

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 50, ISSN: 0124-700X

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

La Reforma a la Acción de Tutela
contra Providencias Judiciales

José Roberto Herrera
Juan Enrique Medina
Manuel Fernando Quinche



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia



Universidad del Rosario
Facultad de Jurisprudencia

LA REFORMA A LA ACCIÓN DE TUTELA
CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Herrera, José Roberto... [et al.]

La reforma a la acción de tutela contra providencias judiciales/ José Roberto Herrera, Juan Enrique Medina, Manuel Fernando Quinche. — Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.

58 p.— (Jurisprudencia. Serie Documentos, Borradores de Investigación; 50)

ISSN: 0124-700X

Incluye bibliografía.

Derecho constitucional / Reformas constitucionales – Colombia / Tutela / Acción de tutela / Derecho de petición / Derecho procesal / Providencias judiciales / I. Herrera, José Roberto / II. Medina, Juan Enrique / III. Quinche, Manuel Fernando / IV. Título / V. Serie.

LA REFORMA A LA ACCIÓN DE TUTELA
CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Autores

José Roberto Herrera

Juan Enrique Medina

Manuel Fernando Quinche

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2006

© José Roberto Herrera, Juan Enrique Medina, Manuel Fernando Quinche
© Editorial Universidad del Rosario

ISSN: 0124-700X

Todos los derechos reservados
Primera edición: octubre de 2006

Impresión:
Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

LA REFORMA A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES. INTRODUCCIÓN	7
1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES	9
2. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA QUE NO SACRIFIQUE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	17
2.1. La Acción de Tutela contra providencias Judiciales. La institucionalización de las vías de hecho	17
2.1.1. El nacimiento de la acción de tutela contra providencias judiciales	18
2.1.2. Primera aplicación de la acción de tutela en contra de una sentencia judicial	19
2.1.3. La procedencia de la vía de hecho, señalada por la Sentencia C-543 de 1992	20
2.1.4. Curso posterior de la figura y nuevo pronunciamiento por vía de constitucionalidad	21
2.2. Modalidades asumidas por la vía de hecho. Reconfiguración dogmática y “ <i>estado del arte</i> ” de la cuestión	22
2.2.1. Primera etapa de aplicación de la regla sobre procedencia de la tutela contra decisiones judiciales. Los años 1993 y 1994	23
2.2.2. Segundo momento. La formulación de la <i>teoría de los defectos</i> para la vía de hecho judicial	23
2.2.3. La inclusión de la <i>vía de hecho por consecuencia o de error inducido</i> 2.2.4. Cuarta etapa. Segunda configuración dogmática: <i>las causales genéricas</i> <i>de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales</i>	25
2.2.4. Cuarta etapa. Segunda configuración dogmática: <i>las causales genéricas</i> <i>de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales</i>	26
2.3. El enfrentamiento entre las altas cortes. Los argumentos de cada una de las posiciones. Un análisis de caso	27
2.3.1. Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado	28
2.3.2. Los argumentos de la Corte Constitucional	29
2.3.3. Los argumentos de las partes en acción. Un análisis de caso	32
2.4. La regulación de la tutela contra sentencias. La necesidad de su reforma	36
2.4.1. La acción de tutela contra sentencias debe ser mantenida legislativamente en el sistema colombiano	36
2.4.2. La regulación que se introduzca a la acción de tutela contra sentencias, no debe sacrificar los derechos fundamentales al debido proceso, libertad personal y libre acceso a la administración de justicia	37

2.4.3. La regulación que introduzca el Congreso debe perfeccionar la figura, clarificarla y precisarla, sin sacrificarla	37
Bibliografía	38
3. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DE LA TUTELA	40
Introducción	40
La tutela -Aciertos y Falencias-	40
3.1. El proceso judicial	42
3.1.1. La función judicial y la calidad de las decisiones	42
3.1.2. Decisiones aceleradas	44
3.2. Propuesta	46
3.2.1. Cómo compaginar “ <i>protección inmediata</i> ” frente a “ <i>exposición al error</i> ”	46
3.2.2. Excepcionalidad de la tutela	46
3.2.3. Legitimación para proponer la acción	47
3.2.4. Características de la vulneración del derecho	49
3.2.5. Los derechos fundamentales	50
3.2.6. Aspectos procesales	52
3.2.7. El agente de la vulneración	53
3.2.8. Las decisiones de tutela	54
3.2.9. La tutela contra las sentencias	55
3.3. Epílogo	58

LA REFORMA A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

José Roberto Herrera*
Juan Enrique Medina**
Manuel Fernando Quinche***

Introducción

En el primer semestre de 2006, en el marco del segundo período de la legislatura 2005-2006, la Honorable Representante Gina María Parody organizó en las instalaciones del Congreso de la República un debate sobre la noción y el alcance de la Acción de Tutela respecto a providencias judiciales, tema de gran discusión por parte de diferentes sectores del Gobierno Nacional así como de las Altas Cortes, la Academia y la Doctrina en general.

En ese orden de ideas, la Facultad de Jurisprudencia y la Decanatura del Medio Universitario de la Universidad del Rosario, a través de su Observatorio Legislativo y de Opinión, solicitaron a algunos docentes su opinión sobre el referido tema de amplia polémica, con el fin de presentar al público en general argumentos que sustenten las múltiples posturas que al respecto existen.

-
- * Doctor en Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma. En la academia se ha desempeñado como catedrático de la Universidad Pontificia Javeriana y de la Universidad del Rosario, de la cual es profesor honorario y director del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Jurisprudencia. Ha ocupado importantes cargos en entidades del Estado tales como secretario general de la Procuraduría General de la Nación, conjuge del Tribunal Superior de Bogotá y del Consejo de Estado, magistrado de la Corte Suprema de Justicia y presidente de la misma. Ha desarrollado, además, actividades como árbitro "A" de la Cámara de Comercio de Bogotá y ha escrito importantes obras en materia de reformas a la normatividad laboral y de seguridad social.
- ** Abogado de la Universidad del Rosario, especializado en Derecho contractual, Diplomado en Educación Superior, pedagogía y gestión Universitaria. Es profesor de la Universidad del Rosario en las cátedras de Derecho Civil Personas, Derecho Civil Obligaciones, Derecho Civil Bienes, Teoría del Derecho para no abogados. Fue director del Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario y director del área de Derecho Privado. También ha sido profesor en la Universidad de la Sabana, la Escuela de Administración Pública ESAP y la Universidad Católica de Colombia. Se ha desempeñado como abogado de entidades del sector público y como asesor externo de otras Instituciones. Ha escrito obras en materia de Derecho Civil Personas, Régimen Legal de la Inversión Extranjera, y ha sido coautor de otras en temas como el Régimen de las Corporaciones Regionales y las Tarifas de los Servicios Públicos.
- ***Cursó la carrera de Filosofía en la Universidad del Rosario, es abogado de la Universidad Católica de Colombia, especialista en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Javeriana y culminó estudios de maestría en Derecho, en la Universidad Nacional de Colombia. En la actualidad es profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, profesor de posgrado en Derecho Constitucional y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Público de la misma Universidad. Miembro de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Adicionalmente alterna su actividad académica con el litigio. Es autor de importantes publicaciones en materia de acción de tutela, reforma política, entre otros, así como de numerosos artículos publicados en revistas universitarias y especializadas.

Así las cosas, en el presente documento encontrarán recogidos los comentarios preliminares y generales de la posición sobre el tema en debate emitida por los doctores José Roberto Herrera, Manuel Fernando Quinche y Juan Enrique Medina, docentes de la Facultad de Jurisprudencia.

El objetivo de esta publicación no es otro que el de brindar herramientas para adelantar este debate que cotidianamente se surte sobre este tema en diferentes escenarios de la vida nacional, y servir de sustento para el trabajo de aquellos que en adelante le den vida a éste tema al interior del Congreso, quizá de manera concreta en la realización de una iniciativa legislativa, como recientemente se ha anunciado.

1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL A LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

José Roberto Herrera

Desde tiempo atrás he sostenido que la tutela es un instrumento valioso y necesario de protección de derechos constitucionales fundamentales. Su arraigo popular es indiscutible. Es una preciosa herramienta frente a la posible arbitrariedad administrativa y de particulares, para prevenir los desafueros o amparar los derechos constitucionales fundamentales de las personas, en caso de amenaza o lesión, por lo que la estructura básica debe mantenerse, sin perjuicio de las urgentes reformas que amerita.

Infortunadamente el abuso en el ejercicio de esta acción frente a providencias judiciales ha puesto de presente que el desarrollo de la misma no se corresponde con la intención de los constituyentes al establecerla, con su estricta consagración normativa, con la realidad de otros países de similar desarrollo al de Colombia y mucho menos con el ideal de administración de justicia. Por eso para efectos del presente estudio he desarrollado las ideas que se exponen a continuación, muchas de las cuales se apoyan en estudios realizados para la agencia de cooperación GTZ y en la providencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 19 de marzo de 2002 (Radicación No.13396).

Con fundamento en la mal entendida competencia difusa en materia de tutela contra providencias judiciales se ha desarticulado gravemente el aparato judicial, al permitir que a pretexto de estar en juego temas constitucionales, jueces de todas las especialidades tengan injerencia en asuntos reservados a una de ellas, provocando decisiones contradictorias y apartadas por completo de la jerarquía y autonomía judicial.

También pretextando la necesaria defensa de los derechos fundamentales, en teoría incuestionable, todo se ha erigido en derechos fundamentales, especialmente en los campos penal y laboral. Con las decisiones proferidas en esta materia, en la que se han dejado sin efectos sentencias ejecutoriadas aún de los máximos organismos de administración de justicia, podría preguntarse en esos campos qué no es derecho fundamental. En ese amplio listado se ha producido una injerencia de jueces de tutela en una amplísima gama de los asuntos atribuidos a la competencia privativa de jueces y tribunales.

La Constitución Política, estableció como órgano límite a la Corte Suprema y al Consejo de Estado en los procesos ordinarios y contencioso administrativos, respectivamente, no por un simple acto de imposición formal, sino porque en un orden jerárquico todo proceso judicial debe tener un final y ese fue el establecido en la Carta al darle efecto de intangibles a las determinaciones de esas Corporaciones judiciales. Con esas decisiones se desarrolla el postulado de defensa de los derechos fundamentales, pues no es concebible la colisión que representaría que una resolución final, según la propia Constitución, pudiera ser vulnerada bajo el supuesto de su oposición a un derecho fundamental.

Los límites reconocidos al recurso de casación, como decisión encomendada a la Corte Suprema por la misma Carta, provienen de la naturaleza del fallo correspondiente, de los fines que a esta institución se le reconocen y del procedimiento especial al que debe ajustarse su trámite.

Dentro de tales parámetros quedan involucrados los conceptos de cosa juzgada, como verdad judicial incontrovertible, y de seguridad jurídica, como consecuencia de

aquella y fundamento necesario de la convivencia social. Esta última, a su vez como fin del Estado, es la que legitima en mayor grado la exigencia de inmutabilidad de las decisiones del Cuerpo Judicial requerido para expresar el dictamen final.

También debe destacarse la consagración constitucional de la función como Tribunal de Casación que se le asigna a la Corte Suprema, en la cual actúa, además, como garante de enmienda de las violaciones a las normas de derecho sustancial en que se incurre en el desarrollo de la aplicación del derecho ordinario. Por tanto, pretender el desconocimiento de un pronunciamiento hecho por vía de casación, subvierte el respeto que a la Constitución misma se le debe tener como Norma Máxima y dentro de la concepción abstracta de representar ella, en sí misma, el orden jurídico y de consagrar, además, la primacía de la ley como único sendero imperativo para las decisiones judiciales. La ley es la concreción de los postulados abstractos previstos en la Carta y por ello al garantizar su recta aplicación, por la vía del juicio de legalidad que es propio de la casación, éste recurso extraordinario está permitiendo la defensa misma de la Constitución. No debe olvidarse que la ley se presume avenida a ella mientras no sea declarada inexecutable o no resulte de bulto su inaplicación por la evidente contradicción con los postulados constitucionales.

El abusivo ejercicio de la acción de tutela frente a decisiones judiciales, ha congestionado considerablemente la carga laboral de los operadores judiciales, retrasado en gran medida la administración de justicia, impedido que esta sea pronta y cumplida, y afectado la imagen de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa.

La tutela contra providencias judiciales ha generado inseguridad jurídica, afectado el valioso principio de la cosa juzgada, generado el caos entre jurisdicciones y especialidades, originado el desconocimiento de las jerarquías judiciales, y propiciado un conflicto permanente en la cúpula de la organización judicial. Todo lo anterior ha originado la desarticulación del sistema, dando lugar a que la tutela se preste a propósitos no claros de desconocimiento de los fallos y de la seguridad jurídica, expresión del Estado sometido al derecho en una explosión de litigiosidad inmanejable.

A pesar de pregonarse el respeto a la primacía constitucional y a las decisiones que en esta materia se profieren por las autoridades competentes, en muchas ocasiones se han violado las reglas de conocimiento de los asuntos de tutela contenidas en el Decreto 1382 de 2001, declarado ajustado a la Constitución Política por el Consejo de Estado, única corporación de justicia con atribuciones para ello, mediante sentencia del 18 de julio de 2002, lo que significa que el aludido precepto se encuentra vigente y debe ser acatado y cumplido inexorablemente por todas las autoridades judiciales.

La procedencia de la tutela contra providencias judiciales es de estirpe meramente jurisprudencial, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma de estirpe legal que la consagre, pues las únicas que permitían su existencia (artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991) fueron declaradas inexecutables por la Corte Constitucional, por lo que desapareció definitivamente del universo jurídico la posibilidad de que un juez tenga injerencia en las decisiones de otro juez.

Se ha vulnerado flagrantemente el carácter subsidiario de la tutela contra providencias judiciales, paradójicamente siempre se concede como mecanismo definitivo, desconociendo que en estos casos debe ser finalmente el juez de la respectiva jurisdicción ordinaria o contencioso administrativo el que defina el derecho.

Mucho menos resulta acorde con el ordenamiento jurídico, que alguna autoridad se arrogue el poder de dictar sentencia de reemplazo a una decisión judicial debidamente ejecutoriada y arbitrariamente anulada porque con ello se suplanta de modo irregular al juez natural, en especial cuando el mismo es el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, está revestido de la incuestionable facultad para decidir en forma definitiva los asuntos sometidos a su conocimiento.

Tal comportamiento resulta además violatorio de las directrices que perentoriamente le señala al Juez de tutela el artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, con arreglo al cual el fallo emitido para restablecer el derecho eventualmente vulnerado ha de contener la orden para que sea realizada o desarrollada la acción respectiva por parte de la autoridad competente para el efecto, por lo que si en gracia de discusión se aceptara la procedencia de tutela contra providencias judiciales, el ordenamiento que le correspondería emitir al Juez constitucional estaría circunscrito a que el funcionario judicial competente profiera la decisión de reemplazo, pero nunca sustituirlo en el contenido de la misma, como se viene haciendo contra el inequívoco y expreso mandato de las normas que gobiernan el tema. Como lo ha anotado la Corte Suprema de Justicia, por esa vía, fácilmente se materializaría la insólita suplantación del legislador por cualquier Juez de tutela, no obstante tratarse de una función legislativa que privativamente corresponde al Congreso de la República.

La propia Corte Constitucional ha precisado que la competencia judicial “*se rige por los siguientes principios: legalidad, porque es determinada por la ley; imperatividad, por que no es derogable por la voluntad de las partes ni de las autoridades; inmodificabilidad por cuanto no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); indelegabilidad, ya que no puede ser transferida por quien la detenta; y es norma de orden público puesto que se funda en principios de interés general*”.

Los razonamientos a que se acude en tutelas contra providencias permiten comprobar que se trata más de juicios al sistema que de reales atentados a los derechos fundamentales. Luego si los ordenamientos casacionales no desarrollan los principios y valores consagrados en la Constitución, como se les juzga en este tipo de decisiones, lo políticamente correcto sería reformarlos y no mantenerlos para seguir acusándolos a través de la tutela con los costos que para el sistema democrático, el poder judicial y la confianza en general ello implica.

Como lo ha dicho la Corte Suprema:

Esta irracionalidad tiene dos manifestaciones claves:

- a) La deslegitimación del poder judicial por el propio poder judicial (constitucional) sin que logre establecerse si ello es expresión del debate de paradigmas sobre teoría jurídica, que no parece si se observa el tipo de motivaciones que se consagran en estos fallos, o a una instrumentalización de la jurisdicción constitucional y su carácter difuso, para hacer prevalecer intereses de algunos sectores o personas en particular.
- b) El fraude y la invalidación manifiesta del querer del constituyente por configurar un poder judicial independiente. Su prescripción porque los jueces en sus fallos sólo estén sometidos al imperio de la ley no rige. El mandato de abstención a las autoridades públicas (incluidos los jueces de constitucionalidad) de no interpelar la labor de los jueces en sus decisiones de expreso enunciado constitucional ha sido derogado.

La abundante literatura sobre el recurso de casación enseña que es consubstancial al mismo la existencia de un tribunal especializado que conozca de él. La Constitución

Política fue consciente de ello al asignarle a la Corte Suprema de Justicia de manera privativa la “atribución” respectiva, por lo que resulta innegable que este medio de impugnación no tiene una consagración simplemente legal, sino una clara contemplación en la Carta Fundamental y que cuando el órgano constitucionalmente competente cumple con la regulación legal que lo disciplina está obedeciendo el ordenamiento superior, siéndole vedado a cualquier otra autoridad inmiscuirse en sus decisiones, independientemente de la motivación que le asista para ello. Lo contrario conduciría al contrasentido de instituir en un órgano el control del recurso de casación y considerar contrarias a la Constitución sus decisiones, cuando éste en ejercicio de sus atribuciones dicta sentencias con arreglo a las normas que lo regulan.

La Corte Constitucional al efectuar la revisión de la que posteriormente sería la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, (artículo 17) referente a las funciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia reconoció:

En ese orden de ideas, las atribuciones que el artículo 235 de la Carta le atribuye a la Corte, en particular la de actuar como tribunal de casación y la de juzgar a los funcionarios con fuero constitucional, deben entenderse que serán ejercidas en forma independiente por cada una de sus salas, en este caso, por la Sala de Casación Penal. De lo anterior se infieren, pues, varias conclusiones: en primer lugar, que cada sala de casación –penal, civil o laboral– actúa, dentro del ámbito de su competencia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; en segundo lugar, que cada una de ellas es autónoma para la toma de las decisiones En otras palabras, la redacción del artículo 234 constitucional lleva a la conclusión evidente de que bajo ningún aspecto puede señalarse que exista una jerarquía superior, ni dentro ni fuera, de lo que la misma Carta ha calificado como ‘máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria’. (Resalto). (Sentencia No. C-037/96).

Han entendido la Corte Suprema y la Corte Constitucional, que la Casación no es una tercera instancia, donde se deba recomponer el litigio, pues éste formalmente concluye con la ejecutoria de la sentencia de único, primer o segundo grado, la cual goza de la presunción de legalidad y acierto, como consecuencia necesaria de la aplicación del principio de cosa juzgada (verdad legal). La competencia de la Corte Suprema de Justicia, frente a tales actos, como máximo Tribunal de Casación, es restringida y extraordinaria. Es restringida porque su función está limitada a hacer el examen comparativo, que le proponga el recurrente, de la sentencia impugnada con la ley, con el fin de preservar el imperio de ésta y unificar la jurisprudencia nacional. Examen que solo puede estar circunscrito a la demanda de casación, pues no puede olvidarse que para la contraparte, como lo ha afirmado la propia Corte Constitucional, (Sentencia C-543/92) “la sentencia con autoridad de cosa juzgada representa, para la parte favorecida, un título dotado de plena validez y oponible a todo el mundo, pues crea una situación jurídica indiscutible a partir de la firmeza del fallo”. Es extraordinaria porque no todas las sentencias son susceptibles de ser acusadas por este mecanismo.

Se ha entendido ecuménicamente que la demanda de casación debe estructurarse con acomodo estricto a los preceptos legales, con sus desarrollos doctrinales y jurisprudenciales, siendo el derrotero único para la labor de la Corte, quien carece de facultades para actuar de oficio a fin de enmendar o corregir los defectos de que dicha demanda pueda adolecer.

Respecto de la función de administrar justicia, que ejerce la Corte Suprema en su condición de máximo Tribunal de Casación, ha dicho la Corte Constitucional (Sentencia

C-543/92) “[...] lleva implícito el concepto de la cosa juzgada aún antes de su consagración en normas positivas, pues resulta esencial a los fines que persigue” y, aunque no existe norma expresa, no duda ese ente colegiado en asignarle una raigambre estrictamente constitucional, no susceptible de ser desconocida por el legislador, tal como lo expresa en el mismo fallo de constitucionalidad:

Que la Constitución no destine uno de sus artículos a proclamar expresamente y para toda clase de procesos el principio de la cosa juzgada, en nada disminuye la raigambre constitucional del mismo ni su carácter vinculante para el legislador, cuyos actos no pueden contrariarlo.

Debe observarse que el concepto esencial de cosa juzgada se halla explícitamente acogido por la actual Carta Política cuando en el artículo 243 declara:

‘Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional’.

Si el Constituyente resolvió especificar bajo el calificativo de ‘constitucional’ la cosa juzgada que ampara esta clase de sentencias, es porque supuso el principio genérico y adoptó, para tales juicios, los fundamentos y las consecuencias jurídicas en él incorporadas.

El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada.

Pero, además, si la Constitución dispone que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo hecho -‘non bis in idem’-, con esa garantía procesal resulta incompatible la posibilidad de intentar acciones de tutela contra sentencias ejecutoriadas, toda vez que ello representaría la reapertura del proceso culminado.

Por otra parte, el Preámbulo de la Constitución señala como uno de los objetivos hacia los cuales se orienta la autoridad del Estado colombiano, el de ‘asegurar a sus integrantes [...] la justicia, [...] dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden [...] justo’. A juicio de la Corte, mal se puede asegurar la justicia y garantizar un orden justo si el marco jurídico que se disponga fundamenta el concepto de justicia sobre la base de la incertidumbre. El artículo 1º de la Carta consagra como principios fundamentales del Estado Social de Derecho los del respeto a la dignidad humana y la prevalencia del interés general. El primero de ellos implica la posibilidad de obtener definiciones en materia de justicia sin la presencia perturbadora de renovadas instancias que hagan inciertos los derechos deducidos en juicio. Al segundo se opone la inestabilidad provocada en el seno de la colectividad por el desconocimiento de la seguridad jurídica.

La efectividad de los derechos consagrados en la Constitución tiene su mejor prenda en la culminación de las controversias sobre la base de una verdad discernida previa la garantía de los derechos procesales. Por el contrario, resulta vulnerada cuando esa verdad, varias veces debatida, no se establece con certidumbre.

En virtud del principio de la cosa juzgada, las sentencias que dicta la Corte Suprema de Justicia en casación 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.

Es cierto que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, pero como órgano constituido no tiene un poder absoluto, y sus atribuciones en esta materia deben acompasarse con las de otras autoridades y jurisdicciones. Es la propia Carta Fundamental, la que dispone que dicha misión debe ejercerse “en los estrictos y precisos términos” del artículo 241, que en su inciso 9º le encomienda

la función de revisar, *en la forma que determine la ley*, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. Tal disposición guarda armonía con el artículo 43 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Fue desarrollo de esa preceptiva el Decreto 2591 de 1991, que no permitió que se sustituyera al juez natural, por el contrario enervó la tutela cuando existe otro medio de defensa judicial (artículo 6º), y en el artículo 8º únicamente permitió tal clase de intromisiones como “mecanismo transitorio” y “sólo durante el tiempo que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo”. Si no hay ninguna ley vigente que consagre la procedencia de la acción de amparo contra fallos judiciales, ninguna orden de tutela puede contrariar en forma definitiva un pronunciamiento judicial emanado del juez natural.

En efecto, la propia Corte Constitucional mediante la Sentencia C-543/92, declaró la inexecutable del artículo 11, y por unidad normativa, del 40 del Decreto 2591 de 1991, que admitían la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, sustancialmente, por considerar:

Conclusión forzosa de las consideraciones que anteceden es la inconstitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991. Esta norma contraviene la Carta Política, además de lo ya expuesto en materia de caducidad, por cuanto excede el alcance fijado por el Constituyente a la acción de tutela (artículo 86), quebranta la autonomía funcional de los jueces (artículos 228 y 230), obstruye el acceso a la administración de justicia (artículo 229), rompe la estructura descentralizada y autónoma de las distintas jurisdicciones (Título VIII), impide la preservación de un orden justo (Preámbulo de la Carta) y afecta el interés general de la sociedad (artículo 1º), además de lesionar en forma grave el principio de la cosa juzgada, inherente a los fundamentos constitucionales del ordenamiento jurídico.

En dicha providencia que, de acuerdo al artículo 243 de la Carta Política, hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, consideró la Corte que el Constituyente de 1991 no consagró la acción de tutela “[...] como medio de defensa contra los resultados de los procesos que él mismo hizo indispensables en el artículo 29 de la Constitución para asegurar los derechos de todas las personas”. Al analizar los antecedentes constitucionales del artículo 86, concluyó que hubo en el seno de la Asamblea Constituyente la plena convicción de que no procedía este mecanismo contra las decisiones de los jueces, dictadas para resolver los asuntos a su cargo. Sobre el punto se expresó de la siguiente manera:

Un recto sentido de la acción de tutela no puede conducir a excesos como los descritos, ya que el fundamento de su consagración, según los registros correspondientes a los debates efectuados en la Comisión correspondiente y en la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, consistió en la protección oportuna y eficaz de los derechos para hacer justicia en circunstancias que escapaban a las previsiones del ordenamiento jurídico anterior, pero no en la desestabilización de los medios procesales que ya habían sido especialmente contemplados también para la defensa y efectividad de los derechos.

De gran importancia resulta en este caso la consideración de los antecedentes constitucionales. En la Asamblea Nacional Constituyente se perfiló desde el comienzo el alcance del mecanismo hoy consagrado en el artículo 86 de la Carta como oponible a actos u omisiones de autoridades públicas, pero no a las sentencias ejecutoriadas. Apenas motivos relacionados con la forma o redacción del articulado llevaron a suprimir la limitación expresa en este sentido, de lo cual obra constancia de indudable precisión y autenticidad.

Con el criterio de simplificar el artículo, en la comisión se suprimieron ciertos aspectos. Unos, como la referencia expresa a los derechos colectivos, porque serán protegidos de manera especial

mediante la consagración de las acciones populares. Otros, porque se considera que hacen parte de la naturaleza de la institución y no requieren por lo tanto enunciarse expresamente; tal el caso de la no procedencia de la acción frente a las situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada [Subraya la Corte].

En estos últimos casos es evidente que ya no cabe la protección inmediata de los derechos bien sea porque lo procedente es intentar una acción ordinaria de reparación o porque hay una decisión definitiva de la autoridad competente [...]. Por esta razón, consideramos conveniente insistir en que este inciso se suprimió simplemente para simplificar el artículo, pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión”.¹ [Se subraya].

Existió, pues, en el seno de la Asamblea Constituyente la plena convicción sobre el verdadero entendimiento del artículo aprobado: se consagraba la acción de tutela como forma nueva de protección judicial de los derechos, pero no contra las decisiones dictadas por los jueces para resolver sobre los litigios a su cargo. Que hayan sido negadas proposiciones tendientes a consagrar de modo expreso tal limitación no supone que el Constituyente hubiese elevado a norma constitucional la tesis contraria a la que tales propuestas hubiesen deseado plasmar literalmente. El rechazo de ellas apenas significa la improbación de textos determinados, probablemente acogiendo la tesis del informe-ponencia citado en el sentido de que su inclusión no era necesaria, pero de ninguna manera sería lícito inferir de dicha negativa la actual vigencia de un “mandato implícito” en el que pueda apoyarse la tutela contra los proveídos judiciales.

Advierte también la Corte que, en una concepción claramente restrictiva, dentro del propósito inicial que guió al Gobierno Nacional como promotor del proceso que condujo a la expedición de una nueva Carta Política, no estuvo comprendida la posibilidad de diseñar la acción de tutela como mecanismo que pudiera incoarse contra decisiones judiciales. Así, el proyecto de acto reformativo de la Constitución sometido por el Gobierno a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, contiene una parte dedicada a los instrumentos para la eficacia de los derechos, siendo uno de aquellos el “derecho de amparo” en virtud del cual, según el texto de la propuesta, “cualquier persona podrá solicitar, en todo momento y lugar, por sí misma o por quien la represente, ante una autoridad judicial el amparo de sus derechos constitucionales directamente aplicables cuando sean violados o amenazados por actos, hechos u omisiones de cualquier autoridad pública”. Más adelante, al fijar el alcance del proyecto, en la exposición de motivos se lee que “para efectos del artículo propuesto, autoridades públicas serían los órganos, corporaciones o dependencias de la rama ejecutiva del poder público, las entidades descentralizadas, los órganos de control, los órganos electorales y las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Cualquier acto, hecho u omisión de estas autoridades públicas podría dar lugar al ejercicio del derecho de amparo.”²

Obsérvese que el criterio que se cita estuvo orientado en un sentido más restringido que el finalmente acogido por la Asamblea Nacional Constituyente y que ahora interpreta la Corte Constitucional en esta providencia, haciendo posible la acción de tutela respecto de actuaciones judiciales distintas de las providencias.

Como consecuencia de las violaciones a los principios de rango constitucional de la cosa juzgada y de la autonomía funcional de los jueces, la obstrucción del acceso a la administración de justicia y el rompimiento de la estructura descentralizada y

¹ Cfr. Asamblea Nacional Constituyente. Informe-Ponencia “Mecanismos de protección de los derechos fundamentales y del orden jurídico”. Constituyentes Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero. Gaceta Constitucional Nº 77. Mayo 20 de 1991, pp. 9 y 10.

² Presidencia de la República. Proyecto de Acto Reformativo de la Constitución Política de Colombia. Febrero de 1991, pp. 203 y 205.

autónoma de las distintas jurisdicciones, que, observó la Corte en su extenso análisis, implicaría la figura de la acción de tutela frente a las decisiones judiciales, además de que él no está contemplado en el artículo 86 de la Constitución Nacional, la llevaron a concluir tajantemente que tal amparo no procede contra ninguna providencia judicial, salvo cuando exista perjuicio irremediable, pero supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente, tal como se aprecia en el siguiente aparte:

De las razones anteriores concluye la Corte que no procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente.

Si alguna reforma se pretendiera respecto de la improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, es en los procedimientos de los procesos ordinarios donde pueden establecerse mecanismos más efectivos para prevenir la violación de derechos fundamentales en procesos y estimularse dentro de ellos su protección en las instancias o incluso a través de los recursos extraordinarios existentes, pero sin que se llegue a admitir que por encima de los órganos límites de la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa puedan existir otros porque eso conduce a institucionalizar la anarquía judicial con todas sus perniciosas consecuencias.

2. LA NECESIDAD DE UNA REFORMA QUE NO SACRIFIQUE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Manuel Fernando Quinche

El hecho notorio señala que especialmente desde el año 2000, el país jurídico viene soportando una gran tensión alrededor de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, comúnmente entendida como “*vía de hecho judicial*”, tensión esta que ha llevado al explícito enfrentamiento entre las altas cortes, que los medios de comunicación han descrito de un modo desafortunado, como “*choque de trenes*”. La disputa, que enfrenta básicamente a la Corte Constitucional con las Salas de Casación Laboral y Penal de la Corte Suprema de Justicia y con el Consejo de Estado, ha llegado a un grado tan alto, que se hace necesaria una intervención del Congreso de la República, que cumpla simultáneamente con dos objetivos: de un lado, con el de restituir la perdida armonía entre las cortes y de otro, con regular la institución de las vías de hecho, sin tener que sacrificar los derechos fundamentales de los colombianos.

En atención a lo anterior, este escrito defiende la tesis según la cual, es necesaria una intervención constituyente o legislativa, que no sacrifique ni la institución de la acción de tutela contra providencias judiciales, ni la integridad de los derechos fundamentales a debido proceso y de libre acceso a la administración de justicia. En sentido contrario sostiene, que si la institución o los derechos antedichos resultan degradados, lo que habrá acontecido es una afectación de alta intensidad sobre un Estado Social de Derecho, que como el colombiano, está cada vez más disminuido. Para los efectos expositivos de esta intervención, se hace inicialmente una reconstrucción de la tutela contra decisiones judiciales a lo largo de los 15 años de su vigencia (i), en segundo lugar, se explicitan las modalidades que ha asumido y el modo de referirse a estas, presentando el “*estado del arte*” de la cuestión (ii), en tercer término, se explicitan los distintos argumentos enfrentados alrededor de las vías de hecho, convocando las posturas de cada una de las cortes, ilustrando el asunto, desde la reconstrucción de un caso complejo (iii) y finalmente, se plantean los contenidos que han de limitar la intervención del Congreso, vale decir, la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana señalada en el artículo 5 de la Constitución Política, los compromisos y obligaciones internacionales adquiridas por Colombia, especialmente las contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José (iv).

2.1. La Acción de Tutela contra providencias Judiciales.

La institucionalización de las vías de hecho

La pregunta jurídica que existe a la base de todo el asunto puede ser formulada entre otros, en los siguientes términos:

¿Procede sí o no en el sistema colombiano, la acción de tutela en contra de providencias judiciales?, o en otras palabras y en los casos en los que un juez de cualquier jerarquía, por medio de una providencia judicial vulnera derechos fundamentales, ¿resulta posible restituir la integridad del derecho fundamental por medio del amparo de tutela?; o si se quiere en términos aún más precisos: ¿Debe establecerse un privilegio

para los jueces, de modo tal, que la acción de tutela proceda en contra de cualquier autoridad pública, pero no en contra de los jueces o magistrados en Colombia?

La respuesta en general a estas tres maneras de formular el mismo asunto es afirmativa. Es decir, en el sistema colombiano sí procede la acción de tutela contra sentencias judiciales, tal y como acontece en un gran número de los sistemas constitucionales contemporáneos y como ha venido sucediendo desde el momento mismo de establecimiento de la acción de tutela en Colombia. Una breve reconstrucción del asunto y del tratamiento del tema, resulta ser un argumento entorno a la existencia del instituto.

2.1.1. El nacimiento de la acción de tutela contra providencias judiciales

Con la expedición de la Constitución de 1991 y con la del Decreto 2591 de 1991, dictado con base en las facultades extraordinarias concedidas por el artículo 5 transitorio de la Constitución Política, nació la acción de tutela en contra de sentencias judiciales, o la vía de hecho, en atención a dos poderosas razones normativas:

- a) El artículo 86 de la Constitución Política y el deber de su aplicación directa en razón del principio de supremacía de la Constitución (artículo 4 de la Carta). De acuerdo con aquel, toda persona podrá plantear la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales, *“cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*, enunciado este en el que se utilizó el cuantificador universal *“cualquier autoridad pública”*, dentro del cual, necesariamente, quedaban incluidos los jueces y magistrados. Adicionalmente, la regla constitucional no distingue entre destinatarios, luego obviamente, procede en contra de las actuaciones y decisiones de cualquier servidor público, quedando así comprendidas las decisiones judiciales.
- b) Los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. La primera de estas normas aceptaba expresamente la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, tan solo que le imponía un término de caducidad a la acción de dos meses, contado a partir de la ejecutoria de la providencia, al establecer:

Artículo 11. Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente.

La segunda de las normas referidas también preveía la vía de hecho, solo que fijaba un factor de competencia específico. De acuerdo con este, debían conocer de la acción, la Sala o Sección en turno, si se trataba de una providencia de una alta corte. La norma disponía:

Artículo 40. Competencia especial. Cuando las sentencias y demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente [...].

En este sentido y en el plano puramente normativo, tanto el constituyente de 1991, como el legislador, incluyeron en el sistema colombiano, la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

2.1.2. Primera aplicación de la acción de tutela en contra de una sentencia judicial

Esta primera aplicación tuvo suceso en la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia T-006 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En aquella oportunidad, la Corte Constitucional previa selección, examinó el caso de dos sujetos que habían sido condenados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por el delito de estafa agravada en documento público. Llevado el caso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esta corporación se negó a casar la sentencia y ratificó su contenido. Dada la situación, los sujetos accionaron en tutela.

Conocida la acción por la Sala de Casación Civil, esta negó el amparo por improcedente y adicionalmente dispuso la inaplicación de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991. Respecto de la improcedencia, la Sala se negó a examinar la cuestión de fondo invocando como argumentos, el principio de división de poderes, la existencia de cosa juzgada, el principio de “diversidad igualitaria”, que implicaba la independencia de cada una de las salas, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, su función “puramente policiva”, así como la inexistencia de un organismo externo superior en sentido orgánico y funcional, distinto a la propia Corte Suprema. Adicionalmente, la Sala de Casación procedió a inaplicar los ya citados artículos 11 y 40, pues en su sentir tales normas “infligieron el mandato constitucional de no tutelabilidad de las sentencias”.

Seleccionado el caso en la Corte Constitucional, esta, mediante la ya señalada sentencia T-006 de 1992, dispuso revocar la decisión de fecha diciembre 9 de 1991 de la Corte de Casación, amparando los derechos a debido proceso y libre acceso a la administración de justicia, ordenando adicionalmente, la remisión del expediente a la Sala Civil de la Corte Suprema, para que procediera a fallar de fondo. En lo que puede ser considerado como el argumento central del fallo, la Corte Constitucional señaló que:

10. La configuración de la acción de tutela contra acciones u omisiones de las autoridades que violen o pongan en peligro derechos fundamentales de los ciudadanos, indica que no existe en Colombia una presunción de derecho que ampare la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos.³

Agregando además que:

Los actos del juez -y la Corte Suprema de Justicia lo es y en grado sumo- en la aplicación del derecho al caso concreto no pueden desconocer los dictados de la Constitución, norma superior del ordenamiento. Excluir la acción de tutela respecto de sentencias de una de las salas de la Corte Suprema de Justicia significa que, en este campo de la actuación pública, de tan estrecha relación con la protección de los derechos fundamentales, no existe ningún medio de control de su comportamiento constitucional.⁴

Como fundamento de su postura, la Corte Constitucional señaló entre otros argumentos, el del valor normativo de la Constitución, que implica que la Carta Política no sea tomada como la simple enunciación de un programa ideológico o político, sino

³ Sentencia T-006 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica No. 10.

⁴ Sentencia T-006 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica No. 12.

como un conjunto de enunciados normativos de obligatorio cumplimiento, además exigibles judicialmente. Adicionalmente señaló, que existe el “*derecho fundamental a la integridad y supremacía de la Constitución*” y que tal derecho resultaba violado en aquellos casos en los que se eludía la protección de tutela en contra de providencias judiciales. En lo que tenía que ver con el argumento de la cosa juzgada, esgrimido por la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional señaló que resultaba equivocada la tesis de la Corte de Casación de elevar al plano de lo absoluto a la cosa juzgada, en nombre de la seguridad jurídica, en tanto que con dicha postura, resultaban sacrificados el valor de la justicia, los derechos fundamentales de la persona humana y la primacía de la Constitución, para señalar finalmente, que “*el fin del proceso debe ser la **sentencia justa** (C.P. Art. 2): No la cosa juzgada a secas*”.

En los anteriores términos y por primera vez, el Tribunal Constitucional dejaba sin efectos una sentencia de la Corte de Casación, en nombre de los derechos fundamentales, mediante decisión dividida, que contó con el salvamento del magistrado José Gregorio Hernández Galindo, mismo que casualmente, habría de ser el ponente en la declaratoria de inexecutable de las dos normas que habían servido como fundamento del fallo que se comenta.

2.1.3. La procedencia de la vía de hecho, señalada por la Sentencia C-543 de 1992

Con posterioridad a la expedición de la Sentencia T-006 de 1992, los artículos 11, 12 y 25 del Decreto 2591 de 1991, que establecían la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, fueron acusados de inconstitucionalidad ante la Corte. Dichas normas establecían un término de caducidad para el ejercicio de la acción, le permitían al accionante proponer otro tipo de acción y preveían la condena en abstracto por perjuicios y costas. A efectos del pronunciamiento de fondo, la Corte hizo uso del principio de unidad normativa, de modo tal, que integró en su decisión al artículo 40 del decreto, que también versaba sobre la acción de tutela contra sentencias.

Como se sabe, la Corte finalmente en decisión dividida de cuatro votos contra tres, declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, por ser contrarios a la Constitución, utilizando como argumentos de la decisión, el carácter subsidiario de la acción de tutela, la inevitable concurrencia del error judicial, la aplicación de los principios de autonomía y especialidad de los jueces y una equivocada lectura del tema desde el derecho comparado. No obstante, el argumento central del sector mayoritario tuvo que ver con una cierta lectura de los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica. Para el sector mayoritario, la tutela contra sentencias vulnera el principio de cosa juzgada, “*que se traduce en el carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos cuando se han dado los trámites y se han cumplido las condiciones y requisitos previstos por la ley*”, [el que adicionalmente], “*se funda en el principio de **seguridad jurídica**, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces*”⁵ (resaltado dentro del texto).

⁵ Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sin embargo y a pesar de la aparente contundencia del argumento y de la decisión, el texto de la sentencia, al detenerse en el tema específico de la acción de tutela contra sentencias, **estableció una regla concreta de procedencia**, al señalar que el amparo sí resulta viable, respecto de lo que en el fallo se llamó, “*actuaciones de hecho imputables al funcionario*” (se refiere a las sentencias de jueces y magistrados). Puntualmente el fallo señala que sí procede la acción de tutela en contra de providencias judiciales, “*ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela [...] En hipótesis como estas 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*”.⁶ (Resaltado dentro del texto).

Lo que acontecería después es bien conocido: a partir de esta cláusula de procedencia en el caso de las *actuaciones de hecho*, se articularía bajo el nombre de *vías de hecho*, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Del desarrollo de la figura, posterior a la anterior sentencia, se ocupa a continuación este escrito.

2.1.4. Curso posterior de la figura y nuevo pronunciamiento por vía de constitucionalidad

Acontecido el suceso de los anteriores fallos, a partir del año 1993, la Corte Constitucional comenzó a usar la regla jurisprudencial que había dispuesto la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones judiciales en los casos de actuaciones de hecho. De esta manera inicialmente en el despacho de magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz y posteriormente en el de los demás magistrados, comenzó a darse aplicación a la regla y con ella, a construirse una sólida doctrina sobre el tema, que ha delineado los contornos de una verdadera dogmática sobre la vía de hecho. El punto de partida real y concreto, es la expedición de fallos de tutela en contra de decisiones judiciales por la totalidad de los despachos de la Corte Constitucional. Así y en lo que tuvo que ver con las ejecutorias de la Corte que operó durante el período 1993 a 2001, la totalidad de los despachos dispuso amparos de tutela de esa clase. Prueba de ello es la relación de sentencias contenida en el salvamento de voto del magistrado Cifuentes Muñoz a la sentencia que dejó sin efectos la vinculación que hiciese la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a los representantes que votaron la absolución del presidente Samper Pizano, tras la investigación llevada en su contra por la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes.⁷ Dicha relación ilustra el uso generalizado de la protección constitucional referida y señala el camino en la construcción de la doctrina.

Este uso generalizado del instituto por los distintos despachos de la Corte, se repitió tras la elección de los nuevos magistrados en el año 2001. De esta forma, los nuevos jueces designados, continuaron la labor de construcción de la doctrina, refinan-

⁶ Sentencia C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷ Salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, a la Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

do además, las aristas que resultaban problemáticas, dentro del cumplimiento de una tarea que incluyó tanto la reconfiguración dogmática de la llamada *teoría de los defectos*, que dio lugar a la inclusión de nuevas hipótesis de procedencia, como el afinamiento de los argumentos teóricos, de derecho interno y de derecho comparado, que avalan el instituto. La expedición de numerosos y valiosos pronunciamientos de la Corte por la vía de las salas de revisión de tutela sobre el tema, alrededor de casos tan difíciles y publicitados como los relacionados con el exsenador Edgar Perea, el exregistrador Calderón Bruges o más recientemente el ex ministro Rodrigo Villamizar, ha concurrido adicionalmente con la expedición de fallos de exequibilidad, que confirman por vía del control abstracto de constitucionalidad, la procedencia de la acción.

La Sentencia C-590 de 2005 es tal vez el fallo de constitucionalidad que contiene de mejor manera, el contorno dogmático de la figura. El tema de la sentencia era el de la relación entre el recurso extraordinario de casación y la vía de hecho judicial. El problema que tuvo que resolver la Corte fue el siguiente: ¿resulta constitucional o no la existencia de una norma legal (el artículo 185 de La ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal) que dispone que contra la sentencia de casación penal, no procede ningún recurso o acción, salvo la de revisión? La cuestión consistía, en que si se aceptaba dicha proposición, entonces se excluía la acción de tutela en contra de sentencias de casación. Realizado el examen de la norma, la Corte encontró que dicha restricción era inconstitucional y procedió a declarar la inexecutable de la expresión “*ni acción*”, contenida en la norma, sosteniendo como tesis, que:

Una norma legal que dispone que contra la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación en materia penal no procede recurso ni acción, salvo la de revisión; vulnera el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 4o y la acción de tutela consagrada en el artículo 86. De allí el imperativo de expulsarla del ordenamiento jurídico, como, en efecto, lo hará la Corte.⁸

Amén de la claridad del pronunciamiento, esta sentencia constituye una puesta al día en materia argumental, en el sentido que contiene una respuesta clara a cada una de las impresiones afirmadas, por quienes solicitan la exclusión de la acción de tutela en contra de providencias judiciales. Adicionalmente, se hace allí una puntual reconstrucción del curso de la vía de hecho a la fecha, tema que se trabaja a continuación.

2.2. Modalidades asumidas por la vía de hecho. Reconfiguración dogmática y “*estado del arte*” de la cuestión

Según se señaló, proferida la Sentencia C-543 de 1992, los distintos despachos de la Corte Constitucional comenzaron a aplicar la doctrina contenida en el fallo y en este sentido, a amparar los derechos fundamentales que resultaban vulnerados con ocasión de sentencias judiciales tanto de juzgados de base, como de tribunales del distrito y altas cortes. Por lo mismo y a partir del año 1993, en aplicación directa de la Constitución y por vía jurisprudencial fue construido el marco teórico-normativo de las vías de hecho.

⁸ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica No. 46.

En el despliegue total de la figura, pueden ser identificados cuatro momentos secuenciales. El primero de estos comprendería los años 1993 y 1994 y correspondería a la aplicación aislada de la figura por algunos despachos de la Corte (i). El segundo momento iría del año 1994 al año 2000 aproximadamente, durante el cual se construye la teoría de los defectos para la vía de hecho (ii). Una tercera circunstancia se da aproximadamente hacia el año 2000, cuando la Corte introduce específicamente la modalidad de la vía de hecho por consecuencia, que se adiciona a los cuatro defectos dispuestos anteriormente (iii). Finalmente en el año 2003 se articula lo que se ha dado en llamar la fijación de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que resulta ser la nomenclatura al uso en la actualidad (iv). A continuación se describe en sus momentos estructurantes cada una de esas etapas.

2.2.1. Primera etapa de aplicación de la regla sobre procedencia de la tutela contra decisiones judiciales. Los años 1993 y 1994

Esta primera fase comprende los años 1992 a 1994, durante los cuales, las decisiones sobre vías de hecho se produjeron aisladamente y con ocasión del ejercicio de la revisión eventual de las acciones de tutela, encomendado a la Corte Constitucional. Durante esta etapa son proferidas sentencias de tutela en contra de decisiones judiciales, cuyo núcleo está en la consideración concreta de los derechos fundamentales vulnerados, usualmente los de debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) y libre acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), sin tener a la base una doctrina unitaria. En este sentido, cada una de las sentencias emitidas cumplía aisladamente la tarea de protección de los derechos fundamentales, dando aplicación a la regla contenida en la Sentencia C-543 de 1992.

La fase descrita llega a su final con la expedición de la Sentencia T-231 de 1994,⁹ con la cual, la acción de tutela contra sentencias encuentra su primera configuración dogmática, con la *teoría de los defectos para la vía de hecho judicial*.

2.2.2. Segundo momento. La formulación de la *teoría de los defectos para la vía de hecho judicial*

De acuerdo con lo dicho, durante los primeros años, la Corte constitucional fue identificando y clasificando los eventos en los que se configuraba la vía de hecho, de modo tal que para el año 1994 llegó a la formulación de cuatro situaciones o eventos frente a los cuales procedía la tutela. A estas modalidades la doctrina constitucional las llamó "*defectos*" y fueron concebidas como situaciones frente a las cuales, resultaba necesario tutelar el derecho fundamental vulnerado por la decisión judicial. De manera puntual, la Corte Constitucional fijó los siguientes:

- a) El *defecto sustantivo*, caso en el cual, la decisión se funda en norma que resulta absolutamente inaplicable al caso. Este defecto a su vez, fue ampliamente trabajado por la Corte, de modo tal, que dentro del mismo fueron ubicadas diversas hipótesis,

⁹ Sentencia T-231 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

entre las más notorias: el defecto sustantivo por la inaplicación de norma legal obligatoria, el defecto sustantivo por violación de la cosa juzgada constitucional, el defecto sustantivo por interpretación inaceptable, el defecto sustantivo por violación de principio constitucional y el defecto sustantivo por exclusión de un sentido normativo único, principalmente. Un caso concreto de aplicación de este defecto, sería el contenido en la Sentencia T-1232 de 2003, por la cual la Corte Constitucional dejó sin efectos la sentencia del Consejo de Estado que había decretado la pérdida de investidura de la calidad de Senador al ciudadano Edgar Perea.¹⁰

- b) El *defecto fáctico*, evento en el que el fundamento probatorio de la decisión resulta completamente inadecuado o inexistente. De modo análogo a como aconteció con el defecto sustantivo, la práctica judicial ha determinado varias modalidades de existencia: el defecto fáctico por impedir el acceso a la prueba, el defecto fáctico por ausencia de valoración de los medios probatorios aportados, el defecto fáctico por valoración arbitraria y el defecto fáctico por violación del principio de congruencia. Un caso concreto de configuración de este defecto, sería el contenido en la Sentencia T-1306 de 2001, por la que la Corte Constitucional dejó sin efectos una sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual, el despacho se había negado a reconocer una pensión de jubilación a un ciudadano, habiéndose probado plenamente la concurrencia de los requisitos necesarios para la prestación, bajo el argumento de un error formal en la presentación de la demanda de casación. Más precisamente, la Corte Constitucional señaló la existencia de un *exceso ritual manifiesto*, que había impedido la valoración adecuada de la prueba.¹¹
- c) El *defecto procedimental*, que acontece cuando el juez ha actuado completamente fuera del procedimiento establecido para el efecto. En estos eventos el funcionario judicial se aparta ostensiblemente de la cuerda procesal, o de una garantía sustantiva de carácter procesal, violentando de esta manera las formas propias del juicio, vulnerando con ello el derecho fundamental al debido proceso. Son casos típicos de defecto procedimental la pretermisión de eventos o etapas señaladas en la ley relacionadas con el derecho a la defensa, así como la falta de comunicación al afectado de la iniciación de un proceso en su contra, entre otras. Un caso paradigmático de este defecto, que ofrece a la fecha continuadas recurrencias, es el contenido en la Sentencia T-328 de 2005. Por medio de este fallo la Corte Constitucional dejó sin efecto un auto proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia por el cual esta última, se había negado a conocer de la acción de tutela interpuesta por un ciudadano en contra de una sentencia proferida por dicha Corporación. Así y en lugar de cumplir con su deber, la Corte de Casación dispuso arbitrariamente mediante auto, el rechazo de la acción de tutela y el archivo del expediente, en lugar de tramitar la misma y remitir posteriormente su decisión a la Corte Constitucional para su control eventual.¹²

¹⁰ Sentencia T-1232 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹¹ Sentencia T-1306 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² Sentencia T-328 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.

- d) El *defecto orgánico*, que se presenta cuando el funcionario que profirió la decisión, carecía completamente de competencia para hacerlo. Entre los distintos defectos, este es el de menor ocurrencia. No obstante, la configuración de uno de estos defectos permitió la expedición de una de las decisiones más importantes en la historia la Corte Constitucional. Se trata de la Sentencia SU-1184 de 2001, que amparó los derechos fundamentales de las víctimas de la Masacre de Mapiripán. En dicho fallo, la Corte Constitucional dejó sin efectos la decisión tomada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que le había otorgado competencia para el caso a la justicia penal militar, al considerar, que los crímenes de lesa humanidad y los atentados al Derecho Internacional Humanitario cometidos por oficiales y soldados del ejército, no son actos del servicio, debiendo por lo mismo ser tramitados ante la jurisdicción ordinaria.¹³

2.2.3. La inclusión de la *vía de hecho por consecuencia o de error inducido*

En el año 2001, la Corte Constitucional desarrolla doctrinalmente una nueva modalidad de vía de hecho, adicional a los cuatro defectos ya descritos. Se trata de la configuración de la vía de hecho por consecuencia o de error inducido.¹⁴ Esta 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 o aún de particulares, distintos a los que conforman el poder judicial.

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 trámite 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 que encarnaba una vulneración de las garantías fundamentales. En estos casos la vulneración del derecho al debido proceso sobreviene como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.¹⁵

Esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, ha sido aplicada a la fecha por la Corte Constitucional en cuatro tipos de situaciones fácticas, que se identifican en un mismo hecho: en todas ellas acontecía la violación del derecho fundamental al debido proceso, como consecuencia de la inducción en error al funcionario judicial, por parte de un órgano estatal o de un particular.¹⁶ Así y en lo que concierne a la inducción en error por parte de entidades estatales, en las sentencias SU-014 de 2001 y T-1180 de 2001, la Corte amparó los derechos a la circulación de la información vital, al debido proceso y al derecho de defensa, de personas que a pesar

¹³ Sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴ Sentencia SU-014 de 2001, M.P. Martha SÁCHICA Méndez.

¹⁵ 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 Araujo Rentería; T-1180 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1192 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

¹⁶ Sentencia T-759 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-1180 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de estar privadas de la libertad en establecimientos carcelarios del Estado, habían resultado investigadas por la Fiscalía y condenadas por jueces penales simultáneamente, como personas ausentes. La orden de protección consistió en la declaratoria de nulidad de las sentencias condenatorias, así como en el mandato de rehacer las respectivas investigaciones. Más recientemente y en lo que tienen que ver con la ampliación de la figura, para el caso de la inducción en error por parte de particulares, la Corte previó la procedencia de la vía de hecho por consecuencia, aún en casos en los que la omisión de información fue producto de las partes involucradas en el proceso.¹⁷

A la vez que se adoptaba dentro del sistema la anterior modalidad de la vía de hecho, acontecía igualmente un ensanchamiento de cada una de las diversas modalidades que constituían los cuatro defectos de la vía de hecho, de modo tal, que dicha sectorización parecía resultar insuficiente. Como consecuencia de tal estado de cosas, aconteció entonces una nueva reconfiguración dogmática de la institución, que resulta ser el momento actual en el despliegue de la figura, que a continuación se describe.

2.2.4. Cuarta etapa. Segunda configuración dogmática: las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales

Posteriormente y a partir del año 2003, la Corte Constitucional, inicialmente por medio del despacho del magistrado Montealegre Lynett, en el interés de perfeccionar el marco teórico-normativo de la figura de las vías de hecho y en especial, intentando aminorar las características de “arbitrariedad” o “grosería” de su ocurrencia, comenzó a cambiar la denominación de “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 una secuencia en la que se pasó del anuncio, a lo que luego fue descrito como una “*redefinición dogmática*”. El anuncio del desplazamiento fue hecho en la Sentencia T-441 de 2003, en la que al resolverse la revisión de un fallo de tutela que negaba el amparo a una madre que impugnaba el mantenimiento de la patria potestad de un padre, que según decía, cometía abusos sexuales sobre sus hijas menores, la Corte señaló que:

A partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, puede identificarse **diversas situaciones genéricas de violación de la Constitución que autoriza la procedencia de tutela en contra de providencias judiciales**, incluidas las sentencias.¹⁸ (Resaltado fuera de texto).

Utilizándose así una primera denominación, que fue paulatinamente refinada, llegó 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 C.P.) y de una interpretación sistemática de diversas disposiciones de la Constitución (Arts. 1, 2, 13, 86, 228 y 230 C.P.).

¹⁷ Sentencia T-492 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁸ Sentencia T-441 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica No. 11.

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 tutela [...].¹⁹ (Resaltado fuera de texto).

En este sentido, dentro del ensanchamiento conceptual señalado y el nuevo tratamiento lingüístico de la figura, fueron fijadas ocho causales precisas de procedencia de la acción contra decisiones judiciales:²⁰

- 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.

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 usando la expresión *“vías de hecho”* para referirse a esta modalidad de tutela. Prueba de ello es la muy reciente sentencia T-058 de 2006, en la que al entrar a definirse la eventual ocurrencia de la violación del derecho al debido proceso por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, evaluó la configuración explícita de dos vías de hecho.²¹ 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.

2.3. El enfrentamiento entre las altas cortes. Los argumentos de cada una de las posiciones. Un análisis de caso

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. De acuerdo con la Corte Constitucional, esta dispone que las otras

¹⁹ Sentencia T-949 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica No. 10.

²⁰ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica No. 25.

²¹ Sentencia T-058 de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

cortes deben dictar una sentencia de reemplazo, de conformidad con los argumentos que hayan sido usados en la decisión de tutela. La respuesta de las otras cortes según se sabe, es la de rechazo de la decisión de la Corte Constitucional 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 de la Corte Constitucional y mantienen la decisión inicialmente tomada.

A continuación se describen los argumentos históricamente usados por cada una de las partes en defensa de su posición, para luego, mostrar los mismos en acción, a partir del análisis de un caso concreto.

2.3.1. Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado

Estos son 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:

- a. *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 colombiano contaría cuando menos con **seis** órganos de cierre: un órgano de cierre en materia civil, otro órgano de cierre en materia penal, otro órgano de cierre en materia laboral, otro órgano de cierre en materia administrativa, otro órgano de cierre en materia disciplinaria y otro órgano de cierre en materia constitucional. Por lo mismo, sostienen, mal podría la Corte Constitucional anular sus fallos y ordenarles decidir de una cierta manera.
- b. *Argumento de la Cosa Juzgada.* Para estos dos tribunales, el carácter de cosa juzgada que adquieren sus decisiones es “*inmodificable, inimpugnable y definitiva*”. De esta manera, mal puede una decisión de la Corte Constitucional, modificar lo que ya ha sido resuelto por otra Corte.
- c. *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, constituye una ingerencia indeseada e inconstitucional.
- d. *Argumento de la independencia funcional.* De acuerdo con este, 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 cada una de 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 período, rodeado, afirman ellos, de la totalidad de las garantías legales y constitucionales.

- e. *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. La emoción ha llegado a puntos tan altos, como el contenido en el reciente 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 y sentidos 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 cualquiera que sean, pero guiados por la imparcialidad que les impone la condición de representantes del Estado Social de Derecho que nos rige.²²

Presentados los anteriores argumentos, a continuación se señalan los argumentos de la Corte Constitucional, siguiendo el mismo orden temático de los anteriormente reseñados.

2.3.2. Los argumentos de la Corte Constitucional

A lo largo de su existencia y en torno 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:

- a. 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 las vías de hecho 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: la de la defensa de la Constitución y 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 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 tienen primacía es la Constitución”*.²³

²² Corte Suprema de Justicia. Comunicado de Sala Plena No. 0206 de marzo 24 de 2006, La Corte Suprema reclama freno a impunidad por tutela.

²³ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica No. 43.

Sobre el punto, baste simplemente precisar, que el hecho del cierre constitucional 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,²⁴ tal y como acontece con los casos complejos (la acción de tutela contra providencias es uno de aquellos).

- b. 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”*,²⁵ 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.

En este sentido no es cierta la afirmación de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, cuando afirma 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 siguientes casos precisos de límites aceptados a la cosa juzgada, que desmienten la pregonada *“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.²⁶
- La aplicación del principio de jurisdicción universal, cada vez más frecuente.²⁷

²⁴ Sobre el punto de los cierres en el sistema jurídico, ver el famoso capítulo VII de El concepto de Derecho (1961) de Hart, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

²⁵ Sentencia C-004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica No. 17.

²⁶ Sobre este punto baste simplemente referir las decisiones tomadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, el Caso Raxcacó Reyes contra Guatemala, Serie C No. 133.

²⁷ Al respecto y por solo 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 No. No. 106) y de la sentencia del Tribunal Supremo, que fue anulada en aplicación de un recurso de amparo.

- 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 80.²⁸
- c. Respecto de la aplicación del principio de autonomía por parte de los jueces de la Corte de Casación.
- d. Respecto del argumento del ejercicio de la independencia funcional de los jueces y más precisamente, de cada una de las salas 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. Al respecto ha señalado la Corporación, que *“los jueces son independientes y autónomos. Su independencia es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución”*.²⁹ Adicionalmente es preciso señalar, que este, 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 obviamente, 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 solo a un fallo, sino sobre todo, a un fallo justo, es decir, un fallo que respete los derechos fundamentales.

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, aún de los jueces de los órganos límites (que no de cierre), como lo son 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”*.³⁰ De no ser así, se insiste, la independencia funcional conduciría a verdaderos feudos decisionales, alejados del carácter normativo de la Constitución 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.

²⁸ El caso más reciente, es la causa que se sustancia en contra del exreprovisor 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.

²⁹ Sentencia SU-1219 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica No. 7.2.

³⁰ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, consideración jurídica No. 39.

e. Respetto 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 manejar 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 “*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.

Respetto del segundo punto, lo que parece acontecer es un equívoco acerca del concepto de Constitución. La noción precontemporánea de Constitución, la entendía a esta, como la simple enunciación de un proyecto político o ideológico, a cargo de sus eventuales usuarios, comprensión esta 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.

2.3.3. Los argumentos de las partes en acción. Un análisis de caso

Las tensiones entre las cortes a propósito de la acción de tutela contra decisiones judiciales, han tenido diversos escenarios y diversos actores. Casos como los ya referidos del exsenador Edgar Perea, el exregistrador Jaime Calderón, y más recientemente el del exministro Rodrigo Villamizar, no resultan ser más que los episodios de una controversia estructural. A efectos de percibir en debida forma los niveles a los que ha llegado la tensión entre las cortes y con el fin de ver en acción los argumentos y estrategias desarrolladas por cada una de las partes, en la finalidad de imponer sus propios criterios y sus propios poderes, se hace a continuación un breve análisis del caso de *Sergio Emilio Cadena Antolinez contra Banco de la República*, que finalmente derivó en la acción de tutela de Sergio Emilio Cadena Antolinez contra Corte Suprema

de Justicia, Sala de Casación Laboral. Se trabaja puntualmente este caso, en la medida en que su reconstrucción agota los diversos momentos de una pugna aún no resuelta de modo definitivo.

a) *Los hechos*

El señor Sergio Emilio Cadena Antolinez sostuvo una relación Laboral con el Banco de la República, medida por la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 20 de febrero de 1980 y el 13 de enero de 1997, fecha esta en la que fue despedido sin justa causa. De conformidad con el numeral 3 del artículo 8 de la Convención Colectiva de trabajo de 1973, *“el Banco de la República se obligaba a pensionar a sus trabajadores que, con antigüedad superior a diez años de servicios, fuesen despedidos sin justa causa”*.

El Banco de la República, junto con la carta de despido, le reconocía el derecho a la pensión, sólo que, aplazaba su efectividad al cumplimiento del requisito de edad, *“de conformidad con la ley”*.

Dada la situación y agotado el procedimiento gubernativo, el señor Cadena, invocando la aplicación de la Convención Colectiva de 1973, presentó demanda ordinaria laboral en contra del Banco, a fin de obtener el pago de la pensión, con efectividad a partir del día siguiente al del despido injusto. Tramitado el proceso, el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia de julio 11 de 1977, condenó al Banco a pagar la pensión a partir de la fecha demandada. Apelado el fallo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, confirmó el fallo de instancia, reajustando adicionalmente el valor de la mensualidad.

En atención a la condena, el Banco interpuso recurso extraordinario de Casación, el que fue resuelto mediante sentencia de febrero 11 de 2000, por el cual se casó la sentencia del Tribunal, absolviéndose así al Banco de la totalidad de las pretensiones. Para la Sala Laboral, el trabajador tenía derecho a *“la pensión restringida”*, pues en su opinión bastaba *“analizar las otras convenciones colectivas que rigieron la relación laboral”*, para concluir que a la pensión convencional no podía accederse a cualquier edad.

b) *El ejercicio de la acción de tutela*

Por considerar que se configuraba una vía de hecho judicial, el señor Cadena Antolinez accionó en tutela en contra de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En su opinión se configuraba una vía de hecho por defecto sustantivo, pues se le reconocía a la Convención Colectiva de 1973, un alcance que resultaba ser violatorio del derecho al debido proceso. La acción fue conocida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, despacho este que mediante sentencia de 19 de julio de 2000, negó el amparo. Impugnada la providencia por el actor, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó la negativa, mediante sentencia del 31 de agosto de 2000.

c) *Selección y revisión por la Corte Constitucional*

Seleccionado el caso por la Corte Constitucional y en atención a la trascendencia del problema jurídico allí contenido, el asunto fue sometido al conocimiento de la Sala

Plena, la que profirió la Sentencia C-1185 de 2001, por medio de la cual dispuso el amparo de los derechos a debido proceso y a igualdad de trato jurídico a favor del accionante. De acuerdo con la tesis de la Corte, *“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 las formalidades establecidas en el artículo 469 del C.S.T., sino de lo dispuesto en distintos medios de prueba aportados al proceso”*.³¹ Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional revocó la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que había negado el amparo, concedió la tutela de los derechos fundamentales y dispuso *“declarar sin ningún valor ni efecto”*, la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia del día 11 de febrero de 2000. Adicionalmente se consignó en el fallo:

Cuarto. Para efectos de restablecer los derechos violados y protegidos por esta sentencia de tutela al señor Sergio Emilio Cadena Antolinez, se dispone **REMITIR** el proceso a la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que en un término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a proferir nuevamente la sentencia sin violación de los derechos y garantías constitucionales consagradas en los artículos 13, 29 y 53 de la Constitución Política.³²

d) *Respuesta de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia*

De forma análoga a como habría de acontecer después con la orden emitida dentro de la Sentencia T-1306 de 2001, evento en el cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante auto de Sala Plena se negaría a dar cumplimiento al fallo de la Corte Constitucional,³³ la Sala Laboral, mediante otro auto, rechazó el cumplimiento de la orden emitida, señalando textualmente que:

En defensa de la Constitución Política y la Ley mantiénese la sentencia ejecutoriada de 11 de febrero de 2000, aclarada el 7 de marzo siguiente, que resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por SERGIO EMILIO CADENA ANTOLÍNEZ contra el BANCO DE LA REPÚBLICA, la cual surte plenos efectos jurídicos y esté a lo resuelto en ella para todos los fines.³⁴

e) *Proposición y trámite de incidente de desacato*

Planteada la contumacia de la Sala Laboral, el accionante, haciendo uso de la potestad dispuesta en los artículos 52 y 53 del Decreto Ley 2591 de 1991, promovió incidente de desacato ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, despacho este que mediante providencia del 2 de agosto de 2002 decidió declararse incompetente y remitir el expediente a la Comisión de Investigación y Acusa-

³¹ Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica No. 7.6.1.

³² Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, puntos resolutiveos.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto de marzo 19 de 2002, Radicación No. 13396, M.P. Luís Gonzalo Toro Correa.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Auto de Mayo 16 de 2002.

ciones de la Cámara de Representantes, por considerar que allí estaba radicada la competencia para el trámite, en virtud del fuero constitucional establecido por el artículo 178 de la Constitución Política. Recurrída la anterior providencia por el actor, mediante la proposición de los recursos de apelación y de queja, el Consejo Superior de la Judicatura declaró improcedentes ambos recursos mediante autos de octubre 7 y diciembre 13 de 2002 respectivamente. En este sentido, la sentencia quedaba sin cumplimiento y la violación del derecho fundamental vigente.

f) Nuevo pronunciamiento de la Corte Constitucional

En atención a que transcurridos casi dos años desde la expedición de la sentencia SU-1184 de 2001, no había sido posible lograr el cumplimiento de la sentencia por parte de la Sala Laboral de la Corte de Casación, entonces, el afectado, haciendo uso de la cláusula del inciso final del artículo 27 del Decreto ley 2591 de 1991 que señala:

Artículo 27. [...]

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y **mantendrá la competencia** hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Resaltado fuera de texto).

Envió un escrito a la Corte Constitucional, solicitando su intervención. Ésta, reivindicando la necesidad de cumplimiento de las sentencias judiciales y sobre todo, el deber de protección efectiva de los derechos fundamentales, dictó el Auto No. 010 de febrero 10 de 2004, que en su parte resolutive literalmente dispuso:

Primero: declarar conforme a la constitución política y debidamente ejecutoriada, la sentencia del 22 de enero de 1999, dictada en segunda instancia por la sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Sergio Emilio Cadena Antolinez contra el Banco de la República, por medio de la cual se ordenó: [...].

En virtud de la anterior declaración, la Corte ordenó igualmente al Banco de la República, dar cumplimiento a la misma dentro de las 48 horas siguientes a la sentencia del Tribunal, con lo cual, se lograba finalmente la restitución de la integridad del derecho fundamental violado, mediante el otorgamiento de la pensión de jubilación a la que el accionante tenía derecho.

g) Actuación en el Sistema Interamericano de Protección

Si bien finalmente se logró cesar la violación de los derechos fundamentales del señor Cadena Antolinez tan solo a comienzos de 2004, aconteció sin embargo, que durante el trámite de la disputa, los interesados elevaron una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentada el día 22 de octubre de 2002, por la eventual violación de los derechos a garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a protección judicial (artículos 8, 24 y 25 respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Registrada la petición bajo el número P4391/2002, la Comisión transmitió copia de la misma al Estado, fijándole un plazo de dos meses para hacer las observaciones que considerara pertinentes. Al plazo inicial fueron adicionados 30 días, durante los cuales el Estado guardó silencio.

Sometido el caso a consideración durante el respectivo período de sesiones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró el Informe de Admisibilidad No. 1 de febrero 24 de 2004, en el cual 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 el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.*³⁵

La reconstrucción de las actuaciones surtidas alrededor del caso del señor Cadena Antolinez, pone de presente la complejidad del asunto, la polarización de las posiciones y sobre todo una lamentable circunstancia: la de considerar que en la disputa entre las cortes, el plano argumental no es ni el fundamental, ni el determinante. Acontece simplemente algo que el profesor Diego López ya había anticipado al referirse al valor del precedente en el sistema colombiano y que describió como *“la lucha por el sistema de fuentes”*³⁶ en Colombia.

2.4. 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 en torno de la vía de hecho judicial.³⁷ El hecho concreto es que al interior del país, se presenta un indeseado enfrentamiento entre las cortes alrededor de la acción de tutela contra sentencias, y que se hace necesaria la intervención legislativa sobre el tema. Al respecto nuestra posición es la descrita en el siguiente aparte.

2.4.1. La acción de tutela contra sentencias debe ser mantenida legislativamente 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 que nos observa 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

³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Admisibilidad No. 1 de febrero 24 de 2004, petición 4391/2002.

³⁶ LOPEZ, Diego Eduardo. El derecho de los jueces (2000), Legis, Bogotá.

³⁷ BOTERO, Catalina. Acción de tutela contra sentencias en el ordenamiento jurídico colombiano (2002). En: Precedente, Universidad ICESI, Cali.

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 Laboral de la corte Suprema de Justicia.³⁸ Adicionalmente, ha permitido, entre otros asuntos, que personas que habían sido juzgadas y condenadas por errores judiciales como el uso de homónimos, hayan logrado la libertad que los procedimientos ordinarios injustamente no les concedieron, por solo 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.

2.4.2. La regulación que se introduzca a la acción de tutela contra sentencias, no debe sacrificar los derechos fundamentales al debido proceso, libertad personal y libre acceso a la administración de justicia

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:

- 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.
- 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.
- 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 como el colombiano, en el que la defensa y protección de los derechos fundamentales resulta ser el verdadero interés general del que habla la Constitución.

2.4.3. 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 15 años, resulta ser especialmente valiosa. En este sentido, se sugiere introducir ajustes respecto de los siguientes puntos neurálgicos, ya avanzados en la doctrina vigente sobre el punto:³⁹

³⁸ Sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ Buena parte de las consideraciones que se contienen 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? (2006), En: ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Norma, Bogotá.

- 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 precisados.
- 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. Que en nuestro país hayan sido interpuestas a la fecha más de 1.200.000 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 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 los derechos fundamentales en Colombia, la que eventualmente se vería agravada, si se suprime la acción de tutela contra decisiones judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- BARRETO RODRÍGUEZ, José Vicente. *Acción de Tutela*. Editorial Legis, Bogotá, Segunda edición, 1998.
- BERNAL, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BOTERO, Catalina. *Acción de tutela contra sentencias en el ordenamiento jurídico colombiano*. En Precedente. Universidad ICESI, Cali, 2002.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Acciones constitucionales y contencioso administrativas*. Editorial Leyes. Segunda Edición. Bogotá, 2002.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Los Derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Editorial Temis, Bogotá, 1991.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991*. Presidencia de la República. Bogotá, 1991.
- CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. *El Sistema Normativo de la Constitución de 1991*. Editorial Temis. Bogotá, 1998.

- CHINCHILLA, Tulio. *Cuales son los Derechos Fundamentales*. Editorial Temis. Bogotá, 2000.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO. *¿Qué son los derechos humanos?* Bogotá, 2001.
- DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y Procedimiento en la tutela*. Ediciones Librería del Profesional. Segunda Edición, Bogotá, 1997.
- DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Control Constitucional*. Ediciones. Librería del Profesional. Bogotá, 1999.
- FAVOREAU, Louis. *Los Tribunales constitucionales*. Editorial Ariel, Barcelona, 1994.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los Derechos Fundamentales*. Editorial Trotta, Tercera Edición. Madrid, 2000.
- GARCÍA, Mauricio y RODRÍGUEZ, Cesar. *La acción de tutela*. En: El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Conciencias, Siglo del Hombre, Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.
- GARCÍA, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo. *La reforma a la tutela: ¿Ajuste o desmonte?* En: ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Norma, Bogotá, 2006.
- HART, Herbert Lionel. *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Legis. Bogotá, 2000.
- MARZAL, Antonio. *El núcleo duro de los derechos humanos*. J.M. Bosch Editor. Multivia Baja, Navarra, 2001.
- NAVARRO, Pablo. *Los límites del derecho*. Temis, Bogotá, 2005.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Vías de hecho. Acción de Tutela contra providencias*. Editorial Doctrina Ley. Bogotá, 2005.
- QUINCHE RAMÍREZ, Víctor Alberto. *Los sistemas jurídicos y la teoría del razonamiento judicial: Una lectura de H. L. A. Hart*. En: Revista de Estudios Sociojurídicos. Universidad del Rosario. Volumen 5, No. 2, octubre de 2003.
- UPRIMNY, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y procedimiento penal*. En: Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara, Bogotá, 2005.
- URREGO ORTIZ, Franky. *La Acción de Cumplimiento*. ABC Editores. Universidad Agraria. Bogotá, 2001.

3. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN DE LA TUTELA

Juan Enrique Medina

Introducción

La tutela -Aciertos y Falencias-

Con la Constitución del año 91 ingresó a nuestro Derecho un sistema para la protección de los derechos fundamentales, que permite al particular instaurar directamente una acción ante un juez de cualquiera de las ramas de la jurisdicción y de cualquier posición en la escala jerárquica, para obtener respuesta prácticamente inmediata.

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 aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. 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. [Art. 86 C. N.]

Se trata de uno más de los mecanismos que ha creado la civilización para tratar de evitar que el sistema de conducción y autoridad de la sociedad o alguno de sus miembros incurra en esos abusos a los que son tan propensos los que detentan el poder, y no necesariamente por mala fe. El objetivo inmediato de la medida es evitar que alguna conducta activa u omisiva de la autoridad o alguno de los miembros de la sociedad termine afectando de manera directa el derecho fundamental de cualquiera.

Con la lectura de su texto se evocan de inmediato períodos de la historia en los que el pueblo no encuentra para su protección otro camino que la rebeldía y, luego del desorden, consigue que se institucionalice algún mecanismo de protección como barrera contra los excesos de los gobernantes, que comenzó con la consagración de los tribunos populares y la apelación al pueblo, en la Roma antigua y llega a su punto culminante en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Francia moderna y luego de las Naciones Unidas en 1948.

La institución de la tutela en nuestro país, aunque recoge experiencias exitosas en otras latitudes, es, sin asomo de duda, el más refinado sistema de protección de los derechos fundamentales que podemos encontrar en cualquier sistema jurídico actual y verlo consagrado en nuestra Carta tiene el efecto de un tranquilizador bálsamo, para cualquiera que se haya visto alguna vez expuesto a los rigores de la organización social.

Como no obedeció a una reacción defensiva y de urgencia contra los atropellos de los dirigentes, está más cerca de la ciencia que las demás instituciones protectoras

de los intereses individuales establecidas en épocas de desorden. Como la acción es tramitada y decidida por cualquier juez y se permite que el afectado la instaure directamente, sin el concurso de abogado, se allana el camino para que todos puedan beneficiarse de ella. Como está encaminada a proteger derechos fundamentales, quien tenga algo de conciencia está más que habilitado para reconocer cuándo se están presentando las violaciones y cómo evitarlas.

Qué hace, entonces, que la tutela haya sido desde su creación una fuente inagotable de colisiones con el sistema judicial ordinario; que sea un factor de la ineficiencia general de la justicia; que promueva en muchos casos la incertidumbre jurídica y la inestabilidad, como lo reconocen hasta los más recalcitrantes defensores de la figura (entre los que me cuento).

Un serio análisis económico nos dirá que la tutela, tal como está, no cumple los parámetros mínimos para que la ecuación costo - beneficio sea favorable, salvo, quizá en la celeridad; porque es una realidad que en este aspecto no se presentan cuestionamientos y aunque ciertamente es una ganancia, no podemos desconocer sus fallas.

Pero cotidianamente, quienes vivimos en el medio jurídico y aún los particulares nos encontramos con tutelas (concedidas o negadas, ese no es el asunto) ajenas a los más elementales principios jurídicos, utilizadas como instrumento político o para ejercer una indebida presión, referidas a intereses defendibles, más no a derechos fundamentales, promotoras de conflictos entre particulares y el sistema de conducción social, así como entre los diversos despachos y ramas de la jurisdicción o hasta entre ramas del poder público.

A los defectos que aludimos no podemos dejar de sumar la desmedida cantidad de tutelas que reciben los despachos, congestionando no solo los de primera instancia, sino generando cuellos de botella insuperables a nivel de los tribunales de segunda instancia, que reciben los procesos generados en una base demasiado amplia.

Los problemas anotados tenían que presentarse necesariamente como quiera que un mecanismo jurisdiccional de carácter tan excepcional fue propuesto de una manera genérica y con una reglamentación carente de sistema, por lo que la gente ha entendido que la tutela, si se me permite el símil, es como una especie de "aspirina" judicial que se aplica para todo y que, si no sirve, al menos no hace daño. Pero claro ese tipo de remedio social mirado en su conjunto, es contraproducente, por la dinámica misma de los intereses en conflicto y el costo que representa la ineficacia de una actuación de dimensiones nacionales, que hace que la justicia ordinaria, si antes era lenta haya quedado prácticamente inmóvil, sin que los resultados de la tutela los protejan debidamente ya que el número de tutelas denegadas supera con creces las que conceden lo solicitado.

Es fácil ver que la gran mayoría de falencias y conflictos que se han presentado se deben a la ausencia de unos criterios científicos básicos que permitan entender el alcance y finalidad misma del mecanismo, para comprender que las acciones ordinarias y las de tutela no tienen por qué chocar porque son complementarias la una de la otra, en la obtención de la justicia para los asociados.

Como es un problema de Derecho, me limitaré a las reflexiones propias de esta ciencia, con el ánimo de aclarar conceptos, porque temo mucho que si la tutela sigue manejándose como hasta ahora, sirva de justificación para que se tomen medidas

radicales que puedan acabar directa o indirectamente con el mecanismo, ante el hastío y la incertidumbre social.

Dejar las cosas como están, en un intento de salvaguardar la quizá más importante fórmula de protección social, es negarnos el derecho a buscar el acierto y pone de manifiesto una desconfianza en nuestras capacidades intelectuales, algo que me niego a aceptar, porque no coincide con el estilo de pensar de la comunidad académica a la que me honro de pertenecer.

Considerar que la existencia de la tutela, releva al sistema judicial de hacerse eficiente en sus procesos ordinarios, no es más que condescender con la mediocridad.

Lamentablemente la defensa o crítica de la institución de la tutela, se ha basado en concepciones político-afectivas, lo que no ha permitido observarla con la objetividad propia de la ciencia, y ha generado una especie de temor reverencial que ha impedido corregir errores, acentuar ventajas y obtener verdaderos resultados.

Esta es la razón de la propuesta, pero antes de formularla hagamos unas explicaciones imprescindibles.

3.1. El proceso judicial

3.1.1. La función judicial y la calidad de las decisiones

En los albores de la civilización, los conflictos de interés entre los particulares se resolvían entre los afectados, por las buenas o por la fuerza, de modo que el que se sentía agraviado, solo o con el concurso de su grupo o clan, tomaba venganza *-vindicta-* hasta quedar satisfecho. Esta forma de resolver las diferencias, presenta el gravísimo problema de conducir, ocasionalmente, a un desorden público, cuando las partes exacerbadas se agredían de manera violenta y motivaban la intervención de la autoridad para poner las cosas en su lugar, a costa, incluso, de generar una mayor violencia (las formas que han adoptado algunos grupos de nuestro país para defender sus intereses nos muestra hasta dónde es absurdo un sistema en el que cada cual se las arregla para su propia defensa).

Con los avances culturales se encontró una fórmula más sencilla y pacífica de resolver los conflictos de intereses consistente en someterlos a la consideración de personas imparciales, especialmente sabias en la ciencia humana y divina acogiéndose a lo que ellos decidieran. El “rex” directamente o el pontífice como su delegado recibían la demanda y recurriendo a sus fórmulas que les permitían comunicarse con los dioses (augurios) establecían la verdad y decidían lo que se suponía era la voluntad del Altísimo.

Unos pasos necesarios en la evolución de estas instituciones condujeron a que el árbitro fuera un representante directo del Estado (en lugar de un pontífice, un pretor y luego un juez), que, a cambio de las artes adivinatorias, conociera a conciencia la norma jurídica y estuviera empapado de las decisiones tomadas por sus antecesores en diversos asuntos, para que sus fallos no solamente fueran acertados, sino que se basaran en juicios lógicos que cualquier afectado podría conocer y rebatir, de encontrarlos errados.

Un repaso histórico nos deja ver cómo se fueron creando fórmulas para disminuir el riesgo de falla en la decisión, por ausencia de elementos de juicio o por ignorancia de las

opciones de solución. Aparecen, las “apuestas sacramentales⁴⁰” para hacer serio el debate e incentivar a las partes a dar todo de ellas en su propia defensa; el “Iudex⁴¹”, una especie de inspector de campo al servicio del pretor cuya función es empaparse del asunto, pero pronto se llegó a la conclusión que era preferible que el mismo juez hiciera la función de verificar y acopiar las pruebas necesarias, incluso de oficio.

Como fórmula de protección de los involucrados, el juez recibió la facultad de obligar a comparecer a su presencia a los demandados para poder enterarse de su criterio, lo que además de permitir que quedara vinculado por la decisión, servía para ahorrar tiempo si el demandado allanaba en todo, o en parte, o aportaba pruebas necesarias, para poder tomar una decisión de calidad; luego fue complementado con toda esa parafernalia procesal de contestaciones, etapas probatorias, alegaciones de conclusión, recursos ordinarios, instancias y por último los recursos extraordinarios, con el ánimo de cerrar cualquier resquicio por donde se pueda escapar alguna información, de hecho o de Derecho, útil para tomar una decisión justa y apropiada.⁴²

El ejercicio de la jurisdicción, presupone la toma de decisiones acertadas, no solamente en la aplicación de las reglas vigentes, sino también en la valoración de las situaciones fácticas que dieron origen al conflicto; de modo que para un juez es imprescindible “llenarse de razones” que le permitan no solo tener la convicción de estar actuando del modo que corresponde, sino también para poder convencer a las partes y a la sociedad.

Y si no lo ha dicho nadie antes digámoslo nosotros: el *summunum* de la injusticia es la decisión equivocada del juez.

En palabras del maestro Carnelutti:

La voz **proceso** sirve, pues, para indicar un **método para la formación o para la aplicación del Derecho** que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea **justa y cierta**: la justicia debe ser su calidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; Si el Derecho no es cierto, los interesados **no saben** y si no es justo, **no sienten** lo que es necesario para obedecer. Así como para el objeto de obtener la reglamentación justa y cierta es necesaria una **experiencia** para conocer los términos del conflicto, una **sabiduría** para encontrar su punto de equilibrio, una **técnica** para aquilatar la fórmula idónea que represente este equilibrio, la colaboración de las personas interesadas con personas desinteresadas, está demostrada para tal fin como un método particularmente eficaz.⁴³

Una decisión judicial que se profiera con base en informaciones incompletas, que impidan una correcta apreciación e integración con el Derecho, tiene grandes posibilidades de equivocación, aumentando el margen de desacierto en proporción directa a la complejidad del asunto.

⁴⁰ Gayo, Comentario IV, 13 y 14.

⁴¹ Gayo, Comentario IV, 15.

⁴² En verdad nos pasamos al otro extremo, porque cualquier decisión judicial toma un considerable tiempo, lo que denota otro aspecto de ineficiencia, un repudiable distintivo de la gestión pública y especialmente de la administración de justicia.

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, Tomo I, pp. 22. Los destacados son del texto.

Nadie es tan ingenuo como para pensar que la demora y el acopio de elementos de juicio hacen infalible la decisión, pero sin duda es menos susceptible de error que aquellas decisiones tomadas “a la ligera”.

3.1.2. Decisiones aceleradas

Claro está que las formalidades, comprobaciones y recursos demoran la solución de la litis y no todas las veces el asunto a tratar permite esperar tanto, porque, de hacerlo, se consolidarán graves daños.

Pero ese es un problema que se había detectado desde antiguo y, por eso, se permitió a los encargados de administrar justicia hacer algún pronunciamiento de obligatorio cumplimiento para impedir que se ejecutara un acto o promover una acción, sin mayores formalidades y de inmediato. Las declaraciones de estado de sitio, el nombramiento de dictadores para conjurar los ataques y las apelaciones al pueblo son ejemplos clásicos de estas medidas en el campo político y, en el plano puramente jurídico, se consagró la figura del interdicto,⁴⁴ un tipo de mandato del pretor que, al menos en sus orígenes, implicaba una actuación inmediata tendiente a mantener un *statu quo* mientras se podía tomar una decisión con conocimiento de causa.

El sistema jurídico actual, siguiendo esa línea, prevé casos excepcionales en los que el juez puede tomar decisiones inmediatas o casi inmediatas (*breve y sumariamente*), contando con unos pocos elementos de juicio y sin haber dado la “oportunidad” de la controversia -pruebas sumarias-. Ejemplos de estas decisiones inmediatas son los alimentos provisionales [Art. 417 C. C.], las interdicciones provisionales de dementes y disipadores [Arts. 535 y 549 C. C.], los interdictos posesorios [Arts. 976 y 977 C. C.], algunas acciones posesorias especiales [Arts. 988, 992, 996 C. C.], las medidas cautelares [Arts. 678 y ss. C. de P. C.], la suspensión provisional de los actos administrativos [Art. 152 C. C. A.] y el recurso de *habeas corpus*, en el Derecho penal [Art. 382 C. de P. P].

Se nota de inmediato que buena parte de estos casos, están relacionados precisamente con la protección de los intereses vitales o primordiales de los seres humanos, que más tarde llegan a ser toda una categoría denominada en la Constitución como Derechos Fundamentales o Humanos.

Cuando el asunto es de esa naturaleza que no da tiempo para agotar todas las formas propias de un juicio, el sistema jurídico abre la puerta para un fallo inmediato tendiente a proteger el ataque directo del interés superior; pero, ante el alto riesgo de equivocarse al tener que tomar una decisión apresurada, dispone para estas decisiones un carácter **provisional**, para mantener una situación (un no hacer) o imponer

⁴⁴ La etimología de interdicto es controvertida y filólogos y juristas no llegan a un acuerdo, porque bien puede provenir de *interim dicto* o *sententia interim dicta*, que quiere decir “mientras tanto se dice o decide”, aunque otros, tomando literalmente a Justiniano, consideran que se trata de una “decisión entre partes” o *inter duos dicuntur* [Instituta. IV, XV Fine] o en entredicho como sinónimo de prohibido (DRAE). Véase Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Mi particular apreciación es que se refiere a una actuación mientras se decide de fondo, no solo porque coincide con los efectos de los interdictos primitivos, sino porque hoy existe una palabra similar y no nos cabe duda que tiene ese alcance. Se trata de la decisión interlocutoria: “Dicho de un auto o sentencia: Que se da antes de la definitiva” (DRAE).

una prestación temporal (un hacer) y solo por excepción alguna prestación definitiva para conjurar un riesgo inmediato, mientras se agota el debate judicial propiamente dicho y se establece quién tiene la razón, jurídicamente hablando.

La acción de tutela y las acciones populares por tener que fallarse en el excepcionalmente corto tiempo fijado por la ley, en la que el juez tiene que adoptar su decisión con la información que logre recaudar en un plazo cortísimo, no controvertida ni analizada bajo los diferentes ángulos posibles, comparte todas esas características de los procesos aludidos que se deciden con base en informaciones sumarias y, por fuerza, han de concluir con medidas provisionales, tanto las que acogen, como las desestiman el *petitum*, ante la elevada exposición al error.

Es la misma norma la que se inclina por la provisionalidad cuando indica que la acción de tutela además de proteger los intereses fundamentales en general tiene cabida como mecanismo transitorio.

Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso. [Art. 8 D. 2591/91]

Un poco de pedagogía le ha faltado a las Cortes especialmente la Constitucional, en instruir a los jueces sobre el alcance de las decisiones de tutela (siendo algo críticos, notamos que en ese Alto Tribunal han nacido muchas de las confusiones y, por eso, recientemente vimos en los periódicos ejemplos de las tutelas realmente absurdas) sin embargo, aquí podemos hacer algún ejercicio práctico para mostrar el alcance de una tutela.

Es válida una decisión de tutela que ordene suspender una diligencia de desahucio o desalojo de una familia indigente cuando pueden apreciarse fallas procesales, no lo es la que ordena cancelar unas medidas cautelares, aunque aparentemente tenga fallas la decisión ya que en este caso, la discusión sobre la procedencia de las medidas da suficiente tiempo para el debate a toda regla. Tampoco lo es cuando se trata de la diligencia de desalojo de una bodega o cuando el arrendatario tiene asegurada su vivienda.

Es válida la tutela que ordena entregar una droga o realizar un tratamiento de urgencia a un paciente que la requiere urgentemente, cuando existe la duda de si el POS cubre o no esa droga o tratamiento, no lo es la que ordena hacer una operación de cirugía plástica o un tratamiento de fertilidad.

Es válida la decisión de tutela que ordena suspender la demolición de una construcción cuando hay dudas sobre la legitimidad de la orden, pero no lo es la que ordena construir una obra que no ha existido nunca, así sea para el albergue de alguien

necesitado, porque en este caso lo que hay que hacer por vía de tutela es condenar a que se le proporcione ese refugio, mientras se debate la legitimidad de la petición.

Es válida la que ordena pagar de inmediato una pensión a una viuda o a unos menores necesitados, cuando se discute la validez de un contrato laboral o la falta de prueba de unos aportes a la seguridad social, pero no lo es cuando se trata de la pensión de un sujeto pudiente aun cuando los supuestos de hecho de la acción sean los mismos.

La tutela es absolutamente válida para proteger a un individuo que ha sido detenido por la supuesta comisión de un grave delito, por un funcionario de la autoridad que es su peor enemigo o que ha recibido un ataque del detenido, pero no para excarcelarlo sino para entregarlo a otro funcionario que pueda actuar con verdadera independencia.

En todos estos casos que presento como válidos, el fallo de tutela protege un derecho fundamental que objetivamente aparece vulnerado o amenazado, pero en ellos ha de tomarse una decisión provisional, ya que es posible que al hacerse el estudio a profundidad, el aludido derecho no exista, esté subordinado a otro derecho fundamental, sea de cargo de un tercero, el interés del accionante sea apenas aparente, exista un acreedor excluyente, o simplemente aparezcan renunciaciones, condonaciones, compensaciones, simulaciones y hasta colisiones de derechos, que hagan nugatorio el derecho reclamado.

Extraordinariamente pueden tener cabida medidas definitivas, cuando sea la única forma de conjurar la vulneración o el riesgo de ataque al derecho fundamental, como cuando se ordena destruir el dique que causa una inundación o se impide la circulación oportuna de un diario que contiene una noticia difamante.

En los casos que presento como errados no estoy negando que existan intereses legítimos que requieren protección, incluso que muchos de ellos sean derechos fundamentales, pero faltan requisitos esenciales para que pueda utilizarse el mecanismo excepcional de la tutela.

3.2. Propuesta

3.2.1. Cómo compaginar “protección inmediata” frente a “exposición al error”

La decisión sumaria (interdictoria o interlocutoria) sea de tutela o de cualquier otro proceso excepcional es tan altamente susceptible al error que solo tiene cabida en ciertas y precisas condiciones, para obtener determinados objetivos. Se trata de los elementos esenciales de la figura, que en el caso de la tutela constituyen el meollo de la propuesta.

Para quienes quieran ahorrarse la lectura de las explicaciones, la propuesta en sí misma está contenida en los párrafos insertos y en bastardilla, a manera de eventuales artículos de una ley.

3.2.2. Excepcionalidad de la tutela

Aunque la norma constitucional consagratoria de la figura y las reglamentarias son explícitas en el carácter **excepcional** de la acción de tutela, repasando la causa de las acciones de tutela, se puede observar que un número considerable de éstas, (incluso algunas que prosperaron) no cumplen con ese requisito.

La excepcionalidad parte de un principio de carácter objetivo que implica que no exista una acción eficaz que permita reclamar contra la vulneración del derecho fundamental y que esa vulneración sea tan actual (o inminente) que sea un despropósito esperar a un proceso ordinario porque se consolida un daño.

Como para la defensa de los derechos, en el campo jurídico moderno existen toda clase de medios de protección por vía de las acciones ordinarias, van a ser escasos los asuntos que por virtud de este principio general podrían llegar a la tutela. Para ser francos, que cumplan con el principio general de **inexistencia de otro medio de protección**, no se encuentran a simple vista otros que las vías de hecho directas de autoridades o particulares, cuando la policía se niega a actuar para reprimirlas y las decisiones contenidas en actos administrativos o sentencias ejecutoriadas.

El mecanismo de la tutela sería inútil si se dejara regido por el principio general, por lo que tiene algunos elementos condicionantes –reciben el nombre de descriptores en muchas ciencias, que no veo ningún inconveniente en utilizarlos aquí– en este caso para ampliar su alcance.

La acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y grave.

Cuando se esté presentando la vulneración de un derecho fundamental y no se encuentren razones inmediatas que justifiquen tal vulneración, se presume que no existe tal medio de defensa y por ello se puede recurrir a la tutela, en las condiciones establecidas en esta ley.

El descriptor contenido en el inciso primero del texto antecedente da cabida a la tutela cuando sea patente la ineficacia de la acción ordinaria para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, especialmente cuando la situación no da espera, lo que sucede en la gran mayoría de los casos de violación de este tipo de derechos.

El descriptor contenido en el inciso segundo del texto antecedente pone de presente que nadie tiene porqué tener vulnerado ilegítimamente algún derecho fundamental y, por eso, si en un examen *prima facie* no se detecta una causa justificativa de esa violación, se debe eliminar, la causa de la violación de inmediato.

Otro descriptor necesario es que no exista una decisión definitiva sobre el tema, emanada de la autoridad o la vulneración del derecho provenga de la voluntad del afectado, a menos que se pretenda atacar por vía de tutela ese pronunciamiento.

No procederá tutela respecto de situaciones derivadas de pronunciamientos de autoridad competente en firme excepto cuando la acción tenga por objeto atacar esa decisión o acto, ni procederá tutela contra actos que probadamente provengan del accionante.

3.2.3. Legitimación para proponer la acción

Su objetivo general es claro, evitar que se vulneren derechos fundamentales a cualquier persona.

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 en 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 o por un particular que ejerza autoridad u obre de hecho.

Pero claro, se trata de un principio que amerita también sus aclaraciones y tratándose de un mecanismo excepcional estos deben quedar enunciados precisamente.

No tienen acción (legitimación en la causa) para presentar tutelas directamente los incapaces a quienes la ciencia no les reconoce aptitud para hacer manifestaciones de voluntad. Hay que aplaudir el acierto de jueces y cortes de permitir que los menores, incluidos algunos impúberes, lleguen a la tutela y falta que se da a sujetos con cierto grado de demencia o los interdictos por demencia durante los intervalos lúcidos,⁴⁵ pero en el evento de incapaces, la acción de tutela tendrá que ser verbal y directamente formulada ante el juez, para que pueda valorar la seriedad de la petición.

Legitimación directa tienen los representantes legales y los representantes convencionales expresamente facultados para presentar la tutela. A los apoderados generales no se les debe reconocer facultades directas para presentar tutelas en nombre de su mandante, por razón de la excepcionalidad de la medida.

Todos los demás terceros que actúen en defensa de derechos de otros obran como agentes oficiosos y, por eso, sólo obran ante la imposibilidad real del afectado, incluyendo aquí todos los que obran en defensa de incapaces contra la voluntad de los representantes legales; pero en este último caso, la tutela tendrá que cobijar a estos representantes, porque de ser cierto que existe el riesgo o ataque a los derechos de ese incapaz, la inacción del representante legal será necesariamente elemento causal de la vulneración del derecho fundamental del incapaz.

El uso de la tutela para proteger **derechos de las personas jurídicas** aunque siempre se considera excepcional, creo que no se ha formulado de una manera correcta. Como la persona jurídica es una fórmula creada por los seres humanos para conseguir unos propósitos, el único derecho fundamental que puede reconocérsele es el de poder cumplir los fines para los que fue creado; así, no queda difícil reconocer cuándo la tutela puede permitirse a la persona jurídica y es cuando la vulneración del derecho ocasione o pueda ocasionar la extinción misma de la persona.

La mayoría de los derechos fundamentales están relacionados con intereses que presuponen sentimientos y afectos que solo podemos reconocer a los humanos –vida, salud, libertad, imagen, bienestar, honor, familia, educación, cultura– y como mientras exista la persona moral sus intereses están aislados de los intereses de los particulares por una barrera jurídica (la personalidad), aunque puedan existir lesiones, éstas no tendrían el carácter de fundamentales, pero lo que atente contra su existencia sí es fundamental al suprimir su “ser” mismo (más fundamental imposible). Ahora bien, algunas veces, la vulneración de un interés de la persona jurídica puede afectar

⁴⁵ Por ejemplo un interdicto por demencia que alega que está siendo sometido a un tratamiento denigrante o que sus guardadores lo están timando y dejando en la calle, caso en que el juez de tutela simplemente ordena la cesación de todo tratamiento hasta tanto se determine científicamente si es el apropiado en el caso, o encarga otra institución de su cuidado o decreta embargo inmediato de bienes y rendición de cuentas.

a uno o más particulares en sus derechos fundamentales pero en este caso la acción la tiene el particular en su propio interés, aun cuando para conseguir que no se le vulneren sus derechos sea imprescindible defender derechos de la persona jurídica. El empleado o el socio de una sociedad que incluyen en la “Lista Clinton” se verá cuestionado moralmente, pero la tutela, si bien está encaminada a obtener la exclusión de la sociedad de esta lista, tiene por finalidad proteger su propio derecho a la honra.

Sólo podrán actuar en nombre de los afectados sus representantes legales y los mandatarios comisionados expresamente para adelantarla.

Cualquiera que presente una acción de tutela a nombre de otro y que no tenga las calidades establecidas en el inciso anterior actuará como agente oficioso y deberá manifestar bajo la gravedad de juramento que el afectado se encuentra imposibilitado para actuar, o que sus representantes legales se han negado a intentar esa acción y, en este último caso, dirigirá la acción también contra ellos como agentes indirectos de la violación del derecho. La agencia oficiosa en materia de tutela no requiere caución.

No podrán impetrar directamente la acción de tutela aquellos que fisiológicamente no tengan capacidad suficiente para comprender sus actos. Los menores de edad y quienes padezcan debilidad mental leve o moderada o se encuentren en un intervalo lúcido podrán presentar directa y verbalmente la demanda de tutela, pero en tal caso, el actor expondrá los hechos de presente ante el juez. El juez que reciba un escrito sobre una tutela de esta naturaleza citará de inmediato al interesado para recibir su declaración, pero de no ser factible la comparecencia del mismo al Despacho, se desplazará al lugar dónde se encuentre.

No procede la acción de tutela respecto de las personas jurídicas, a menos que el ataque al derecho fundamental pueda conducir a la extinción de la personería. Cuando por la vulneración del derecho de una persona jurídica tenga como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales de una persona natural, la acción será intentada por esta última, en su propio interés.

3.2.4. Características de la vulneración del derecho

El buen legislador debe establecer de manera minuciosa el régimen de las normas exceptivas ante la imposibilidad de interpretación analógica o extensiva para determinar su alcance. Ciertamente la Constitución no se presta para una detallada exposición del régimen de tutela, pero sin duda señala las pautas necesarias para que el legislador pueda desarrollar el principio de una manera conveniente.

Debe tratarse de la vulneración de un derecho fundamental (algo que trataremos más adelante), que afecte de una manera **objetiva** al titular del mismo, es decir que no habrá más vulneración que aquella que se presente de una manera tal, que no haya duda que quien se encuentre en una situación similar se entiende de igual manera afectado. No es objetivo aquel daño que dependa de concepciones personales o puramente morales del individuo, por eso una tutela tendiente a impedir que sacrifique el ganado vacuno por ser un dios o que en las ceremonias religiosas se prohíba (por respeto al culto), o admita (libre desarrollo de la personalidad) el uso de una minifalda, no es procedente al faltarle el requisito de la objetividad.

De igual manera solo se concede a quien sufra **directamente** el ataque en su derecho, a menos que un ataque realizado contra otro sujeto, tenga la propiedad de generar una vulneración directa, consecuencial, en el sujeto que intenta la acción. No sería directa cuando el lesionado es un tercero (salvo que se obre en su nombre) y por eso no será procedente una acción de tutela en la que se reclame porque un amigo haya

sido acusado injustificadamente de un delito (es él quien cuenta con la acción). Ahora bien, como muchos ataques a los derechos de terceros pueden conducir a violación de los derechos de otros (por ejemplo la imputación calumniosa a un padre de familia, afecta el honor del conjunto familiar; la extinción del dominio de muchos de los bienes de una fundación, puede dejar a los beneficiarios sin la atención debida) habrá acción de tutela, porque ellos directamente están afectados.

Otra característica de la violación es la **gravedad** o seriedad del ataque, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo. La escuela que confina a sus estudiantes a permanecer en el aula a la hora del recreo porque no han hecho la tarea, ciertamente está vulnerando su libertad, pero eso no tiene la trascendencia para ameritar una tutela. La costosa e injustificada multa no da lugar a una tutela, sino cuando afecta lo necesario para la subsistencia del sancionado.

Cuando se trate de una amenaza, ésta debe tener el carácter de **inminente**, o sea, que sin la protección necesariamente se producirá la violación del derecho fundamental de manera objetiva, directa y grave. Y debe probarse así sea sumariamente, lo que por cierto no debe ser difícil, ya que la vulneración de los derechos fundamentales es de ordinario tan fácil de percibir que bastará la simple afirmación del afectado, por ser un hecho notorio o porque se trata de afirmaciones o negaciones indefinidas (“si no me dan el tratamiento me muero o me afecto gravemente”, “no tengo más con que subsistir”, “me quedo en la calle” son suficientes procesal y anímicamente para convencer a cualquiera de la vulneración de un derecho fundamental).

No procederá la tutela en el evento en que la vulneración o la amenaza al derecho fundamental sea indirecta u obedezca a apreciaciones subjetivas exclusivas del accionante sobre la violación del derecho fundamental. Tampoco procederá cuando la violación no revista la suficiente gravedad como para derivar en un serio perjuicio al accionante.

Cuando con la acción de tutela se pretenda suprimir las amenazas de violación de un derecho fundamental, el accionante deberá probar sumariamente la inminencia del riesgo de lesión grave de su derecho.

3.2.5. Los derechos fundamentales

El tema de los derechos fundamentales es, de suyo, el asunto más complejo en el debate de la acción de tutela y desde el principio se discutió si se trataba de un *número clausus* que correspondía a aquellos derechos enunciados expresamente en la Carta Política o cobijaría todo derecho que pudiera tener el carácter de fundamental. La Corte Constitucional en varios fallos consideró susceptible de tutela algunos derechos diferentes a los expresamente consagrados en la Constitución en el aparte pertinente, pero en la práctica se puede apreciar una tendencia a cerrar la puerta a los demás derechos, en gran parte porque nuestro constituyente del 91 no fue propiamente avaro en la consagración de derechos fundamentales, incluso se ha determinado que en algunos casos se excedió.

Pero la tutela es un procedimiento exceptivo, de modo que nada malo habría con precisar los derechos que cobija y podría tratarse de una relación de ellos, ahora que el concepto de la tutela está tan avanzado (al fin y al cabo se ha utilizado para todo y ya hay una directriz doctrinaria mas o menos clara), pero no me parece la solución más conveniente, de modo que preferiría que se dejaran aquellos expresos de la Constitu-

ción,⁴⁶ siempre que se entendiera que la tutela solo cabe cuando estos derechos adquieran realmente el concepto de fundamentales, lo que implica una valoración del derecho.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental cuando permite una subsistencia mínima decorosa, de modo que cabe la tutela para evitar un despido injusto u ordenar un reenganche, pero no para impedir un traslado que modifique sustancialmente las condiciones laborales (siempre que no implique riesgo vital), porque para esto están los procesos ordinarios.

Cuando se habla de derechos fundamentales a proteger por vía de tutela, es necesario que la vulneración haya llegado a tal punto que disminuya el nivel mínimo tolerable. Esta es una afirmación que parece formulada por un materialista irredento y no por alguien que sigue las enseñanzas humanistas, pero hay dos razones de fondo que la sustentan.

Por una parte, que se trata de derechos fundamentales y lo fundamental es aquello básico o en otras palabras, lo que no es excedente o accesorio; por eso se protege por vía de tutela, recuérdese, la vida, no la vida holgada; se protege el trabajo digno, no el alto empleo,⁴⁷ se protege el derecho a tener una familia, no a tener la mejor familia; se protege la libertad en todos sus campos, pero hasta el punto en que sea inaceptable la limitación de la autonomía (el mínimo vital de que habla la Constitución). Obviamente algunos derechos fundamentales no tienen condicionamientos, como la vida, la salud, la dignidad, el honor, y el derecho a obtener respuesta de las peticiones respetuosas.

Por otra parte, la protección de los derechos fundamentales por encima del mínimo, llevaría a hacer partícipe a la tutela del intolerable desequilibrio socio-económico propio de estas sociedades y, por eso, decíamos que no es justa la tutela que ordena dar una pensión a un sujeto pudiente, y así como es válida la tutela que ordena proporcionar un albergue digno a quien carece de hogar, no lo es la que dispone se proporcione una gran vivienda (así el sujeto sea acreedor de ella, porque para eso está el debate ordinario). ¿Con qué conciencia podemos reconocer, por vía de tutela, derechos que no podemos proporcionar a un considerable número de nuestros conciudadanos? Ahora bien, por vía ordinaria si se pueden obtener derechos por encima del mínimo, porque allí sí hay modo de determinar si en verdad se adeudan estos derechos, sean fundamentales o no.

La tutela solo tiene cabida para la protección de los derechos enunciados en la Constitución como fundamentales, cuando quiera que su vulneración o amenaza implique que el afectado esté o vaya a quedar en una situación inferior al mínimo aceptado por la sociedad como digno, en cuanto a lo físico, moral, político, social o jurídico.

⁴⁶ En estricta técnica jurídica el artículo segundo del decreto 2591 de 1991, es ilegal por ampliar el alcance de la palabra "constitucional".

⁴⁷ En la sentencia SU-458/93, la Corte desestima la petición de asignación de un empleo, pero porque el afectado tenía otro medio de defensa, mas no por que el funcionario ya tenía empleo. En otro considerable número de sentencias, afirma que la tutela si sirve para obtener un nombramiento en un concurso, pero no lo relaciona con la falta de empleo Véase sentencia SU-613/02.

3.2.6. Aspectos procesales

El proceso de tutela es de aquellos “interdictorios” y se soporta en una violación o amenaza que aparece de manera nítida, que se confirma con una pequeña cantidad de pruebas sumarias y, por eso, corresponde al juez el ejercicio de generar intelectualmente la verdad, recurriendo a ese indefinible proceso lógico que permite al ser humano establecer cómo debieron ocurrir los hechos, con base en la práctica, los indicios, las probabilidades, etc. En todo caso, si el juez lo estima imprescindible, puede practicar alguna prueba inmediata como una inspección o una declaración, siempre que no demore el proceso.

El juez tiene que quedar relevado de hacer grandes elucubraciones científicas (aún en Derecho) y por eso no hay lugar a la tutela cuando el asunto solo pueda decidirse recurriendo a una prueba que pueda exceder el mínimo tiempo de ley. En estos casos la tutela debe rechazarse de plano, pero el juez tomará las medidas preventivas necesarias para evitar los daños potenciales.

Valga como ejemplo de este tipo de acciones que no pueden decidirse por vía de tutela la sentencia SU-337 de 1999, en la que se decide sobre la autorización para realizar una operación tendiente a definir el sexo de un menor hermafrodita. La sentencia como tal no tiene nada para criticarle, por el contrario, es un ejemplo de calidad jurídica y técnica, pero la Corte, que se tomó mucho más de un año en la revisión y que se vio en la necesidad de recurrir a expertos colombianos y del exterior para poder tomar la decisión, jamás advirtió que para estos temas no tiene cabida la tutela, por su complejidad y porque la vida del niño no sufría peligro inmediato (tanto que la sentencia, precisamente, decide diferir la decisión de la operación hasta que el niño cumpla cierta edad), de modo que la decisión que ha debido adoptar era indicar que para ese tipo de casos no se puede recurrir a la tutela, toda vez en el plazo extremadamente corto, lo único que podía esperarse era que los jueces se equivocaran.

Sin exageración considero que el 80% de las tutelas revisadas por la Corte Constitucional no podían ser objeto de ese proceso extraordinario, por el simple hecho de depender de tal cantidad de pruebas y consideraciones, que es imposible acopiarlas en tan corto tiempo y entonces hay que preguntarse: ¿De las sentencias no escogidas para revisión cuántas tenían la característica de solo poder resolverse mediante pruebas especializadas y por eso el fallo no es otra cosa que un error judicial ejecutoriado?

En el proceso de tutela tienen cabida todas las pruebas que puedan aportar los interesados en las respectivas oportunidades. No se decretará la práctica de pruebas salvo que a juicio del Despacho sea imprescindible y pueda realizarse antes del vencimiento de los términos. Cuando la decisión dependa esencialmente de alguna prueba compleja, se rechazará la demanda, pero el Juez tomará las medidas necesarias para evitar que se consolide la violación de un derecho fundamental.

Otro aspecto de la acción de tutela son las excepciones admisibles al contradictor, habida cuenta que no hay controversia de la prueba. Cuando menos dos excepciones especiales deben incluirse en el régimen de la tutela:

Primero, la excepción de **imposibilidad subjetiva**. Como se sabe, la imposibilidad que exonera de las obligaciones a los hombres es absoluta y objetiva (constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito), pero siendo la tutela un proceso acelerado que no

permite determinar la posibilidad del agente para cumplir, debe aceptarse su imposibilidad actual de ejecutar lo necesario, siempre que exista prueba sumaria de ello y, si es del caso, diferir la decisión hasta el momento en que el demandado esté en facultades para cumplir o exonerar al sujeto. Una tutela que ordene a un municipio proporcionar vivienda a una familia desplazada puede dar origen a una excepción de imposibilidad subjetiva, cuando pruebe que existen cientos de acciones de tutela similares que no habría posibilidad de atender. Una tutela para que ordene a la autoridad reubicar la vivienda de un individuo que habita en un lugar inadecuado, da origen a una excepción de imposibilidad subjetiva cuando el demandante pertenezca a cualquiera de los incontables barrios del país en esas circunstancias.

Esta imposibilidad subjetiva también se predica del sujeto cuando no tiene por sí mismo facultades jurídicas para proceder en esa situación en especial, de modo que debe rechazarse la tutela o cobijar a todos los que estén involucrados en ese acto complejo. Una orden a un pagador oficial para que gire unos recursos no presupuestados o no apropiados, no puede ser ejecutada por él porque legalmente le está vedado y como el juez no puede exceder la Constitución y la ley (principio que hay que conservar), es necesario que la demanda se rechace o que se incluyan gerentes, juntas directivas, Congreso Nacional, concejos municipales, y demás facultados para que estas decisiones sean válidas a la luz de la ley.

La segunda excepción es la de **consolidación irreversible** de la vulneración. Cuando el derecho fundamental por cualquier razón ya se consolidó y no se pueden deshacer sus efectos no cabe la tutela. Cabría la indemnización pero ya no por vía de tutela sino ordinaria. Por ejemplo, la calumnia que ya se volvió de dominio público; la tutela que pretende se tomen medidas para evitar una inundación que ya se produjo mientras el juez está conociendo del proceso, aunque, en este último caso, la tutela puede dar lugar a otras medidas como la de ordenar auxilios u otro paliativo.

El juez, atendidas las circunstancias, podrá admitir como excepción la imposibilidad actual y subjetiva del obligado, pero en este caso ordenará que se tomen las medidas que estén al alcance de los obligados para evitar que se consolide o extienda la vulneración del derecho fundamental. La imposibilidad subjetiva derivada de la necesidad de obtener el concurso de otras autoridades o de particulares no impedirá la decisión, pero la sentencia los cobijará a todos. En cualquier caso, las medidas derivadas del desacato de la tutela se aplicarán de manera independiente a cada uno de los partícipes.

La consolidación irreversible del ataque al derecho fundamental, impedirá la iniciación o la continuación del proceso de tutela, pero el juez podrá ordenar la anticipación de indemnizaciones cuando su ausencia o demora genere una violación de un derecho fundamental.

3.2.7. El agente de la vulneración

Cuando la acción tenga por objeto que cesen actos que vulneren o amenacen el derecho, la determinación del sujeto a condenar es relativamente fácil, porque tendrán que cobijarse con la sentencia todos los que con sus acciones u omisiones impiden que el afectado se beneficie de su derecho; de modo que el juez puede extender los efectos de su decisión a todos aquellos que de cualquier manera puedan contribuir a la violación del derecho. Como los efectos de una sentencia no pueden extenderse a sujetos indeterminados, el juez debe quedar facultado, de oficio o a petición de interesado, para

complementar la sentencia incluyendo a todos los que obstaculicen la ejecución de la medida protectora.

Cuando la forma de proteger el derecho fundamental implique imponer una actuación (una prestación de dar o de hacer), ya no es tan sencillo porque hay que determinar el obligado; que puede ser el demandado o un tercero y no existiendo manera de comprobar el sujeto pasivo de la obligación, por lo sumario de la prueba, el juez se servirá de la escasa prueba, de su conocimiento privado y de la lógica para establecer el nexo obligatorio, pero por fuerza tendrá que ser facultado para modificar la decisión si manifiestamente se equivocó.

La determinación del verdadero obligado puede ser compleja y siempre existe la posibilidad de equivocarse de sujeto, pero como la decisión de tutela tiene carácter interdictorio, el condenado que no convenza al juez de su error tendrá que cumplir, pero podrá repetir contra el obligado cuando la prestación no le corresponda. Así por ejemplo, el patrono que es condenado a pagar una indemnización laboral por un daño ocasionado directa y de mala fe por uno de sus empleados, porque no se le ocurrió decirle al juez de tutela lo que en verdad había pasado, tendrá que pagar, pero podrá repetir contra el empleado que ocasionó el daño.

No creo que el error judicial tenga cabida porque este es uno de los más patentes ejemplos de carga pública que todos debemos soportar. El dolo y la culpa grave, dan origen a responsabilidad exclusiva y personal del accionante o del juez.

El juez determinará, con los elementos de juicio de que disponga, el sujeto o sujetos a condenar, ordenándoles las acciones o abstenciones que sean procedentes para tutelar el derecho del afectado. Cuando proferida la sentencia, se establezca que la decisión no incluyó a todos los obligados requeridos para una efectiva protección del derecho o que se condenó a quien no correspondía, el juez, de oficio o a petición de interesado, complementará o corregirá la sentencia en lo pertinente. Esta complementación o corrección procederá hasta el momento en que el despacho de segunda instancia haya avocado conocimiento del proceso.

El condenado que, por virtud de una tutela, ejecutó una prestación que no le correspondía tendrá derecho a repetir contra el realmente obligado instaurando el respectivo proceso ordinario. En materia de indemnizaciones solo tendrá acción personal contra el tutelante o el juez, por dolo o culpa grave de cualquiera de ellos en la actuación.

3.2.8. Las decisiones de tutela

El meollo de las dificultades emanadas de la tutela es el alcance de sus decisiones, pero el principio filosófico es que la decisión debe ser **temporal** y por eso será necesario que se consagre esta fórmula para todos los casos y no solamente en los que lo contempla la actual reglamentación.

Siempre que se decreta una medida temporal o cautelar antes de un proceso, se corre el riesgo de que no se promuevan nunca los procesos, por lo que es necesario buscar una medida para evitar que se presente esa situación, luego el juez también ordenará que se adelanten los procesos y reconocerá la culpa del accionante privándolo de la protección e impidiéndole alegar su propia culpa en su favor.

Las decisiones de tutela serán provisionales y no tendrán otro objetivo que proteger los derechos fundamentales de manera directa e inmediata. La protección durará tanto como permanezca la

vulneración o la amenaza, pero el juez podrá imponer al accionante, plazos o condiciones para el ejercicio de actividades tendientes a obtener el reconocimiento o la ejecución de sus derechos. En la sentencia de tutela el juez ordenará que se promuevan las acciones judiciales ordinarias para la declaración y ejecución del derecho. En el evento de que el beneficiario de la acción de tutela no promueva los procesos pertinentes, se levantarán las medidas tutelares pendientes o en ejecución y el perjudicado no podrá recurrir a las acciones ordinarias para la defensa del mismo derecho, salvo cuando se encuentre en riesgo la vida o la salud. No será necesario adelantar estas acciones cuando la prestación ordenada en la sentencia, se ejecute de manera definitiva. Cuando para evitar la vulneración del derecho, sea necesario realizar actuaciones de carácter permanente el juez no exigirá cauciones ni otras garantías, pero el condenado que demostrare en proceso ordinario no estar obligado será indemnizado por el obligado o en su defecto por el Estado.

Muchas de las vulneraciones que dan origen a la tutela son de tal manera **urgentes** que no dan tiempo a reflexionar acerca de si son procedentes o no, o son tan claras y contundentes que no ameritan ni siquiera utilizar el tiempo legal para tomar la decisión y pueden resolverse de manera inmediata sin correr riesgos de perjudicar a alguien. Del primer caso ponemos de ejemplo el tratamiento de diálisis a un paciente con colapso renal o de ordenar protección a una población amenazada por los alzados en armas; del segundo, el derecho a obtener cumplida respuesta a las peticiones respetuosas.

El juez debe estar dotado de facultades para proceder de inmediato y ejecutivamente (sin pensarlo dos veces) y sin que su decisión pueda ser objeto de cuestionamiento. Un juez de tutela que vacile en el primer caso puede cargar con la culpa de un muerto o de una masacre; un juez que requiera más tiempo para dar la orden a una autoridad para que responda una petición es simplemente un burócrata.

Debe haber, entonces, dos tipos de sentencias de tutela: Unas que llamaré de **sustanciación** (como los autos del proceso) que caben en los casos de urgencia o en los casos en que no exista riesgo de afectar al condenado. Estas decisiones son incontrovertibles aunque luego puedan dar origen a un debate o una responsabilidad para el juez que de mala fe o por error injustificable, lo calificó como tal.

Las demás decisiones de tutela serán “**interlocutorias**” (con decisión de fondo pero temporales) y respecto de ellas caben los recursos y aún la suspensión de los efectos mientras se decide la apelación.

Las decisiones de tutela serán de sustanciación cuando tengan por objeto la protección urgente del derecho fundamental o cuando la vulneración del derecho provenga de la falta de cumplimiento de un trámite. Estas decisiones podrán ser proferidas en el auto admisorio de la demanda y se cumplirán de inmediato.

Las demás decisiones de tutela serán interlocutorias y solo serán obligatorias con la ejecutoria de la sentencia que las adopta.

El juez calificará la sentencia y en caso de silencio se tendrá por interlocutoria.

3.2.9. La tutela contra las sentencias

Como la sentencia es el resultado de un proceso en el cual, en principio, se han agotado todas las fórmulas de ley tendientes a evitar el eventual error, tenemos que partir que contra ellas la tutela generalmente no tiene cabida, porque implica sustituir un fallo de alto grado de confiabilidad, con una decisión esencialmente falible. El juez de tutela solo podrá tomar una decisión contra la sentencia, cuando aparezca probado de manera objetiva y clara una violación a algún derecho fundamental.

No se podrá tomar alguna medida contra la sentencia, cuando la cuestión fallada sea susceptible de discusión por vacío o por ausencia de norma positiva o consuetudinaria porque en ese caso, tendríamos un juez que impone su particular doctrina a través de una tutela y sin vincular ni oír a los afectados. Tampoco podrá hacerlo cuando se vea en la necesidad de controvertir, descartar, impugnar o fijar el alcance de pruebas ya valoradas por el juez de conocimiento, porque el juez de tutela no es juez de instancia. Menos aún para declarar la existencia de eventuales vicios procesales o de la voluntad, que la sentencia ejecutoriada haya purgado o para ordenar la restitución de prestaciones ya cumplidas en desarrollo de dicha sentencia. Será conveniente que la acción contra las sentencias tenga un plazo de caducidad que permita atribuir culpa al afectado que no obró oportunamente contra la sentencia perjudicial, que puede ser el máximo para que queden en firme las acciones contra los actos del Estado, es decir, de dos años.

En todo caso, cuando el juez de tutela encuentre esa violación objetiva y patente de los derechos fundamentales en la sentencia, tendrá que limitarse a poner de presente al juez de conocimiento la eventual violación y las razones que lo llevan a esas conclusiones, para que el juez reabra el proceso, estudie esos aspectos, en la misma forma que se haría con un recurso de revisión (digamos que el juez de tutela le pone de presente al juez de conocimiento la falla, para que éste se dé la oportunidad de corregir un protuberante error, si es que existe) y decida, mediante acto motivado si reforma o no la decisión. De no aceptar el juez del conocimiento la existencia de la falla, revocando o modificando su fallo, éste debe quedar en firme -porque ahora si se trata de un acto inexpugnable judicialmente y con todo el respaldo del Estado- sin perjuicio de las eventuales indemnizaciones que pueda reclamar el afectado y de las sanciones personales al funcionario por la culpa o el dolo, en el evento de probarse error judicial.

Mientras se reestudia el caso y se llega a la providencia definitiva, el juez de tutela ordenará que se suspenda la ejecución del fallo y tomará las demás medidas provisionales para evitar que se consolide algún ataque a los derechos fundamentales. Digamos que en el más estricto sentido jurídico, el juez de tutela se limita a dejar **“inexequible”** o inejecutable la sentencia -que no a revocarla o modificarla- para respetar un principio jurídico fundamental de la independencia y autonomía de los despachos judiciales entre ellos, cuando no exista una relación jerárquica de ley, porque de admitirse que un juez de tutela puede inmiscuirse en los asuntos de otro juez, simplemente estaríamos creando un superior o una autoridad -ad hoc- del citado juez.⁴⁸

Esta fórmula, genera ventajas adicionales; por una parte, evita la violación directa e inmediata de un derecho fundamental amenazado que es preferible proteger aunque

⁴⁸ Precisamente las decisiones sobre la juridicidad de las leyes, en relación con la Constitución, se denominan de inexecutable y no de nulidad, porque a la Rama Jurisdiccional no se le reconocía imperio sobre la Rama Legislativa y, por ello, quedaba impedida para modificar lo decidido por esta última. Conceptualmente se trataba de una decisión de la rama jurisdiccional de abstenerse de reconocer determinada ley por no ajustarse a la Carta (decisión obligatoria para toda la rama y por extensión a todos los ciudadanos, que nunca podrían obtener respaldo judicial al amparo de la norma inexecutable). Hoy, que la ciencia política reconoce el imperio jurisdiccional sobre las demás ramas del poder y no se anda con rodeos sobre la pérdida real de eficacia de la ley, bien podemos eliminar el término inexecutable para la inconstitucionalidad de la ley y denominarla nulidad, como sucede en las declaraciones jurisdiccionales sobre los actos del ejecutivo.

después se descubra que no tenía el derecho; que desconocerlo permitiendo la consolidación del daño sin remedio posible. Por otra obliga al juez de conocimiento a pronunciarse, si quiere que su providencia tenga efectos, con lo cual no hay para qué amenazarlo con sanciones por desacato, ya que el desacato precisamente da lugar a la ineficacia de la decisión impugnada con la tutela.

Tratándose de sentencias de casación, la posibilidad de que tenga una falla que amerite una intervención del juez de tutela, es ciertamente remota, porque ya en este proceso se han surtido tal cantidad de actuaciones y la cuestión ha sido revisada por tantos ojos, que el riesgo de que no se hayan expuesto y controvertido todos los elementos de hecho y de Derecho propios de la contención, llega a niveles cercanos a cero, y como, además, la decisión final corresponde a una definición doctrinaria, que en principio no puede ser cuestionada por el juez de tutela (el juez de casación que, mediante una interpretación jurídica legítima, desconoce un derecho fundamental, en realidad está declarando la inexistencia de éste).

Ahora bien, como existe la posibilidad de que la sentencia de casación viole de manera objetiva y manifiesta un derecho fundamental, no deberá impedirse que la acción de tutela tenga cabida, siempre que se utilice del modo excepcionalmente restringido acorde con el acto que se pretende interferir, pero una vez decidida la cuestión y que el Máximo Tribunal haya llegado a la conclusión que no debe modificar su pronunciamiento, la sentencia es cosa juzgada plena. Quien reclame más protección para sus derechos, simplemente es un mal perdedor, irreductible, que no merece más atención del aparato gubernamental, pero si quiere puede acudir a los procesos ordinarios de responsabilidad del Estado, probando la existencia de un error judicial.

Como el Juez de tutela puede no quedar satisfecho con la decisión de la Corte de Casación y la sentencia discutida tiene sus efectos suspendidos, hay tiempo para que el juez constitucional haga un pronunciamiento. Se propone que estas sentencias pasen de inmediato y preferentemente a revisión de la Corte Constitucional (serán realmente escasas) cuando el juez de tutela solicite su concurso, a través de una clásica forma de alzada, que se denominaba *intercessio*.⁴⁹

Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional son y seguirán siendo intangibles porque precisamente deciden de fondo sobre lo que ordena la Constitución, de modo que sus decisiones son una forma moderna de lo que “*Roma locuta...*”, en que aún la equivocación es ley.⁵⁰

⁴⁹ La sentencia C-1185 de 2001, que analiza el profesor Manuel Quinche en su importante artículo de esta publicación, en la práctica consagra la solución que aquí se propone, toda vez que la Corte Constitucional, al contrario de lo que sucede ordinariamente, no cambió directamente la resolución de la Sala Laboral de la Corte Suprema, sino que le envió el expediente con la solicitud de que ella misma expidiera la decisión ajustada a la Carta Política. Además de la cortesía evidente del Tribunal Constitucional, se pone de relieve que no se encuentra ante cualquier juez, sino ante el máximo en las materias que de las que es competente.

⁵⁰ La Corte Constitucional puede anular sus propias sentencias, revisarlas y unificarlas. Véase sentencia SU-837/02.

En general no procede la tutela contra las sentencias ejecutoriadas; con todo, cuando acusada por vía de tutela cualquier sentencia, cuyos efectos no estén definitivamente agotados, el juez podrá ordenar la revisión de la providencia por el mismo Despacho que profirió la decisión de última instancia, poniendo de presente los argumentos que lo han llevado a la convicción de que la sentencia vulnera de manera antijurídica el derecho fundamental.

En la providencia que concede la tutela ordenará la suspensión de los efectos de la sentencia cuestionada hasta tanto exista un pronunciamiento definitivo por parte del Despacho correspondiente.

La decisión del Despacho que revisa su propia sentencia será obligatoria, pero el Juez de tutela podrá recurrir por vía de intercesión a la Corte Constitucional para que revise la sentencia. La intercesión se concederá de inmediato por la Corte Constitucional y se tramitará en un lapso no superior a 30 días.

No procede tutela alguna contra las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, ni contra sentencias con más de dos años de ejecutoriadas.

3.3. Epílogo

Esta propuesta solo contiene los elementos que considero esenciales para una reforma de la institución de la acción de tutela, pero es claro que no son todos, especialmente porque la mayoría del régimen contenido en el decreto 2591 de 1991 ha demostrado su utilidad y está de acuerdo con la Constitución, que ya es bastante. Creo sinceramente que para esta reforma no se necesita introducir cambios en la Constitución, repasando los elementos de la propuesta no se encuentra que contradigan los principios constitucionales, ni el “bloque de constitucionalidad”, sea cual sea el alcance de ese concepto.

Con unos principios claros, lo único que queda por hacer es un proceso serio de instrucción a los jueces en todos los niveles sobre el mecanismo de la tutela, de modo que estos sean especialistas en el asunto y lo manejen con calidad y eficiencia.