de Estado (art. 237, CP, numerales primero y segundo), prevalecerá por tener efectos *erga omnes*. Por lo tanto, en el caso del Decreto 1382 de 2000, demandado ante el honorable Consejo de Estado, la Corte Constitucional acatará la decisión que éste finalmente adopte”.¹⁵⁶

2.4 El Decreto reglamentario 404 de marzo 14 de 2001

El auto de Sala Plena que ordenaba la inaplicación del decreto reglamentario trajo consigo dos consecuencias principales, una de tipo operativo y otra de carácter normativo. La consecuencia operativa consistió en que a partir de la decisión de la Corte Constitucional, la generalidad de los despachos judiciales comenzó a hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, inaplicando así el decreto, para aplicar directamente la Constitución, asumiendo el conocimiento directo de cualquier demanda de tutela. La consecuencia normativa estuvo a cargo del Estado, que con notable falta de técnica expidió un nuevo decreto, como si no hubiese bastado con la impropiedad del primero. Dentro de dicha línea, el gobierno expidió el Decreto reglamentario 404 de marzo 14 de 2001 y en su artículo primero dispuso la suspensión de la vigencia del Decreto 1382 de 2000, en espera del pronunciamiento del Consejo de Estado.

El nuevo decreto constituye una actualización de la práctica nacional que consiste en solucionar un yerro con un nuevo yerro. La cuestión tiene que ver con lo que Diego López denomina “la lucha legislativa y judicial por el control de las fuentes”,¹⁵⁷ y se concreta en lo siguiente: si la máxima autoridad judicial, es decir, la Corte Constitucional, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad ordenó la inaplicación del Decreto reglamentario 1382 de 2000, con fuerza

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, auto 071 del 27 de febrero de 2001, expediente ICC-135, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 3.

¹⁵⁷ Diego Eduardo López, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000, p. 14.

vinculante para todos los operadores judiciales, entonces la expedición del nuevo decreto por parte de la suprema autoridad administrativa resultaba no sólo innecesaria, sino antitécnica y superflua, pues no tenía la virtualidad de superponerse a la fuerza vinculante del auto de la Corte.

El texto mismo del decreto es tan inadecuado como su expedición. Su justificación, dispuesta en la parte considerativa es incorrecta, en la medida en que contiene afirmaciones antitécnicas y falsas. Allí se afirma que el decreto se expide en atención a que se “ha generado una situación de incertidumbre jurídica” y que se dispone la suspensión, “mientras el Consejo de Estado decide la legalidad”, todo lo cual no es cierto si se tiene en cuenta que el auto de la Corte Constitucional había despejado toda incertidumbre, y que el Consejo de Estado no podía hacer control de legalidad, pues de lo que estaba conociendo era de una acción de nulidad por inconstitucionalidad. No obstante, y como se mencionó, la vigencia de la suspensión se extendería hasta el 14 de marzo de 2002, antes de ser proferida la sentencia del día 18 de julio de 2002 por parte del Consejo de Estado.

2.5 La sentencia del Consejo de Estado de julio 18 de 2002

Comoquiera que el Decreto 1382 de 2000 era reglamentario, diez ciudadanos propusieron acción de nulidad por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la regla de competencia dispuesta por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución. No obstante, y con violación de las reglas del debido proceso, el Consejo de Estado no sometió el asunto al conocimiento de la Sala Plena, sino que lo asignó a la Sección Primera, donde algunos de los jueces se declararon impedidos, por lo cual el asunto fue decidido con participación de conjueces.

Los accionantes argumentaron la violación de las competencias del Congreso en lo relacionado con la expedición de leyes y códigos, de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Carta; la violación de la reserva de ley estatutaria prevista en el artículo 152 sobre derechos fundamentales, así como la violación de los derechos a debido proceso y acceso a la administración de justicia. Igualmente, se censuró el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria y la violación del principio de legalidad.

Finalmente la sala, mediante providencia superficial de julio 18 de 2002, y en decisión dividida, denegó la casi totalidad de las pretensiones (en el Consejo de Estado llaman a las pretensiones “súplicas”) y mantuvo la vigencia de la casi totalidad del decreto demandado. Salvaron el voto los abogados Ernesto Ariza Muñoz y Jaime Orlando Santofimio Gamboa. La sentencia, que evitó pronunciarse de fondo alrededor de los señalamientos de los demandantes, limitó su “argumentación” a afirmar que el presidente de la República puede reglamentar todas las leyes en general, incluso los códigos, “sin distingos, que no lo hizo la Constitución”, lo que además de superficial es incorrecto, agregando que resultaba necesario reglamentar la competencia para la acción de tutela en los altos tribunales, pues de no hacerlo, tales acciones u omisiones resultarían sustraídas a la propia acción, con violación del artículo 228 de la Carta.¹⁵⁸

Luego de transcurridos cinco años del pronunciamiento, el proceso se encuentra aún en trámite. Emitida la sentencia, los accionantes propusieron el recurso de súplica en contra de la decisión, que fue concedido el 31 de enero de 2003, lográndose la acumulación de todas las impugnaciones en abril de 2004 (dos años después de la sentencia). Sin embargo, durante el trámite fue expedida la Ley 954 de 2005, que suprimió la súplica, disponiendo que aquellas que se encontrasen en trámite deberían ser enviadas a “Salas transitorias de decisión”. Tras nuevos problemas e impedimentos, el expediente fue asignado en el mes de abril de 2006 al despacho el magistrado Alberto Arango Mantilla, donde se espera se resuelva una petición que solicita que el asunto sea llevado a la Sala Plena, con lo cual eventualmente se daría final a un procedimiento extrañamente extendido.

Como balance general del asunto, puede afirmarse que a la fecha las reglas sobre competencia contenidas en el Decreto reglamentario 1382 de 2000 vienen siendo aplicadas, pues el pronunciamiento del Consejo de Estado formalizó un procedimiento de evasión del control constitucional, técnicamente denominado como de *elusión constitucional*, que consiste en el desarrollo de un acuerdo tácito, hecho entre las autoridades administrativas y el Consejo de Estado, en

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, Sentencia del 18 de julio de 2002, expedientes acumulados 6414 y otros, M. P. Camilo Arciniegas Andrade, consideración jurídica núm. 5.5.

virtud del cual, los decretos reglamentarios, con contenido de materias reservadas a la ley, son mantenidos en vigencia mediante un examen de legalidad superficial, sin control de constitucionalidad. En su oportunidad, y refiriéndose tanto al fallo como a la implementación del mecanismo descrito, Aquiles Arrieta afirmó que “Cuando un órgano, desconociendo abiertamente las competencias fijadas por la Constitución, realiza acciones que le están veladas, se abre una gran puerta que atenta contra el valor normativo de la propia Carta Política”.¹⁵⁹

3. Requisito de procedibilidad: el agotamiento del trámite legal y sus recursos. La inexistencia de otro medio de defensa judicial

Señaladas las causales genéricas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, surtido el trámite genérico por la cuerda procesal de la acción de tutela, y fijada la competencia del funcionario que ha de tener el conocimiento de la vía de hecho, resulta necesario atender a los requisitos generales de procedencia de misma. En principio, estos requisitos son de dos clases. Un primer requisito procesal, que atiende al agotamiento del trámite legal y sus recursos, así como a la inexistencia de un medio alternativo de defensa judicial; y un segundo requisito sustantivo de procedibilidad, que se refiere a la materia de la acción, esto es, a la violación de los derechos fundamentales por una providencia judicial. En esta sección del capítulo se atiende al requisito procesal de procedibilidad.

3.1 Base normativa y distinción entre improcedencia y denegación del amparo

La base normativa constitucional del requisito procesal de procedibilidad se encuentra en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, en los siguientes términos: “Artículo 86. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

¹⁵⁹ Aquiles Arrieta, El decreto reglamentario 1382 de 2000, o cómo evadir la Constitución, *Revista Tutela*, núm. 33, Legis, Bogotá.

Esta improcedencia constitucional del amparo es desarrollada a su vez, de un modo más amplio, en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos:

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

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

De las cinco hipótesis de improcedencia de la acción de tutela reseñadas, la consideración de la primera de ellas resulta determinante, en tanto que establece la característica de subsidiariedad de la tutela, según la cual, el amparo sólo procede si han sido agotados todos los recursos o medios judiciales de defensa existentes. En este sentido, estableció la Corte Constitucional:

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 u 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.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Por ello es necesario el previo agotamiento de la cuerda procesal ordinaria. De esta manera, la pregunta que se impone es la siguiente: ¿debe el juez constitucional realizar o no el examen de fondo de la situación que se le pone de presente, o por el contrario, debe previamente atender a la satisfacción del requisito de procedibilidad, para luego sí proceder al examen material? La respuesta actual dada por la Corte Constitucional a la pregunta ha tomado distancia de la que fuese la posición inicial. En efecto, durante algún tiempo, la corporación censuró la actitud de algunos despachos judiciales, que al amparo de la improcedencia se sustraían de la obligación de realizar el examen material acerca de la violación del derecho fundamental, hasta entronizar una práctica tan odiosa como injusta. No obstante, esta inicial exigencia del examen material ha sufrido modificaciones, muy especialmente a partir de la consideración del recurso de casación, que al ser considerado como otro de los medios de defensa judicial respecto de los cuales la acción de tutela resulta subsidiaria, produjo un desplazamiento jurisprudencial que condujo a la sustentación de la siguiente tesis inserta en la Sentencia SU-542 de 1999: "...solamente es posible el análisis material de una vía de hecho, cuando se hayan agotado previamente los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela".¹⁶¹

Esta tajante afirmación entraña dos consecuencias, la una a nivel práctico y la otra a nivel teórico. En la práctica, los jueces de tutela deberán realizar inicialmente el examen de procedibilidad de la acción, evaluando la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo para el caso concreto, y en el evento de que éste no exista, proceder entonces sí, al examen de fondo. En teoría, la nueva tesis implica hacer la distinción entre los conceptos de improcedencia y de negación del amparo. En efecto, la improcedencia corresponde a una evaluación estrictamente procesal y, en caso de configurarse, excluye la posibilidad de negación del amparo, pues ésta correspondería a una evaluación material, de fondo, tan solo posible y obligatoria si previamente se ha resuelto el asunto de improcedencia procesal.

¹⁶¹ Sentencia SU-542 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 1.

3.2 El agotamiento del trámite legal y sus recursos

Tanto la norma constitucional como la legal establecen la improcedencia de la acción, únicamente para los casos en los que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial. A este respecto, la corporación ha sido muy precisa: “La Corte ha sostenido de manera reiterada, que la acción de tutela es improcedente cuando, con ella, se pretenda sustituir mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido, o incuria de quien solicite el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo”.¹⁶²

La anterior ha sido una exigencia normativa y jurisprudencial, que ha operado desde el momento mismo del establecimiento de la acción de tutela en Colombia. En efecto, ya desde la temprana Sentencia T-07 de 1992, la Corte Constitucional fijó la siguiente tesis, hoy vigente:

Si por el contrario, el titular de la acción ordinaria no hace uso de ella dentro del tiempo que la ley le otorga, no podrá esperar que el Estado despliegue su actividad jurisdiccional para ofrecerle la protección que necesita, pero su situación, entonces, no es imputable al Estado o a sus agentes, sino que obedece a su propia incuria, a su negligencia, al hecho de haberse abstenido de utilizar los medios de los cuales gozaba para su defensa.

En tales situaciones, menos aún puede ser avocada la tutela, por cuanto no es ésta una institución establecida para revivir los términos de caducidad ni para subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante.¹⁶³

Lo anterior implica necesariamente, que para cada caso concreto el accionante debe haber hecho uso de los recursos e instrumentos que ofrece el sistema para la defensa de su derecho. Este carácter subsidiario de la acción, descansa sobre el presupuesto jurídico según el cual, deberían ser muy escasas las situaciones en las que se configura la vía de hecho, pues los instrumentos usuales (peticiones de nulidad, interposición de recursos, trámite de incidentes, etc.)

¹⁶² Sentencia T-567 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 6.

¹⁶³ Sentencia T-007 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

deberían ser suficientes para evitar la vulneración del derecho fundamental. Es ésta pues una exigencia de tipo general, que en el cambiante mundo de los casos concretos ofrece algunas excepciones, como la contenida en la Sentencia T-055 de 1994, ocasión en la que el silencio del funcionario judicial impidió de facto el ejercicio de los recursos ordinarios, originando una vía de hecho consistente en la violación al debido proceso, y en impedir al accionante el libre acceso a la administración de justicia.

Alrededor de esta necesidad real de agotar el trámite ordinario de las instancias y los recursos legales, resulta muy ilustrativo el caso contenido en la Sentencia T-181 de 1999, en el que un ciudadano colombiano, abogado, se vio en la penosa circunstancia de tener que permanecer recluso en la cárcel, durante un lapso superior a un año, en virtud de una actuación abiertamente arbitraria de la Fiscalía Regional (popularmente llamada “justicia sin rostro”), mientras evacuaba la totalidad del trámite legal necesario para poder acudir a la acción de tutela, en cuya sede finalmente le fue concedido el amparo al debido proceso. Los hechos y la sentencia, que por su valor ilustrativo traigo a cuento, se reconstruyen como sigue.

En ejercicio de las facultades que a los fiscales “sin rostro” les otorgaba la justicia regional, funcionarios de ésta, en el año 1997, procedieron a tomar la declaración jurada de un “testigo con reserva de identidad” como se los denomina. Fundándose en dicha versión, que luego fue pública y probatoriamente desmentida, en marzo 17 de 1997, la justicia regional de Bogotá abrió investigación previa en contra de varios ciudadanos, entre ellos el abogado a quien finalmente se le tuteló el derecho al debido proceso. Callada y soterradamente, sin audiencia ni presencia de los afectados, durante el lapso de un año la Fiscalía hizo uso discrecional y oculto de su inmenso poder, a efectos de construir las “pruebas” que servirían de base a la orden de captura que se hizo efectiva el día 2 de febrero de 1998. El abogado fue escuchado en indagatoria y posteriormente cobijado con medida de aseguramiento por el delito de enriquecimiento ilícito, sin beneficio de excarcelación. Con fecha febrero 20 de 1998, el afectado, por intermedio de su defensor, solicitó la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, arguyendo que la Fiscalía le había violado el derecho al debido proceso, concretamente el artículo

481 de la Ley 190 de 1995 (también llamada estatuto anticorrupción), en tanto que siendo imputado conocido, nunca fue informado de la apertura de investigación penal alguna en su contra, ni mucho menos ser llamado a rendir versión libre. Con la solicitud de nulidad, comenzaba la gran batalla jurídica que terminaría en la Corte Constitucional, mediante la concesión del amparo de tutela el día 23 de marzo de 1999, es decir, un año después.

La Fiscalía Regional, con fecha marzo 11 de 1998, obviamente negó la declaratoria de nulidad. Recurrida la providencia, el 27 de julio de 1998, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó la negativa, argumentando que si alguna irregularidad había, ésta no afectaba “la sustancia del proceso penal por lo menos en el caso sub examine”. Igualmente sostuvo el despacho que la recepción de la versión libre durante el trámite de la investigación previa era facultativa, no obligatoria.

Agotado de esta manera el trámite ordinario (tarea en la que empleó el afectado casi seis meses durante los cuales permaneció encarcelado), acudió entonces al ejercicio de la acción de tutela, la cual tramitó ante el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que mediante sentencia de octubre 2 de 1998, negó el amparo, pues consideró que la mera respuesta de la Fiscalía Regional a cada uno de los memoriales allegados por el procesado, así como la diligente actuación del defensor, resultaban suficientes para considerar que el derecho al debido proceso no había sido vulnerado. Seleccionado posteriormente el expediente en la Corte Constitucional, correspondió el caso a la Sala Octava de Revisión, conformada por los magistrados Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alfredo Beltrán Sierra, quienes alrededor del asunto propuesto sentaron la siguiente tesis aún vigente en el sistema colombiano:

...la notificación de la resolución de apertura de investigación al imputado, constituye un deber, como claramente se infiere al tenor del artículo 81 de la Ley 190 de 1995 (...). [y en este sentido,] esta sala advierte que en el curso del proceso en efecto, se vulneraron los derechos al debido proceso y defensa, al omitirse notificar al imputado de la resolución de apertura de la investigación previa; al denegársele al imputado el derecho a rendir versión libre y al pro-

longarse esta etapa más allá del término máximo de 4 meses que el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal contempla para su duración.¹⁶⁴

De lo expuesto se concluye entonces que resulta indispensable el agotamiento de la cuerda procesal ordinaria, pues de lo contrario, la tutela contra la providencia judicial resulta improcedente. Se insiste, es necesario dar previamente la batalla jurídica con los instrumentos legales establecidos para el efecto, pues en el caso propuesto, si el accionante no hubiese agotado el trámite ordinario, habría visto frustradas sus aspiraciones de amparo, aún en la conciencia de tener el derecho, pues el trámite de tutela habría sido improcedente.

3.3 Excepciones al agotamiento del trámite legal y sus recursos

Según se explicó, la exigencia legal y constitucional es la del agotamiento de la cuerda procesal respectiva, y de los recursos que atañen a ella, necesaria para el mantenimiento de la integridad del derecho que se discute. No obstante, la práctica judicial ha enfrentado situaciones concretas en las cuales no fueron agotados los recursos ordinarios, bien por imposibilidad absoluta de hacerlo, o porque pudiendo serlo, la instancia fue agotada sin su ejercicio.

En circunstancias como las descritas, la Corte Constitucional, fundándose en el principio de justicia material, en el valor normativo de la Carta, así como en las particulares circunstancias de indefensión de muchos colombianos, se vio en la necesidad de permitir el amparo de tutela, aun en eventos de la improcedencia formal, pues dadas las circunstancias, resultaba mucho más inconstitucional negar el amparo que proceder al examen material del caso. A continuación se exponen sendos casos en los que la Corte amparó, aun en desmedro de la norma sobre improcedencia, como que la solución meramente formal resultaba injusta en términos constitucionales. Se precisa que las sentencias escogidas son una simple ilustración de los múltiples eventos de amparo, y que en presencia de circunstancias análogas, el operador jurídico habrá de apartarse de la improcedencia para conceder la tutela.

¹⁶⁴ Sentencia T-181 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, consideración jurídica núm 3.

Un primer caso ilustrativo, en el que a pesar de no haber sido agotados los recursos ordinarios se procedió al amparo de tutela, es el contenido en la Sentencia T-329 de 1996, referido a la situación jurídica y procesal de una menor de edad. Los hechos fueron los siguientes. Ante el Juzgado Promiscuo de Planeta Rica, y en nombre de su hija menor de edad, una mujer inició proceso de filiación extramatrimonial con petición de herencia, demandando para el efecto a la esposa del presunto padre, así como a las dos hijas de aquellos, sin allegar al proceso los registros civiles que acreditaban tales calidades. Tras subsanarse una causal de inadmisión, la demanda fue admitida y dispuesto el trámite de la instancia, durante el cual, la parte demandada allegó los registros civiles que no había puesto a disposición la demandante. Encontrándose el proceso para fallo y perfeccionada la caducidad que establece el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, el juez de instancia se inhibió de fallar, argumentando que al no haberse aportado los registros civiles por parte de la demandante, no habían sido satisfechos los requisitos necesarios para ser parte dentro del proceso, razón por la cual no podía decidirse de fondo. La decisión inhibitoria fue notificada a las partes y ninguna de ellas propuso recurso alguno, quedando así en firme la providencia y la caducidad de la acción.

Dada esta circunstancia, la afectada con el fallo inhibitorio accionó en tutela, solicitando la protección de los derechos a debido proceso, libre acceso a la administración de justicia y la primacía de los derechos fundamentales del niño. La solicitud de amparo fue negada en primera y segunda instancia por improcedente. Tanto la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, como la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sostuvieron la tesis de la improcedencia del amparo, en atención a que la accionante no había agotado los medios ordinarios de defensa, pues no había interpuesto el recurso de apelación contra la providencia inhibitoria. En el entender de las salas, la afectada había aceptado la decisión en tanto que había guardado silencio.

Llegado el expediente a la Corte Constitucional, éste fue escogido por la Sala de Selección y repartido a la Sala Quinta de Revisión. Al realizarse el examen, la Corte ciertamente encontró que en el caso concreto no habían sido usados los recursos ordinarios y que, además, la tendencia jurisprudencial indicaba la necesidad de rechazar el amparo por improcedente. Sin embargo, la Corte encontró

que en el caso concreto y en atención al principio constitucional de la justicia material y la prevalencia de los derechos del niño, el dispositivo de la improcedencia debía ser atemperado, pues normativas constitucionales imponían una decisión distinta. La Corte razonó de la siguiente forma:

No obstante lo dicho, si se atiende a la equidad, que busca realizar la justicia en el caso concreto, habrá de reconocerse que en determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que le permitan su defensa, lo libera plenamente de la responsabilidad por la conducta omisiva y hace necesario que, con miras a la prevalencia del derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario.¹⁶⁵

En este sentido, no resultaba constitucional sancionar procesalmente al niño por la falta de interposición del recurso, máxime si se tenía en cuenta la imposibilidad física y jurídica de actuar; así como la prevalencia constitucional de su derecho de acceso a la administración de justicia. En tales términos, la Corte procedió al amparo.

Esta tesis de la procedencia del amparo aún en eventos en los que no hubieren sido interpuestos los recursos ordinarios, fue posteriormente refrendada en el caso contenido de la Sentencia T-567 de 1998. El asunto tenía que ver con el trámite de un proceso penal en el que previa confesión, había sido condenado un ciudadano a pena privativa de la libertad por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río, Boyacá. El asunto objeto de tutela consistía en que al momento de ser dosificada la pena, el juez de instancia tan sólo había concedido al procesado el beneficio de una sexta parte, siendo que en virtud del principio de favorabilidad, el condenado tenía derecho a una rebaja de pena de hasta la tercera parte. Como en el caso de la Sentencia T-329 de 1996, la dificultad técnica para otorgar el amparo de tutela consistía en que ni el procesado (quien

¹⁶⁵ Sentencia T-329 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

era un campesino de escasa ilustración) ni su apoderado, habían recurrido el fallo, con lo cual, la tutela resultaba improcedente por no haberse agotado los recursos de instancia. La Corte recordó la tesis de la improcedencia normativa, estableciendo sin embargo que:

La regla anterior admite algunas especiales excepciones, en aquellos casos en los cuales se encuentra debidamente acreditado en el expediente que el actor no pudo utilizar los mecanismos ordinarios de defensa por encontrarse en una situación que, desde el punto de vista fáctico y jurídico, se lo impedía por completo y, en cuyo caso, la aplicación de la regla antes señalada le causaría un daño de mayor entidad constitucional que el que se derivaría del desconocimiento del criterio original enunciado.¹⁶⁶

Agregó además, que tales excepciones han sido reconocidas de continuo por la corporación, tal y como se desprende del contenido de las sentencias T-329 de 1996, T-378 de 1997, T-573 de 1997 y T-083 de 1998, entre otras.

En consecuencia, y a modo de conclusión, se debe afirmar que la acción de tutela contra providencias judiciales no procede en los casos en que el afectado no haya hecho uso de los recursos ordinarios necesarios para restablecer el derecho. Sin embargo, este mandato no habrá de ser observado en aquellas ocasiones en las que aparezca que el accionante se encontraba en algún tipo de imposibilidad personal, fáctica o jurídica, que le haya impedido el ejercicio del derecho dentro de la cuerda procesal respectiva, eventos en los cuales lo que resulta constitucional es proceder al amparo.

3.4 La eficacia del medio ordinario de defensa

Resulta necesario referir de nuevo la norma del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991:

Artículo 6. *Causales de improcedencia de la tutela.* La acción de tutela no procederá:

¹⁶⁶ Sentencia T-567 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 6.

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

En el acápite anterior se insistió en la obligación que tiene el recurrente de agotar la totalidad del trámite ordinario, a efectos de que sea realizado el examen material o de fondo. En el presente pasaje, la atención se concentra en la parte final del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, es decir, en el fragmento normativo que establece que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Bien vista la norma, lo que allí se establece es una obligación para el juzgador, pues en los casos de existencia de un medio ordinario de defensa, el juez de tutela *debe examinar en concreto*, si tal medio resulta o no eficaz. En otras palabras, si bien es cierto que en los casos de existencia del medio alternativo de defensa debe el juez excusarse del examen de fondo y declarar la improcedencia, para poder hacer esta declaración resulta indispensable que el juez realice un juicio sobre la eficacia que pudiera tener el medio ordinario, para ver si es del caso proceder al amparo aún existiendo aquél. Sobre el punto ha sido muy clara la Corte al establecer que:

En virtud de lo dispuesto por la Carta del 91, no hay duda que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. No basta, pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior a la de la acción de tutela.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Sentencia T-414 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

Acerca del contenido mismo del concepto de eficacia, esta equiparación inicial entre el medio alternativo de defensa y la acción de tutela fue matizada desde la consideración del principio de eficacia, dispuesto además como regla general de la función administrativa en la norma del artículo 209 de la Carta en los siguientes términos: “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)”.

La Corte Constitucional, posteriormente, al examinar tales principios en atención al ejercicio de la función administrativa, estableció que “la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos”.¹⁶⁸

Así tenemos entonces que en opinión de la Corte, la eficacia se refiere al cumplimiento de las determinaciones de la administración, es decir, al logro de una finalidad, la de hacer efectivo lo decidido. Ahora bien, al atender al caso específico de la tutela, se repite esta apelación a la efectividad del cumplimiento del sentido de la normatividad. En tutela, el principio de efectividad está fijado en la ya citada norma del artículo 3° del Decreto 2591 de 1991, al señalarse como principios de la acción de tutela los de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, refiriéndose esta última a que la determinación que el juez tome en el fallo evite que la violación del derecho fundamental continúe o se produzca.

Para evaluar la idoneidad del medio de defensa en concreto, y determinar si la acción resulta o no procedente, la Corte ha construido un pequeño test, según el cual deben ser tenidos en cuenta dos elementos a modo de criterio:¹⁶⁹

¹⁶⁸ Sentencia T-068 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 5.

¹⁶⁹ Sentencia T-292 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 7, recogiendo el precedente contenido en la Sentencia T-822 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

- a) Determinar el objetivo, la finalidad del proceso judicial usual que se considera desplaza a la acción de tutela.
- b) Determinar el resultado previsible de acudir al medio ordinario de defensa judicial respecto de la protección eficaz de los derechos fundamentales.

De esta manera, si el medio ordinario de defensa se encamina hacia un objetivo que no incluye la integridad del derecho fundamental vulnerado o amenazado; o si el resultado previsible del despliegue del medio ordinario no ha de concluir en la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado, entonces hay lugar a la protección que brinda la acción de tutela, y ésta no resultará improcedente.

3.5 El recurso de casación y el tema de la improcedencia

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, el juez de tutela tiene la obligación jurídica de examinar para el caso concreto si el medio ordinario de defensa resulta o no eficaz. Si resulta eficaz, habrá de declarar la improcedencia de la acción de tutela. En el caso contrario, deberá proceder entonces a efectuar el análisis material del asunto y decidir si concede o no el amparo.

Ahora bien, como en el sistema colombiano resulta necesario agotar todo el trámite ordinario antes de acudir a la acción de tutela, salvo la eventualidad del riesgo del perjuicio irremediable, es necesario resolver la siguiente pregunta: ¿es, sí o no, el recurso de casación un medio eficaz de defensa? Esta pregunta tiene que ser respondida especialmente en materia penal, pues de aceptarse la tesis según la cual la casación resulte ser un medio eficaz de defensa, se tendría que esperar durante años la resolución judicial acerca de la eventual violación de un derecho fundamental, acaecida durante el trámite de la instancia o en el fallo.

Alrededor de la eficacia del recurso de casación como medio de defensa, en la Corte Constitucional se han defendido dos posturas diversas. Una primera postura de tipo garantista, que encarnó el pensamiento inicial de la Corte sobre el tema, sostuvo la tesis según la cual, la casación no es un medio de defensa eficaz. La segunda postura es de tipo restrictivo, y consulta el pensamiento reciente de la corporación que dice que la casación sí es medio eficaz de defensa de los derechos fundamentales y excluye el trámite de tutela, a pesar del carácter

técnico formal que ostenta, y a pesar de los años que emplea en su trámite la Sala de Casación Penal. A continuación se presentan los lineamientos generales de las dos posturas.

3.5.1 La fase inicial. La casación como medio ineficaz de defensa

Durante la primera etapa de su producción jurisprudencial, las salas de revisión consideraron procedente el amparo, aun en aquellos casos en los cuales resultaba procedente la casación, e incluso en los eventos en los que dicho trámite se estaba surtiendo en la Corte Suprema de Justicia. Más aún, esta consideración se hizo extensiva al recurso extraordinario de revisión, el que tampoco fue considerado como eficaz por la Corte Constitucional en los casos de violación de los derechos fundamentales. De esta manera se daba vía libre a la tutela por vías de hecho. La tesis de la procedencia esgrimida por la Corte descansaba en la lectura del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, de acuerdo con el cual la existencia de los medios ordinarios de defensa debería ser apreciada por el juez de acuerdo con el caso concreto, evaluando para la eficacia el medio ordinario y las circunstancias del solicitante.

Fue justo en la observancia de este mandato que la corporación profirió la Sentencia T-494 de 1992, en la que estimó procedente la tutela en contra de una decisión judicial, aun estando en presencia del trámite de un recurso de casación. La tesis concreta fijada por la Corte en aquella oportunidad fue la siguiente:

De otra parte, esta sala no puede aceptar el argumento de que hay que esperar la sentencia de casación para dirimir el conflicto. El derecho fundamental a la posesión se encuentra amenazado por la acción de los juzgados de Cali, que desconocen el debido proceso, razón por la cual debe concederse la acción impetrada, cuya celeridad es mayor que la de otros instrumentos alternativos de protección.¹⁷⁰

De esta manera, el tribunal constitucional consideró que la vigencia, la integridad y la protección de los derechos fundamentales, y en el caso concreto,

¹⁷⁰ Sentencia T-494 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

la integridad del derecho al debido proceso, no puede quedar sometida a la contingencia del tiempo, por lo que procedió a amparar el derecho, poniendo de presente la ineficacia del recurso de casación en el caso concreto.

Tres años más tarde, y mediante una sentencia de unificación, la corporación volvió a evaluar la eficacia de la casación frente a la violación de los derechos fundamentales. En aquella oportunidad el examen jurídico giró alrededor de la prohibición de la *reformatio in pejus* dispuesta en el artículo 31 de la Constitución Política, entendida como una garantía que no podía quedar supeditada al trámite de recurso de casación que en ese momento adelantaban los afectados. La Corte mantuvo su postura inicial en los siguientes términos:

Así, ha de juzgarse si la casación es tanto o más eficaz que la tutela para la protección efectiva del derecho vulnerado a los actores en este caso.

Es indudable que la tutela procede en este caso, pues la prevalencia de la parte dogmática sobre la parte orgánica de la Constitución involucra el principio de la interpretación más favorable para los derechos fundamentales. La interpretación conforme a la Constitución se traduce, en materia penal, en la limitación de las facultades y del poder punitivo del Estado, en el grado y en la extensión necesarios a fin de garantizar el debido proceso y los demás derechos constitucionales que la Carta consagra en favor de los procesados.¹⁷¹

En los anteriores términos, y apelando la Corte a una interpretación derivada de la prevalencia de la parte dogmática del texto constitucional, ratificaba su doctrina de la procedencia de la tutela aun en caso de encontrarse en trámite el recurso de casación. A los motivos anteriormente expuestos, la doctrina ha venido adicionando otros que conducen a la descalificación de la casación como instrumento eficaz para la defensa de los derechos fundamentales. Algunos de ellos pueden ser precisados de la siguiente manera:

- a) El trámite ordinario de un recurso de casación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia demora varios años, circunstancia que resta

¹⁷¹ Sentencia SU-327 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

toda eficacia al mecanismo, pues mal podría predicarse aquella de un procedimiento lento, que entroniza la incertidumbre en el titular del derecho fundamental y en la sociedad, en la circunstancia de tener que esperar largos periodos de tiempo para su definición.

- b) La interposición y el éxito del recurso de casación responde en estricto sentido a la aplicación de una técnica, esto es, al desarrollo y ejecución de un mecanismo más formal que material, que se somete a la configuración del “silogismo jurídico”, cuya concurrencia en asuntos de constitucionalidad no tiene los mismos grados de pertinencia que puede ostentar en asuntos de legalidad. Adicionalmente, y en el caso concreto de los derechos fundamentales, la aplicación de dicha técnica como la única admisible, traería la descalificación de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, fijado por el artículo 228 de la Constitución.
- c) En estricto sentido, en la técnica de casación se trabaja alrededor de la sentencia que se recurre, lo que limita ostensiblemente el ámbito del examen y de la protección, como que la garantía del derecho fundamental al debido proceso no se puede limitar únicamente a ese proveído, sino que como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Constitucional, ésta habrá de desplegarse en un examen integral de la situación.
- d) Un aspecto que debe ser precisado es el del acceso al recurso de casación. La tutela por vías de hecho se suele negar, tanto a quien tiene en trámite un recurso de casación, como a quien habiendo tenido la oportunidad de proponerlo no lo hizo. Ocurre en la práctica que como se trata de una técnica específica para ser aplicada en la Corte de Casación, el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia se restringe, pues para nadie es un secreto que los honorarios profesionales por casación se incrementan de manera ostensible. Este hecho fáctico lesiona directamente el principio de gratuidad, predicable de la defensa de los derechos fundamentales, pues acontece una mediación que en términos reales impide el acceso del ciudadano a la protección.

3.5.2 La fase posterior. La casación como medio eficaz de defensa

A pesar de la fortaleza de los argumentos expuestos, la Corte Constitucional entró a modificar su doctrina sobre la casación. Tal modificación se introdujo por

medio de una sentencia de unificación, la SU-542 de 1999, un escueto fallo en el que la corporación estableció la siguiente tesis:

Lo anterior demuestra [se refiere la Corte a la argumentación que ha hecho sobre normas legales] que el recurso de casación es idóneo para proteger los derechos fundamentales y que, en consecuencia, la tutela se torna improcedente (...)

(...) no puede la Corte Constitucional dar curso a una acción de tutela por presunta vulneración de los derechos a ser juzgado con la ley preexistente al acto que se le imputa y al derecho de defensa, porque se producirían simultáneamente dos competencias sobre el mismo hecho y se desconocería que la acción de tutela es subsidiaria; y ésta como lo ha dicho la Corte, tiene operancia cuando se ha producido una vía de hecho.¹⁷²

Como se puede apreciar, la argumentación es puramente formal. Bajo el pretexto del carácter subsidiario de la tutela, se niega al accionante el examen constitucional y se lo somete a la indefinición en el tiempo, así como a las estrecheces teóricas y operativas del recurso de casación. La lectura de la sentencia no permite comprender claramente el optimismo protector que se percibe en la SU-542 de 1999, y su voto de confianza en el examen legal de un asunto constitucional.

En el caso concreto de la sentencia que se menciona, el accionante en tutela alegaba la existencia de una vía de hecho porque, según afirmaba, le había sido hecha la aplicación retroactiva de la jurisprudencia contenida en la Sentencia C-349 de 1996, que colocó al enriquecimiento ilícito como delito autónomo, siendo que los hechos que habían sido materia de juzgamiento habían ocurrido cuando se aplicaba la doctrina constitucional contenida en la Sentencia C-127 de 1993, que fijaba al enriquecimiento ilícito como delito derivado. El asunto correspondió en reparto al despacho del magistrado Alejandro Martínez Caballero, quien elaboró un extenso y juicioso análisis del caso. Según se supo por

¹⁷² Sentencia SU-542 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

informaciones de prensa que se filtraron, el proyecto inicial de sentencia constaba aproximadamente de cien folios que concedían el amparo constitucional, no importando para el caso que se encontrara en trámite el recurso de casación. Al parecer, la ponencia inicial fue derrotada en sala, y en su lugar fue expedida la ya citada Sentencia SU-542 de 1999, en la que la corporación se abstuvo de hacer el examen material de los hechos, limitándose en un escueto pronunciamiento de doce páginas, a modificar radicalmente su doctrina sobre la procedencia de la tutela en los casos de trámite del recurso de casación. De cualquier manera, no deja de ser curioso el desgano argumental de la providencia, aunado a la circunstancia de no haber concurrido salvamento de voto alguno, como suele suceder cuando el proyecto inicial ha sido radicalmente distinto, o cuando el cambio de doctrina es tan ostensible.

3.6 El recurso extraordinario de revisión y la improcedencia

Alrededor de la improcedencia de la acción de tutela y del agotamiento de la cuerda procesal del caso, se pregunta si el recurso especial de revisión constituye o no un medio eficaz para la defensa de los derechos fundamentales. El recurso extraordinario de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, y por los tribunales administrativos, en única o segunda instancia, cuando se den las causales fijadas por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. Se encuentra fijado en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo. Ya desde el año 1995, y por medio de la sentencia T-193 de 1995, la Corte había establecido la tesis según la cual, el recurso extraordinario de revisión constituía en general un medio apto para la defensa de los derechos, que el afectado debía satisfacer previamente para poder accionar en tutela. En este sentido resultaba improcedente la acción, si no se agotaba dicha etapa procesal. Este aserto, válido en general, ofrecía algunas variables para los casos de pérdida de investidura, pues si bien el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 contemplaba la existencia de dicho recurso en los casos de sentencias que levantaban la investidura de parlamentarios, su inaplicabilidad acontecía en atención a un vacío normativo, pues la ley no había establecido el juez competente para conocer del recurso. En otras palabras, se contaba con el instrumento de control judicial (el recurso), pero no se había

fijado el juez competente para el trámite del mismo. Por ello, los primeros fallos sobre pérdida de investidura no fueron pasibles del recurso, por ausencia del juez natural. El vacío fue finalmente solucionado con la expedición de la Ley 446 de 1998, que en su artículo 33 (modificatorio del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo), radicó la competencia para conocer del recurso en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Radicada pues la competencia, correspondía evaluar nuevamente si el recurso extraordinario y especial de revisión constituía o no un medio idóneo de defensa de los derechos fundamentales, en los casos de condena por pérdida de investidura. Los argumentos que se señalaban en contra de dicha consideración eran los siguientes:

- a) Un argumento relacionado con la dudosa idoneidad del recurso en la medida en que mientras se surtía el trámite del mismo, y en virtud de la mora usual de los trámites en el Consejo de Estado, acontecía que transcurría el resto del periodo del parlamentario afectado, con lo cual el perjuicio resultaba palmario.
- b) Un segundo argumento relacionado con la falta de eficacia del recurso, de acuerdo con el cual, al considerar el número de sentencias revocadas por el Consejo de Estado en virtud de dicho recurso extraordinario, el resultado era mínimo o inexistente.
- c) Un argumento final de tipo procesal según el cual, la autoridad judicial que conoce del recurso es la misma que con anterioridad ha proferido la condena, con lo cual concurren en el mismo agente las calidades de fallador y de controlador judicial, lo que trae como consecuencia la inamovilidad de la decisión y la ineficacia del recurso, pues es bien sabido la resistencia de las altas cortes a aceptar sus propios yerros cuando estos acontecen.

El asunto vino a ser resuelto finalmente mediante un fallo de unificación, contenido en la Sentencia SU-858 de 2001, que con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil entró a resolver la petición de amparo propuesta por el ex senador Edgar Perea Arias. La *ratio decidendi* señalada en el fallo afirmó que “(...) dentro del proceso de pérdida de investidura de los congresistas existe un medio de defensa idóneo para la protección del derecho al debido proceso y como

resultado del cual el afectado puede obtener la restitución total de su derecho, o abrir la vía para la obtención de una reparación patrimonial compensatoria”.¹⁷³ En este sentido, y a pesar de la existencia de los argumentos en contra, la Corte Constitucional señalaba al recurso extraordinario de revisión como un medio idóneo de defensa.

A pesar de la contundencia del fallo de unificación, éste contó con dos salvamentos, fundados ambos en argumentos atendibles. El primero de éstos fue formulado por el magistrado Jaime Araújo Rentería, quien cuestionó dos elementos: la eficacia del recurso, que entiende como dudosa y meramente formal, y el hecho de concurrir en el Consejo de Estado la doble condición de fallador y de revisor de su propia decisión, hecho este que le sugiere la violación del debido proceso. Así, defendió la tesis según la cual, “La garantía del debido proceso no implica solamente que existe otro procedimiento y otra acción, sino también que el juez que ya ha conocido de la misma materia, se separe del conocimiento del asunto y que entre otro juez, que no tiene preconcepción sobre el caso, a fallar el asunto”.¹⁷⁴

El segundo voto disidente fue el del magistrado Alfredo Beltrán Sierra. Su argumentación atiende al señalamiento de la baja eficacia del recurso y a la indefensión en que queda el parlamentario, mientras se surte un recurso al que califica de inane, pues:

Lo cierto es que aún existiendo ese recurso, ese medio judicial de impugnación luego de interpuesto supone un término que no es breve para su tramitación y que puede llevar a que mientras tanto, se consume y tenga plena efectividad el atropello a los derechos fundamentales cuya protección se solicita, ya que, como es evidente, el simple paso del tiempo llevará a que termine el mandato popular que al Senador se le confirió por sus electores.¹⁷⁵

¹⁷³ Sentencia SU-858 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica núm. 3.4.1.

¹⁷⁴ Sentencia SU-858 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería.

¹⁷⁵ Sentencia SU-858 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, salvamento de voto del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, consideración jurídica núm. 7.

Presentada la evaluación de la casación y la del recurso extraordinario de revisión como medios eficaces de defensa, obsérvese ahora la misma consideración respecto de la acción de nulidad.

3.7 La acción de nulidad y la improcedencia de la acción de tutela

Uno de los asuntos de más difícil manejo es el de la acción de tutela en contra de actos administrativos. Alrededor del punto acontece la colisión entre varios extremos: entre la jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa, entre el principio de supremacía constitucional y el principio de legalidad, entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado, y entre una comprensión sustantiva del derecho, y otra meramente formal que suele proteger nichos de poder históricamente solidificados. En este sentido, la decisión de los diversos asuntos no es unívoca y parecería mejor depender de una previa decisión hermenéutica.

De cualquier manera, resulta indispensable fijar una posición clara alrededor de dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, ¿procede sí o no la acción de tutela en contra de actos administrativos? y si procede, ¿en qué casos y contra qué clase de actos? En segundo lugar, y dada la existencia de la acción de nulidad y de la jurisdicción contencioso administrativa, ¿constituye la acción de nulidad un medio eficaz de defensa para ser agotado por el afectado, en los casos de violación de sus derechos fundamentales?

3.7.1 La procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos

A la primera pregunta de si procede o no la acción de tutela en contra de actos administrativos, la respuesta es un rotundo sí, y lo que resulta más preciso, procede tanto para los actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, como contra actos de carácter personal y subjetivo. Cuatro poderosos argumentos avalan esta afirmación.

- a) Un argumento lógico deóntico, que tiene que ver con el enunciado contenido en el inciso primero del artículo 86 de la Constitución Política según el cual, toda persona podrá proponer acción de tutela cuando quiera que sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados “por la acción

u omisión de cualquier autoridad pública”. Como bien lo señala la Corte, lo que aquí se tiene es “una proposición deóntica que, en un sentido lógico, se refiere a un conjunto universal el de todas las autoridades públicas”,¹⁷⁶ dentro de las cuales se encuentran las autoridades administrativas. Así, si la acción procede en contra de toda acción u omisión de autoridad pública, y éstas suelen manifestarse por medio de actos administrativos, entonces ha de concluirse inevitablemente que la acción de amparo procede en contra de éstos.

- b) Un argumento por consecuencia, según el cual aceptar que no cabe la acción de tutela en contra de actos administrativos llevaría a consecuencias inaceptables. Tendría que aceptarse entonces, que los funcionarios públicos que emiten actos administrativos nunca vulneran los derechos fundamentales, lo que no es cierto, en tanto que resulta contrafáctico. En idéntico sentido habría que aceptar también, que siendo evidente que algunos servidores públicos con sus actos administrativos vulneran derechos fundamentales, entonces eso no importa, o que no existe un remedio normativo eficaz para ello, lo que ciertamente resulta absurdo. Más aún, de aceptarse que no cabe la acción de tutela en contra de actos administrativos, tendría que aceptarse que existe un grupo de servidores públicos respecto de los cuales no resulta aplicable la Constitución, lo que es un contrasentido.
- c) El tercer argumento es estrictamente normativo. En efecto, el Decreto 2591 de 1991 señala expresamente la procedencia de la acción de tutela en contra de actos administrativos, tanto de carácter general como particular. Al respecto las normas en referencia prevén:
- El numeral 5° del artículo 60. del Decreto 2591 de 1991, que establece *prima facie* (y tan solo *prima facie*), la improcedencia de la acción de tutela en contra de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En sentido contrario, lo que se fija es la procedencia en contra de actos de carácter particular y concreto.
 - Los incisos lo. y 3o. del Decreto 2591 de 1991, referidos a las medidas provisionales que pueden ser decretadas para proteger un derecho. Al respecto se señala que el juez puede disponer la suspensión de la aplicación del acto.

¹⁷⁶ Sentencia T-200 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas.

- El artículo 8o. del mismo decreto, que establece la procedencia de la acción de tutela tanto para actos generales como para actos particulares, en los casos de perjuicio irremediable. En estos casos la acción de tutela podrá ejercerse con la de nulidad y con las demás procedentes ante la jurisdicción contencioso administrativa.
 - El artículo 9o. del estatuto, según el cual, para accionar en tutela no resulta necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo.
 - Finalmente, la norma del artículo 29 del decreto en su numeral 6o. señala la procedencia del amparo en contra de toda clase de actos administrativos en los que se configure la excepción de inconstitucionalidad. En estos casos habrá de sobrevenir la inaplicación del acto.
- d) El cuarto argumento es de tipo jurisprudencial, y se deriva de la existencia de una gran cantidad de fallos de la Corte Constitucional en los que ha procedido el amparo en contra de actos administrativos por vulneración de los derechos fundamentales. Tan sólo por vía de ejemplo, y entre los más notorios, baste citar los contenidos en las sentencias T-064 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; T-359 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía; T-1290 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; SU-1193 de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Para finalizar, simplemente señálese que esta procedencia del amparo en contra de actos administrativos fue puntualizada por la Corte en la conocida sentencia de la comunidad U'wa, en los siguientes términos:

Estima la Corte que con fundamento en el principio de efectividad de los derechos que consagra la Constitución le corresponde al juez de tutela decidir sobre la protección de los derechos constitucionales fundamentales, en forma oportuna, aun antes de la conclusión del proceso contencioso administrativo que se hubiere instaurado, mediante la adopción de medidas provisionales que aseguren su goce y vigencia...¹⁷⁷

¹⁷⁷ Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Obsérvese ahora el asunto de la consideración de la acción de nulidad como medio ordinario de defensa.

3.7.2 La acción de nulidad como medio eficaz de defensa

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 6o. numeral lo. del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio. A pesar de la presentación general de la regla, el precepto no puede ser aplicado mecánicamente y, por el contrario, se exige que la eficacia del medio ordinario sea evaluada en concreto.

Ahora bien, resulta obvio señalar que prácticamente todas las situaciones de conflicto de derechos o intereses cuentan con un medio ordinario de defensa. El inventario de acciones de todo tipo es tan voluminoso, que es muy difícil encontrar una disputa que carezca de una acción que la resuelva. Así consideradas las cosas, nunca operaría la tutela. No obstante, el hecho real es el abultado número de acciones interpuestas y de amparos concedidos. En el caso de los actos administrativos, obvio es decirlo, el medio ordinario de defensa es la acción de nulidad o “contencioso de anulación”, y la cuestión sería la de determinar si dicha acción constituye o no un medio eficaz de defensa en el caso de vulneración de derechos fundamentales. La tesis garantista sostiene que tal acción no es un medio adecuado de defensa, y sustenta su afirmación con base en los siguientes argumentos:

El artículo 86 de la Constitución es una norma de aplicación directa e inmediata, aún en los casos de violación de derechos fundamentales por medio de actos administrativos. Operar en contrario implicaría sacrificar la eficacia de la acción.

La de nulidad es una acción de trámite lento y demorado. De hecho, la evacuación de los procesos a que da lugar demora varios años. En este sentido no constituye un medio adecuado de defensa, pues tratándose de la vulneración de los derechos fundamentales, resulta necesario el ejercicio de una acción rápida y efectiva como la de tutela.

Un tercer argumento está relacionado con el acceso a la administración de justicia. Como se sabe, el ejercicio de la acción de nulidad está regido por el

principio de formalidad, que exige la aplicación de una técnica determinada, que en últimas impide al ciudadano corriente el acceso al medio de protección de sus derechos fundamentales.

Una última razón tiene que ver con la distinta finalidad de las dos acciones, así como con los principios que las rigen. La acción de nulidad busca principalmente la tutela del orden y la de la legalidad contenida en los estatutos, por lo que su rango de protección es limitado. En sentido contrario, la acción de tutela busca la protección de los derechos fundamentales, guiada por el principio de supremacía constitucional y por la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana, de acuerdo con los artículos 4o. y 5o. constitucionales.

Al indagar acerca de la posición vigente de la Corte Constitucional sobre el tema, se tiene que su doctrina “ha sido vacilante en este punto, pues en algunas ocasiones ha considerado necesario que se haya iniciado el proceso antes de acudir a la tutela, en otros, que existe la carga del demandante de iniciar el proceso, so pena de que los efectos de la sentencia desaparezcan”.¹⁷⁸ Sin embargo, y en lo que parece ser la tesis dominante, consideró la Corte en el mismo fallo que:

7. Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración.¹⁷⁹

En este sentido parecería acontecer que, salvo circunstancias excepcionales, previstas entre otras en la ya citada sentencia de la comunidad U'wa, la acción de tutela en contra de actos administrativos tan sólo procedería en últimas en los eventos en los que se configure la excepción de inconstitucionalidad, así como en los casos de concurrencia de perjuicio irremediable, como mecanismo transitorio.

¹⁷⁸ Sentencia SU-544 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 13.

¹⁷⁹ Sentencia SU-544 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 14.

Capítulo IV

La actuación en la tutela contra providencias judiciales

Hecha la presentación general de la actuación en la acción de tutela, en la que fueron desarrollados los temas centrales de la estructura general del trámite de la acción, el de sus principios generales, el de sus características, el de la competencia para su conocimiento, así como el muy importante asunto de la procedencia de la acción y la existencia del medio alternativo de defensa, se procede a continuación a desarrollar específicamente el tema de la actuación en tutela, cuando ésta se encamina a dejar sin efecto providencias judiciales que lesionen derechos fundamentales.

Para desarrollar este tema específico se procederá de la siguiente manera: i) en primer lugar, se hace mención de los que entre 1992 y 2003 fueron considerados los elementos estructurantes de la vía de hecho, vigentes hasta la redefinición dogmática a la que se ha hecho continua referencia; ii) hecha la anterior presentación, se trabaja la cuestión de los requisitos de procedibilidad de la acción, contruidos y refinados a partir del año 2003, que fueron posteriormente unificados en la Sentencia C-590 de 2005, que se toma como referente central; iii) la sección tercera del capítulo es destinada al tema sustantivo, es decir, a los derechos específicos que resultan vulnerados en los casos de tutela contra sentencias; iv) en la sección cuarta se trabajará el fallo en la acción de tutela y las nulidades que se derivan de su ocurrencia; v) el capítulo finaliza con un asunto relativamente novedoso, el de la nulidad de los fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional, es decir, la referencia a los casos en los que el Tribunal Constitucional incurre en una vía de hecho y se ve en la necesidad de subsanar su propio yerro.

1. Los elementos constitutivos de la vía de hecho judicial. Periodo 1992-2003

Al contestarse tentativamente en el capítulo I de este libro a la pregunta ¿qué es una vía de hecho judicial?, se respondió que durante el periodo de 1992 a 2003, la noción ofrecía una doble perspectiva de respuesta. En este sentido podía

hablarse de una noción orgánica de vía de hecho, así como de una noción instrumental de la misma. De acuerdo con la noción orgánica, la vía de hecho era *una declaración* contenida en un fallo de tutela, según la cual, el juez constitucional constataba y declaraba la trasgresión de uno o más derechos fundamentales en una providencia judicial. De acuerdo con la noción instrumental, la consecuencia necesaria de la declaratoria de la vía de hecho consistía en *un mandato de protección*, amparo o tutela, que emitía el juez constitucional y que consistía concretamente en una orden, que se daba a la autoridad judicial que había vulnerado el derecho fundamental con su providencia.

Esta doble perspectiva de la vía de hecho, como declaración de existencia de la anomalía constitucional en el texto de la sentencia (sentido orgánico), y a la vez, como mandato u orden de protección emitida por el juez constitucional (sentido instrumental), ponía de presente el doble examen que se debía realizar, pues debía atenderse a que la decisión judicial constituyera ella misma una vía de hecho, así como a que se cumpliesen los requisitos de procedibilidad propios de la acción de tutela. Así lo había establecido desde el comienzo la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Según reiterada jurisprudencia de esta corporación, las decisiones judiciales no pueden ser atacadas por vía de la acción de tutela, salvo que constituyan vías de hecho y se cumplan los restantes requisitos de procedibilidad de la citada acción”.¹⁸⁰

De conformidad con lo anterior, la cuestión central era identificar los elementos que configuraban el suceso de la vía de hecho judicial, que fueron precisados en distintos fallos, entre ellos, en la Sentencia T-055 de 1994,¹⁸¹ según la cual se estaba en presencia de una vía de hecho cuando concurrían tres componentes:

- a) La existencia de una providencia judicial.
- b) Un juicio de constitucionalidad sobre la actuación judicial que descalifique su carácter jurídico.
- c) La lesión o amenaza a un derecho fundamental.

¹⁸⁰ Sentencia T-567 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 2.

¹⁸¹ Sentencia T-055 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 12.

A continuación se hace un preciso comentario de cada uno de ellos.

1.1 Primer elemento. La existencia de una providencia judicial

La existencia de una providencia judicial resultaba ser el requisito material necesario para la configuración de la vía de hecho. Si no existía una providencia judicial, pero ocurría la violación de los derechos fundamentales por otra autoridad pública, podía proceder la acción de tutela por violación grave de la Constitución, pero no por vía de hecho.

La expresión “providencia judicial” tiene el alcance normativo que le propicia el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, es decir, involucra tanto los autos como las sentencias. Esto quiere decir que la violación del derecho fundamental causada por el funcionario judicial no debe estar necesariamente contenida en una sentencia, sino que cualquier acto judicial, como por ejemplo las resoluciones de los fiscales, que tengan la virtualidad de lesionar derechos fundamentales y de apartarse del adecuado ejercicio de la función judicial, resultaban pasibles de acción de tutela. Baste para el caso citar, tan solo por vía de ejemplo, el precedente fijado en la Sentencia T-181 de 1999,¹⁸² en la que se declaró la existencia de una vía de hecho causada por la Fiscalía, a partir de la resolución de apertura de la investigación previa dentro de un proceso penal, originada en la falta de notificación de su ocurrencia al procesado, para que ejerciera su defensa. En aquel caso, no hubo sentencia alguna, sino resoluciones judiciales originadas en la Fiscalía, lo que no obstó para que se configurara la vía de hecho y procediera la protección judicial.

1.2 Segundo elemento. Juicio de constitucionalidad sobre la actuación judicial, que descalifica su carácter jurídico

De conformidad con lo expuesto, el elemento material en el que se concreta la configuración de la vía de hecho es una providencia judicial. Sin embargo, no se trata de cualquier providencia, sino que tiene que ser una de aquellas que en su contenido o en la forma de su producción ostenten un yerro de tal entidad, que

¹⁸² Sentencia T-181 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz.

resulte desapropiado el carácter jurídico del acto. Fue éste uno de los aspectos en que más insistió la Corte Constitucional, al establecer que “sólo constituyen vía de hecho los actos u omisiones de los jueces que sean clara y manifiestamente arbitrarios”.¹⁸⁵

Es justamente alrededor de la actuación arbitraria que la Corte Constitucional construyó en su momento la teoría de los defectos para vías de hecho, dentro del primer intento orgánico de dotar a la figura de una dogmática que resultara consistente con la tarea de la defensa de los derechos fundamentales. Dentro de esta línea argumental, la Corte precisó en su momento que la actuación judicial resultaba evaluada desde el “test estricto para vías de hecho”, de modo tal que de no aprobarse el escrutinio, la providencia habría de ser descalificada como acto judicial, en tanto que en ella no había actuado la voluntad del ordenamiento, sino la sola voluntad del funcionario judicial.

1.3 La lesión o amenaza del derecho fundamental

Este tercer elemento hacía relación a la prueba de la existencia de la violación o la amenaza de uno o más derechos fundamentales, ocasionada directamente por la acción del funcionario y materializada en el contenido de la providencia. En el sistema colombiano, la enunciación de los derechos fundamentales no se limita a los contenidos en el Título II de la Constitución Política, sino que diversas cláusulas constitucionales establecen la vigencia de otros derechos fundamentales. Así, la cláusula del artículo 93 de la Carta posibilita el ingreso en el derecho interno de los derechos contenidos en los convenios y tratados públicos ratificados por el Congreso, ampliación ésta que también acontece en virtud del artículo 94 de la Constitución, por el que avienen al sistema aquellos que la doctrina constitucional ha denominado “derechos innominados”, también exigibles judicialmente. Así mismo, están los derechos contenidos en las cláusulas de garantía del derecho internacional humanitario, que se integran en el sistema colombiano a partir de los enunciados del artículo 214 de la Constitución Política, así como

¹⁸⁵ Salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la Sentencia SU-047 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

todos aquellos que son declarados como fundamentales por la doctrina constitucional integradora de la Corte.

En lo que tiene que ver con la vía de hecho, la Corte ha considerado que en principio cualquier derecho que resulte violado por una providencia judicial resulta pasible de tutela. No obstante, la práctica judicial ha identificado desde el comienzo una lista recurrente de derechos fundamentales que son vulnerados por jueces y magistrados, entre los que figuran el debido proceso (art. 29, CP), el libre acceso a la administración de justicia (art. 229, CP), libertad personal (art. 24 CP), y tutela judicial efectiva.

2. Los requisitos de procedibilidad de la tutela contra sentencias. La Sentencia C-590 de 2005

Dentro del proceso de reconfiguración dogmática de la acción de tutela contra providencias, la Sentencia C-590 de 2005 ajusta conceptualmente la figura, además de hacer una presentación del “Estado del arte”. De esta manera, el fallo dispone la reconstrucción del instituto, la enunciación concreta de los requisitos de procedibilidad de esta clase de amparo, la presentación de su relación con el recurso de casación, y un balance de los argumentos esgrimidos a favor y en contra de su ocurrencia.

2.1 La Sentencia C-590 de 2005. El recurso de casación y la tutela contra sentencias

El anterior fallo fue emitido con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad que propusiera un ciudadano en contra de la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. La norma, que se refiere a la decisión en el recurso de casación, señala:

Artículo 185. Decisión. Cuando la Corte acepta como demostrada alguna de las causales propuestas, dictará el fallo dentro de los sesenta (60) días siguientes a la audiencia de sustentación, contra el cual no procede ningún recurso *ni acción*, salvo la revisión (...) (la expresión resaltada fue el objeto de la demanda).

Para el demandante, acontecía la violación de los artículos 4 y 86 de la Constitución, en la medida en que expresiones contenidas en un enunciado de origen legal, excluían la aplicación de la Constitución, y especialmente de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, por lo cual debían ser excluidas del ordenamiento.

Para resolver el caso, la Corte formuló la siguiente pregunta jurídica: ¿se vulneran el principio de supremacía de la Constitución y la acción de tutela con la vigencia de un enunciado legal que dispone que contra la sentencia que resuelve el recurso de casación penal no procede ningún recurso ni acción, salvo la de revisión? La Corte dividió su trabajo en tres secciones: en la primera hizo consideraciones generales acerca del recurso de casación; en la segunda evaluó dicho recurso desde el horizonte de la ley procesal penal; y finalmente fueron considerados los cargos del demandante, para lo cual se estudió la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con la identificación de los argumentos a favor y en contra, derivados tanto del derecho colombiano, como del derecho comparado, del derecho internacional de los derechos humanos y de la consideración del sistema internacional de protección.

Al referirse a la casación, la Corte constitucional recordó que se trata de un remedio extraordinario, previsto para las violaciones de la ley en las sentencias de fondo, por lo que tan solo llega a ser un mecanismo extraordinario de control jurisdiccional de *la legalidad* de los fallos. Ahora bien, en la perspectiva de ampliar el alcance de tan limitado recurso, el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil (Ley 906 de 2004), planteó a la casación como un control constitucional y legal, diseñado contra sentencias de segunda instancia en los casos de afectación de derechos o garantías fundamentales, ampliando además el número de fallos pasibles de casación, en la medida en que no se hizo depender el recurso ni de las competencias del juez de segunda instancia, ni de la pena imponible al delito. Adicionalmente, fueron reformuladas las causales de casación, en la intención de lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos y, sobre todo, la unificación de la jurisprudencia.

Desde el estudio de los anteriores supuestos, la Corte Constitucional entró a considerar los argumentos del demandante, adoptando como punto de partida

la consideración del régimen constitucional de la acción de tutela, como un límite impuesto por el propio constituyente, que impide al legislador restringir su ámbito de aplicación, aun incluyendo dentro de la limitante al legislador estatutario. En concreto, la tesis central del fallo señaló:

En estas condiciones, es manifiesta la inconstitucionalidad del aparte demandado del artículo 185 de la Ley 906 de 2004 ya que al indicar que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal “no procede ningún recurso ni acción, salvo la de revisión” está excluyendo la procedencia de la acción de tutela contra este tipo de procedimientos y con ello, qué duda cabe, está contrariando el artículo 86 de la Carta Política.¹⁸⁴

Dentro de esta dimensión, resultaba necesario concluir que la ley ordinaria (para el caso el código) no podría, bajo ninguna circunstancia, modificar ni la Constitución Política, ni los mecanismos constitucionales de protección de los derechos fundamentales, por lo que fue declarada la inexequibilidad de la expresión “ni acción”, que hizo parte del artículo 185 de la Ley 906 de 2004.

2.2 Los requisitos de procedibilidad de la tutela contra sentencias

Al examinar en concreto el tema de la acción de tutela contra providencias, la Corte, reconstruyendo su propia línea jurisprudencial, reafirmó la procedencia de la acción en casos excepcionales de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, haciendo depender el amparo del cumplimiento de “ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad”, para lo cual diferenció entre “unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo una vez interpuesto”.¹⁸⁵

2.2.1 Los requisitos generales de procedibilidad de la tutela en contra de providencias

Éstos se encuentran enunciados, junto con su explicación, en la consideración jurídica núm. 24 del fallo que se viene trabajando. Tales son los siguientes:

¹⁸⁴ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 19.

¹⁸⁵ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 23.

- a) Que la cuestión que se discute sea de evidente relevancia constitucional. Este requisito implica la demarcación de lo que corresponde al juez de jurisdicción y lo que corresponde al juez constitucional. Así pues, este último debe trabajar asuntos de dimensión constitucional, respetando la órbita de las competencias legales y del principio de autonomía. No obstante, y como bien se señala entre otras, en la Sentencia T-114 de 2002, en cada caso debe ser ponderada la situación, pues “los asuntos legales adquieren relevancia constitucional cuando de ellos se desprenden violaciones a los derechos y deberes constitucionales”.
- b) Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios y extraordinarios– de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Este punto ya fue examinado en el capítulo III de esta investigación. Debe recordarse sin embargo, de conformidad con lo allí expuesto y lo señalado en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que no basta la simple existencia del medio ordinario de defensa judicial, sino que su eficacia debe ser evaluada en concreto.
- c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. Si bien ni la Constitución ni la ley prevén un término de caducidad para su ejercicio, como que la acción de tutela puede ser interpuesta “en todo momento y lugar”, la Corte Constitucional ha venido desarrollando el principio de inmediatez destinado a neutralizar las posiciones estratégicas de los accionantes, el cual implica que “la acción de tutela debe ejercerse dentro de un término oportuno, justo y razonable, circunstancia que deberá ser calificada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que configuran cada caso”.¹⁸⁶
- d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, ésta debe tener un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se imponga y afecte los derechos fundamentales. El fundamento de este requisito está basado en la distinción

¹⁸⁶ Sentencia T-016 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 12, recogiendo el precedente contenido en la Sentencia SU-961 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

que ha hecho la Corte Constitucional entre irregularidades procesales simples e irregularidades procesales con consecuencias de violación de los derechos fundamentales. Solamente en el caso de estas últimas, que implican la violación del debido proceso constitucional sustantivo, es que habrá de proceder la acción de tutela contra providencias.

- e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. La Corte ha venido dando valor especial a este último componente, que está muy relacionado con el agotamiento del trámite legal y sus recursos. Como en el caso del requisito de inmediatez, se busca nuevamente neutralizar las posiciones estratégicas, más interesadas en el rendimiento procesal, que en la protección de los derechos fundamentales.
- f) Que no se trate de sentencias de tutela. Durante bastante tiempo la pregunta jurídica: ¿procede sí o no la acción de tutela en contra de un fallo de tutela por vías hecho? permaneció sin una respuesta definitiva en el sistema colombiano. La propia doctrina de la Corte Constitucional parecía por momentos vacilante sobre el punto. Finalmente la corporación, por medio de una sentencia de unificación, la SU-1219 de 2001,¹⁸⁷ fijó la regla de la improcedencia de las acciones de tutela en contra de fallos de tutela, limitándose la posibilidad de ataque a la formulación de nulidades en contra de los fallos de la propia Corte Constitucional, cuandoquiera que ésta vulnerare los derechos fundamentales.¹⁸⁸

2.2.2 Los requisitos o causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias

Para que proceda la acción de tutela contra sentencias se requiere, además, que se configure cuando menos uno de los vicios, yerros o defectos que impliquen la vulneración de los derechos fundamentales por la providencia judicial. La Corte enuncia en la consideración jurídica núm. 25 de la sentencia que se viene

¹⁸⁷ Sentencia SU-1219 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸⁸ Este punto específico es desarrollado en la sección final de este capítulo IV.

trabajando, un total de ocho causales que, aunque fueron explicitadas en detalle en el capítulo II de este trabajo, por su importancia se reproducen a continuación. Se precisa finalmente que un mismo caso o situación fáctica puede propiciar la configuración de varias causales simultáneamente. Las causales son:

- a) Defecto orgánico, caso en el cual, el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, de modo absoluto, de competencia para ello.
- b) Defecto procedimental absoluto, que se presenta cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c) Defecto fáctico, que acontece cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que sustenta la decisión.
- d) Defecto material o sustantivo, como acontece en los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e) Error inducido, que sucede cuando la decisión judicial que vulnera los derechos fundamentales se presenta como consecuencia de la información errada o por la falta de información de otra autoridad pública, o de un particular que ejerce funciones públicas.
- f) Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos jurídicos de sus decisiones, en el entendido de que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g) Desconocimiento del precedente, que se presenta por ejemplo cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.
- h) Violación directa de la Constitución.

3. Lo sustantivo. La violación de derechos fundamentales por una providencia judicial

En el pasaje anterior se estudió lo relacionado con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En esta sección, el tema por tratar es el que podría ser denominado como el requisito sustancial de esta clase de amparos, es decir, de la violación efectiva de un derecho fundamental. Obsérvese

que el acento se coloca en la violación de un derecho y no tanto en la amenaza del mismo. Esto es así, pues lo que busca el amparo es neutralizar el ataque efectivo al derecho fundamental que acontece en la providencia.

Considerados los diversos casos de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, resultan individualizables los derechos fundamentales que vulneran los funcionarios judiciales, pues dado el carácter de la figura, los derechos que resultan violados están muy vinculados al ejercicio de la función judicial. Así se tiene entonces, por ejemplo, que derechos fundamentales como los de la vida, la integridad personal, la intimidad, el buen nombre, la autonomía personal, la libertad de conciencia y de cultos, la libertad de expresión, la honra, la petición, la libre escogencia de profesión u oficio, la libertad de enseñanza, de reunión o de asociación, no son usualmente vulnerados por providencias judiciales. En sentido contrario, es frecuente que providencias judiciales vulneren derechos fundamentales tales como el debido proceso, el libre acceso a la administración de justicia, la tutela judicial efectiva, los derechos políticos y el derecho a la libertad personal.

Es a partir de la anterior evidencia que se tematizan a continuación los derechos fundamentales usualmente vulnerados por providencias judiciales, dentro de una presentación simplemente enunciativa, en la que se resaltan solamente los aspectos más notorios. Hecha esta necesaria precisión, se aborda el tema de los derechos fundamentales vulnerados por providencias judiciales de la siguiente manera: inicialmente se trabaja el derecho al debido proceso, en relación con las modalidades que asume. En segundo lugar, se trabaja el derecho al libre acceso a la administración de justicia contenido en el artículo 229 de la Constitución. Finalmente, se abordan otros derechos fundamentales de violación menos frecuente, haciéndose especial mención del derecho a tutela judicial efectiva.

3.1 El derecho al debido proceso en la tutela contra providencias

De acuerdo con cifras de la Relatoría de la Corte Constitucional, para el año 2000, eran cuatro los derechos fundamentales sobre los que se ejercía con mayor frecuencia la acción de tutela. Tales, el derecho de petición, el derecho al debido proceso, el derecho a la igualdad, y más recientemente, los derechos relacionados con la salud.

De conformidad con lo anterior, puede afirmarse que desde el establecimiento de la acción de tutela en Colombia, el derecho al debido proceso es uno de los más invocados. Los detractores de la tutela ven en ello algo así como una mala práctica judicial, alguna vez caracterizada torpemente como “tutelitis”. Por oposición, los defensores de la acción concluyen que su uso frecuente obedece a la simple reacción judicial de la población colombiana, que durante casi dos siglos soportó calladamente la vulneración de sus derechos fundamentales, pues no contaba con mecanismo alguno eficaz de protección. Por lo mismo, si los ciudadanos acuden con numerosas solicitudes de protección del derecho al debido proceso, lo hacen no en virtud de una mala práctica, sino en atención a su frecuente violación. Muy seguramente, si las prácticas de algunos jueces, magistrados y consejeros fuesen más respetuosas de los derechos fundamentales, habría menos solicitudes de amparo.

3.1.1 El derecho al debido proceso en el sistema nacional

Generalmente se afirma que el constitucionalismo colombiano –cuando menos el que va hasta 1991– se nutrió desde su establecimiento básicamente de los modelos constitucionales: el norteamericano y el francés. Del primero derivó el carácter escrito de nuestras constituciones, la institución presidencial, la conformación del Congreso y la triple división de poderes, entre otros institutos. Del segundo, adoptó en buena medida la organización y estructura del Estado, el sistema de las jurisdicciones y la carta de derechos, entre otros aspectos. En lo que se refiere concretamente a la carta de derechos, se acepta que su contenido corresponde a la tradición iniciada con la Revolución Francesa y la declaración del 26 de agosto de 1789, que respecto del derecho al debido proceso contuvo las fórmulas de los artículos 7º, 8º y 9º del texto:

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia de todos y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano:...

Artículo 7º. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley, y según las formas prescritas por ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias

deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o requerido en virtud de una ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, resulta culpable por resistencia.

Artículo 8º. La ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada.

Artículo 9º. Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable. Si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley.¹⁸⁹

De conformidad con las anteriores normas, ese primer modo de proteger el derecho al debido proceso atendió fundamentalmente a dos aspectos. De un lado, al establecimiento del hoy llamado principio de legalidad, entendido como legalidad del delito, legalidad de la pena y legalidad del juzgamiento. De otro lado, y bajo lo que hoy se denomina presunción de inocencia, se asistió al intento de poner límite al ejercicio de las órdenes de captura, invento francés del siglo XVII, que bajo la denominación de “*Lettre de cachet*”, entronizó la práctica de la hoy llamada captura administrativa, conforme lo señala Foucault.¹⁹⁰

Este triunfo del principio de legalidad fue rápidamente acogido por diversos sistemas y países, incluyendo dentro de éstos a las nacientes repúblicas latinoamericanas, en cuyos textos constitucionales del siglo XIX se adoptaron, con mayor o menor fortuna, fórmulas de protección de la libertad personal, siempre en la órbita comprensiva del principio de legalidad y la lectura francesa de los derechos individuales. En este sentido, las ocho constituciones políticas nacionales de Colombia promulgadas durante el siglo XIX, recogieron en sus fórmulas normativas la repetición del modelo unitario que aquí se plantea, hasta llegar a la Constitución de 1886,¹⁹¹ vigente hasta la terminación del siglo XX. Este modelo

¹⁸⁹ Revista *Argumentos, Derechos humanos*, núm. 28 y 29, Bogotá, 1992, p. 31.

¹⁹⁰ Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, 5 edición, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 107.

¹⁹¹ Carlos Restrepo Piedrahíta, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2 edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

unitario fue tan sólo modificado en su comprensión hermenéutica a partir de la Constitución de 1991, texto con el que los límites comprensivos de los derechos individuales vinculados exclusivamente al modelo del principio de legalidad dieron paso a un modelo que privilegia el derecho sustantivo al debido proceso, bajo el horizonte de los principios de supremacía y prevalencia constitucional, y su tesis intrínseca de la constitucionalización de todo el derecho, incluyéndose la constitucionalización del derecho penal.

A modo de ilustración, obsérvese la fórmula contenida por la Constitución de 1886:

Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Se trataba, pues, de una fórmula corta, parcial, insuficiente, tan sólo guiada por la protección que brindara el principio de legalidad.

3.1.2 El derecho al debido proceso en la Carta de 1991 y su comprensión jurisprudencial

El derecho fundamental al debido proceso fue fijado en el artículo 29 de la Constitución vigente, mediante la adopción de una fórmula un tanto extensa, que señala lo siguiente:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la

asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Lo primero que se percibe en esta norma es la ruptura del monopolio comprensivo fijado anteriormente por el principio de legalidad. A partir del texto de 1991 los principios de legalidad de la infracción, de la sanción y de las formas del juicio, serán apenas tres de las garantías insertas dentro de una fórmula constitucional que contempla en principio cuando menos once garantías diversas. Es ésta una de las características determinantes del artículo, pues como lo ha sostenido la Corte Constitucional, éste se erige en una cláusula abierta, en la que resulta posible incluir muchas más garantías, diversas a las enunciadas, protectoras del debido proceso.

Pero si a nivel teórico y textual se rompe la dependencia exclusiva del debido proceso al principio de legalidad, a nivel estructural la norma ofrece una configuración bien interesante. La lectura integral del texto indica cuando menos tres zonas comprensivas, así: una primera zona, definida en el inciso primero de la norma, que amplía enormemente el espectro protector del derecho al debido proceso, al predicar la garantía sobre “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La segunda zona abarca los incisos segundo y tercero del artículo, conteniendo allí la enumeración de diversas hipótesis respecto de las cuales resulta posible la protección del derecho al debido proceso. El inciso final del artículo determina la tercera zona comprensiva, y en ella se hace referencia puntual a la prueba y su relación con el debido proceso.

a) Primera zona comprensiva del artículo 29 de la Constitución Política. El ámbito de aplicación

Esta zona está circunscrita al inciso primero del artículo 29, que puntualmente establece que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”.

De conformidad con la construcción gramatical del inciso, a la fórmula sustantiva “debido proceso”, se le fija un ámbito de aplicación bajo el cuantificador universal “todos” que involucra como objeto material protegido a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas. Esta previsión amplía de plano la cobertura tradicional del derecho. Durante dos siglos, la protección estuvo circunscrita únicamente a la actuación judicial, dejándose sin protección las actuaciones administrativas, que quedaban simplemente amparadas por el eventual ejercicio de la acción disciplinaria. De esta manera, si cualquier funcionario estatal violentaba el derecho al debido proceso durante el trámite de una actuación administrativa el ciudadano quedaba desprotegido, pues tan sólo podía hacer uso de acciones disciplinarias o administrativas lentas, poco efectivas, de dudosa eficacia, las que además de permitir la vulneración del derecho, estimulaban violaciones futuras por la impunidad entronizada.

Esta ampliación del ámbito de protección constitucional es realmente significativa, pues asuntos tan sensibles como el trámite de documentación ante entidades públicas (como procedimientos de reclutamiento y servicio militar, obtención de permisos y licencias, actuaciones ante funcionarios de policía, etc.) o las gestiones ante entidades financieras y de crédito; reclamos, solicitudes y trámites ante empresas prestadoras de servicios públicos, así como el adelantamiento de procedimientos disciplinarios educativos, comenzaron a ser objeto de protección constitucional, con lo cual, las garantías hasta 1991 predicables tan sólo de los trámites judiciales, fueron trasladadas a la totalidad de las gestiones administrativas del sector público, y a parte de las gestiones administrativas del sector privado, tal y como ocurre con los procedimientos ante los entes universitarios o las empresas prestadoras de servicios públicos.

b) Segunda zona comprensiva del artículo 29 de la Constitución

Política. Las modalidades que adopta el derecho al debido proceso

Los incisos segundo y tercero del artículo establecen un cierto número de hipótesis, respecto de las cuales resulta predicable el debido proceso. En este sentido, cuando alguna de ellas resulte vulnerada, habrá de sobrevenir la protección constitucional de tutela. Atendiendo al simple carácter enumerativo contenido en la norma, pueden ser identificadas allí cuando menos once eventualidades que constituyen

la garantía del debido proceso. Así, se tiene entonces que la norma ampara la legalidad de la infracción y de la sanción; el derecho a competencia o a juez natural; el derecho a la legalidad del procedimiento o a las formas del juicio; el derecho a la favorabilidad. En materia penal, el derecho a la presunción de inocencia, a la defensa técnica y material durante la totalidad del trámite de las instancias, al debido proceso público y sin dilaciones, a acceder a la prueba, a ejercer el contradictorio, a la impugnación o a la segunda instancia, y la garantía de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Como se puede apreciar, el carácter garantista y sustantivo de la norma resulta manifiesto. Basta simplemente compararla con el contenido del derecho plasmado en nuestras constituciones anteriores, para apreciar la abismal distancia entre tales textos. Este hecho, de suyo significativo, cobra mayor dimensión si se considera la tesis según la cual, el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política es una cláusula abierta, es decir, que la protección incluye no sólo las hipótesis descritas, sino cualquiera otra que se avenga con el carácter sustantivo del derecho que se protege.

c) Tercera zona comprensiva del artículo 29 de la Constitución Política. La garantía del debido proceso en la prueba

De acuerdo con la perentoria expresión del artículo 29 de la Constitución, “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, en su texto sobre el proceso penal, Bernal Cuéllar hace una afirmación que aunque pensada para las actuaciones penales, resulta predicable en cualquier jurisdicción. De acuerdo con ésta, uno de los principios que orientan el derecho, “es el derecho a defenderse probando”.¹⁹² Esto significa que la prueba es el elemento central del proceso, como que es única y exclusivamente con base en ella que será otorgado el derecho a alguna de las partes.

En la tradición colombiana, la protección al debido proceso fue siempre predicada del juzgamiento, de su legalidad y, en este sentido, la prueba concreta, el elemento singular y fundamental de la actuación no fue objeto de protección

¹⁹² Jaime Bernal Cuéllar, *El proceso penal*, 3 edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 365.

explícita, en la confianza más o menos optimista de que si se respetaban las formas del juicio, la legalidad de la prueba quedaba de paso asegurada. No obstante, al entronizarse el debido proceso sustantivo, se puso en evidencia que la protección debía comprender todo tipo de actuaciones, esto es, que cada prueba, ella misma, debía a su vez repetir en la forma de su producción y en su práctica, la totalidad de garantías que el artículo 29 contempla, so pena de nulidad constitucional, como que la norma así lo establece. De esta manera, la protección se hizo integral, pues los ya descritos eventos de los incisos segundo y tercero del artículo 29, resultan predicables de cada una de las pruebas.

Adicionalmente, este inciso final del artículo 29 constitucionalizó lo que técnicamente se denomina la “regla de exclusión”, que declara nula la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, como ocurre en los casos de tortura practicada por los agentes estatales, tal y como fue explicado al trabajar el defecto fáctico en el capítulo II de este libro.

3.1.3 Los derechos fundamentales y la teoría del núcleo esencial

Promulgada la Constitución de 1991, se inició el progresivo trabajo de adaptación de la vida estatal y ciudadana a las nuevas instituciones. Para el efecto fueron adoptados básicamente dos mecanismos normativos. El primero de ellos fue la fijación de los 61 artículos transitorios de la Carta, que definieron asuntos tan importantes como la elección de un nuevo Congreso; las facultades extraordinarias del presidente de la República para poner en funcionamiento nuevas instituciones como la Fiscalía, la Corte Constitucional, así como para reglamentar la acción de tutela y expedir el presupuesto general de la nación para la vigencia de 1992; el otorgamiento de facultades al gobierno para lograr la reinserción de grupos guerrilleros; las oportunidades para la elección de vicepresidente y gobernadores; la reestructuración del Estado; la conformación tentativa de la Corte Constitucional; la conformación del Consejo Superior de la Judicatura por parte del presidente de la República, la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral por parte del Consejo de Estado; la elección del veedor del Tesoro; la elección del primer defensor del pueblo; la conformación de la Comisión de Ordenamiento Territorial; decisiones sobre régimen fiscal y tributario; la conformación provisional de la Junta Directiva del Banco de la República; la autorización para

ratificar tratados y convenios internacionales aprobados cuando menos en primer debate en el Congreso. El segundo de los mecanismos adoptados en el tránsito institucional fue el de la creación de una Comisión Legislativa Especial, también llamada “Congresito”, cuya base normativa fue dada por el artículo 60 transitorio de la Constitución. Ésta fue creada como un cuerpo colegiado de 36 miembros, electos por la Asamblea Nacional Constituyente, cuyas funciones principales fueron las de servir de órgano de control al ejercicio de las amplias facultades otorgadas al presidente por los artículos transitorios, así como la preparación de los proyectos de ley que habrían de ser presentados al Congreso Nacional, a efectos de desarrollar la Constitución.

Siendo los anteriores los mecanismos adoptados para el ajuste normativo de los nuevos órganos del Estado, hubo necesidad de esperar adaptaciones en cada uno de ellos. Así sucedió especialmente con organismos como la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, el veedor del Tesoro, etc. Cada una de estas instituciones comenzó un lento proceso de ejecución dentro del nuevo clima político y normativo. Este nuevo panorama orgánico del Estado se correspondió a su vez con un nuevo clima dogmático e ideológico derivado del texto constitucional. En efecto, la Carta Política en su parte dogmática contenía una generosa lista de derechos y garantías individuales y colectivas, así como una serie de principios y valores constitucionales, que por primera vez en el país contaban con un instrumento normativo y judicial que buscaría llenarlos de eficacia: contaban con las acciones constitucionales, es decir, con la acción de inconstitucionalidad, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y las acciones de grupo. De esta manera, el nuevo panorama de instituciones, de derechos, de principios y de acciones, entró a modificar internamente, a nivel hermenéutico y discursivo, las tradicionales ideas del liberalismo político del siglo XIX acerca de los derechos individuales y colectivos, así como el papel del Estado y la defensa de las garantías ciudadanas.

Dentro de este clima de transformación operaron modificaciones tanto en el nivel hermenéutico, como en el de las prácticas. Instituciones como la Defensoría Pública, el Ministerio Público y la rama judicial, encaminaron en buena medida su andar dentro de las líneas hermenéuticas propiciadas por una

nueva lectura de los derechos fundamentales en Colombia. Una de las tareas más urgentes que tuvo que abordar la jurisdicción constitucional fue la de construir una doctrina acorde con el nuevo modelo comprensivo de los derechos fundamentales en Colombia, pues el país venía de las prácticas permanentes del estado de sitio, así como de una tradición represiva que aún permanece. De esta manera, y por la vía de la revisión de los fallos de tutela, comenzó a edificarse una nueva jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales, acorde con el modelo hermenéutico de la Carta. La tarea ha sido ardua, tanto así que el primer periodo de la Corte Constitucional –el que fue de 1992 a 1994– en buena medida fue dedicado a fijar las bases de la actual doctrina sobre los derechos fundamentales, construyéndose teorías como la de la conexidad de éstos, de su núcleo esencial, así como la consideración del sentido y alcance de cada uno de los derechos fundamentales insertos en la nueva Carta, o llegados al sistema por la vía de los tratados públicos o la doctrina constitucional.

Uno de los temas más importantes abordados por la jurisprudencia constitucional fue el del contenido de los derechos fundamentales y la teoría del núcleo esencial de los mismos. En este sentido, la Corte, acogiendo tendencias hermenéuticas europeas, adoptó la teoría del núcleo esencial de tales derechos, determinando el contenido esencial de cada uno de ellos.

Durante mucho tiempo en el sistema colombiano, al ser formulada la pregunta por el contenido de una institución jurídica, se preguntaba por la *esencia* de tal institución. Luego se cayó en la cuenta de algo obvio, y es que las “esencias” no existen, como no existen las “formas sustanciales”, o las “sustancias”, y todas esas cosas y palabras que llevaron a los positivistas lógicos de comienzos del siglo XX, a afirmar que los metafísicos no estaban equivocados, sino que simplemente estaban enfermos, en la medida en que veían cosas raras que no existen. Afortunadamente, el paso del tiempo y el progreso de las ciencias en general y de las humanas en particular, permitieron depurar el inventario de las expresiones que usaba, desechando las de vocación estrictamente metafísica. Es justo en este desplazamiento nominal, en el que comienza a ser usada la expresión “núcleo esencial” de los derechos fundamentales, en la que el acento es puesto más en el núcleo y menos en la esencia. La Corte Constitucional lo ha entendido en los siguientes términos:

Se denomina “contenido esencial”, al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asume el derecho o de las formas en que se manifiesta. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.¹⁹³

Al entenderse de esta manera al núcleo esencial del derecho, lo que se quiere significar es que cada uno de los derechos fundamentales cuenta con un contenido que resulta independiente de las formulaciones políticas de los gobernantes de turno, así como de las influencias que pudieran venir de una cualquiera de las doctrinas comprensivas o de las modas al uso en cada época. En el fondo, al adoptarse la noción de núcleo esencial, lo que se pretende es colaborar con la seguridad jurídica, pues se fija un contenido que, aunque estático en tanto ámbito irreductible del derecho, presenta cierta maleabilidad exterior, pues las cambiantes circunstancias que ofrecen las vidas de los hombres, entran a contar con un asidero hermenéutico concreto, fijado a partir de la tradición occidental sobre los derechos humanos, inserta en documentos de derecho internacional acogidos por la casi totalidad de las naciones.

La pregunta concreta por el núcleo esencial del derecho al debido proceso, la pregunta por el ámbito irreductible del mismo, puede ser respondida en una doble perspectiva, en tanto que resulta posible fijar el núcleo esencial del artículo 29 de la Constitución, así como fijar el núcleo esencial de cada una de las modalidades del derecho descritas en los incisos segundo y tercero de la norma.

3.1.4 El núcleo esencial del derecho al debido proceso: su carácter de cláusula abierta

Sobre este punto la Corte Constitucional ha sostenido en diversos fallos¹⁹⁴ una tesis precisa, que vincula el núcleo esencial del derecho al debido proceso con el

¹⁹³ Sentencia C-131 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹⁴ Sobre el punto pueden ser consultadas entre otras muchas, las sentencias SU-1219 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-159 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-058 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

concepto de debido proceso sustantivo y con la característica de ser una cláusula abierta. En efecto, la Corte afirmó:

No son exclusivamente las expresiones del artículo 29 de la Constitución las que dicen cuando hay violación al debido proceso. El artículo 29 fija el concepto admitido en la terminología constitucional como Cláusula Abierta, lo cual conlleva la aceptación del debido proceso sustantivo.

Aunque hay inclinación a no definir el llamado “debido proceso sustantivo”, Pound lo hace de la siguiente forma: “el debido proceso no es una concepción abstracta de la que se pueda extraer conclusiones absolutas (...) aplicables en todo tiempo y lugar. Es, pues, un estándar para guiar al tribunal y el estándar debe aplicarse según las circunstancias especiales de tiempo, de lugar y de opinión pública donde el acto tiene efecto:

El debido proceso como cláusula abierta es utilizado como una garantía genérica de libertad jurídica, que exige un *reasonable equilibrio conveniente*” (énfasis en el original).¹⁹⁵

Así, en opinión de la Corte, el núcleo esencial del derecho al debido proceso está vinculado a las nociones de debido proceso sustantivo y de cláusula abierta. Se entiende estar en presencia de una cláusula abierta, en aquellos casos en los que la norma constitucional, o bien deja abierto el ejercicio discrecional de una competencia constitucional, o bien fija un listado de hipótesis simplemente enumerativas, que permiten la inclusión de otras que se avienen con el contenido de la norma constitucional. La Carta colombiana contiene un cierto número de cláusulas en las que indistintamente se permite el ejercicio de competencias, o se permite la inclusión de hipótesis no previstas en textos enumerativos. Como ejemplos notorios de cláusulas abiertas se tienen, entre otras:

¹⁹⁵ Sentencia T-237 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 13.

a) La fijada en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Política

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las corporaciones autónomas regionales dentro de un régimen de autonomía, así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Esta norma constituye una cláusula abierta dentro del menú de competencias otorgado al Congreso de la República. Por ella, el Congreso puede crear el organismo que quiera, con dos únicos límites:

- Que el organismo que cree sea una de aquellas entidades que pertenezca al conjunto central de la rama ejecutiva.
- Que la iniciativa de creación del mismo sea del ejecutivo, tal y como lo dispone el artículo 154 de la Constitución.

b) La fijada en el artículo 94 de la Constitución Política

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Este artículo ha sido entendido jurisprudencialmente como una cláusula abierta, pues contempla la posibilidad de incluir nuevos derechos, dentro del listado de derechos y garantías insertos en el sistema nacional, por la doble vía del texto constitucional y de los convenios internacionales vigentes. Como se

observa, la norma utiliza la expresión derechos “inherentes a la persona humana”, como aquellos que ostentan la virtualidad de aumentar el listado referido. Esta expresión concreta ha sido objeto de cuando menos dos lecturas. Una, desde el derecho natural, y otra desde el modelo hermenéutico de la Constitución de 1991.

Para los naturalistas y su mundo, por la vía del artículo 94, entrarían al sistema todos aquellos derechos que ellos consideran “naturales”. Por oposición, la Corte ha entendido que tales derechos “inherentes a la persona humana” corresponden a aquellos en los cuales, “...entra la Corte a analizar si podemos estar en presencia de un derecho innominado (art. 94, CP) que se desprende de otros derechos y valores constitucionales...”.¹⁹⁶ Se plantea así la existencia de los “derechos innominados”, entre los que cabe destacar algunos tan importantes como los derechos a la vía activa, a la filiación real, a comunicarse, al retorno –tan importante en el caso de los desplazados–, y más recientemente, los derechos a la justicia y a la verdad, tan indispensables en el juzgamiento de los paramilitares.

A modo de conclusión bien puede afirmarse entonces, que el artículo 29 de la Constitución es otra cláusula abierta, constituyendo tal característica su núcleo esencial, pues como lo precisó la Corte en el pasaje ya citado, “no son exclusivamente las expresiones del artículo 29 de la Constitución las que dicen cuando hay violación al debido proceso”. En este sentido, la tarea que seguiría entonces, sería la de precisar cuáles son justamente las eventualidades que protege la Constitución como debido proceso.

3.1.5 Las protecciones concretas del derecho al debido proceso

El trabajo desarrollado en el capítulo II, en el que fueron analizadas las modalidades de la vía de hecho, con ejemplificación concreta de cada uno de los defectos, ilustradas desde sentencias puntuales de la Corte, lleva a concluir necesariamente que las modalidades de protección del derecho al debido proceso son tan variadas, que en buena medida tan sólo logran ser percibidas al enfrentar los casos concretos. Esto evidencia la imposibilidad de comprender el derecho al debido proceso bajo una fórmula única. Por lo mismo, cada uno de los casos analizados

¹⁹⁶ Sentencia C-109 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica núm. 7.

como vía de hecho a lo largo del libro implican un amparo y una orden de protección diversa.

Como casos simplemente enumerativos de protección del derecho al debido proceso, con aplicaciones concretas, que quedarían comprendidas bajo el concepto de cláusula abierta, pueden ser determinados: la violación del derecho a la verdad, como violación del derecho al debido proceso;¹⁹⁷ la violación del derecho que tiene el sindicado a guardar silencio, bien en la indagatoria o en otras diligencias, como violación del derecho al debido proceso;¹⁹⁸ la violación del principio de respeto por el acto propio, como acontece en los casos en que inconstitucionalmente las entidades de crédito realizan cobros a sus deudores, por fuera de las liquidaciones que las propias entidades les han presentado previamente;¹⁹⁹ o como acontece con frecuencia en los casos en los que las autoridades públicas, incluidos jueces y magistrados, se sustraen del cumplimiento de las órdenes de los jueces de tutela, eventos en los cuales la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que se trata de violaciones directas del derecho al debido proceso.²⁰⁰

3.2 El derecho de libre acceso a la administración de justicia

Es éste el segundo derecho fundamental usualmente vulnerado con ocasión de las vías de hecho judiciales, después del derecho al debido proceso. La violación de esta garantía, contenida en el artículo 229 de la Constitución, suele acontecer simultáneamente con la concurrencia de alguna de las modalidades del artículo 29. La Carta establece: “Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

El sentido de esta norma constitucional fue ampliado más tarde por medio del artículo 20 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de

¹⁹⁷ Ver, entre otras, las sentencias C-228 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-370 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

¹⁹⁸ Ver, entre otras, las sentencias C-621 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández, y C-776 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-083 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, y T-544 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁰⁰ Auto de Sala Plena 010 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Justicia, en los siguientes términos: “Artículo 20. *Acceso a la justicia*. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el Servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público”.

A partir del establecimiento de la Constitución de 1991, y su carta de derechos, una de las discusiones más enconadas ha sido la que tiene que ver con saber si el listado de los derechos fundamentales se circunscribe únicamente al capítulo 1 del título II de la Constitución; o si por el contrario, el número de éstos puede verse ampliado en virtud de tratados y convenios internacionales, o por la vía de la jurisprudencia constitucional. Estas dos posiciones a su vez representan las dos maneras de leer y decidir los derechos fundamentales en Colombia: el modo restrictivo de los formalistas y el modo de los lectores contemporáneos de la Constitución, para quienes resulta no sólo posible, sino deseable, la ampliación del número de derechos, según la evolución sociopolítica de las naciones lo vaya exigiendo.

La jurisprudencia constitucional colombiana sobre derechos fundamentales ha estado inclinada desde el año 1992, a considerar que el número de tales derechos no se restringe al capítulo I del título II, sino que éstos ingresan al sistema nacional por vías diversas. En este sentido, la Corte Constitucional ha sido recurrente al señalar el libre acceso a la administración de justicia como un derecho fundamental exigible por la vía de la tutela, bastando para el efecto examinar simplemente las sentencias T-006 de 1992, T-597 de 1992, T-348 de 1993, T-236 de 1993, T-275 de 1993 ó T-004 de 1995 entre las iniciales, así como muchos fallos posteriores que recogen la misma regla jurisprudencial.

Puede afirmarse, entonces, que dentro del sistema colombiano, este derecho tan sólo ostenta la calidad de fundamental desde el año 1991, pues no ocurría lo mismo en las constituciones anteriores. Por el contrario, en vigencia de aquéllas, el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia estuvo tan sólo eventualmente amparado por figuras de características meramente penales y disciplinarias, de lenta y dudosa eficacia, entre las que podría recordarse la manida “denegación de justicia”. Sea del caso agregar, además, que el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia fue incluso impedido mediante

procedimientos jurídicamente refinados, tal y como ocurrió con la práctica generalizada de los fallos inhibitorios.

3.2.1 El núcleo esencial del derecho de libre acceso a la administración de justicia

Desde el primer año de existencia, la Corte Constitucional trabajó en determinar el núcleo esencial del derecho de acceso a la administración de justicia, entendiéndolo desde el principio como derecho a jurisdicción y como derecho a fallo, tal y como lo plasmó en la ya citada Sentencia C-543 de 1992:

El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental, cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados. Su núcleo esencial reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión.²⁰¹

Asegurado así el derecho a fallo como fundamental, la corporación entró a examinar eventualidades diversas en las que pudiese ser vulnerado el derecho de acceso a la justicia, encontrando que durante el trámite de las propias instancias resultaba también posible identificar eventos en los que se impedía el acceso a la jurisdicción, como cuando no se tramitaba una solicitud formal hecha por los sujetos procesales, o cuando se impedía a los mismos el ejercicio de los recursos ordinarios por cualquier causa. En este sentido, la Corte fijó la siguiente tesis, posteriormente reiterada:

La omisión de una actuación judicial de la cual depende el ejercicio de un derecho fundamental, escapa a toda justificación y desnaturaliza lo jurídico

²⁰¹ Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

para convertirlo en una mera práctica de poder y en ejercicio anormal de la función judicial. El acceso a la justicia, como derecho fundamental, no se entiende como simple posibilidad de ser parte de un proceso judicial. Integra dicho derecho la facultad de hacer uso de los recursos legalmente establecidos, de modo que la persona pueda hacer valer sus derechos e intereses.²⁰²

Esta tendencia jurisprudencial, articulada durante los primeros años por la Corte Constitucional, ha sido sistemáticamente reiterada dentro de una línea consistente, que encuentra uno de sus momentos nodales en la expedición de la Sentencia C-426 de 2002, que además de todo suscitó una agria controversia entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, alrededor de la tesis de la procedencia de la acción de nulidad en contra de los actos particulares y concretos. Para resolver dicho problema la Corte trabajó, entre otros, el derecho de acceso a la justicia, que definió allí como un derecho fundamental de aplicación inmediata, que consiste propiamente en “la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia, de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o restablecimiento de sus derechos”,²⁰³ precisando luego, en otros fallos, que este derecho, al igual que el de debido proceso, asume múltiples modalidades de protección, entre otras, las de poder contar

con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con pleno respeto del debido proceso, la existencia de un conjunto suficiente y amplio de mecanismos para el arreglo de controversias y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional.²⁰⁴

²⁰² Sentencia T-055 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰³ Sentencia C-426 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica núm. 6.1.

²⁰⁴ Sentencia C-228 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 4.1.

3.3 El derecho a tutela judicial efectiva y otros derechos violados con providencias judiciales

Al hacerse un inventario alrededor los derechos tutelados por la Corte Constitucional con ocasión de las vías de hecho, se tendría que en la casi totalidad de los casos, el derecho al debido proceso fue amparado junto al de libre acceso a la administración de justicia. En sentido contrario, la corporación vino a proteger derechos diversos a los anteriores en pocos casos, siendo éstos usualmente los derechos a igualdad, libertad personal y participación política.

Al respecto es necesario hacer una precisión. En los casos en los que la Corte Constitucional ha entrado a amparar por vías de hecho el derecho a la libertad personal, la protección ha sido concedida de modo accesorio a la del derecho al debido proceso, desconocido dentro de un proceso penal y nunca autónomamente. Así ha sido consignado, por sólo citar unos ejemplos, en las sentencias T-567 de 1998 y T-1003 de 2000, fallos en los cuales fue declarada la existencia de la vía de hecho por violación de los derechos al debido proceso y a la libertad personal, materializada en la prolongación ilegal de la libertad personal del accionante. En el primero de los fallos, la violación de los derechos fundamentales se originó en no haberle sido aplicado al procesado el principio de favorabilidad que le permitía una disminución de la punibilidad de hasta la tercera parte, y no simplemente de la sexta parte, como erróneamente lo consideró el juzgador de instancia. En el segundo de los fallos, la transgresión consistió en mantener al procesado privado ilegalmente de la libertad, en tanto que el trámite de la etapa de juzgamiento había excedido el término de seis meses, máximo permitido para tal instancia, conforme a la doctrina constitucional consignada en la Sentencia C-846 de 1999.²⁰⁵

En el primero de los fallos aludidos, el parecer de la Corte fue el siguiente:

Por las razones anotadas, la Sala considera que la sentencia... constituye una vía de hecho que viola el derecho fundamental al debido proceso de A. P. C., como quiera que aplica una norma que no estaba vigente en la época de

²⁰⁵ Sentencia C-846 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

comisión del hecho punible, afectando con ello el principio constitucional de favorabilidad. Adicionalmente, la decisión judicial que se cuestiona tiene el efecto de aumentar ilegalmente en dos años y ocho meses el periodo de reclusión del actor. Cada uno de estos días adicionales constituye una violación al derecho fundamental a la libertad personal del demandante.²⁰⁶

En idéntico sentido se condensó en la sentencia T-1003 de 2000: “Por lo tanto no podía el juzgado accionado ni su superior jerárquico rehusarse a conceder la libertad personal de la actora como efectivamente lo hicieron, por cuanto se cumplían los presupuestos que permitían su aplicación según lo ordenado por la Corte”.²⁰⁷

Sin embargo, es en la consideración del derecho a tutela judicial efectiva, en el que cabe esperar los mejores desarrollos en el ejercicio de dicha acción. La Constitución Política colombiana no incluye de modo explícito el derecho a tutela judicial efectiva, tal y como sí lo hacen por ejemplo, el artículo 24 de la Constitución Española, o el artículo II-107 de la Constitución Europea. Sin embargo, tal derecho viene siendo objeto de regulación por la Corte Constitucional, dentro de una línea de protección implicada en dos planos: desde la perspectiva de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, por las violaciones de los derechos fundamentales y del derecho internacional humanitario, así como por el ejercicio de la acción de amparo.

La historia del derecho a tutela judicial efectiva en Colombia ha sido muy opaca, carente de protección constitucional, usualmente diluida en la maraña de los procedimientos legales. Es tan sólo con la expedición de la Carta de 1991, con el establecimiento de la acción de amparo, con la reformulación de los derechos de la víctima en los procesos penales, y con las disputas surgidas alrededor de la negociación con los paramilitares, que ha acontecido el refinamiento de los estándares internos de protección y de exigibilidad de los derechos de las víctimas y del derecho a tutela judicial efectiva.

²⁰⁶ Sentencia T-567 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica núm. 5.

²⁰⁷ Sentencia T-1003 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis, consideración jurídica núm. 6.3.1.

Sobre el punto, el trabajo de la Corte Constitucional colombiana puede ser entendido como el de construcción de una línea jurisprudencial relativamente reciente, que iría del año 2001 a la actualidad. En concreto, el Tribunal entiende a la tutela judicial efectiva como un principio y como un derecho fundamental que “encuentra su ubicación constitucional en los artículos 229 y 29 de la Carta, sin perjuicio de su aplicación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía”.²⁰⁸ En otras palabras, para la Corte el contenido de este derecho se despliega desde la consideración del derecho de acceso a la administración de justicia, desde las garantías que integran el debido proceso, y desde la cláusula de remisión del artículo 93 de la Carta.

Esta reconceptualización de los derechos de las víctimas dentro de los procesos penales a partir de las normas referidas a los delitos atroces, implicó la ampliación del contenido del derecho a tutela judicial efectiva, al reformularse el sentido y alcance de los derechos de aquéllos, abandonando la pretensión simplemente económica, hasta alcanzar el que la Corte denominó el derecho efectivo al proceso y el derecho efectivo a la participación en el proceso, destinados a la efectividad de los derechos a la verdad y a la justicia, en lo que resulta ser toda una novedad en el sistema colombiano. El primero se planteó como el derecho del pueblo a conocer la verdad acerca de lo acontecido y de las circunstancias que llevaron a la comisión de los crímenes, al deber de recordar la historia de la opresión y al derecho de las víctimas a saber las circunstancias de desaparición o muerte de sus familiares. De análoga forma, se estableció el derecho a la justicia del caso concreto, como derecho a que no haya impunidad, incorporando allí el deber del Estado de investigar y sancionar a autores y partícipes, el derecho de las víctimas a un proceso judicial efectivo, y el deber de respetar las reglas del debido proceso. Finalmente, y respecto del derecho a la reparación, se lo dimensionó desde el derecho internacional, en los componentes de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantía de no repetición.

²⁰⁸ Sentencia C-454 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 43.

Cabe esperar en el momento actual de juzgamiento de paramilitares, y de haber necesidad de ello, la ejecución del contenido del estándar de tutela judicial efectiva, en la eventual configuración de vías de hecho con impunidad, que llegaren a formalizarse en el juzgamiento de esos sujetos.

4. El fallo en tutela contra sentencias. Órdenes y nulidad

Como quiera que el fallo en vías de hecho es la consecuencia final de un trámite de tutela, es necesario precisar su contenido, para luego atender a la clase específica de órdenes que deben ser emitidas en caso de concesión del amparo. Se precisa desde ya que la consecuencia usual de la declaratoria de la vía de hecho es la declaratoria de nulidad de la decisión judicial, así como la nulidad de las actuaciones surtidas con posterioridad a aquélla. Esta sección tiene dos componentes. En el primero se examinan las características generales de los fallos de tutela, como género al que pertenecen finalmente las decisiones por vía de hecho. En el segundo se estudian en concreto las órdenes de protección que se profieren con ocasión de la tutela contra providencias judiciales, señalando específicamente el suceso de las nulidades que constituyen su consecuencia.

4.1 El fallo en acción de tutela

La base normativa de los fallos en acción de tutela está constituida básicamente por el inciso segundo del artículo 86 de la Constitución, por los artículos 23 y 29 del Decreto 2591 de 1991, así como por el artículo 6 del Decreto reglamentario 306 de 1992. El inciso segundo del artículo 86 de la Carta señala:

Artículo 86 (...)

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúa o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En este pasaje se determina la característica central de los fallos de tutela, como es la de constituir una orden o mandato de protección. Gramaticalmente hablando, las sentencias judiciales suelen consistir básicamente en la conjugación

de unos ciertos verbos en infinitivo, que traen consecuencias jurídicas a las partes involucradas dentro de un proceso. En este sentido, el verbo que sea usado dependerá tanto de la materia del litigio, así como de la clase de acción judicial que haya sido tramitada. Si se trata de una sentencia proveniente de la jurisdicción penal, los verbos al uso serán los de “declarar” penalmente responsable a alguien, o los de “condenar” o “absolver” al mismo sujeto. En un proceso civil de carácter ejecutivo, las decisiones serán diversas, así como los verbos usados, pues los fallos seguramente habrán de “declarar” probada o no probada una determinada excepción, así como disponer “seguir” adelante con la ejecución y “condenar” en costas a la parte vencida. Análogo suceso acontece con decisiones de segunda instancia, en tanto que éstas podrán “confirmar”, “revocar” o “modificar” las decisiones del primer juez de conocimiento.

En el caso concreto de la acción de tutela, cuando el amparo es otorgado, suelen ser empleados los verbos “tutelar” o “conceder” el amparo de tutela; y cuando la protección no se concede, se suelen emplear los verbos “denegar” o “negar” el amparo, bien por improcedente o porque no se configuró la violación del derecho fundamental. En los casos en que la protección es concedida, inevitablemente habrá de ser usado el verbo “ordenar”, que materializa el mandato de protección concreta a que se refiere el artículo 86 de la Carta.

Así entonces, concedido el amparo, debe sobrevenir la orden respectiva. Este aspecto es regulado por el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, que puntualmente establece:

Artículo 23. Protección del derecho tutelado. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de carácter particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o

actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación, o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.

Esta norma contempla varias hipótesis, según sea determinado el origen de la violación o amenaza del derecho fundamental. En primer lugar, si la violación se origina en la acción de una autoridad pública, el fallo habrá de ordenar no solamente el cese de la actividad del funcionario que violenta el derecho, sino que además, dispondrá la adopción de todas las medidas que fueren necesarias para restituir la situación y el derecho al estado de cosas original, de ser ello posible. En segundo lugar, si la vulneración del derecho fundamental no se origina ya en una acción de la administración, sino en una omisión o falta de ejercicio del funcionario (como suele suceder con ocasión del ejercicio del derecho de petición), entonces la orden dada consistirá en obligar al funcionario a la realización del acto o de la conducta que se niega a ejecutar. Finalmente, si la situación es de simple amenaza o se origina en una mera conducta de violación, la orden consistirá en hacer cesar la conducta y la amenaza. En todos y cada uno de los casos descritos, el juez debe fijar un plazo al agente perturbador, que suele consistir en el término de 48 horas, sin ser este un término único, pues puede ser modulado de acuerdo con las características del asunto.

Comentario especial merece el inciso final del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, de acuerdo con el cual, “en todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto”. Lo peculiar de este inciso fue el uso que del mismo hizo al comienzo la Corte Constitucional, especialmente en los fallos que contaron con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón, quien en fallos de tutela dio aplicación al inciso final de la norma, sobre aspectos muy sensibles en el derecho colombiano. Así, en el numeral 4 de la parte resolutive de la Sentencia T-494 de 1992, se estableció:

Cuarto. En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que exista realmente trabajo doméstico en las relaciones entre hombre y mujer, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia

tendrá carácter obligatorio para las autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991.²⁰⁹

En idéntico sentido, en el numeral 3 de la parte resolutive de la Sentencia T-406 de 1992 la Corte sentenció: “*Tercero*. En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que se dejen obras inconclusas que afecten la salubridad pública, la doctrina constitucional señalada tendrá carácter obligatorio para todas las autoridades, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991”.²¹⁰

Esta manera de fijar doctrina no fue compartida por otros despachos, decayendo así el uso de la cláusula.

La otra norma que se considera para los efectos del fallo, contenida también en el Decreto 2591 de 1991, es la del artículo 29, que se refiere al contenido de la sentencia de tutela y que concretamente dispone:

Artículo 29. Contenido del fallo. Dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud el juez dictará fallo, el cual deberá contener:

1. La identificación del solicitante.
2. La identificación del sujeto o sujetos de quien provenga la amenaza o vulneración.
3. La determinación del derecho tutelado.
4. La orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela.
5. El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 48 horas.
6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial

²⁰⁹ Sentencia T-494 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

²¹⁰ Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón. La versión de la sentencia que aquí se usa es tomada de la Gaceta de la Corte Constitucional, que por error de transcripción consignó al artículo 33 de la norma como el invocado, cuando indudablemente se trata del artículo 23 del citado decreto.

que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto.

PAR.- El contenido del fallo no podrá ser inhibitorio.

Esta norma se refiere a los aspectos formales y de contenido más importantes del fallo. Como sucedería con cualquier otra sentencia judicial, los numerales 1 y 2 se ocupan de la individualización del solicitante y de los sujetos perturbadores del derecho, es decir, del accionante y del accionado. Hasta aquí, ninguna novedad. Los numerales 3, 4 y 5, así como el párrafo de la norma, son de mayor trascendencia. El numeral 3 ordena que en el contenido del fallo se debe determinar el derecho o derechos fundamentales que resultaron vulnerados o cuya protección se invocó, que en el caso concreto de la vía de hecho son los de debido proceso, libre acceso a la administración de justicia, libertad personal y tutela judicial efectiva. El numeral 4 se refiere concretamente a la orden que habrá de emitir el funcionario. Este es el aspecto más importante del fallo, pues muy poca eficacia tendría el amparo de tutela, en caso de no ser secundado por una orden idónea. La orden debe cumplir básicamente dos características: debe ser adecuada y precisa. Adecuada, en tanto que ha de ser lo suficientemente eficaz como para restituir la situación al estado de cosas anterior a la violación, de ser ello posible. Debe ser igualmente precisa, de modo tal que no se preste a dudas o a interpretaciones equívocas de los accionados, quienes simplemente habrán de someterse a los dictados del mandato del fallador.

El numeral 5 de la norma comentada establece el plazo máximo de cumplimiento de la orden de tutela, que el legislador ha fijado en 48 horas. Éstas habrán de entenderse hábiles, por aplicación del principio de integración en materia interpretativa, contenido en el artículo 4 del Decreto reglamentario 306 de 1992. En la práctica, la gran mayoría de los fallos de tutela que conceden el amparo, fijan este plazo de 48 horas para el cumplimiento de la orden, salvo eventos específicos, avalados por la Corte, en los que por la imposibilidad física del cumplimiento inmediato de la decisión, son fijados plazos más amplios, como sucede en los casos de ejecuciones materiales que impliquen un mayor lapso de tiempo, o en el de providencias judiciales, donde suelen ser otorgados 30 días para la sentencia de reemplazo. Finalmente, el párrafo de este artículo 29 del Decreto

2591 de 1991 establece que “El contenido del fallo no podrá ser inhibitorio”, con lo cual se recoge a modo de prohibición un motivo recurrente de la jurisprudencia colombiana a partir de 1994, como es el derecho a jurisdicción y a fallo, en virtud del cual, cuando quiera que se presente decisión inhibitoria carente de un fundamento sólido, habrá de ser declarada la vía de hecho y sobrevenir el amparo de tutela.

Finalmente, vale citar la anunciada norma del artículo 6 del Decreto reglamentario 306 de 1992:

Artículo 6°. Del contenido del fallo de tutela. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29, numeral 3° del Decreto 2591 de 1991, el juez deberá señalar en el fallo el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

Al parecer esta norma intentaba precisar el sentido del numeral 3 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, referido a la determinación del derecho tutelado. La norma reglamentaria poco o nada aporta ni a la acción de tutela, ni al contenido del fallo. Se trata de un enunciado antitécnico, como sucede con frecuencia en los casos de ejercicio de la potestad reglamentaria, tal y como aconteció con la expedición del ya citado Decreto reglamentario 1382 de 2000 y su abusiva usurpación de competencias para tutela.

4.2 La orden de protección en tutela contra providencias: el decreto de nulidad

Transcurrida la cuerda procesal de la acción, declarada la procedencia de la misma en contra de la providencia judicial, e identificados los derechos fundamentales vulnerados, se debe proceder a la emisión de la orden concreta que habrá de restituir la integridad de los derechos. Es éste uno de los momentos más importantes, pues en caso de no ser decretada una orden adecuada y precisa, la batalla jurídica que obtuvo el amparo resultará ser un desperdicio.

Para decirlo sin ambages, en el caso de las vías de hecho la orden consiste en una sola cosa, cumple un único cometido: dejar sin efectos una determinada

resolución judicial y cuanto hubiere sido construido después de ella, en tanto que se basaba en un acto irregular. Lo anterior por una razón muy sencilla: si la vía de hecho consiste en la actuación proveniente de un funcionario judicial, materializada en una decisión en la que ha existido un apartamiento brusco y ostensible de la normatividad, de la entidad que ha vulnerado un derecho fundamental, entonces, la única manera de restituir la integridad del derecho consistirá en la descalificación radical de la actuación judicial, dejándola sin efectos, por medio de la declaratoria de nulidad de lo actuado en ella y a partir de ella. En este sentido cobra gran importancia el tema genérico de las nulidades, para mostrar cómo operan éstas en los casos de tutela contra providencias judiciales.

4.2.1 El concepto general de nulidad

En términos generales, un proceso es la sucesión ordenada de actos y de hechos procesales. En tanto que sucesión ordenada, el acontecer de los actos y hechos procesales corresponde a una ley de configuración, que se conoce como “procedimiento”. Es en virtud de éste que se establece una forma, una cierta manera de actuar en el proceso, regida por pasos de diferente clase, unos más rigurosos que otros, los que en su conjunto y luego del trámite, suelen conducir a la sentencia. Sin embargo, y a pesar de la existencia de la ley de ordenamiento interno del proceso, suelen presentarse yerros, errores o defectos que afectan su configuración. Tales acaecimientos, cuando revisten un cierto grado de gravedad, traen como consecuencia la invalidación del acto, así como la de cuanto haya sido construido procesalmente con fundamento en él. A este suceso de invalidación procesal se lo conoce con el nombre de nulidad, y en el caso colombiano requiere de pronunciamiento judicial expreso que declare su existencia.

En cita que de Alsina trae Marco Gerardo Monroy, la nulidad “es la sanción por la cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello”.²¹¹ Como se observa, esta definición acentúa la obligatoria observancia de la forma procesal,

²¹¹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho procesal civil. Parte general*, 4 edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996, p. 578.

a la vez que caracteriza a la nulidad como una sanción. Con ello, se insiste en que la nulidad nace a la vida jurídica como consecuencia de la omisión o de la errónea construcción de los pasos procesales, imponiéndose como resultado de tales yerros, el evitar la continuidad de los efectos del acto declarado nulo.

El tratamiento que hace el civilista Hernán Fabio López Blanco, refiere el tema de la nulidad al de la validez de la decisión, afirmando que “para asegurar la validez de la tramitación judicial están estipuladas las causales de nulidad con el objeto de que en las actuaciones judiciales no se incurra en las irregularidades en ellas previstas”.²¹² El acento puesto por el autor en el concepto de validez de la actuación, le permite distinguir este problema del de la justicia, refiriendo al discernimiento de ésta el uso de los recursos procesales, mientras que circunscribe el tema de la validez a la observancia del trámite de la cuerda procesal. Es por lo mismo que la nulidad procesal atiende específicamente a la preservación de la forma de la actuación, en tanto que su observancia se erige en una de las garantías del debido proceso.

4.2.2 El principio de taxatividad de las nulidades. La lectura de la nulidad desde el formalismo

En el procedimiento civil colombiano, el tema de las nulidades es tratado en el título XI del respectivo código. Dentro del mismo, los artículos 140 y 141 establecen las causales de nulidad. La fórmula textual que se utiliza es la siguiente: “Artículo 140 Modificado. D. E. 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 80. *Causales de nulidad*. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos...”.

Como se aprecia en la norma, el adjetivo “solamente” determina el ámbito semántico, que excluye como causales de nulidad los eventos no previstos en la norma. A este suceso se lo denomina principio de taxatividad, herencia del procedimiento francés, según al cual se “dispone que los jueces no pueden declarar otras nulidades que las pronunciadas expresamente por la ley”,²¹⁵ o lo que significa lo mismo, que el número de causales de nulidad procesal es taxativo,

²¹² Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte general*, Tomo 1, 6 edición, Editorial ABC, Bogotá, p. 716.

²¹⁵ Monroy Cabra, *op. cit.*, p. 581.

siendo por tanto imposible declarar una nulidad distinta a las previstas en la ley, en este caso, en la ley procesal civil, así esta exclusión vaya en contra de un derecho constitucional fundamental.

Este principio de taxatividad de las nulidades, presente en las normas de procedimiento civil, ha trasladado su ámbito de aplicación a otros procedimientos, bajo la aplicación del principio de integración. Así se tiene por ejemplo en el artículo 145 del Código de Procedimiento del Trabajo: “Artículo 145. *Aplicación analógica*. A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial”.

Como se sabe, el añejo Código Judicial fue derogado, y en su lugar entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil, siendo éste el cuerpo normativo al que se hace la remisión. Una norma similar fue incluida en el Código Contencioso Administrativo: “Artículo 165. *Nulidades, causales, procedimiento*. Serán causales de nulidad en todos los procesos, las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, y se propondrán y decidirán como lo previenen los artículos 154 y siguientes de dicho estatuto”.

Los artículos 152, 153, 154 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, corresponden hoy a los artículos 140, 144, 142 y siguientes del mismo estatuto, de conformidad con la reforma introducida por el Decreto extraordinario 2282 de 1989, referida específicamente a las causales de nulidad para los procesos civiles de todo tipo. Como se observa entonces y por principio de integración, el principio de taxatividad de las nulidades cobija, por la vía de la remisión desde el procedimiento civil, a la casi totalidad del sistema procesal colombiano.

Algunos civilistas y procesalistas que entienden y ejercen el derecho desde las estrecheces conceptuales del formalismo jurídico, defienden este tipo de restricciones, erigiendo en mérito su desdén por el derecho al debido proceso. Cobran así sentido afirmaciones tales como:

la jurisprudencia y la doctrina en el campo procesal civil han sido permanentes y unánimes en desterrar las mal denominadas nulidades constitucionales, que se enseñorean dentro del proceso penal, que con base en amañadas

interpretaciones del artículo 29 de la Constitución Política pretenden erigir las menores e intrascendentes irregularidades en causales de nulidad.²¹⁴

De conformidad con lo expuesto, resulta entonces procedente atender al instituto de las nulidades constitucionales, inicialmente proclamadas en el proceso penal, tan criticadas por algunos, pero que bien pueden ser identificadas como uno de los antecedentes de la tutela contra providencias judiciales.

4.2.3 El tema de las nulidades leído desde el derecho constitucional

Si se atiende a la rígida lectura que los civilistas hacen de las nulidades, las únicas que podrán ser decretadas han de ser las precisamente enumeradas en el Código de Procedimiento Civil. A éste lo llaman sus defensores, el principio de taxatividad. La consecuencia de la aplicación de este principio sería la de excluir de plano el decreto de cualquier otro tipo de nulidad, así ésta provenga de las prescripciones de la Constitución, con lo que se violaría de plano la norma del artículo 4 de la Carta, que establece los principios de supremacía y prevalencia constitucional, así como la lectura garantista del artículo 29, que fija el derecho fundamental al debido proceso.

En términos concretos, los que se enfrentan son los dos modelos comprensivos del derecho que operan en Colombia. De un lado los formalistas, educados en la estrecha hermenéutica del derecho civil y del formalismo jurídico, que entienden sus vidas y el mundo a partir del principio de legalidad; y del otro lado quienes entienden el derecho desde el principio de supremacía constitucional y la garantía de los derechos fundamentales de la persona. Para aquéllos, la Constitución no tiene un carácter normativo fuerte, pues pertenecería más al plano ideológico de los principios que orientan la actividad estatal. Por lo mismo, hacen una lectura más fuerte de la ley que de la propia Constitución, llegando a la inconsecuencia lógica de defender la existencia de nulidades legales sin nulidades constitucionales.

Por oposición, quienes defienden la aplicación normativa del texto constitucional, entienden que la Constitución debe ser asumida y entendida “como

²¹⁴ López Blanco, *op. cit.*, p. 712.

norma y no como simple expresión orgánica”,²¹⁵ con lo cual el acento es puesto en el poder vinculante y la obligatoria observancia de la Constitución, por encima de la ley. Al hacerse este desplazamiento, las normas constitucionales que contienen la prevalencia de los derechos fundamentales adquieren el mayor de los rangos normativos, implicando necesariamente su aplicación directa y con mayor jerarquía que la ley. Es en este horizonte hermenéutico, en el que habrán de ser entendidas y aplicadas las nulidades constitucionales, siempre invocables y siempre exigibles, en los casos de violación de una garantía constitucional o de un derecho fundamental dentro de un trámite judicial cualquiera.

4.3 La nulidad concreta en la tutela contra providencias

Hasta aquí se ha afirmado de manera puntual que la vía de hecho judicial se materializa concretamente en la descalificación de la providencia judicial que viola los derechos fundamentales, hasta tal punto, que los instrumentos judiciales usuales (como los incidentes de nulidad o el ejercicio de los recursos ordinarios), resultan insuficientes o ineficaces, de tal manera que el lesionado se ve en la necesidad de acudir a la acción de tutela, con el objeto de ser restituido en su derecho. Ahora bien, en los casos en los que el accionante en tutela tiene éxito en su pretensión, obtiene mediante fallo básicamente dos cosas. En primer lugar, logra que la jurisdicción declare la existencia de la violación de los derechos fundamentales. En segundo lugar, obtiene con base en la anterior declaración, que la misma jurisdicción proceda a amparar el derecho vulnerado, mediante la emisión de órdenes, que consisten en dejar sin efecto la providencia judicial que vulneró el derecho. Fue en atención a este último suceso, que se exploró el concepto de nulidad.

A continuación, y para terminar, se muestran los límites estructurales que deben ser tenidos en cuenta por el fallador de tutela al momento de proferir la orden que concreta el amparo. Aquí se puede afirmar que la orden debe tener en cuenta los siguientes criterios:

²¹⁵ Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, consideración jurídica núm. 4.

- Debe respetar la identidad de la providencia constitutiva de la vía de hecho, es decir, no debe contener mandatos que riñan ni con la función jurídica, ni con la integridad formal de la providencia.
- Debe respetar la competencia funcional y material del funcionario que profirió la providencia que contiene de la vía de hecho, pues ha de ser ese mismo funcionario quien vuelva a tomar la decisión de fondo, eso sí, corregida y sometida al fallo de tutela, salvo que se trate de defecto orgánico. Esta regla, sin embargo, tiene como límite el caso de la contumacia del funcionario accionado, caso en el cual, el juez de tutela puede incluso ordenar el cumplimiento de la orden por otro funcionario judicial.

4.3.1 La orden de anulación debe respetar la identidad de la providencia que contiene la vía de hecho

Cada providencia judicial tiene una identidad y ha de cumplir una finalidad propia. Así por ejemplo, las resoluciones y autos que deciden sobre peticiones de pruebas, habrán de decretarlas o se abstendrán de hacerlo. Igualmente, las resoluciones y autos que entran a decidir la interposición de los recursos ordinarios, habrán de concederlos o abstenerse de hacerlo. En idéntico sentido, las sentencias de fondo habrán de discernir el derecho para las partes. De esta manera, si en una providencia el juez de tutela detecta la existencia de una vía de hecho, habrá de aplicar el correctivo necesario mediante la emisión de una orden, solo que esa orden habrá de tener límites internos, como que no se podrá en virtud de ella misma, obtener efectos diversos a los que posibilite la identidad de la providencia atacada.

Así entonces, y por vía de ejemplo, una tutela que ordene la anulación de una providencia que negaba la práctica de unas pruebas, no podrá a su vez disponer asuntos no relacionados con las pruebas negadas, como que fue ese el preciso motivo del amparo. De igual manera, una tutela que disponga la anulación de una providencia, no tendrá que vincular en sus consecuencias a los no accionantes que se encontraren en similares circunstancias, pero que no hubieren accionado en tutela, para lo cual deberá acudir al mecanismo de la nulidad parcial, salvo que, dada la naturaleza de la resolución judicial, ello no resultare posible. De forma análoga, y en los casos de las sentencias, no podrá ser adoptado un correctivo que desestructure el contenido del acto de la decisión final,

o que le imponga soluciones que la providencia le impida soportar. El asunto se percibe mejor con un ejemplo concreto.

En el año 1997, la Sala Primera de Revisión de Tutelas conoció de un caso en el que se declaró la existencia de la vía de hecho por defecto sustantivo. Dentro de la decisión tomada, se ordenó anular la totalidad de la sentencia proferida por el juez 26 Penal Municipal de Medellín. El asunto ya referido en este trabajo, consistía en que el accionante y dos personas más habían sido condenadas por un juez de Medellín a 28 meses de prisión, por los delitos de hurto calificado y agravado en la modalidad de tentativa, sin lugar a beneficio de excarcelación. La violación del derecho al debido proceso en la que se materializaba la vía de hecho, consistía en que al momento de tasar la pena, el juez penal no había reconocido a los condenados la rebaja punitiva del artículo 374 del Código Penal anterior, fijada para los casos de restitución e indemnización.

De la acción de tutela conoció el juez séptimo Penal del Circuito de Medellín, quien declaró la existencia de la vía de hecho y concedió el amparo, ordenando al juez de conocimiento elaborar un auto complementario que rebajara la pena impuesta al accionante, así como a los demás condenados. Al llegar el expediente a la Sala de Revisión, la Corte confirmó la existencia de la vía de hecho y la procedencia del amparo, sólo que la orden de dictar un auto complementario al fallo violentaba la sentencia, en tanto que le imponía una solución incompatible con ella. Por ello, la Corte dispuso:

En consecuencia, se modificará la orden emitida por el juez séptimo Penal del Circuito de Medellín, que ordenó al juez acusado dictar un auto complementario de su sentencia, acto que procesalmente es lo correcto, pues la sentencia no es reformable ni revocable por el mismo juez o sala de decisión que la profirió (art. 211 del Código de Procedimiento Penal), salvo para corregir errores aritméticos, el nombre del procesado u omisión sustancial en la parte resolutoria. Como ninguno de estos eventos se configuró en el caso en estudio, se declarará sin valor, es decir, se anulará la sentencia proferida por el juez veintiséis (26) Penal Municipal de Medellín, de fecha 26 de febrero de 1996, en contra de los sindicados N. A. G. M., O. P. B. y J. C. J. L. y, en su lugar, se ordenará dictar un nuevo fallo, en el que se analice la posible procedencia de

la rebaja de pena que consagra el artículo 374 del Código Penal, decisión que deberá estar plenamente motivada.²¹⁶

Como se aprecia, la Corte Constitucional, aceptando la configuración de la causal de tutela contra la providencia, entró a corregir la orden dada, pues ella no propiciaba una solución técnica al asunto, disponiendo la anulación total de la sentencia y la elaboración de un nuevo fallo, sujeto a las consideraciones hechas en la parte considerativa de la decisión.

4.3.2 La orden de anulación debe conservar la competencia del funcionario que profirió la providencia, salvo que se niegue a cumplirla

Como se dijo, el concepto de competencia atiende a la cantidad, medida o grado de jurisdicción que corresponde a cada juez o tribunal, en virtud de la determinación de los asuntos que le corresponde conocer, atendidos los factores de competencia, como son el objetivo, el subjetivo, el funcional, el territorial y el de conexidad. Igualmente, la competencia ostenta unas determinadas características, como son la legalidad, es decir, que ella debe ser fijada por la ley; la imperatividad, en virtud de la cual la competencia no es derogable por la voluntad de las partes; la inmodificabilidad, por la que no resulta viable la variación de la competencia durante el curso del proceso; la indelegabilidad, que entraña la prohibición hecha a quien ostenta la competencia, en el sentido de no poder delegarla; y el hecho de ser de orden público, es decir, estar fundada en principios de interés general.

Es en virtud de las anteriores características, que la orden de anulación no puede, en principio, modificar la competencia del funcionario que haya profirido la decisión judicial que contenga la vía de hecho, pues en virtud de la característica de la inmodificabilidad de la competencia, también llamada *perpetuatio jurisdictionis*, debe ser ese mismo funcionario quien continúe el trámite de la instancia una vez solucionado el yerro que originó la vía de hecho.

Esta acción, que podría hacer pensar en la ineficacia de la orden de amparo, en tanto que el expediente es devuelto al mismo funcionario que incurrió

²¹⁶ Sentencia T-573 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía, consideración jurídica núm. 5.

en la vía de hecho, cuenta no obstante con un control, en tanto que el acto irregular habrá de ser corregido únicamente en el sentido que se indique en el propio fallo de tutela, salvo que quiera incurrirse en desacato, o que tal y como lo sentenció la Corte, se incurra por ese hecho en una nueva vía de hecho.²¹⁷ Más aún, la jurisprudencia ha dispuesto que en aquellos casos en los que el funcionario de conocimiento se niegue a cumplir la orden, la Corte Constitucional o el funcionario de segunda instancia (según el caso), podrán ordenar lo que fuere del caso, para asegurar el cumplimiento del derecho material.

5. La nulidad de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional. Vía de hecho de la Corte Constitucional

Una pregunta recurrente alrededor del tema de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene que ver con las sentencias de tutela proferidas por la propia Corte Constitucional. La cuestión puede ser puntualizada en los siguientes términos: ¿qué hacer si es la propia Corte Constitucional la que viola el debido proceso?, ¿qué hacer si la sentencia de la Corte Constitucional configura una vía de hecho?, ¿qué hacer si la Corte Constitucional vulnera su propio precedente? La cuestión es muy importante, pues si la respuesta a las anteriores preguntas es “nada”, entonces la Corte Constitucional estaría incurriendo en el autoritarismo y la soberbia de las otras cortes, que entiende que sus sentencias violan los derechos fundamentales, en últimas, al ciudadano no le quedaría más que aguantarse. Además de ser importante, el asunto reviste una dificultad técnica adicional, y es que siendo la Corte Constitucional el órgano de cierre de la administración de justicia en Colombia, la normatividad no tiene previsto mecanismo procedimental alguno capaz de impugnar la decisión de la propia corporación.

Ahora bien, consciente de la necesidad de no incurrir en la arbitrariedad que se censura de otros despachos, la Corte Constitucional se vio en la necesidad de construir un mecanismo que fuese capaz de restituir la integridad al sistema, y sobre todo, la confianza de los usuarios de la justicia constitucional. En este sentido, por vía jurisprudencial, se planteó la posibilidad de solicitar la nulidad del

²¹⁷ Sentencia T-555 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

fallo ante la Corte Constitucional, en los casos en los que con su decisión, la corporación hubiese incurrido en la violación del derecho al debido proceso.

La posibilidad de declarar la nulidad de las sentencias proferidas por las salas de revisión de tutela de la Corte Constitucional fue una hipótesis establecida inicialmente por el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, y posteriormente desarrollada por vía jurisprudencial. De conformidad con la Corte, de lo que se trata es de la configuración de situaciones excepcionales, en las cuales la Sala de Revisión haya incurrido en una grave afectación del derecho al debido proceso. Para la Corte se trata de situaciones excepcionales que implican además por parte de quien solicita la nulidad, la asunción de una carga argumentativa, de conformidad con la cual, debe éste precisar las normas constitucionales transgredidas y su incidencia en la decisión adoptada.

5.1 Oportunidad para proponer la solicitud de nulidad

Sobre el punto, la Corte Constitucional ha fijado dos hipótesis:²¹⁸

- a) Si el defecto tiene origen en situaciones anteriores a la providencia, la nulidad tan solo podrá ser alegada hasta antes de ser proferido el fallo de tutela.
- b) Si la vulneración al debido proceso se deriva de la propia sentencia o de su ejecutoria, entonces la nulidad deberá ser alegada dentro de los tres días siguientes a la notificación del fallo.²¹⁹

5.2 Causales para solicitar la nulidad de los fallos de tutela

Al respecto se pueden fijar dos tesis alternativas. La primera señala que las causales, si bien son de origen jurisprudencial, son taxativas, mientras que la segunda sugiere que las modalidades y causales son de orden constructivo por vía jurisprudencial, lo que implica que la propia Corte bien puede configura el número de causales que la necesidad o la seguridad jurídica impongan, tal y como ha venido sucediendo por vía jurisprudencial.

²¹⁸ Auto 139 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto, recogido como precedente en el auto 100 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²¹⁹ Este término fue fijado también por vía jurisprudencial por medio del auto 232 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Así, en principio, las causales son tres:²²⁰

1. La presencia de irregularidades que vulneren las garantías del debido proceso, como son la aprobación por mayoría no calificada legalmente; la incongruencia entre las partes motiva y resolutive del fallo; cuando la decisión carezca de fundamentación o en la parte resolutive se impongan órdenes a terceros que no fueron vinculados o informados del proceso.
2. Que la sala de revisión desconozca la cosa juzgada constitucional.
3. Que esta última cambie la jurisprudencia sin la intervención de la Sala Plena.

No obstante, y como se señaló, existe la tendencia jurisprudencial de presentar un número plural de hipótesis, que desagrega como autónomas cada una de las contenidas en la primera causal,²²¹ y que da a entender la existencia de una cláusula abierta de causales de nulidad en los fallos de las salas de revisión.

²²⁰ Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto al auto 048 de 2006.

²²¹ Auto 139 de 2004, M. P. Humberto Sierra Porto, recogido como precedente en el auto 100 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Capítulo V

La tutela contra providencias. El enfrentamiento entre las cortes. Los proyectos de reforma judicial

La labor desarrollada a lo largo de este libro ha sido analítica y reconstructiva. Analítica en tanto que ha examinado de modo exhaustivo cada uno de los elementos involucrados en la configuración y ejercicio de la figura. La tarea ha sido también reconstructiva, pues en el texto se ha presentado pacientemente la evolución de esta clase de tutela, bajo la idea del origen y crecimiento de una institución que ha introducido una buena dosis de justicia material a un sistema jurídico como el colombiano, tradicionalmente encerrado en el formalismo. En esta medida, en la introducción se dio cuenta de un marco teórico que legitima la figura –el constructivismo jurídico– como una de las metodologías adoptadas por los tribunales constitucionales. Realizada la labor de fundamentación, el capítulo primero se ocupó de mostrar el nacimiento de la institución de las vías de hecho, así como del curso que ha tenido la figura luego de 15 años desde su aparición. El objetivo de ese capítulo fue el de ofrecer una mirada de conjunto al desenvolvimiento histórico de la acción de tutela contra sentencias.

El capítulo segundo es la parte analítica de la investigación. En este sentido, su labor fue conceptual y clasificatoria. Allí se determinó el contenido de la expresión “vías de hecho”, fueron explicados los elementos que la componen y se describió minuciosamente cada una de las modalidades adoptadas por la figura, inicialmente bajo la caracterización de cuatro “defectos”, y posteriormente por el señalamiento de las “causales genéricas de procedibilidad”. Hecha la anterior presentación, el texto dio paso al capítulo tercero, que trabajó la acción de tutela en general, y más específicamente, el conocimiento de diversos elementos puntuales, tales como la competencia y la procedibilidad de la acción. La finalidad de ese capítulo fue la de mostrar el peculiar despliegue de la acción, enfrentándola a las cambiantes condiciones que ofrecen los casos concretos. El texto de esta tercera edición modificó los contenidos del capítulo cuarto del libro, tomando algunos elementos que habían sido destinados al capítulo tercero en la edición anterior, y agregando otros que resultaban necesarios, todos ellos referidos al trámite concreto de la tutela contra sentencias. Así, se hizo la presentación de

los requisitos de procedibilidad específicos en la tutela contra sentencias; de derechos fundamentales que resultan vulnerados por la acción u omisión de los jueces; el contenido del fallo en tutela contra sentencias, las órdenes que deben ser impartidas y las nulidades subsecuentes; y de un cuarto tema que es una novedad en el libro, el de la nulidad de las sentencias de la propia Corte Constitucional, en los casos en que ésta vulnera el derecho al debido proceso de los ciudadanos.

En este capítulo quinto se trabajan básicamente tres temas y se hace un balance. El primero de ellos tiene que ver con el inexplicable éxito que tiene una premisa equivocada, la que considera a la cosa juzgada como absoluta e inmodificable. Dentro de esta línea, se demuestra la falsedad de esta afirmación. En segundo lugar, se trabaja el enfrentamiento entre las cortes a propósito de la tutela contra sentencias, señalando los argumentos en cada una de las posiciones. El tercer tema tiene que ver con el contenido de los proyectos de reforma a la administración de justicia, radicados durante la administración del presidente Uribe Vélez. Finalmente, se hace un balance general de la figura y se plantean soluciones posibles desde los aportes de otros colegas. Como es obvio, la totalidad de la lectura está atravesada por la defensa de la acción de tutela contra sentencias, como la única oportunidad histórica de lograr una defensa integral de los derechos fundamentales en Colombia, en el entendido de que la figura impide que algún sector de la sociedad o del Estado (para el caso, jueces y magistrados) quede legitimado para vulnerar, sin control alguno, los derechos de las personas.

1. El supuesto equivocado de la discusión: la pretendida intangibilidad de la cosa juzgada

Como argumento central de la posición de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado dentro de lo que impropriamente se ha denominado como el “choque de trenes”, se ha acudido principalmente al principio de la cosa juzgada, bajo cuya consideración se hacen gravitar otras afirmaciones relacionadas con la seguridad jurídica, la autonomía funcional, y la desconcentración e independencia judicial. En este sentido, han afirmado dichas corporaciones alrededor de aquella, que sus sentencias “son inmutables, intangibles, definitivas, indiscutibles y obligatorias y no pueden ser objeto de nueva revisión o debate, o de instancias

adicionales no previstas por el legislador”,²²² formulando así un enunciado que no sólo es falso, sino también contrafáctico. Por el contrario, lo que muestran tanto el sistema interno, como el internacional, del que participa el Estado colombiano, es que cada vez más, la cosa juzgada de los jueces y de las cortes tiene menos de “inmutable” y que, por el contrario, ha pasado a ser objeto de modificaciones expresas, provenientes de diversas fuentes. La enunciación tentativa de estas es la siguiente:

1.1 La acción de revisión

La acción de revisión ha estado presente en el sistema colombiano a lo largo del siglo XX, tanto en la legislación civil como en la penal, y en el caso específico de esta última, ha sido fijada en los tres últimos códigos de procedimiento penal, es decir, en el Decreto ley 2700 de 1991, en la Ley 600 de 2000 y, más recientemente, en la Ley 906 de 2004, donde la figura es reglada por el artículo 192 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que establece siete casos de procedencia de la acción de revisión en contra de sentencias ejecutoriadas (es decir, en contra de fallos que han hecho tránsito a cosa juzgada). Las hipótesis allí previstas son: cuando hayan sido condenados sujetos, por delitos que tan sólo pudieron ser cometidos por un número inferior al de sujetos condenados; cuando se haya proferido condena en casos en los que hubo de operar la extinción de la acción penal; cuando luego de la sentencia surgen hechos o pruebas no conocidas, que conduzcan a la inocencia del condenado; cuando proferido fallo absolutorio en procesos por violaciones graves de los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, una instancia internacional haya declarado la violación de la obligación de investigar de modo serio e imparcial esas violaciones; cuando con posterioridad a la sentencia se demuestra que el fallo fue determinado por delito de juez o de un tercero; cuando se demuestra que el fallo se fundó en prueba falsa; o cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado el criterio que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

²²² Corte Suprema de Justicia, auto de Sala Plena de marzo 19 de 2002, radicación núm. 13396, M. P. Luis Gonzalo Toro Correa, parte considerativa c).

La acción de revisión, que no es un recurso, tiene como finalidad adelantar un examen de los hechos nuevos, que entran a afectar la decisión adoptada y que por lo mismo, desplazan a la cosa juzgada, negando de plano su pretendido carácter de “inmutable, intangible, definitiva, indiscutible”. En este sentido, la acción de revisión demuestra que “a pesar de la importancia de la cosa juzgada, es claro que esa figura no puede ser absoluta pues puede entrar a veces en colisión con la justicia material del caso concreto”.²²⁵

1.2 Las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos

Un segundo argumento para considerar la falsedad de la afirmación que califica a la cosa juzgada como “inmutable, absoluta o definitiva”, está fundado en el ejercicio de las competencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, más precisamente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La historia de esta Corte es relativamente reciente. Entre el 7 y el 22 de noviembre de 1969, se reunió en San José de Costa Rica la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos, que dio lugar a la redacción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 21 de noviembre de 1969. A la fecha, 25 naciones han ratificado o se han adherido a ella, entre ellas Colombia, que la adoptó por medio de la Ley 16 de 1972, ratificándola posteriormente, el 31 de julio de 1973. La Convención dio lugar, entre otros órganos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica, desde septiembre de 1979.

La Corte cumple básicamente dos funciones, la consultiva y la contenciosa. En virtud de esta última, la Corte señala “la responsabilidad de los Estados Partes, denunciados por la Comisión o por otros Estados Partes, por la alegada violación de los Derechos Humanos”.²²⁴ La estructura de las sentencias de fondo

²²⁵ Sentencia C-004 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 8. Acerca de esta misma acción puede ser trabajada la Sentencia C-680 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

²²⁴ Héctor Gros Espiell, Una reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los derechos humanos, en *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, p. 32.

resulta común a las de su especie, y concluye con una sección final denominada “puntos resolutivos”, que consta básicamente de dos partes: la declaratoria y la dispositiva.

En la primera parte, la Corte hace la declaratoria formal de responsabilidad del Estado Parte que fue juzgado. Así por ejemplo, en la sentencia del Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, entre los numerales 1 y 14, además de admitirse el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado colombiano, se declaró adicionalmente su responsabilidad internacional por la violación, entre otros, de los derechos a la vida, prohibición de la esclavitud y servidumbre, libertad, propiedad privada, circulación y residencia, derechos de los niños e integridad personal. La segunda parte de la sección de puntos resolutivos es de carácter dispositivo, y en ella se contienen las órdenes acerca de lo que el Estado debe hacer como consecuencia de haber sido declarado responsable. Así por ejemplo, en el caso mencionado, entre los numerales 15 a 26 del fallo, se dispuso que el Estado colombiano debía, entre otras cuestiones, proveer justicia en el caso resuelto, brindar salud a las víctimas y familiares de los ejecutados, realizar acciones de garantía para los desplazados, hacer un acto público de reconocimiento de responsabilidad, colocar una placa, articular programas de educación en derechos humanos, publicar en el *Diario Oficial* los hechos probados y la decisión de la sentencia, y pagar las indemnizaciones fijadas por la Corte en el término de un año.²²⁵

Ahora bien, ocurre con alguna frecuencia que entre los puntos resolutivos la Corte le ha ordenado al Estado declarado responsable la realización de nuevos juicios, en aquellos casos en los que los trámites judiciales llegados a cosa juzgada no hayan observado los estándares de juzgamiento fijados por la Corte y el sistema internacional de protección. Así, y para citar tan solo un caso reciente, aconteció en el Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, que examinó la violación de los derechos contenidos en la Convención, con ocasión de la pena de muerte proferida en contra del señor Ronald Ernesto Raxcacó Reyes. La Corte, luego de

²²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, sentencia de julio 1 de 2006, puntos resolutivos Serie C, núm. 148.

declarar la responsabilidad internacional de Guatemala, dispuso en el punto resolutivo 8 lo siguiente:

8. El Estado debe dejar sin efectos la pena impuesta al señor Raxcacó Reyes en la sentencia del Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y delitos contra el Ambiente, dentro de un plazo razonable y, sin necesidad de nuevo proceso, emitir otra que en ningún caso podrá ser la de pena de muerte.²²⁶

La situación no puede ser más clara: la cosa juzgada, nacida del fallo interno de la jurisdicción de Guatemala, es desplazada por el fallo de la Corte Interamericana, que suprime parcialmente sus efectos y ordena proferir una nueva decisión, que se sujete a lo considerado por la Corte. La conclusión resulta obvia y contraria a los sentimientos del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia colombianas: la cosa juzgada no es ni absoluta, ni inmodificable, ni inmutable.

Idénticas consecuencias han de ser derivadas de los eventos en los que ha existido liquidación de indemnizaciones por daños en el sistema interno, o se han realizado “conciliaciones” alrededor de los daños, y sobreviene condena por perjuicios por la Corte Interamericana, así como en los eventos en los que la Corte ordena nuevas investigaciones y juzgamientos, pues los acontecidos no han observado los estándares del sistema de protección, tal y como acontece continuamente en los casos contra Colombia, en los que recurrentemente se dispone que “el Estado debe, en un plazo razonable, investigar efectivamente los hechos del presente caso, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de las violaciones cometidas (...)”.²²⁷

1.3 Las decisiones de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional, así como los tribunales análogos que se establezcan en el futuro, son otro potente argumento en contra de la falsa inmutabilidad y

²²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, sentencia de septiembre 15 de 2005, puntos resolutivos, Serie C, núm. 133.

²²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 comerciantes contra Colombia, sentencia de julio 5 de 2004, punto resolutivo núm. 5, Serie C, núm. 109.

absolutez de la cosa juzgada, en la medida en que dentro de sus poderes está, obviamente, el de dejar sin efectos los juzgamientos de los Estados Partes, que se hayan efectuado por debajo de los estándares internacionales vigentes, en los asuntos que son de competencia de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma que dio lugar a la Corte Penal Internacional, es el resultado final de una serie de intentos por articular tribunales internacionales de juzgamiento penal. El proceso de implementación del Estatuto para Colombia señala que, tras la suscripción del instrumento internacional, se tramitó y aprobó el Acto Legislativo núm. 2 de 2001, modificadorio del artículo 93 de la Carta, que sirvió de piso constitucional a la expedición de la Ley 742 de 2002, aprobatoria del tratado, que fue sometida a control automático por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-578 de 2002,²²⁸ todo ello para que finalmente se procediera a la ratificación del Estatuto, mediante el depósito de la firma ante la Secretaría de las Naciones Unidas el día 1 de noviembre de 2002.

El Estatuto de Roma hace, entre los artículos 5 a 8, la enunciación de los crímenes que son de competencia de la Corte Penal Internacional, dispuestos en cuatro categorías básicas: genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión. Ahora bien, aunque la competencia de esta Corte es complementaria a las jurisdicciones nacionales, acontece que de conformidad con los artículos 17.2 y 17.3 del Estatuto, la Corte sí puede desconocer la cosa juzgada interna y adelantar nuevos juzgamientos en los casos de “falta de disposición” por parte del Estado, así como en los casos en que el Estado es “incapaz” de juzgar al agresor, como ocurre con el otorgamiento de amnistías, indultos o perdones generalizados y, en general, en los casos de impunidad sobre asuntos de competencia de la Corte. En estos eventos, como en los ya enumerados, mal puede hablarse de “inmutabilidad” del fallo, o de la “intangibilidad” de la cosa juzgada.

1.4 El ejercicio del principio de competencia o de jurisdicción universal

El principio de jurisdicción universal o de competencia universal, como otros lo denominan, es otro claro argumento en contra del “mito” jurídico de la inmuta-

²²⁸ Sentencia C-578 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

bilidad o de la intangibilidad de la cosa juzgada, en la medida en que permite la persecución judicial de cualquier perpetrador, así éste haya sido juzgado anteriormente en su país de origen o en cualquier otro.

Este principio consiste en el ejercicio de una forma absoluta de jurisdicción “que establece que los tribunales nacionales pueden investigar y sancionar a una persona sospechosa de cometer un delito en cualquier lugar del mundo, con independencia de la nacionalidad del acusado o de la víctima o en ausencia de todo vínculo con el Estado en que ejerce dicho tribunal”,²²⁹ siendo adicionalmente caracterizado en el núm. 23 de los Principios de Joinet,²³⁰ como una competencia subsidiaria de los tribunales de cualquier Estado, que procede fundada en uno cualquiera de los siguientes instrumentos:

- Una cláusula expresa de competencia universal prevista en cualquier tratado vigente.
- Una norma de derecho interno que establezca competencia extraterritorial de ese Estado, con ocasión de la realización de delitos graves.

A la fecha, numerosos países europeos han incrementado el uso y la aplicación de este principio. Alemania, Austria, Dinamarca, los Países Bajos, Suecia, Suiza, Bélgica, Francia y España vienen ejerciendo la cláusula, especialmente en los casos de persecución a los represores africanos y latinoamericanos. Si bien el caso Pinochet suele ser presentado como ejemplo paradigmático, es necesario señalar como especialmente importante la sentencia del 26 de septiembre de 2005, proferida por el Tribunal Constitucional Español, que al resolver un recurso de amparo propuesto por las víctimas del ejército guatemalteco y los grupos paramilitares de ese país (acción de tutela), decidió que en virtud del principio de

²²⁹ Amnistía Internacional, *La jurisdicción universal: preguntas y respuestas*, 2001. En: <http://www.amnesty.org/library/index/>

²³⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49 período de sesiones, *La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos*. Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violencia contra los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por Louis Joinet, de conformidad con la resolución 1996/119, 1997, E/CN.4/sub.3/1997/20/Rev.1

jurisdicción universal, aplicado a la persecución de los autores de crímenes de lesa humanidad, los jueces españoles tenían competencia para investigar y juzgar a los autores de crímenes atroces ocurridos en Guatemala durante el periodo 1978 a 1986, independientemente de que las víctimas fuesen o no ciudadanos españoles (para el caso, se trataba preferentemente de miembros de la comunidad indígena Maya). Para el Tribunal Constitucional, el juzgamiento resultaba procedente, en atención a que la lesividad de los delitos “trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la comunidad internacional en su conjunto”.²⁵¹

El Tribunal finalmente amparó los derechos de las víctimas a la justicia, en la modalidad de acceso, en un caso en el que además actuó como accionante y víctima, entre otros, la señora Lucrecia Molina Theissen, quien anteriormente había obrado en la misma calidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Molina Theissen contra Guatemala,²⁵² y ante la justicia interna de su país, en lo que resulta ser, además de la integración entre diversas cortes y sistemas de protección, un mecanismo reproductivo de la memoria judicial, decisivo en la lucha contra la impunidad. En estos casos, no sólo no opera la falsa “inmutabilidad” de la sentencia, sino que la cosa juzgada deja de ser operativa, por encubrir la impunidad de los crímenes.

1.5 Otros límites a la cosa juzgada. Más falsaciones a su carácter de “inmutable”

Además de las anteriores instituciones jurídicas que demuestran lo falso que resulta afirmar el carácter absoluto de la cosa juzgada o la inmutabilidad de los fallos, el Informe de Naciones Unidas conocido como Principios de Joinet, contiene entre los principios 26 a 35, la enumeración de una serie de instituciones jurídicas que resultan limitadas en los casos de lucha contra la impunidad, dentro de las cuales está comprendida la cosa juzgada, así como los dispositivos que dan lugar a ella.

²⁵¹ Tribunal Constitucional español, STC 237 de septiembre 26 de 2005.

²⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Molina Theissen contra Guatemala, sentencia de reparaciones de julio 3 de 2004, Serie C, núm. 108.

Se establece allí que la prescripción de los delitos graves, la amnistía, el derecho de asilo, la no extradición, la improcedencia de los procesos en ausencia, la obediencia debida, la competencia de la justicia penal militar y el principio de inamovilidad de los jueces, deben ser restringidos en los casos de negociación o de transición, pues de no ser así, se continuaría con la impunidad y la reproducción de la atrocidad. Específicamente en el caso de la amnistía, la regla, posteriormente acogida por la Corte Interamericana, señala puntualmente en el principio 28, que “los autores de delitos graves conforme al derecho internacional y los autores de violaciones masivas o sistemáticas no podrán beneficiarse de la amnistía a menos que las víctimas dispongan de un recurso eficaz y obtengan una decisión equitativa y efectiva”,²³³ con lo cual se busca impedir la práctica del otorgamiento de beneficios amplios, como acontece sistemáticamente en América Latina al cierre de dictaduras y de periodos de autoritarismo.

Ahora bien, comoquiera que el ejercicio de todas esas figuras trae como consecuencia el establecimiento de cosa juzgada, queda demostrado que ésta nuevamente pierde vigencia en los casos ya enunciados.

2. El enfrentamiento entre las cortes por las vías de hecho

Un índice de las dimensiones del enfrentamiento entre las cortes puede ser derivado tanto de la consideración de las noticias de los medios de comunicación, así como de la manera como cada una de las corporaciones asume la “defensa” de sus propias providencias. Una referencia hacia el pasado: el martes 3 de agosto de 2004, la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes tenía previsto “resolver cuatro de las 14 denuncias instauradas por el presunto desacato de las salas penal y laboral de la Corte Suprema de Justicia a los fallos de tutela y providencias judiciales de la Corte Constitucional”.²³⁴ Luego se supo que la reunión de la Comisión no pudo llevarse a cabo para los fines que había sido convocada. No obstante, meses después, hizo un lánguido pronunciamiento en el que daba la razón a todas las partes involucradas en el asunto, concluyendo además que

²³³ ONU, *op. cit.*, Principio 28.

²³⁴ Periódico *El Tiempo*. “Comisión sin quórum”, Bogotá, agosto 6 de 2004, pp. 1-3.

no había lugar a investigación disciplinaria alguna en los casos de contumacia judicial presentados tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado. Esta posición de la Comisión de Acusaciones de la Cámara, lejos de apaciguar la situación, agudizó el conflicto, radicalizando aún más las posiciones de cada una de las cortes, con un elemento adicional, y es que los roles se han invertido en la medida en que justamente ahora es el Consejo de Estado quien pide a la misma Comisión que investigue a los magistrados de la Corte Constitucional por faltas disciplinarias, en nombre de una muy peculiar “defensa” de la Constitución.

Sin embargo, y mientras se resuelve la tensión por la vía del constituyente derivado, resulta necesario hacer una reconstrucción de la disputa, de tal condición que permita determinar las tesis y los argumentos de cada una de las partes involucradas. Para el efecto, esta segunda sección señala con precisión las tesis y los argumentos usados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, al interior de la tensión existente entre las dos corporaciones, para luego dar paso a la misma situación, pero entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Igualmente, se hace referencia a un caso específico de vía de hecho denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.1 Las vías de hecho en las decisiones de la Corte de Casación y del Consejo de Estado

A lo largo de este libro se ha asistido a la exposición reconstructiva, analítica y procedimental de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Ha quedado claro que luego de quince años de ejercicio, la vía de hecho es hoy una figura definida, de contornos teóricos y operativos claros, que permite ejercer un control concreto de constitucionalidad, cuando los derechos fundamentales resultan afectados por decisiones judiciales. No obstante, y en consideración al enfrentamiento entre cortes, han cobrado actualidad los siguientes interrogantes: ¿la procedencia de la acción de tutela contra sentencias acontece en cualquier caso de afectación de los derechos fundamentales, independientemente de la jerarquía del despacho que profiere el fallo?, o por el contrario, ¿se aplicará la vía de hecho únicamente a los juzgados de base y no a las cortes?

Alrededor de los anteriores interrogantes pueden ser señaladas dos posiciones antagónicas, que constituyen los extremos de la discusión. De un lado,

las salas Laboral y Penal de la Corte de Casación y el Consejo de Estado, para quienes sus sentencias son intangibles e inmodificables, así violen los derechos fundamentales, pues en su sentir, tales corporaciones son órganos de cierre en sus materias, sus sentencias han hecho tránsito a cosa juzgada y, por lo mismo, no podrían ser modificadas por fallos de tutela. De esta manera, la acción eventualmente procedería contra sentencias de cualquier despacho judicial, pero no en contra de una alta corte, con lo cual estas últimas pasarían a ser algo así como nichos de poder o sedes de lo infalible. Del otro lado se ubica la Corte Constitucional, que entiende que la acción de tutela fue creada por el constituyente para la protección de los derechos fundamentales, cuando éstos resultaren vulnerados o amenazados “por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, que establece un enunciado normativo que contiene “una proposición deóntica que, en un sentido lógico, se refiere a un conjunto universal: *el de todas las autoridades públicas*, al cual pertenecen las autoridades judiciales”.²⁵⁵ En ese sentido, no es que la Corte Constitucional quiera o no a las otras cortes o a los otros despachos judiciales. Ocurre simplemente que así lo manda la Constitución.

Ahora bien, para una adecuada comprensión del asunto, nada mejor que señalar las tesis y los argumentos de cada una de las partes involucradas, para de este modo hacer una adecuada ponderación. Así, resulta conveniente hacer el análisis de casos concretos, de tal modo que se identifique con precisión la postura de cada despacho. De esta manera, para trabajar el enfrentamiento entre las cortes, han sido escogidos dos casos paradigmáticos que permiten de la mejor manera posible la reconstrucción argumental. Para la tensión existente entre la Sala Laboral de la Corte de Casación y el Tribunal Constitucional, se analizará la clásica acción de tutela interpuesta por el ciudadano Florentino Enrique Méndez Espinosa contra el Banco Popular. En segundo lugar, y para la tensión existente entre el Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional, será analizado el caso de la abogada Rosario Bedoya Becerra contra el propio Consejo de Estado, que permite avizorar las dimensiones que ha tomado la disputa entre

²⁵⁵ Sentencia T-200 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas.

cortes. Según se señaló líneas atrás, la finalidad específica de este ejercicio es el de explicitar los aparatos argumentales de los implicados a efectos de lograr una adecuada ponderación.

2.2 La tensión entre la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional

En el sistema colombiano la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, y orgánicamente está dividida en salas. El artículo 16 de la Ley 270 de 1994, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece la existencia de cinco salas: la Sala Plena, la Sala de Gobierno, la Sala de Casación Civil y Agraria, la Sala de Casación Laboral y la Sala de Casación Penal. Si se adoptan como criterio de evaluación los pronunciamientos de las distintas salas con ocasión de fallos de tutela proferidos por la Corte Constitucional en su contra, se tiene entonces que las salas laboral y penal se abstienen de dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional y, en este sentido, se colocan fuera del alcance de los fallos de tutela. Este hecho puede ser explicado a partir de dos razones. La primera de ellas tiene que ver con el origen de la violación de los derechos fundamentales y el desacato a la orden de protección. Así, y tomando como referencia el número de quejas disciplinarias que se tramitan ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, se tiene que los magistrados objeto de queja pertenecen principalmente a las mencionadas salas. La segunda razón es de tipo histórico y corresponde a la tendencia ideológica de aquellas dos salas, y muy especialmente a la de Casación Laboral, cuyos miembros, como lo señala el profesor Óscar Dueñas²⁵⁶ se han mostrado históricamente partidarios de restringir los derechos de los colombianos, paradójicamente, en la sala que tiene nombre de derecho fundamental.

Por la resonancia y notoriedad de los pronunciamientos, el caso contenido en las sentencias T-1306 de 2001 y SU-1158 de 2003 es fundamental. Se trata de dos decisiones de tutela proferidas en contra de la Sala de Casación Laboral, que permiten reconstruir de la mejor manera posible el enfrentamiento con esa

²⁵⁶ Óscar José Dueñas Ruiz, *Control constitucional*, 2 edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997, pp. 42 a 59.

Corte, en la medida en que en ambos casos sobrevino una acre respuesta de la Sala de Casación, declarándose en contumacia respecto de lo decidido por la Corte Constitucional. A continuación se reconstruyen los momentos relevantes del enfrentamiento.

2.2.1 La Sentencia T-1306 de 2001. El caso del señor Florentino Méndez Espinosa

El caso del señor Méndez Espinosa es un excelente ejemplo de cómo nuestros jueces, al enfrentar el dilema de escoger entre el derecho sustantivo y la exégesis de las formas, prefieren éstas, aún si con la escogencia resultan vulnerados derechos fundamentales. Los hechos ofrecen una claridad enorme. El accionante laboró para la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá durante nueve años, y otros quince al servicio del Banco Popular, para un total de 25 años y 27 días de trabajo. A la vigencia de la Ley 33 de 1985, el señor Méndez tenía más de 22 años de servicio, razón por la cual su situación resultaba regida por el Decreto 3135 de 1968, que en el artículo 27 determinaba la edad de 55 años para la jubilación en el caso de los hombres. Si se tiene en cuenta que el accionante había cumplido dicha edad el 8 de mayo de 1997, se concluye inevitablemente que había adquirido el estatus de pensionado.

Sin embargo, y a pesar de la claridad del derecho, el Banco Popular se negó a reconocer la pensión, por lo cual el señor Méndez tuvo que acudir a la jurisdicción ordinaria, obteniendo el 10 de febrero de 1999 sentencia favorable por parte del Juzgado 60. Laboral del Circuito de Bogotá. La decisión fue recurrida por el Banco y posteriormente, mediante providencia de fecha junio 18 de 1999, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá decidió revocar el fallo de primera instancia, absolviendo al Banco y negando la pensión al demandante.

Dada la situación, el afectado presentó por medio de apoderado demanda de casación en contra de la sentencia, alegando interpretación errónea de la Ley 33 de 1985, así como la violación directa de la ley sustancial. Finalmente, el día 18 de octubre de 2000, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró que no casaba la sentencia, al encontrar que la formulación de los cargos adolecía de falta de técnica, no sin antes advertir dentro de la providencia, que el accionante era titular del derecho a la pensión. Al respecto puntualmente señaló:

No obstante que por razones de técnica la acusación no tuvo éxito, la Corte hace la corrección doctrinaria al Tribunal, en la medida en que debió considerar que, pese a que el actor llevaba más de 15 años de servicio a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, también lo era que tenía laborados más de 20 años al Estado, en condición de empleado oficial, *de donde resultaba beneficiario de la pensión de jubilación* en los términos previstos por el inciso primero de la mencionada norma” (énfasis agregado).²³⁷

En conclusión, la Sala de Casación Laboral le negaba el derecho a la pensión al accionante, a pesar de cumplir con los requisitos, por defectos de técnica en la formulación de la demanda.

2.2.2 La vía de hecho declarada por la Corte Constitucional

Agotada la totalidad del trámite ordinario, y habiéndose negado el derecho a la pensión por errores en la demanda, el señor Méndez accionó en tutela en contra de la Sala de Casación, alegando la violación del debido proceso. De la acción conoció el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, el que mediante sentencia de marzo 5 de 2001, concedió el amparo en contra de la providencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, disponiendo dejar sin efectos el proveído de esta última corporación. Impugnada la decisión por los miembros del Tribunal, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante fallo de julio 24 de 2001, decidió revocar el fallo del Consejo Seccional, y en su lugar ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, que dejara sin efectos la sentencia de octubre 18 de 2000, por la que no se había casado el fallo del Tribunal. El argumento central señalaba la configuración de una vía de hecho.

Llegado el expediente a la Corte Constitucional, el caso fue seleccionado, correspondiéndole por reparto a la Sala Sexta de Revisión, que profirió la Sentencia T-1306 de 2001, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. En ella se dispuso confirmar la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura, por

²³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Casación de octubre 18 de 2000.

la configuración de una vía de hecho por defecto sustantivo, consistente en la violación de principios constitucionales, así como una vía de hecho por defecto fáctico, consistente en exceso ritual manifiesto por parte de la Sala de Casación. La *ratio decidendi* del fallo se encuentra enunciada en la consideración jurídica núm. 5.2.1 en los siguientes términos:

El juez que haga prevalecer el derecho procesal sobre el sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental, (...) estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos.

Por tanto, se configura una vía de hecho cuando en sede de casación, a pesar de encontrarse probada la violación de un derecho fundamental y así declararse, no se protege por la prevalencia de la técnica de casación. La técnica del recurso extraordinario debe ceder ante la evidencia de violación de tales derechos.²⁵⁸

Los argumentos que sirvieron a la Corte Constitucional para la defensa de la tesis fueron los siguientes:

1. Argumentación por principios. La Corte defendió la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, fijado en el artículo 228 de la Carta, censurando la actuación de la Sala de Casación al incurrir en un exceso ritual manifiesto. Para el efecto se le recordó a la Corte Suprema la vigencia del principio de instrumentalidad de las formas, y que la finalidad de la norma procesal es la de ser un medio para la efectiva realización del derecho material.
2. Argumentación por finalidad, referida al recurso de casación, al considerar que aunque el mismo resulta ser más un juicio sobre la sentencia de segunda instancia, que sobre los hechos, “sin que la rigurosidad de las mismas

²⁵⁸ Sentencia T-1306 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 5.2.1.

(causales) llegue hasta el extremo de hacer inocuo el derecho sustancial”,²⁵⁹ pues debe proveer la realización del derecho objetivo y la defensa de los derechos fundamentales.

3. Argumentación por precedente de la propia Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sobre el punto la Corte Constitucional señaló que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá había introducido una diferencia de trato no legítima en contra del señor Méndez, con violación del derecho a la igualdad de trato jurídico, al apartarse de la jurisprudencia unificada de la Sala de Casación Laboral, vigente desde la Sentencia 10803 de julio 29 de 1998, M. P. José Roberto Herrera Vergara, y ratificada entre muchas otras, por las sentencias 13336 de julio 6 de 2000, M. P. Fernando Vásquez Botero; 13783 de julio 11 de 2000, M. P. Luis Gonzalo Toro Correa, y 13279 de septiembre 19 de 2000, M. P. Luis Gonzalo Toro Correa, entre otras.
4. Argumentos normativos, derivados de la aplicación directa de normas constitucionales al caso, que sirve a su vez para la articulación de la línea jurisprudencial de obligatoria observancia. Así, se señaló la aplicación directa de las siguientes normas constitucionales: el artículo 4, que establece el principio de supremacía constitucional; el artículo 5, que fija la prevalencia de los derechos inalienables del ser humano; el artículo 25 que señala la especial protección al trabajo; el artículo 48, que establece el derecho a la seguridad social; el artículo 228, que consagra la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, y el artículo 230, referido al sistema de fuentes en Colombia.
5. Argumentación por precedente de la Corte Constitucional y de la obligatoriedad de la doctrina constitucional integradora. Al respecto el Tribunal Constitucional apeló a la doctrina contenida entre otras, en las sentencias C-215 de 1994, M. P. Fabio Moron Díaz, referida a las finalidades de la casación; T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, que considera el derecho a la pensión como un derecho fundamental por conexidad; SU-696 de 1999, M. P. Antonio Barrera Carbonell y C-657 de 1996, M. P. Fabio Morón

²⁵⁹ Sentencia T-1306 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 2.

Díaz, en las que se reitera la función protectora de los derechos fundamentales que ha de tener la casación. La Corte insiste igualmente sobre la obligatoriedad de la doctrina constitucional integradora y la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

Finalmente, y en la parte resolutive del fallo, la Corte confirmó la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, tutelando los derechos al debido proceso y mínimo vital del señor Méndez Espinosa. En el numeral segundo de la decisión, y en lo que constituye la parte más fuerte del fallo, la Corte dispuso “*Dejar sin efectos* la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 18 de octubre de 2000, y *disponer* que en el término de treinta (30) días se profiera sentencia de reemplazo siguiendo los lineamientos de la parte motiva de esta sentencia”.

A continuación se verá cómo la Sala de Casación Laboral entró en contumacia y se negó a cumplir el fallo de la Corte Constitucional.

2.2.3 La respuesta de la Sala de Casación Laboral.

El auto de Sala Plena de marzo 18 de 2002

Notificada la Sala de Casación Laboral del fallo que contenía la orden de dictar sentencia de reemplazo en el término de treinta días, ésta, en vez de cumplir el fallo, decidió emitir un auto de Sala Plena en cuya parte resolutive dispuso:

En defensa de la Constitución Política y de la ley mantiénesse la sentencia ejecutoriada de 18 de octubre de 2000, que resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por Florentino Enrique Méndez Espinosa contra el Banco Popular, la cual surte plenos efectos jurídicos y estése a lo resuelto en ella para todos los fines.²⁴⁰

El auto de la Corte no examina si en efecto aconteció la vulneración de los derechos fundamentales del accionante (esto le parece secundario), y se limita

²⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, auto de Sala Plena de marzo 19 de 2002, radicación núm. 13396, M. P. Luis Gonzalo Toro Correa.

simplemente a hacer una “defensa” de la cosa juzgada formal y del sistema de casación, con lo cual se desplaza el eje de la cuestión. En lo que puede ser considerada la tesis del auto, la corporación señaló: “el proveído de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, se funda más en un juicio al sistema de la casación que a la situación de la supuestamente víctima de la violación de los derechos fundamentales”.²⁴¹

Cabría pensar entonces, que para la Sala Laboral no tiene importancia la consistencia que merezca su propio precedente horizontal, ahora desatendido, ni la prevalecía de los derechos fundamentales, ni la igualdad de trato jurídico que debe ser dispensada a los usuarios de la administración de justicia, ni la prevalecía del derecho sustantivo sobre las simples formas, ni el valor de la doctrina constitucional integradora. En lo que podría ser considerado como el aparato argumental del auto, la Sala de Casación señaló:

1. Que la Corte Suprema de Justicia es órgano límite de la jurisdicción ordinaria, es decir, órgano de cierre en sus materias. Por lo mismo, la Constitución le habría otorgado la calidad de “intangibles” a sus determinaciones.
2. Que el juicio de legalidad, que es el propio de la casación, permite una adecuada defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales. Por lo mismo considera la Sala Laboral, que una orden contraria a la dispuesta por la Corte de Casación constituye un “imposible jurídico”, y que como nadie está obligado a lo imposible, entonces no puede procederse al cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional.
3. Que habiéndose surtido el trámite de la casación, la sentencia ha hecho tránsito a cosa juzgada, resultando por lo mismo la decisión inmodificable, tanto para la propia Corte Suprema, como para cualquier otra autoridad del país.
4. Que en consideración a todo lo anterior y en virtud del principio de cosa juzgada, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia son “inmutables, intangibles, indiscutibles y obligatorias”.

²⁴¹ *Idem.*

Con la anterior decisión, la Sala de Casación Laboral entró en desacato respecto de la decisión de la Corte Constitucional, dando lugar a una eventual intervención disciplinaria de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, a la que ya se ha hecho referencia.

2.3 La tensión existente entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional

Expedida la Constitución de 1991, y puesto en vigencia el sistema de competencias en ella contenida, podría decirse que las relaciones entre el Consejo de Estado y el nuevo Tribunal Constitucional fueron de una “fría cordialidad”, episódicamente matizada por algunos enfrentamientos que no alcanzaron la dimensión de “choque” entre las corporaciones. Dentro de esta línea pueden ser recordadas las diferencias sustantivas alrededor del tema del periodo de los alcaldes y gobernadores de elección popular, o el de la posibilidad de acumulación de pretensiones en demandas de acciones de nulidad con restablecimiento del derecho, entre otros. Dicho estado de cosas fue modificado en el año 2002, con la expedición de la Sentencia C-424 de dicho año, donde la Corte Constitucional, tras examinar la constitucionalidad del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tal y como fue subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, declaró la constitucionalidad condicionada de la norma, al señalar que “la acción de nulidad también procede contra actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto, en los términos de la parte motiva de la sentencia”,²⁴² con lo cual la constitucionalidad del enunciado se sometía a las consideraciones jurídicas núms. 7.22 a 7.25 del fallo. Con tal decisión, la Corte Constitucional introducía una modificación hermenéutica en lo que el Consejo de Estado había denominado “la doctrina de los móviles y de las finalidades”.

La respuesta del Consejo de Estado aconteció mediante decisión de fecha 4 de marzo de 2003, en la que se descalificó el fallo del Tribunal Constitucional, afirmándose que por ser el Consejo de Estado el tribunal supremo de lo

²⁴² Sentencia C-426 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, parte resolutive.

contencioso administrativo, “sus decisiones no son susceptibles de cuestionamiento posterior por órgano alguno”, y que por lo mismo, “cualquier pretensión de interferencia en la autonomía que debe caracterizar el cumplimiento de su función jurisdiccional, es inaceptable y le es inoponible en la toma de sus decisiones”.²⁴⁵ Obsérvese que este enfrentamiento aconteció en el plano de las sentencias de constitucionalidad, y que en el entendimiento del Consejo, lo que habrá de salvaguardarse es la integridad de la propia competencia. Posteriormente, y en atención a distintos procesos, el enfrentamiento pasaría al plano de la acción de tutela. A continuación se desarrollan las tesis y los argumentos que plantearon las partes en este nuevo escenario.

2.3.1 El caso de Rosario Bedoya Becerra contra Ferrovías

La Sentencia T-902 de 2005, ya trabajada al relacionar el defecto fáctico, reavivó intensamente la tensión entre las cortes alrededor de la tutela contra sentencias, al desatarse un caso relacionado con la demanda que por nulidad y restablecimiento del derecho promoviera ante la jurisdicción administrativa la señora Rosario Bedoya Becerra en contra de la Empresa de Vías Férreas (Ferrovías), por haber sido destituida del cargo de vicepresidente financiero, mediante un acto con desviación de poder.

La demandante había sido vinculada a la empresa en el cargo de vicepresidente financiero, mediante Resolución 660 de abril 18 de 1996, durante la administración del señor Julián Palacio Luján, quien fuese vinculado a investigaciones penales y privado de la libertad, siendo posteriormente reemplazado en el cargo por el señor Ciro Vivas Delgado. De acuerdo con la demandante, el señor Vivas Delgado, desde su posesión, mostró especial interés en la licitación núm. 001 de 1997, cuyo objeto era la concesión a treinta años para la operación y el mantenimiento de la red atlántica férrea y operación del ferrocarril que une a Santa Marta con Bogotá.

De acuerdo con la accionante, el presidente de Ferrovías, señor Ciro Vivas, le solicitó adelantar los trámites necesarios para obtener la disponibilidad presupuestal necesaria para una nueva adjudicación, a lo que aquella se negó,

²⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, radicación núm. 199905683 02, marzo 4 de 2003, M. P. Manuel S. Urueta, consideración jurídica núm. VI, 4.

desatándose según su dicho una persecución en contra de los funcionarios que tuviesen que ver con temas de presupuesto, contabilidad o finanzas. Ante la situación, el día 2 de julio de 1998, la funcionaria le dirigió una comunicación al presidente de la entidad, indicándole que no participaría en actos irregulares de adjudicación, remitiendo copia de la misma a los órganos de control. La respuesta del presidente fue la declaratoria de insubsistencia, comunicada mediante Oficio 000578 de julio 7 de 1998. Propuso entonces la afectada, por medio de apoderado judicial, acción de nulidad con restablecimiento del derecho ante la jurisdicción administrativa, alegando que el acto de destitución había sido expedido con una clara desviación de poder. Tramitado el proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dictó sentencia el 25 de abril de 2002, declarando la nulidad de la Resolución 452 de julio 7 de 1998, que contenía el acto de insubsistencia, ordenando el reintegro de la demandante al cargo que venía ocupando. La decisión fue apelada y el expediente remitido al Consejo de Estado, Sección Segunda, que el día 11 de septiembre de 2003 revocó la decisión el Tribunal, negando así la nulidad del acto de insubsistencia.

En firme la sentencia, la abogada propuso acción de tutela en contra del Consejo de Estado, alegando la configuración de una vía de hecho por defecto fáctico, pues en su opinión no habían sido valoradas pruebas específicas y decisivas que obraban en el expediente, lo que implicaba la violación del derecho al debido proceso. De la tutela conoció en primera instancia la sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó el amparo, afirmando que la acción de tutela no procede en contra de providencias judiciales, ni siquiera en los casos de vías de hecho. Impugnada la decisión, el expediente fue enviado a la Sección Quinta, que confirmó la negativa, reiterando la improcedencia de la acción, basándose en la Sentencia C-543 de 1992.

Remitido el expediente a la Corte Constitucional para su revisión, fue seleccionado. Para resolver fue formulada la siguiente pregunta jurídica: ¿incurrió en vía de hecho por defecto fáctico el fallo proferido por el Consejo de Estado, al no apreciar parte del material probatorio allegado al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que la accionante seguía contra Ferrovías? Para resolver, la Sala reconstruyó la jurisprudencia constitucional acerca de la acción de tutela contra sentencias, procediendo a fijar la tesis central del fallo en los siguientes términos:

En el presente caso existió una vía de hecho por defecto fáctico, en punto a la omisión en el decreto y valoración de la prueba que definitivamente podía cambiar el sentido del fallo de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que la señora Rosario Bedoya Becerra siguió contra Ferrovías.²⁴⁴

De acuerdo con la Corte, el fallo de la Sección Segunda, que revocara la declaratoria de nulidad hecha por el Tribunal Administrativo, señalaba como sustento que: i) la demandante no había aportado el documento que contenía su concepto negativo a la nueva adjudicación, y ii) que no había pruebas acerca de la irregularidad de la licitación. Para verificar el aserto, la Corte Constitucional decretó la práctica de la prueba de inspección judicial sobre el expediente, la que se realizó el 12 de agosto de 2005, encontrándose dentro del mismo dos pruebas claves que el Consejo de Estado había señalado como ausentes, y que sí se encontraban dentro del expediente, como son:

- a) La carta del 2 de julio de 1998, que expone tanto las irregularidades que la accionante encontrara en el proceso de licitación, como su concepto negativo a la adjudicación (folios 15 a 17 del segundo cuaderno).
- b) La carta de respuesta del presidente de Ferrovías, contenida en el Oficio 000578 del 7 de julio de 1998.

Con base en lo anterior la Corte concluye:

Las pruebas anteriores, no fueron valoradas por la sentencia de segunda instancia y a juicio de esta Sala son determinantes para concluir, precisamente en lo que debía, a juicio de la sentencia cuestionada, probarse en el proceso de nulidad para poder demostrar la motivación oculta del acto administrativo que declaró la insubsistencia del cargo de la accionante.²⁴⁵

²⁴⁴ Sentencia T-902 de 2005, M. P. Marco Gerado Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 5

²⁴⁵ *Idem*.

Por lo anterior, se había incurrido en defecto fáctico en dimensión omisiva, vulnerando el derecho al debido proceso de la accionante, teniendo que ser revocadas las sentencias que negaron la tutela, para así dejar sin efectos el fallo del 11 de septiembre de 2003, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que negara la nulidad del acto de insubsistencia, todo lo cual fue recogido por la resolución tercera del fallo, que finalmente dispuso:

Tercero. *Tutelar* el derecho al debido proceso de la señora Rosario Bedoya Becerra. En consecuencia, en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación del presente fallo, la Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, deberá realizar las gestiones necesarias para dictar una nueva sentencia con base en los lineamientos que aparecen en la parte motiva de esta sentencia.

2.3.2 La sentencia de reemplazo del Consejo de Estado de noviembre 17 de 2005

En los casos en que la Corte Constitucional, en virtud de un fallo de tutela, le había ordenado al Consejo de Estado proferir sentencias de reemplazo, la actitud de esta última corporación había sido siempre la misma: emitir un auto de Sala Plena, por medio del cual se rechazaba la decisión de la Corte Constitucional, declarando además que la sentencia inicial había hecho tránsito a cosa juzgada, y que los fallos proferidos eran inmutables y no podían ser objeto de revisión por otra corte. Extrañamente, en el presente caso, el Consejo de Estado, apartándose de su propio precedente, procedió a dictar sentencia de reemplazo.

Así entonces, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, “acatando” la sentencia de la Corte Constitucional, profirió nueva sentencia de segunda instancia el día 17 de noviembre de 2005, en la que dijo examinar los documentos a los que se había referido la Sentencia T-902 de 2005, concluyendo que una de las pruebas que la Corte Constitucional había señalado como no examinada (la carta de respuesta del gerente de Ferrovías a la demandante), sí había sido valorada expresamente por la corporación. Adicionalmente, la nueva providencia de la Subsección “A” hizo un recuento de todas las pruebas allegadas al expediente, se refirió a cada una de ellas, y expresó que las valoraba,

concluyendo que aun al incluir las pruebas que la Corte Constitucional había señalado como no valoradas, no se había acreditado la desviación de poder en la declaratoria de insubsistencia de la demandante, razón por la cual, y mediante la sentencia de reemplazo, se negaba nuevamente la nulidad y el restablecimiento del derecho solicitados por la abogada Bedoya Becerra. Incluso, en la parte final de la decisión afirmó que quien realmente había incurrido en vía de hecho era la Corte Constitucional por medio de su Sentencia T-902 de 2005, calificando de “ligero” y de “equivocado” el análisis probatorio que había desarrollado.

En términos formales, el Consejo de Estado decía haber satisfecho la orden dada por la Corte Constitucional, consistente en dictar una nueva sentencia “con base en los lineamientos que aparecen en la parte motiva”, por lo cual determinó en la parte resolutive del fallo: “*Revócase* la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 25 de abril de 2002 mediante la cual se *accedió* a las pretensiones de la demandada en el proceso promovido por Rosario Bedoya Becerra contra la Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías”.

2.3.3 El auto de Sala Plena 249 de septiembre 6 de 2006 de la Corte Constitucional

La expedición de la sentencia de noviembre 17 de 2005 por parte del Consejo de Estado, así como otras manifestaciones de esa corporación, fueron entendidas por la demandante y su apoderado como maniobras elusivas, encaminadas intencionalmente al incumplimiento de la protección dispuesta por medio de la Sentencia T-902 de 2005. En este sentido, la defensa lideró una copiosa actividad que tenía por objeto el cumplimiento material y no simplemente formal de la orden de protección dada por la Corte Constitucional.

El 20 de enero de 2006, el apoderado de la accionante, doctor Gabriel de Vega, promovió un incidente de desacato ante la Sección Cuarta del Consejo de Estado, juez de primera instancia en la tutela, a efectos de hacer cumplir la Sentencia T-902 de 2005, solicitud que fue denegada el 23 de enero de 2006 por la Sección Cuarta, que la consideró improcedente. Posteriormente, la abogada Bedoya Becerra insistió nuevamente en la apertura del incidente por incumplimiento del fallo, siendo nuevamente rechazada la petición.

Convertido en nugatorio el derecho al incidente de desacato, la demandante Rosario Bedoya Becerra allegó, en diversas oportunidades, distintos documentos relacionados con el incumplimiento de la sentencia de tutela, entre los que cabe destacar el memorial de mayo 30 de 2006, en el que solicita la intervención directa de la Corte Constitucional a efectos de hacer efectivo el cumplimiento del fallo de tutela. Adicionalmente y en el mismo memorial,

Pone en conocimiento de la Corte que el 6 de octubre de 2005, en un caso idéntico al suyo –contra la misma entidad, por hechos similares y con fundamento en las mismas pruebas–, la misma Sección del Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la que había accedido parcialmente a las súplicas de la señora Diana Luz Carrillo Ballesteros, hermana del ex consejero de Estado Jesús María Carrillo. Indica que en esta sentencia, curiosamente, su carta del 2 de julio de 1998 dirigida al presidente de Ferrovías, ignorada para su caso por el Consejo de Estado y por la misma Sala, esta vez sí tuvo pleno valor probatorio para demostrar la desviación de poder en la que había incurrido el referido funcionario al declarar insubsistente a la señora Carrillo –jefe de la Oficina Jurídica de la entidad en aquel entonces.

En consecuencia, sostiene la señora Rosario Bedoya, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado desconoce también su derecho a la igualdad (...).²⁴⁶

Como apoyo a sus afirmaciones, la abogada Bedoya Becerra también puso a disposición de la Corte constitucional copia de la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2005 por la Subsección “A” de la sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de José Levi Salazar Palacio contra Ferrovías (radicación 3625-2003, C. P. Alberto Arango Mantilla), por la cual se revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y en su lugar se declaró la nulidad de la Resolución

²⁴⁶ Corte Constitucional, auto de Sala Plena 249 de 2006, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica núm. 2.

0470 de 1998, mediante la cual el presidente de Ferrovías había declarado insubsistente al demandante, en una providencia que contenía los mismos patrones fácticos, probatorios y argumentales que incoaba la abogada Bedoya Becerra para su caso.

En atención al incumplimiento material de la protección dispuesta en la Sentencia T-902 de 2005, así como a las peticiones de la accionante, la Corte Constitucional, luego de reconstruir la línea jurisprudencial relacionada con el cumplimiento efectivo del fallo de tutela (que además es análoga a la línea estructurada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos alrededor del tema del cumplimiento de sus propias sentencias), resolvió dejar sin efecto la segunda sentencia proferida por el Consejo de Estado, de fecha noviembre 17 de 2005, declarar ejecutoriada la sentencia del 25 de abril de 2002, dictada por el tribunal Administrativo de Cundinamarca y finalmente,

Tercero. Ordenar a la Empresa Colombiana de Vías Ferreas - Ferrovías en liquidación (o a la entidad que reasuma sus funciones y obligaciones) que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, dé cumplimiento a la sentencia de 25 de abril de 2002, dictada en primera instancia por la Subsección "A" de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (...).

2.3.4 El auto de Sala Plena de septiembre 20 de 2006 del Consejo de Estado

El auto de la Corte Constitucional, así como las nuevas órdenes contenidas en él, destinadas a Ferrovías, tuvieron una emotiva respuesta por parte del Consejo de Estado, mediante el auto de septiembre 20 de 2006. El encabezamiento del mismo da cuenta de la atmósfera textual, en la que se refieren las "gravísimas consecuencias" que para "la estabilidad institucional" reviste el auto de la Corte Constitucional, ya que según el Consejo de Estado, esta decisión "fue tomada en contravía del ordenamiento jurídico".

Acto seguido, y bajo el epígrafe de los *Antecedentes*, se reconstruye el curso de la actuación, se precisa que el Consejo de Estado, "acatando" la sentencia de la Corte, profirió el nuevo fallo el 17 de noviembre de 2005, concluyendo que

el documento señalado por la Corte Constitucional en su decisión no acreditaba la desviación de poder, y que de su valoración no se desprendían las consecuencias señaladas por la demandante. Dentro del capítulo de *Consideraciones*, el Consejo de Estado precisó dos fundamentalmente:

1. Que la Sección Segunda no incumplió, ni desacató el fallo de la Corte Constitucional.
2. Que la Corte Constitucional no es competente para conocer del desacato de sentencias de tutela, ni para modificar los fallos de tutela, so pretexto de hacerlos cumplir.

Finalmente, y en lo que parece ser la tesis del auto, puntualizó:

En el ilegal auto, la Corte Constitucional desbordó su función de intérprete autorizado de las normas jurídicas, para llegar al extremo de indicarle al juez natural la forma como debe valorar una prueba. Con desconocimiento de la razón de ser de los órganos de cierre de las otras jurisdicciones y con grave quebrantamiento del principio de autonomía del juez en la valoración de la prueba en conjunto con la comunidad probatoria del proceso.²⁴⁷

Para luego, en la parte resolutive, declarar que el auto de la Corte Constitucional “constituye una vía de hecho y carece de validez” (cosa extraña, pues el mismo Consejo de Estado había siempre dicho, salvo en el caso del ex ministro Londoño Hoyos, que en el sistema colombiano no cabían las vías de hecho); que el fallo del 17 de noviembre de 2005 hizo tránsito a cosa juzgada material y que por lo mismo “es inmodificable, inimpugnable y definitivo”; que debían ser compulsadas copias a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, “para lo de su cargo”; y que se comunicara lo resuelto tanto a Ferrovías,

²⁴⁷ Consejo de Estado, auto de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de septiembre 20 de 2006, radicación núm. 25000-2325-000-1998-5123-01(4361-02), M. P. Ana Margarita Olaya Forero.

como al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, eventualmente, para que no se diera cumplimiento a la orden impartida por la Corte Constitucional.

Como puede apreciarse, este caso llevó al extremo aún más las posiciones. A continuación se hace un balance general de los argumentos que cada una de las partes esgrime en apoyo de su posición.

3. El enfrentamiento entre las altas cortes.

Los argumentos de cada una de las posiciones

La situación actual es de tensión, según ha sido mencionado. De un lado se ubican las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, que como órgano de cierre de dicha jurisdicción, declara la existencia de vías de hecho en algunas de las sentencias de las salas de Casación de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, que a su vez, se proclaman como los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa. La Corte Constitucional dispone que las otras cortes deben dictar una sentencia de reemplazo, sometida a los argumentos que hayan sido usados en la decisión de tutela. La respuesta de las otras cortes es la de rechazar la orden y, en sentido contrario, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado, proceden a dictar autos de Sala Plena, por los cuales declaran que “en defensa de la Constitución”, rechazan la orden y mantienen la decisión inicialmente tomada.

3.1 Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado

Los argumentos de estas corporaciones están contenidos principalmente en autos y comunicados de prensa por medio de los cuales tales despachos se niegan a dar cumplimiento a las decisiones de tutela proferidas en contra de sus providencias. La estructura básica del aparato argumental recoge en buena parte los planteamientos hechos en el salvamento de voto a la Sentencia T-006 de 1992, y pueden ser presentados sintéticamente de la siguiente manera:

1. Argumento de ausencia de jerarquía entre las altas cortes como órganos de cierre.
En opinión del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, las altas cortes del sistema colombiano tienen la misma jerarquía y cada una es órgano de cierre

en sus respectivas materias. En este sentido, el sistema contaría cuando menos con *seis* órganos de cierre en materia civil, penal, laboral, administrativa, disciplinaria y constitucional. Por lo mismo, sostienen, mal podría la Corte Constitucional anular sus fallos y ordenarles decidir de una cierta manera.

2. Argumento de la cosa juzgada.

Para estos dos tribunales, el carácter de cosa juzgada que adquieren sus decisiones es “inmodificable, inimpugnable y definitivo”. De esta manera, mal puede una decisión de la Corte Constitucional modificar lo que ya ha sido resuelto por otra Corte.

3. Argumento de la autonomía.

Para la Corte de Casación, y para el Consejo de Estado, sus decisiones han sido tomadas en virtud del ejercicio del principio de autonomía funcional. Esto significa que lo que se ha vertido en el fallo es el fruto del proceso de interpretación y aplicación del derecho para el que han sido creadas. Por lo mismo, la posibilidad de revisión y de modificación de los propios fallos por parte de los jueces constitucionales resulta ser una injerencia indeseada e inconstitucional.

4. Argumento de la independencia funcional.

De acuerdo con éste, cada una de las especialidades jurídicas (la penal, la laboral, la civil, la administrativa), constituye un universo normativo y argumental que debe ser respetado por las otras, de modo tal, que ninguna puede inmiscuirse en las decisiones de las demás. Sostienen que mal podría un juez constitucional, dentro de un estrecho margen de tiempo, entrar a calificar la eventual anulación de un proceso que fue debatido durante un amplio periodo, rodeado, afirman ellos, de la totalidad de las garantías legales y constitucionales.

5. Argumento de la defensa de la Constitución.

Más recientemente, la Corte de Casación y el Consejo de Estado señalan que se rehúsan a cumplir los fallos de tutela en defensa de la Constitución. En su modo de sentir, sostienen que no cumplir las sentencias judiciales es una manera de defender la Constitución. Se ha llegado a puntos tan altos, como el contenido en el comunicado de prensa emitido por la Corte de Casación a

propósito de la sentencia T-058 de 2006, en la que se hace el llamado a una verdadera cruzada jurídica en los siguientes términos:

Frente a la nueva brecha abierta por la Corte Constitucional a la impunidad, la Corte Suprema de Justicia hace un llamado a los jueces del país para que, sin desanimarse, continúen aplicando la Constitución Política y la ley con plena independencia y autonomía, y absoluto respeto por el drama humano de los procesados cualesquiera que sean, pero guiados por la imparcialidad que les impone la condición de representantes del Estado social de derecho que nos rige.²⁴⁸

Presentados los anteriores argumentos, se señalan ahora los de la Corte Constitucional, siguiendo el mismo orden temático de los anteriores.

3.2 Los argumentos de la Corte Constitucional

A lo largo de su existencia, y alrededor de la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, históricamente la Corte Constitucional ha hecho la defensa de los derechos fundamentales con base, entre otros, en los siguientes argumentos:

1. Respecto del argumento de la ausencia de jerarquías entre altas cortes y del hecho eventual de ser cada una de ellas un órgano de cierre.

Para la Corte Constitucional, el problema de la tutela contra sentencias no es una cuestión de jerarquías entre cortes, sino de competencias asignadas por la Constitución. La Constitución le encomendó a la Corte Constitucional dos tareas básicas: i) la de la defensa de la Constitución, y ii) la de ser el órgano de cierre en materia constitucional. En este sentido, las discusiones que tienen que ver con la acción de tutela y la defensa de los derechos fundamentales se cierran en la Corte Constitucional y no en otra corte o tribunal, pues su materia no es penal, laboral, civil, disciplinaria o administrativa, sino

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, comunicado de Sala Plena núm. 0206 de marzo 24 de 2006, “La Corte Suprema reclama freno a impunidad por tutela”.

constitucional. Adicionalmente, señala la Corte, no acontece suplantación alguna de la función judicial, sino simplemente, una intervención, “para garantizar, de manera residual y subsidiaria, en los procesos ordinarios y contenciosos administrativos, la aplicación de los derechos fundamentales, cuyo intérprete supremo, por expresa disposición de la Constitución, es la Corte Constitucional”. En este sentido, la orden de revocar la decisión del juez ordinario no es ninguna invasión funcional, sino “una simple consecuencia del nuevo modelo en el cual la norma que tiene primacía es la Constitución”.²⁴⁹ Sobre el punto, baste simplemente precisar que el hecho del cierre de la Corte Constitucional en materia de tutela y de derechos fundamentales resulta ser la inevitable consecuencia sistémica de la adopción del sistema mixto de control constitucional, cuya cabeza es el Tribunal Constitucional, que en palabras de Hart es órgano de cierre del sistema jurídico, con decisiones definitivas aunque no infalibles,²⁵⁰ tal y como acontece con los casos complejos (la acción de tutela contra providencias es uno de aquéllos).

2. Respecto del argumento de existencia de cosa juzgada en las sentencias de los jueces ordinarios, disciplinarios y administrativos.

Para la Corte Constitucional, el valor e importancia de la cosa juzgada es innegable. Ella cumpliría una función negativa, consistente en impedir que se falle nuevamente lo resuelto, así como una función positiva, por la que se dota de seguridad a las relaciones y al ordenamiento jurídico. Sin embargo, “es claro que esa figura no puede ser absoluta, pues puede entrar a veces en colisión con la justicia material del caso concreto”,²⁵¹ que es justamente lo que acontece en la vía de hecho, evento en el cual la decisión tomada por el juez ordinario, aunque formalmente válida aún después de la totalidad del debate probatorio, es materialmente inválida, en la medida en que constituye una violación de los derechos fundamentales.

²⁴⁹ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 43.

²⁵⁰ Sobre el punto de los cierres en el sistema jurídico, ver el famoso capítulo VII de Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

²⁵¹ Sentencia C-004 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica núm. 17.

En este sentido no es cierta la afirmación de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado cuando señalan que sus sentencias son “inmutables, intangibles, indiscutibles y obligatorias”, sencillamente por cuanto en el sistema actual ese carácter absoluto de la cosa juzgada ni es correcto, ni es operativo. Para el efecto baste simplemente señalar los mencionados casos precisos de límites aceptados a la cosa juzgada, que desmienten la pregonda “inmutabilidad” del fallo:

- La existencia de la acción de revisión.
 - Las decisiones de las cortes internacionales de justicia, que en numerosos fallos ordenan la realización de nuevos juicios o nuevos puntos dentro de las sentencias del sistema interno.²⁵²
 - La aplicación del principio de jurisdicción universal, cada vez más frecuente.²⁵³
 - Numerosas decisiones de cortes nacionales que disponen la anulación de fallos emitidos, tal y como viene aconteciendo en el caso argentino y uruguayo principalmente, respecto de procesos fallados durante la época de los años ochenta.²⁵⁴
3. Respecto de la aplicación del principio de autonomía por parte de los jueces de la Corte de Casación.

Este punto ya ha sido ventilado sucesivamente por la jurisprudencia constitucional, que al respecto ha fijado una muy precisa regla, aplicable a la disputa entre las cortes por la vía de hecho. Así, ha señalado la corporación,

²⁵² Sobre este punto baste referir nuevamente la decisión tomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, Serie C, núm. 133.

²⁵³ Al respecto, y por sólo citar el caso más notorio, vale mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 26 de septiembre de 2005, que además corrigió una vía de hecho en que incurrió el Tribunal Supremo de España, por medio de una sentencia violatoria del derecho fundamental al debido proceso. El caso específicamente tiene que ver con la investigación que en estos momentos adelantan las cortes españolas sobre los represores guatemaltecos, aún bajo la existencia previa de sentencias internas en Guatemala, de sentencias del Sistema Interamericano (Caso Molina Theissen contra Guatemala, Serie C, núm. 106), y de la sentencia del Tribunal Supremo, que fue anulada en aplicación de un recurso de amparo.

²⁵⁴ El caso más reciente es la causa que se sustancia en contra del ex represor policial Miguel Oswaldo Etchacolat, a quien se le abrió nuevamente una causa ya juzgada por asesinato y tortura, que tuvo justamente audiencia el día 20 de junio de 2006.

que “los jueces son independientes y autónomos. Su independencia es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución”.²⁵⁵ Adicionalmente, es preciso señalar que éste, como todos los principios, no es absoluto, sino que es objeto de ponderación, dentro de las tensiones que se presentan con otros principios. En este sentido, también se ha agregado que son límites del principio de autonomía funcional, el principio democrático, que obliga a los jueces a aplicar el derecho vigente, incluido el derecho constitucional; el principio de igualdad, que obliga a los jueces a someterse a su propia jurisprudencia y a la jurisprudencia constitucional, a efectos de preservar, sobre todo, la igualdad de trato jurídico; y finalmente, el derecho de acceso a la administración de justicia que da lugar no sólo a un fallo, sino sobre todo a un fallo justo, es decir, a un fallo que respete los derechos fundamentales.

4. Respecto del argumento del ejercicio de la independencia funcional de los jueces y, más precisamente, de cada una de las salas de casación.

De acuerdo con los jueces de casación, el ejercicio de la función en cada una de sus especialidades entraña la independencia funcional, es decir, que ningún otro despacho, poder o funcionario, puede tener injerencia en el contenido de la decisión que se adopta, ni siquiera otra sala de casación distinta a la que falla, mucho menos la Corte Constitucional.

Sobre el punto, la Corte Constitucional señala que esa independencia funcional no debe entenderse como solipsismo funcional y, mucho menos, como solipsismo legal funcional. Las decisiones de los jueces, aun de los jueces de los órganos límites (que no de cierre), como los jueces de casación, deben entender sus ejercicios, “en el marco de la realización de los fines estatales inherentes a la jurisdicción y, en especial, de cara al cumplimiento de su deber de garantizar la efectividad de los derechos a todas las personas”.²⁵⁶

De no ser así, se insiste, la independencia funcional conduciría a verdaderos feudos decisionales, alejados del carácter normativo de la Constitución

²⁵⁵ Sentencia SU-1219 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica núm. 7.2.

²⁵⁶ Sentencia C-590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica núm. 39.

y simplemente apegados a la nuda legalidad, que aunque correcta, resulta ser en los momentos actuales de globalización del derecho, además de contrafáctica, simplemente parcial, confrontada con la propia Constitución y los tratados públicos, tan históricamente desatendidos en el sistema colombiano.

5. Respecto del argumento de la “defensa de la Constitución”.

En cada uno de los autos de Sala Plena, emanados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, por medio de los cuales dichas corporaciones informan que no van a cumplir las sentencias de la Corte Constitucional, se señala perentoriamente que dicha medida se toma “en defensa de la Constitución”. Al respecto cabe hacer simplemente dos anotaciones. La primera tiene que ver propiamente con la *defensa* de la Constitución, y la segunda, con el *concepto* de Constitución que parece manejan la Corte de Casación y el Consejo de Estado.

En términos constitucionales, la defensa de la Constitución le fue encomendada básicamente a dos personas: a nosotros los ciudadanos, como un derecho fundamental, contenido en el numeral 6 del artículo 40 de la Carta, en el que se señala que es una manera de ejercer los derechos políticos, la de “6. Interponer acciones públicas *en defensa* de la Constitución y la ley”; y a la Corte Constitucional, tal y como se dispone en el encabezamiento del artículo 241 de la Carta, donde se precisa, que “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. Ahora bien, si se atiende al contenido de dichos mandatos, se observa que la acción de tutela es justamente una de las acciones encaminadas a la defensa de la Constitución, de donde se concluye inevitablemente que las sentencias proferidas en virtud de su ejercicio, son el cumplimiento de los mandatos de la misma y que, en sentido contrario, la contumacia en el cumplimiento de dichos fallos resulta en la inobservancia de la propia Constitución. Obvio es concluir que no se defiende una Constitución desatendiendo sus preceptos.

Respecto del segundo punto, lo que parece acontecer es un equívoco acerca del concepto de Constitución. La noción precontemporánea de Constitución la entendía como la simple enunciación de un proyecto político o ideológico, a cargo de sus eventuales usuarios, comprensión ésta muy arraigada al modelo hermenéutico del siglo XIX, inserto en la Constitución de 1886, que

extrañamente aún hoy despierta nostalgias. En sentido contrario, la comprensión contemporánea de lo que sea una Constitución privilegia su sentido normativo, es decir, en lugar de entender a la Carta como enunciados políticos, la asume como norma jurídica, como un texto de aplicación inmediata, de mayor fuerza vinculante que las simples leyes. En este sentido, los derechos fundamentales y su defensa por medio de la acción de tutela no son más que la consecuencia de esta comprensión, tan extraña a esa imagen precontemporánea del mundo y de los propios sistemas normativos.

4. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las vías de hecho en Colombia

El día 24 de febrero de 2005, dentro del periodo de sesiones ordinarias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal corporación se pronunció acerca de la admisibilidad de una causa, originada en una denuncia que se propusiera en contra del Estado colombiano por la eventual violación de los artículos 8 (garantías judiciales) 24 (derecho a igualdad ante la ley), 25 (protección judicial) y 1.1 (cumplimiento de los deberes contenidos en la Convención por los Estados Partes). De acuerdo con la parte resolutive de la providencia, la Comisión decidió:

1. Declarar admisible el presente caso con relación a los artículos 8, 25 y 1(1) de la Convención Americana.
2. Notificar esta decisión al Estado Colombiano y al peticionario.
3. Continuar con el análisis de fondo de la cuestión.
4. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.²⁵⁷

El asunto no resultaría significativo para este escrito, si se tratase de otro de los muchos casos que investiga la Comisión en contra de Colombia por

²⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Admisibilidad de la petición 4391 de 2002, Sergio Emilio Cadena Antolinez contra el Estado colombiano, Resolución de febrero 24 de 2004.

violación de los derechos humanos en los casos de masacres, desapariciones forzadas, tortura y similares. Sin embargo, el hecho significativo aquí, es que la causa fue abierta a la configuración de una vía de hecho cometida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en contra del señor Sergio Emilio Cadena Antolinez, que cuenta como ingrediente especial que a pesar de haber ordenado la Corte Constitucional la protección de los derechos fundamentales del accionante, la Sala Laboral de la Corte se negó sistemáticamente a dar cumplimiento al fallo, permaneciendo en contumacia constitucional, razón por la cual, eventualmente, se configuraría la responsabilidad internacional del Estado colombiano. Por ser absolutamente importante, a continuación se reconstruye el curso del caso y se plantea la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el mismo.

4.1 La vía de hecho en contra del señor Sergio Emilio Cadena Antolinez. La Sentencia SU-1185 de 2001

De acuerdo con los hechos, el señor Cadena Antolinez fue empleado del Banco de la República entre el 20 de febrero de 1980 y el 13 de enero de 1997, oportunidad en la que fue despedido al parecer sin justa causa. En atención a lo sucedido, el afectado solicitó del Banco el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, de conformidad con lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 1973. Al resolver la solicitud, el Banco negó el derecho a la pensión, razón por la cual el señor Cadena Antolinez acudió a la jurisdicción laboral en procura de reconocimiento, el cual obtuvo mediante sentencia de primera instancia del Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 11 de julio de 1997. Posteriormente, y por apelación interpuesta por el Banco, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá confirmaría el reconocimiento de la pensión, aumentando el valor de la asignación mensual. Como último mecanismo de defensa de la cuerda procesal ordinaria, el Banco propuso Recurso Extraordinario de Casación ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en contra de lo confirmado por el Tribunal. Finalmente, y con fecha febrero 11 de 2000, la Corte Suprema de Justicia decidió casar la sentencia, absolviendo al Banco de todas las condenas y negando la pensión, al considerar que no era aplicable la Convención de 1973.

Dada la situación, el señor Cadena Antolinez accionó en tutela en contra de la providencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema, por violación de sus derechos fundamentales. De la acción conoció el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, despacho que el día 19 de julio de 2000 decidió negar el amparo. Esta última decisión fue impugnada por el accionante y finalmente el 31 de agosto de 2000, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmaba la negativa de amparo del Consejo Seccional.

Enviado el caso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dicha corporación decidió seleccionarlo mediante providencia de fecha octubre 13 de 2000. Por las características del caso, y la importancia del pronunciamiento, fue llevado de la Sala de Revisión a la Sala Plena de nueve magistrados, que finalmente resolvió el asunto mediante Sentencia SU-1185 de 2001. De acuerdo con la tesis del fallo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

violó el debido proceso e incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico, en atención a que dedujo el contenido normativo de dicha convención, no del texto que fue otorgado por las partes con el cumplimiento de la plenitud de las formalidades establecidas en el artículo 469 del CST, sino de lo dispuesto en distintos medios de prueba aportados al proceso.²⁵⁸

Adicionalmente, señaló que “también la entidad impugnada en sede de tutela incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo, pues se limitó a fijar el alcance de la convención del 73 a partir de su propio criterio, contraviniendo e ignorando los principios constitucionales de igualdad de trato y favorabilidad en materia laboral”.²⁵⁹

Como consecuencia de lo anterior la Corte Constitucional, mediante decisión de noviembre 13 de 2001, dejó sin efecto el fallo de la Sala Laboral de la Corte Suprema y ordenó proferir una nueva sentencia dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la providencia.

²⁵⁸ Sentencia SU-1185 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica núm. 7.1.6.

²⁵⁹ Sentencia SU-1185 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica núm. 7.1.15.

Notificada la decisión a la Corte Suprema de Justicia, ésta se negó a cumplirlo y, por el contrario, mediante un auto de Sala Plena de fecha 16 de mayo de 2002, dispuso mantener los efectos jurídicos del fallo de casación y no cumplir la orden de la Corte Constitucional. Como única posibilidad, el afectado inició el trámite de incidente de desacato ante el Consejo Superior de la Judicatura, corporación que mediante providencia de fecha agosto 2 de 2002 se declaró incompetente, alegando el fuero constitucional de los magistrados de la Corte, remitiendo por lo mismo la solicitud a la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara de Representantes, organismo éste que se abstuvo de ejercer la función constitucional a que está obligado.

En atención a la contumacia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y al paso del tiempo sin el cumplimiento del fallo, tres años después, la Corte Constitucional mediante auto de Sala Plena de fecha febrero 17 de 2004, le ordenó directamente al Banco de la República que diera cumplimiento inmediato a la decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá de enero 22 de 1999, en un intento por hacer efectivo el amparo concedido. La tesis de la Corte sostenía:

La autoridad o el particular que haya sido declarado responsable de la amenaza o violación, debe cumplir la orden encaminada a la protección de los derechos fundamentales en los términos que lo indique la sentencia y en el plazo allí señalado. El incumplimiento de la decisión conlleva una violación sistemática de la Carta.²⁶⁰

Por todo lo anterior, el afectado acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al considerar que la conducta de las autoridades colombianas y el incumplimiento del fallo resultaban violatorias de los derechos consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y que, por lo mismo, comprometían la responsabilidad internacional del Estado colombiano.

²⁶⁰ Corte Constitucional, auto de Sala Plena de febrero 10 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica núm. 2.2.5.

4.2 La admisión del caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Elevada la petición de admisibilidad del caso ante la Comisión, esta envió reiteradas solicitudes al Estado colombiano para que fijara su postura frente a los hechos, y para que se pronunciara acerca de la admisibilidad del caso y la competencia de la Comisión. A pesar de los requerimientos, el Estado guardó silencio.

En su pronunciamiento, la Comisión declara que en virtud del artículo 44 de la Convención la víctima está facultada para acudir directamente ante aquella tal y como aquí acontece, y que adicionalmente, se configura la competencia de la Comisión en razón de los factores de lugar, tiempo y materia. Ahora bien, en virtud del principio de subsidiariedad, la competencia de la Comisión tan sólo surge si han sido agotados los recursos de la jurisdicción interna, en este caso, la del Estado colombiano; pero si informado éste de la petición rehúsa pronunciarse, se entenderá que no se opone a la admisión del caso. Así, y en atención al silencio de Colombia, afirmó la Comisión que: “Por lo tanto corresponde concluir que éste ha renunciado en forma tácita a su facultad de interponer la excepción de la falta de agotamiento de los recursos internos”.²⁶¹

En atención a lo anterior se declaró la admisibilidad del caso, restando tan solo el trámite de la actuación, que eventualmente puede culminar con solicitud de juzgamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Visto claramente el asunto, la decisión de la Comisión reviste la mayor importancia, pues ante el autismo de las autoridades judiciales y legislativas colombianas sobre el punto, resulta decisivo obtener el pronunciamiento de un organismo internacional sobre el tema. Acaso la presión internacional sea la vía que finalmente permita la protección de los derechos fundamentales paradójicamente desatendidos por quienes tienen el deber constitucional de salvaguardarlos.

5. Los proyectos de reforma a la administración de justicia

Al hacer un balance del conflicto surgido entre las altas cortes alrededor de la acción de tutela contra sentencias, se percibe una polarización en la que cada

²⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ob. cit., parr. 17.

una de las partes enuncia y defiende posiciones que no están dispuestas a abandonar por ningún motivo. Por lo mismo, la situación ha llegado a un punto en el que el poder de los argumentos es muy inferior al de los intereses de cada corporación. En este sentido, la solución que se espera debería provenir o de una intervención legislativa o de una constitucional que defina el estatus de la acción de tutela contra sentencias. Sin embargo, hay que precisar que lo que está en juego es mucho más que una simple intervención, pues la cuestión concreta es la de determinar si los jueces, y especialmente las altas cortes, cuentan o no con una suerte de inmunidad o de privilegio que les autorice la vulneración de los derechos fundamentales.

Esta última sección del capítulo analiza los proyectos de acto legislativo que ha elaborado la administración Uribe sobre la función judicial. Para el efecto se procede de la siguiente manera: inicialmente se plantea el tema de la reforma a la justicia dentro del programa general de reformas a la Constitución. En segundo lugar se analizan en sus componentes cada uno de los proyectos hasta ahora formulados. Finalmente se da paso a las conclusiones generales del capítulo.

5.1 La reforma a la justicia dentro del programa general de reformas a la Constitución de la administración Uribe²⁶²

Acontecida la posesión presidencial el día 7 de agosto de 2002, el presidente Álvaro Uribe, por intermedio de su Ministro del Interior, radicó ante la Secretaría del Senado de la República un proyecto de ley “Por la cual se convoca a un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. “El proyecto fue radicado bajo el número 47 de 2002, Senado, y dentro de la exposición de motivos se incluyó el programa de reformas a la Constitución, estableciendo dentro del mismo una sección referida a la administración de justicia. De acuerdo con el texto se indicó que: “Esta no será la única reforma que el gobierno proponga a la Constitución de 1991. Algunas otras vendrán en materia de simplificación del Estado, de la administración de justicia y de

²⁶² En una parte de esta sección sigo muy de cerca los planteamientos hechos en el Capítulo II de mi texto *Reforma política y referendo en Colombia dentro de los procesos de reformas de la Constitución de 1991*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.

mecanismos para contener la avalancha violenta que amenaza destruir nuestras instituciones y derrotar nuestro pueblo”.²⁶³

Se planteaban así los cuatro componentes de la estrategia inicial de reformas a la Constitución: la reforma política, la reforma a la estructura del Estado, el estatuto antiterrorista y la reforma a la administración de justicia. La primera de ellas fue inicialmente evacuada por medio de la Ley 796 de 2003 “por la cual se convoca a un referendo y se somete a la consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional”, que a la postre concluyó con la expedición del Acto Legislativo núm. 1 de 2004 sobre referendo constitucional, que tan sólo modificó un único artículo de la Constitución. Paradójicamente, dentro de la misma línea y de modo simultáneo, se tramitó una reforma política, pero a iniciativa del Congreso, que triunfó y se convirtió finalmente en el Acto Legislativo núm. 1 de 2003. El segundo componente de las reformas, el relacionado con la estructura del Estado, ha venido siendo desarrollado por la administración, teniendo uno de sus momentos más notorios con la expedición de la Ley 790 de 2002, “por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República”. El tercer tema de las reformas fue el contenido en el Estatuto Antiterrorista, Acto Legislativo núm. 2 de 2003 que, aunque declarado inexecutable por la Corte Constitucional²⁶⁴ por vicios de procedimiento en su formación, constituyó en ese momento un logro en la agenda de las reformas.

El último de los componentes de las reformas es el referido a la administración de justicia. Al respecto, el gobierno ha asumido una posición un tanto ambigua, que contrasta con el activismo mostrado respecto de temas como el referendo, la reforma fiscal o la reelección, pues por razones aparentemente estratégicas, se ha abstenido de dar impulso a las iniciativas. De esos proyectos de reforma, en atención especialmente a la acción de tutela, se ocupa el siguiente apartado.

²⁶³ *Gaceta del Congreso*, núm. 323 de agosto 9 de 2002.

²⁶⁴ Sentencia C-816 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes.

5.2 Los proyectos de reforma a la administración de justicia y a la acción de tutela

A enero de 2007 el tema de la reforma a la función judicial no había sido tramitado formalmente por el Congreso a solicitud del gobierno. Sin embargo, se cuenta con la existencia de tres proyectos, el primero de ellos radicado en el año 2002, el segundo divulgado por los medios de comunicación durante el año 2004, y el tercero propuesto durante el segundo semestre de 2006. En aquellos documentos se plantean reformas a la administración de justicia y a la acción de tutela, dentro de una marcada tendencia hacia la administrativización, la desjudicialización y privatización de la función judicial.

A continuación se tematiza cada uno de esos proyectos de reforma y para hacerlo se demarcan dos subsecciones, la una sobre la estructura del proyecto y la otra sobre los temas dominantes.

5.2.1 El proyecto de Acto Legislativo núm. 10 de 2002, Senado

En el mes de noviembre de 2002 el gobierno radicó ante el Senado de la República un proyecto de acto legislativo que contenía el programa de reformas para la rama judicial.²⁶⁵ Aunque el proyecto no encontró un clima parlamentario propicio, contiene la visión del gobierno actual acerca de la justicia en general, de las acciones constitucionales y del control constitucional. El proyecto contenía 26 artículos que modificarían 22 normas constitucionales. Temáticamente fueron abordados seis frentes distintos: la parte dogmática de la Constitución; la estructura de la rama judicial, incluyendo el manejo de su personal; los principios generales de la administración de justicia; la nominación de los miembros de las altas cortes; la Corte Constitucional y, finalmente, la administración de la rama con criterio gerencial.

Las modificaciones propuestas para la parte dogmática buscaban el cumplimiento de un único objetivo: el de hacer de la tutela una acción simplemente nominal de mínima eficacia. En este sentido se restringían las garantías del artículo 29 de la Carta sobre debido proceso, se permitía la extinción de

²⁶⁵ *Gaceta del Congreso*, núm. 484, de noviembre 12 de 2002.

dominio por mero acto administrativo, y se limitaba de plano el ejercicio de la acción de tutela, restringiendo su protección a los artículos del 11 al 40 de la Constitución, con lo cual desaparecía la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

En lo que se refiere a la estructura de la rama y el manejo de su personal, bajo la excusa del eficientismo se avanzaba en la administrativización y la privatización de la función judicial, para lo cual el artículo 116 declaraba a la justicia como un servicio público (lo que implicaría la privatización del mismo y la imposibilidad de realizar huelgas allí), a la vez que se definía la condición de los conciliadores, los árbitros y los componedores. Igualmente, y dentro de la misma línea, se redefinían las autoridades que ejercen el ministerio público (art. 118, CP), planteando la existencia de una “carrera especial” para el sector.

El tercer tema dominante se refería al ejercicio concreto de la función. La reforma del artículo 228 reiteraba la condición de servicio público esencial adjudicado a la justicia, indicando, en cumplimiento del Plan Colombia, que el procedimiento verbal sería el preferente en el sistema colombiano. Se planteaba también la reforma del derecho de acceso a la administración de justicia contenido en el artículo 229, en el sentido de cobrar a los particulares por la prestación del servicio. No obstante, la modificación más fuerte era la del artículo 230, pues al lado de la ley se colocaba como fuente principal a la costumbre comercial y a la jurisprudencia, excluyendo de paso la posibilidad de que la parte considerativa de los fallos constituyese jurisprudencia. Esta proyección es especialmente tendenciosa, pues la admisión de la costumbre mercantil en el sistema de fuentes daría paso a la obligación de observar las prácticas de las compañías transnacionales.

El cuarto bloque temático se refería a las altas cortes y el quinto a la Corte Constitucional en concreto. Se sugería modificar el artículo 231 de la Carta, en el sentido de restablecer la cooptación como procedimiento de elección de los magistrados de las altas cortes, con lo cual volvería el quietismo jurisprudencial. Adicionalmente, se buscaba equiparar la jurisprudencia ordinaria y administrativa con la constitucional. Pero la modificación más fuerte que se buscaba era la de la Corte Constitucional, pues se afectaban sus competencias, con la intención de volverla un tribunal inane. Así, se planteaba la modificación del

ejercicio del control constitucional establecido en el artículo 241 de la Constitución, en tres planos. En primer lugar, se fijaba una caducidad de dos años para accionar en inconstitucionalidad. En segundo lugar, se suprimía la competencia de la Corte para conocer de la constitucionalidad de los decretos que declaraban los estados de excepción. Finalmente, se excluía la posibilidad de acción de tutela en contra de providencias judiciales. Adicionalmente, el sentido de estas tres restricciones era reforzado con la prohibición de modular los fallos y con la limitación de los efectos de cosa juzgada exclusivamente a los fallos de exequibilidad.

El sexto tema y final apuntaba a la administración de la rama. Allí se proponían modificaciones a los artículos 254, 255, 256 y 257 de la Constitución, sugiriendo la supresión del Consejo Superior de la Judicatura y la creación de dos nuevas instituciones, la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial y el Consejo Superior de la Administración de Justicia, que asumirían sus funciones. Al final, y siguiendo una vía recurrente, se otorgaban facultades presidenciales para la expedición de una ley estatutaria que regularía la materia.

5.2.2 El proyecto de reforma de febrero de 2004

En el mes de febrero de 2004 fue divulgado por los medios de comunicación un nuevo proyecto de acto legislativo de reforma a la justicia, que aunque no fue tramitado ante el Congreso, debe ser considerado, pues ratifica la hostilidad gubernamental hacia la tutela y la justicia constitucional. Este segundo proyecto fue diseñado en la misma línea del anterior, es decir, en la de privatizar y administrativizar la función judicial, así como en la de neutralizar las competencias de la Corte Constitucional. El proyecto constaba de 24 artículos, agrupables en cuatro temas dominantes: el ataque y desmonte de las acciones constitucionales, las modificaciones al ejercicio de la función judicial, las restricciones a la Corte Constitucional, y por último, las modificaciones a la teoría de las fuentes del derecho.

El proyecto busca afectar el alcance de las acciones constitucionales –principalmente la de tutela–, las populares y la acción de inconstitucionalidad. Para la acción de tutela plantea dos adiciones al artículo 86. La primera impediría el amparo respecto de derechos económicos, pues exige al juez el señalamiento

de la fuente de financiación del gasto que se implique. La segunda adición se refiere específicamente a las vías de hecho y, sin solucionar el asunto, prefiere diferir a la ley la definición de la cuestión, dentro de una remisión que resulta inconveniente, pues la dimensión constitucional de los derechos humanos y del conflicto con las sentencias queda degradada. Adicionalmente, y en lo que tiene que ver con las decisiones de la Corte Constitucional, el artículo 15 del proyecto plantea adiciones al artículo 242 constitucional en el sentido de ordenar a la Corte que fije también el origen de los recursos en los fallos económicos. Junto a estas modificaciones planteadas para la tutela, el proyecto ataca la eficacia de las acciones populares, al plantear en su artículo segundo la eliminación de los incentivos y la fijación de una nueva causal de improcedencia, según la cual, no habría lugar a la acción popular en los casos en los que resultase también procedente la acción de cumplimiento, y como esta última no sirve realmente para nada, entonces la acción popular sufriría el mismo destino.

El segundo bloque temático del nuevo proyecto se refería al ejercicio de la función judicial. Se planteaba allí la reforma del artículo 116 de la Carta, que tras precisar que la judicial es una función pública, colocaba a “los órganos” de la justicia penal militar en el mismo nivel textual de las altas cortes, dentro de una tendenciosa redacción. Así mismo, y dentro de un peligroso avance en el proceso de administrativización de la justicia, se difería a la ley la decisión de trasladar competencias judiciales a particulares distintos a los miembros de jurados de conciencia, conciliadores o árbitros. Por lo demás, este segundo proyecto insistía respecto de asuntos ya planteados en el proyecto anterior. Así los artículos 7 y 8 reiteraban la intención de colocar a la justicia como un servicio público esencial, a la vez que insistían en la implantación del procedimiento oral como obligatorio y en la necesidad de cobrar a los ciudadanos por el servicio de justicia, con lo cual no sólo se cumplían las cláusulas del Plan Colombia, sino que en términos reales, se impedía el acceso a la justicia. En lo que tenía que ver con las altas cortes, el nuevo proyecto también recogía las cláusulas del anterior. El artículo 10 del mismo nuevamente preveía el mecanismo de la cooptación para la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, mientras que por medio de los artículos 19 y 20 se insistía en la modificación del Consejo

Superior de la Judicatura, al crearse la Comisión Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección General de la Rama Judicial.

La tercera cuestión abordada era la referida a la Corte Constitucional y el ejercicio de sus competencias de control. Puede afirmarse que éste es el núcleo central de la reforma, y que su objetivo explícito es la neutralización del control constitucional. Los artículos 6, 14, 15 y 16 del proyecto buscaron introducir modificaciones a los numerales 7 y 8 del artículo 241, al artículo 242 y al artículo 243 de la Constitución. El artículo 6 buscaba impedir que la Corte se pronunciara acerca de la exequibilidad de los decretos que declaran los estados de excepción. Por el artículo 14 el control de las leyes de facultades dejaba de ser posterior y pasaba a ser control previo, reduciendo a la mitad el término para el pronunciamiento. En estos dos aspectos se repetían disposiciones del proyecto anterior. El artículo 16 pretendía restringir la competencia de la Corte en dos asuntos decisivos, pues de un lado fijaba la caducidad para acción de inconstitucionalidad en un año y, de otro, le impedía a la Corte pronunciarse en inexequibilidad sobre materias tributarias. De igual modo, la misma norma daba al traste con la teoría de la modulación de los fallos de constitucionalidad.

El último asunto manejado por el proyecto tenía que ver con la modificación de la teoría de las fuentes. Para ello se planteaban cambios en el artículo 230 de la Carta en varios niveles. En primer lugar, se colocaba en plano de igualdad a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con la de las jurisdicciones ordinaria y administrativa. Con ello se vaciaba el contenido del principio de supremacía constitucional y la función de la Corte como guardiana de la Carta. En segundo lugar, se negaba la fuerza vinculante a las decisiones de tutela de la Corte Constitucional, restringiéndola solamente a las sentencias de exequibilidad. Con ello la doctrina sobre derechos humanos pasaría a ser meramente indicativa. Finalmente, y como tercera modificación sustantiva, se fijaban cuatro criterios obligatorios para la interpretación de la Constitución: el bienestar general, la seguridad jurídica, un orden socioeconómico sostenible y el respeto de las competencias de las distintas ramas del poder. Con ello, en pocas palabras, la Constitución quedaba atada a los poderes y, lo que es peor, a los poderes económicos, en desmedro total de los derechos humanos.

6. La regulación de la tutela contra sentencias.

La necesidad de su reforma

Ya en el año 2002 se había señalado, con sobrada razón, que había llegado el momento de tomar decisiones alrededor de la vía de hecho judicial.²⁶⁶ El hecho concreto es que en el país se presenta un indeseado enfrentamiento entre las cortes acerca de la acción de tutela contra sentencias, y que se hace necesaria la intervención legislativa sobre el tema. Sin embargo, los siguientes puntos resultan decisivos:

6.1 La acción de tutela contra sentencias debe ser mantenida en el sistema colombiano

El Congreso de la República debe regular la figura, pero no debe suprimirla, por varias razones:

- Porque la defensa de los derechos fundamentales no es un asunto simplemente doméstico, sino que es una tarea americana y mundial. Si se suprime la figura, el mensaje que se da a la comunidad internacional indicaría que el Estado colombiano privilegia sectores en los que no cabe la defensa de los derechos fundamentales, para el caso y pese a lo paradójico que parezca, el sector de los propios jueces.
- Porque la figura ha traído grandes beneficios a los colombianos. Más aún, el propio Congreso de la República experimentó el valor de la vía de hecho cuando la Corte Constitucional la declaró, en favor de los miembros de la Cámara de Representantes, cuando iban a ser sometidos a juzgamiento por prevaricato por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.²⁶⁷ Adicionalmente, ha permitido, entre otros asuntos, que personas que habían sido juzgadas y condenadas por errores judiciales o por móviles inconstitucionales, como acontece en los casos de homónimos o en las suplantaciones,

²⁶⁶ Catalina Botero, Acción de tutela contra sentencias en el ordenamiento jurídico colombiano, en *Precedente*, Universidad ICESI, Cali, 2002.

²⁶⁷ Sentencia SU-047 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

hayan logrado la libertad que los procedimientos ordinarios injustamente no les concedieron, por sólo citar uno de los casos más sensibles.

- Porque la figura es compartida y aplicada en sistemas jurídicos que han servido de modelo a la configuración y aplicación de la Constitución Política colombiana, tal y como acontece con el sistema español y con el sistema alemán.

6.2 La regulación que se introduzca a la acción de tutela contra sentencias no debe sacrificar los derechos fundamentales

Este aspecto es muy importante. Si el Congreso va a regular la figura, debe hacerlo de modo tal que no resulten afectados los derechos fundamentales. Esto por varias razones:

1. Porque la propia Constitución ya ha tomado esa decisión aún antes que los intérpretes. El artículo 5 de la Carta establece el principio de prevalencia de los derechos fundamentales de la persona, lo que hace que todas las demás instituciones y autoridades públicas tengan que someterse a la vigencia de este enunciado normativo.
2. Porque el colombiano es Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y adicionalmente ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y tales instituciones obligan al Estado colombiano al respeto, y sobre todo a la protección, de los derechos fundamentales constitucionales.
3. Porque colocar a los jueces fuera del alcance de la acción de tutela, es crear posiciones de privilegio que resultan inaceptables en un Estado constitucional democrático, en el que la defensa y protección de los derechos fundamentales resulta ser el verdadero interés general del que habla la Constitución.

6.3 La regulación que introduzca el Congreso debe perfeccionar la figura, clarificarla y precisarla, sin sacrificarla

La figura y la doctrina sobre la vía de hecho judicial deben ser mantenidas y, en este sentido, la experiencia constitucional de los últimos quince años resulta ser

especialmente valiosa. De esta manera lo que resulta adecuado es introducir ajustes respecto de los siguientes puntos neurálgicos, ya avanzados en la doctrina vigente sobre el punto:²⁶⁸

- a) Debe establecerse una cláusula de caducidad de la acción de tutela contra sentencias. Esta es una medida benéfica, pues además de impedir que asuntos ya debatidos y resueltos en un pasado lejano vuelvan a ser ventilados, se permitiría que la discusión legal culmine con la evaluación constitucional, lo que enriquece la solución de los casos.
- b) La determinación de las causales debe ser precisada legislativamente. Para el efecto se cuenta con la experiencia y contribución de la teoría de los defectos y con su revisión posterior. Toda esta experiencia judicial debe ser enriquecida para perfeccionar una figura cuyos elementos dogmáticos ya han sido construidos por vía jurisprudencial.
- c) La cuerda procesal específica de la acción de tutela contra providencias judiciales podría ser modificada de modo tal que, sin sacrificar los principios de celeridad y de efectividad que rigen la acción de tutela, la decisión final pueda ser el producto de una mayor y mejor ponderación constitucional del conflicto y del asunto.

Se insiste finalmente en que dentro de la perspectiva de la defensa universal de los derechos fundamentales, no resulta conveniente suprimir figuras de protección establecidas para la defensa de esos mismos derechos en Colombia, justamente siendo uno de los países del mundo que viola con mayor frecuencia esos mismos derechos, y que es continuamente condenado por tribunales internacionales de derechos humanos. Que en nuestro país hayan sido interpuestas a la fecha más de 1'500.000 acciones de tutela, no significa que los colombianos seamos sujetos conflictivos y muy litigiosos, tampoco significa que se esté abusando de la acción, como paladinamente

²⁶⁸ Buena parte de las consideraciones que se presentan en esta última sección son re descripciones de las tesis contenidas en el artículo escrito por Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny, La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?, en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.

afirman muchos. Esta cifra tan solo debe llenarnos de preocupación, pues prueba fehacientemente que a pesar de la propaganda oficial sobre el tema, el nuestro sigue siendo uno de los países con mayor índice de violación de los derechos fundamentales, especialmente por parte de las autoridades públicas. En este sentido, las oficinas de comisionados internacionales radicadas en el país, las veedurías internacionales, las visitas *in loco* por parte de organismos internacionales de protección, no resultan ser más que otro índice de la lamentable situación de estos derechos en Colombia, la que eventualmente se vería agravada si se suprime la acción de tutela contra decisiones judiciales.

Bibliografía

- Aguilar, José Antonio, *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- Alexi, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Arrieta, Aquiles, El decreto reglamentario 1382 de 2000, o cómo evadir la Constitución, en: *Revista Tutela*, núm. 33, Legis, Bogotá.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *La piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.
- Barreto Rodríguez, José Vicente, *La acción de tutela*, 32 edición, Legis, Bogotá, 2001.
- Bernal Cuéllar, Jaime, *El proceso penal*, 3 edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Bernal Pulido, Carlos, Estructura y límites de la ponderación, en *Revista Doxa*, núm. 26, Madrid, 2003.
- _____, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- Borrero, Camilo et al., La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 15, Bogotá, 2003.
- Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Botero Marino, Catalina, Acción de tutela contra sentencias en el ordenamiento jurídico colombiano, en: *Precedente*, Universidad ICESI, Cali, 2002.
- Buenahora Febres-Cordero, Jaime, *El proceso constituyente*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1991.
- Burbano, Clara, Benavides, Claudia, La doctrina de la vía de hecho y su aplicación por las altas cortes del país, en: *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Daniel Bonilla y Manuel Iturralde (ed.), Universidad de Los Andes, Bogotá, 2005.

- Calabrese, Omar. *El lenguaje del arte*. Ediciones Paidós. Barcelona. 1987.
- Camargo, Pedro Pablo, *Acciones constitucionales y contencioso administrativo*, Leyer, Bogotá, 2002.
- Cepeda Espinosa, Manuel José, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992.
- _____, *Introducción a la Constitución de 1991*, Presidencia de la República, Bogotá, 1993.
- Chinchilla Herrera, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Temis, Bogotá, 1999.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo, Derechos fundamentales e interpretación constitucional, en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1994.
- Cortina, Adela, *El mundo de los valores. Ética y educación*, El Buho, Bogotá, 1997.
- Charry Urueña, Juan Manuel, *Justicia constitucional*, Ediciones Banco de la República, Bogotá, 1993.
- _____, *Sistema normativo de la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1998.
- Devis Echandía, Hernando, *Compendio de derecho procesal*, ABC, Bogotá, 1985.
- De Saussure, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- Dueñas Ruiz, Oscar José, *Acción y procedimiento en la tutela*, 2 edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997.
- _____, *Control constitucional*, 2 edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997.
- Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000
- Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 1996.
- Fonseca, Rubén, *Agosto*, Editorial Norma, Bogotá, 1994.
- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1995.

- García Villegas Mauricio y Rodríguez César, La acción de tutela, en *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colciencias, Siglo del Hombre y otros, Bogotá, 2001.
- Gaviria Díaz, Carlos, *Temas de introducción al derecho*, Señal Editora, Medellín, 1984.
- González Amuchástegui, Jesús, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Defensoría del Pueblo, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.
- Gros Espiell, Héctor, Una reflexión sobre el sistema regional americano de protección de los derechos humanos, en *Derechos humanos. Corte Interamericana*, tomo I, Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000.
- Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.
- Hart, Herbert Leonel, *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- Jaramillo Uribe, Jaime, *El pensamiento colombiano en el Siglo XIX*, Temis, Bogotá, 1982.
- Kant, Inmanuel, *Crítica de la razón pura*, Losada, Buenos Aires, 1979.
- Kaplan, Marcos, *Formación del Estado Nacional en América Latina*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1983.
- López Blcnco, Hernán Fabio, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Parte general*, tomo 1, ABC, Bogotá, 1996.
- López Medina, Diego Eduardo, *Interpretación Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2002.
- _____, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000.
- Marzal, Antonio, *El núcleo duro de los derechos humanos*, J. M. Bosch (ed.), Multivia Baja, Navarra, 2001.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho procesal civil. Parte general*, 4 edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ariel Editorial, Buenos Aires, 1990.
- _____, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel Editorial, Barcelona, 2 Edición, 1999.
- _____, *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

- Penagos, Gustavo, *El acto administrativo*, 6 edición, tomo 1, parte general, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1996.
- Piaget, Jean, *El estructuralismo*, Ediciones Oikos-Tau, Barcelona, 1974.
- Platón, La República, en *Obras completas*, Aguilar Ediciones, Madrid, 1981.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Reforma política y referendo dentro de los procesos de reforma de la Constitución de 1991*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.
- _____, *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2006.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2 edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- _____, *Liberalismo político*, Fondo de Cultura Económica, Colombia, 1996.
- Restrepo Piedrahíta, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2 edición, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- Rey Cantor, Ernesto, 3 edición, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Ediciones Universidad Libre, Cali, 1994.
- Rodríguez, César, *La Corte Constitucional el año de su consolidación*, Observatorio de la justicia constitucional, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1998.
- Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Paidós, Barcelona, 1991.
- Tovar Maldonado, Javier Hernán, El lugar de las consecuencias en la argumentación jurídica, en *Teoría jurídica. Reflexiones críticas*, Siglo del Hombre Editores, Universidad Libre, Bogotá, 2003.
- Upegui, Juan Carlos, La acción de tutela contra providencias judiciales. La superación de vía de hecho judicial. Un nuevo capítulo en un tema controvertido, en *Anuario de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- Uprimny, Rodrigo, Reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?, en *Reforma a la justicia. Acción de tutela*, Cooperación Técnica Alemana-GTZ, Bogotá, 2003.
- Urrego Ortiz, Franky, *La acción de cumplimiento*, ABC Editores, Universidad Agraria, Bogotá, 2001.

Valencia Zea, Arturo, *Derecho civil*, tomo 1, Parte general y personas, Temis, Bogotá, 1979.

Van Dijk, Teun, *La ciencia del texto*, Paidós, Barcelona, 1989.

Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad*, Gedisa, Barcelona, 1990.

Vidal Perdomo, Jaime, 12 edición, *Derecho administrativo*, Legis, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.

Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964.

Este libro fue compuesto en
caracteres Caxton Light en 10 puntos,
impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt,
en el mes de abril de 2007,
en Bogotá, D.C., Colombia
Servigraphic