

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

CATALINA BOTERO MARINO

In Colombia, there is a vigorous debate on the constitutional control of court rulings. This article studies the development of that debate, by presenting the arguments of critics and offering counter-arguments in favor of constitutional control. The article studies the history and evolution of such control, focusing on the Constitutional Court and describing what is required for constitutional control to proceed against court rulings. In order to answer critics, and to avoid being trapped in discussions about procedure, one must face the fundamental problem of this debate: Should there be a mechanism to protect people from court rulings that violate their Constitutional rights? The article argues that constitutional control protects rights in a material sense and protects a single, authorized interpretation of the Constitution, which favors people's confidence in the law.

Introducción

El 19 de marzo de 2002 la Corte Suprema de Justicia¹, declaró públicamente su intención de inaplicar los fallos de tutela proferidos por otras corporaciones judiciales, que ordenaran anular o modificar las providencias que dicha Corte hubiere

¹ La Constitución colombiana señala que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (C.N. art. 234) . Así mismo establece que el Consejo de Estado es el tribunal supremo de lo contencioso administrativo (C.N. art. 237). De otra parte, establece que el Consejo Superior de la Judicatura es el órgano de administración de la rama judicial (Sala Administrativa) y el órgano de cierre de la jurisdicción disciplinaria que se aplica a jueces, magistrados y abogados (Sala Disciplinaria) (C.N. arts. 256 y 257). Finalmente, todos los jueces, tribunales y Cortes de la jurisdicción ordinaria, contenciosa y disciplinaria integran la jurisdicción constitucional, cuyo máximo tribunal es la Corte Constitucional (C.N. art. 86 y 241).

emitido como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. En palabras del presidente de la Corporación, la acción de tutela no procede contra providencias proferidas con ocasión del trámite de casación. En su criterio, tal decisión busca «defender la seguridad jurídica del país, la cosa juzgada y el respeto al orden y a la estructura señalados en la Carta Fundamental de los colombianos»².

A juicio de la Corte, en la medida en que la Constitución le confiere el carácter de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, sería inconstitucional que otros jueces de inferior jerarquía o de otras jurisdicciones pudieran revisar, anular o corregir sus decisiones pues, en este caso, dejaría de ser el órgano de cierre de la respectiva jurisdicción. Por lo tanto, para mantener el carácter que la Constitución le ha asignado, la acción de tutela no puede proceder contra sus providencias cuando quiera que estas sean el resultado de un proceso en el cual la Corte actúe como tribunal de casación, es decir, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Cosa distinta, continúa la Corte, es la revisión de las sentencias de tutela proferidas por esta Corporación. En tales casos, la Corte Constitucional tiene la última palabra como tribunal supremo de la jurisdicción constitucional.

El argumento anterior se suma a otros que se han ventilado en distintos foros de discusión sobre la acción de tutela desde que la Corte Constitucional aceptó, por vez primera, que dicha acción podía proceder contra decisiones de las altas cortes. Para quienes se oponen a esta tesis, resulta inconstitucional, inconveniente y a todas luces incompatible con los principios mínimos de un «orden justo» la procedencia de la acción de tutela contra sentencias. En suma, sostienen que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales vulnera el principio de la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la autonomía funcional del juez, la estructura constitucional del poder judicial y, finalmente, desvirtúa la naturaleza de la acción de tutela.

6 Apelando a estos argumentos, el proyecto de acto legislativo de reforma a la justicia presentado por el Gobierno al Congreso en los primeros días de noviembre, propone reformar el artículo 86 de la Constitución, entre otras cosas suprimiendo radicalmente la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

² Diario *El tiempo*, s, 1-26, 21 de marzo de 2002.

En efecto, el proyecto señala textualmente: «No habrá tutela contra decisiones judiciales (...)». Al respecto, en la exposición de motivos de esa reforma se lee:

También es fundamental proscribir la tutela contra decisiones judiciales (...). No tiene el país buena memoria de los llamados choques de trenes, que le han permitido a la Corte constitucional invadir el fuero de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado. A ningún buen puerto conduce la posibilidad de contradicción entre los más altos tribunales de la justicia, y mucho menos la posibilidad aberrante de que por la vía de la tutela jueces de inferior jerarquía se eleven y levanten su voz, eficazmente, contra las decisiones jurisprudenciales de la Corte y del Consejo de Estado.

El presente artículo tiene fundamentalmente tres objetivos. En primer lugar pretende hacer un recuento de los argumentos más importantes del debate en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en Colombia. En segundo término, busca demostrar que la tutela contra providencias judiciales es un instituto indispensable para el adecuado funcionamiento del modelo de control de constitucionalidad adoptado por el constituyente y que las fallas y riesgos que en efecto existen pueden ser corregidos mediante una adecuada regulación procesal. Finalmente, el artículo busca mostrar brevemente la evolución de la figura en la doctrina constitucional colombiana, a fin de intentar despejar un poco los fantasmas creados por quienes ven en toda novedad un riesgo inaceptable y en toda garantía un obstáculo para la construcción del orden y la seguridad. Como intentaré demostrar, la aplicación adecuada de la tutela contra providencias judiciales no sólo no desestructura el ordenamiento jurídico sino que constituye una de las condiciones para que, en un modelo mixto de control de constitucionalidad, como el colombiano, puedan tener vigencia, al mismo tiempo, la primacía de los derechos fundamentales (C.N. art. 5) y la seguridad jurídica en toda su verdadera dimensión (C.N. arts. 13, 29 y 228 y 229).

7

1. Elementos centrales del debate sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales

Como ya se mencionó, desde que la Corte Constitucional aceptó la tesis según la cual resulta procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, en Colombia se ha generado un intenso debate, liderado, sobre todo, por algunos magistrados de las altas Cortes – preconstitucionales - y, más recientemente, por el ministro de Interior y Justicia (E). El debate se ha planteado, en general, en torno a la existencia de una supuesta tensión entre los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada y la realización de la justicia material. Al respecto, los críticos de la figura han señalado que si bien es cierto que la acción de tutela

contra providencias puede llegar a evitar algún desmán judicial, también lo es que la existencia de dicha vía de controversia judicial vulnera flagrantemente el principio de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pilares de todo «orden justo».

Sin embargo, en mi criterio, el planteamiento del debate es equivocado, pues confunde dos tipos de cuestiones bien distintas: de un lado cuestiones *sustantivas* propias de la teoría constitucional referidas al modelo de control de constitucionalidad existente y, de otra parte, cuestiones *procesales* referidas a la forma en la cual deben estar regulados los recursos y acciones destinadas a defender la Constitución. Como intentaré demostrar, el debate central sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no se centra en la tensión entre seguridad jurídica y justicia material, sino en la definición del valor normativo de la Constitución, del papel de la justicia constitucional y de la eficacia vinculante de la doctrina constitucional.

No obstante, tal y como está planteado el debate hoy en Colombia, las cuestiones fundamentales antes mencionadas son evadidas en nombre de argumentos procesales que, pese a su importancia, sólo pueden servir para cuestionar la regulación procesal del instituto objeto de estudio y no su existencia. Así por ejemplo, ante la inexistencia de un término de caducidad que limite en el tiempo la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una sentencia judicial, se ha afirmado que la figura de la tutela contra sentencias es, *in genere*, violatoria de la seguridad jurídica. En otras palabras, se cuestiona radicalmente uno de los institutos centrales del modelo de control constitucional por una deficiencia procesal que no sólo no es propia del instituto que se critica – muy por el contrario, es justamente una deficiencia en la reglamentación del mismo - sino que puede ser muy fácilmente subsanable.

Para poder superar estos argumentos fundamentalmente *efectistas* y darle al debate en torno a la procedencia de la acción de tutela contra sentencia su verdadera dimensión, lo primero que hay que definir es la cuestión de fondo: ¿estamos dispuestos a aceptar que exista en Colombia un recurso o una acción que pueda ser interpuesta ante la jurisdicción constitucional, contra las sentencias judiciales, cuando quiera que las mismas sean la causa directa de una vulneración o amenaza de algún derecho fundamental? Si la respuesta fuera positiva, tendríamos entonces que entrar a estudiar, con sumo cuidado, cuál es la mejor forma de regular dicho recurso o acción de manera tal que resulten armonizados los distintos bienes e intereses constitucionalmente comprometidos. Si la respuesta fuera negativa, no tendría sentido alguno detenerse en dicha regulación procesal. Pero lo que no resulta razonable es que los vacíos del procedimiento sean utilizados como argumentos para deslegitimar la existencia misma de la figura de protección que se analiza.

Ahora bien, es justo afirmar que el debate sustancial anunciado no es particularmente sencillo. El mismo gira en torno a preguntas que se refieren a la eficacia de las normas constitucionales, la vinculación del juez ordinario a la constitución, el rol de las cortes o tribunales constitucionales frente a la juris-

dicción ordinaria, el valor de la doctrina constitucional como fuente del derecho y el principio de autonomía funcional del juez¹. Como puede advertirlo cualquier lector relativamente relacionado con la teoría constitucional, entrar a fondo en estas cuestiones resulta francamente imposible en un artículo de esta naturaleza. Sin embargo, lo que sí es factible, es responder las críticas formuladas a la figura de la tutela contra sentencias apelando a argumentos que, finalmente, surgen de la respuesta a las cuestiones fundamentales antes formuladas.

Veamos entonces un poco más en detalle los argumentos – y contra argumentos - de quienes sostienen que la procedencia de la tutela contra sentencias es un exabrupto jurídico, que constituye una carga de profundidad contra los pilares centrales de cualquier ordenamiento jurídico relativamente seguro y razonablemente justo.

¹ Sobre los temas mencionados existe abundante bibliografía pues se refieren a cuestiones fundamentales de la teoría constitucional contemporánea. No obstante pueden citarse algunos textos básicos de referencia. Al respecto Cfr. Eduardo García de Enterría, *la Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981; Ignacio de Otto, *Derecho constitucional Sistema de Fuentes*, Barcelona 1987; Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985; Luis Díez-Picazo Jiménez, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1996; Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998 (en particular págs. 163 y ss.); “El Juez Ordinario entre legalidad y constitucionalidad”; Favoreu Louis y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984; A. Pizzorusso y otros, *La experiencia Jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991; Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Ed. Legis, Bogotá 2000. En particular en el tema de amparo o tutela contra decisiones judiciales se pueden consultar, entre otros, Antonio Canova González, *¿Es necesaria la revisión por el tribunal constitucional de las decisiones judiciales?*, Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García Pelayo, Caracas, Venezuela; Eduardo Cifuentes Muñoz, *Control de Constitucionalidad de las sentencias en Derecho Comparado*; VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000; “Tutela Contra Sentencias (el Caso Colombiano)”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XVIII N 17/ octubre diciembre de 1998. Allan Brewer Carías, “El amparo contra sentencias o de como la Sala de Casación Civil remedia arbitrariedades judiciales”, en *Revista de derecho público*, Caracas, ed. Jurídica Venezolana, Abril junio de 1998. Manuel F. Quinche Ramírez, *Vías de Hecho acción de tutela contra providencias judiciales*, Ed. Huella de Ley, Bogotá, 2001; Alejandro Aponte, “La acción de Tutela contra sentencias en Colombia: del juez como garante de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993.

Primer argumento: los problemas de procedimiento

En primer lugar se ha sostenido que la existencia de la acción de tutela contra providencias judiciales vulnera el principio de la cosa juzgada y, por consiguiente, el valor de la seguridad jurídica. Quienes sostienen esta tesis han señalado que la existencia de dicha acción no hace otra cosa que postergar indefinidamente la resolución de la cuestión sometida a decisión judicial. En consecuencia, nunca existirán derechos y obligaciones ciertos y exigibles y, por consiguiente, no puede menos que hablarse del reinado absoluto de la incertidumbre jurídica.

El argumento sin embargo, como ya lo había anunciado, se rebate con mucha facilidad. Basta con que la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una decisión judicial se limite en el tiempo a través de la definición de un término razonable de caducidad. En este caso, el legislador, encargado de definir el momento en el cual una decisión judicial hace tránsito a cosa juzgada, deberá establecer un término razonable para ejercer la defensa judicial de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados por causa directa de una providencia judicial. En estas circunstancias, vencido el término o finiquitado el trámite de la tutela, la sentencia judicial hará tránsito a cosa juzgada y se honrará, de esta manera, el importante principio de la seguridad jurídica.

Ahora bien, se ha sostenido que en Colombia resulta imposible imponer dicho término dado que el artículo 86 de la Carta señala que la tutela podrá ser interpuesta «en cualquier tiempo». Este argumento, como se demostrará adelante, es falso y sólo sirve para desacreditar el instituto que acá se defiende. El artículo 86 no es el único de la Constitución y, en todo caso, también establece que la tutela procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas. En consecuencia, si los jueces son autoridades públicas, en cumplimiento de la Constitución habrá que buscar la manera de que la tutela proceda contra sus acciones u omisiones, esto es, contra sus providencias, sin violar el principio de la seguridad jurídica que encuentra también respaldo constitucional.

Lo que ordena la Constitución entonces es que, en principio, cuando exista una violación de un derecho fundamental, la persona afectada pueda acudir a la tutela. Sin embargo, en los casos en los cuales la inexistencia de un término para interponer la acción genere una evidente violación de bienes o valores constitucionales, como la seguridad jurídica, nada obsta para que deba surtirse una ponderación de bienes que conduzca a la imposición de un término de caducidad. En todo caso, si de lo que se trata es de respetar el espíritu y la letra de la Constitución, resulta más razonable limitar temporalmente la procedencia de la acción mediante la definición de un término de caducidad,

que simplemente suprimirla de un tajo. Igualmente, si hay que reformar la Constitución para que no proceda la tutela contra sentencias dado que, según la lectura mencionada, esta prohíbe imponer un término de caducidad, resultaría más razonable reformarla indicando que, en el caso de las sentencias judiciales, el legislador podrá establecer un determinado plazo para la interposición de la acción. Finalmente no sobra señalar que, como se explicará en la segunda parte de este artículo, la propia Corte Constitucional, por vía de jurisprudencia, ya ha comenzado a establecer un *plazo razonable* dentro del cual el interesado debe interponer la acción de tutela so pena de que la misma sea declarada improcedente².

Idéntica argumentación sirve para controvertir la totalidad de los argumentos que, apelando a deficiencias procesales, buscan deslegitimar *in genere* la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Si, por ejemplo, se considera que en estos casos la acción debe ser interpuesta ante el superior jerárquico de quien profirió la providencia o que debe garantizarse el principio de especialidad, nada obsta para que se aborde el correspondiente debate de manera tal que, una vez surtido con juicio, se corrija o adecue la regulación procesal de la tutela cuando quiera que la acción se enderece contra una providencia judicial. Sin embargo, como ya se ha repetido, ninguno de estos argumentos tiene la entidad suficiente para controvertir la existencia misma del control de constitucionalidad de las sentencias judiciales a través de la acción de tutela.

Segundo grupo de argumentos: referido al papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales y a la asignación constitucional de competencias a los distintos órganos del poder judicial

Este segundo grupo de argumentos tiende a desvirtuar la necesidad e idoneidad de la tutela para ejercer un control constitucional eficaz, justo y razonable de las providencias judiciales. En este sentido, se afirma que son los jueces ordinarios, dentro del respeto por los principios de jerarquía y especialización, y con el lleno pleno de las garantías procesales, los llamados a proteger los derechos fundamentales en el proceso judicial. Adicionalmente se señala que la intervención del juez constitucional en el proceso ordinario desvirtúa la distribución constitucional de competencias de los distintos órganos de la rama judicial.

Estos argumentos constituyen quizá las razones centrales de la Corte Suprema de Justicia al manifestar, como se mencionó al comienzo del presente artículo, su intención de inaplicar una sentencia de tutela que le ordenaba

² Corte Constitucional SU-961/2000

anular una providencia judicial que había proferido con motivo de un trámite de casación. Al respecto, la Corte Suprema indicó:

...(N)o hay ninguna duda en cuanto la Corte, durante la actuación y, específicamente, en materia de casación, tiene la obligación de velar por el resguardo de los derechos y garantías, es decir, de hacer cumplir la Constitución; y dos: si la Corte es el máximo tribunal de la justicia ordinaria, a quien también se le ha entregado la protección de la Constitución, sus decisiones tienen que permanecer incólumes pues se entiende - como en efecto sucede todos los días -, que también cumple con el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales surgidos de la Constitución.³

Ciertamente, como lo afirma la Corte, los recursos ordinarios y extraordinarios deben ser un vehículo para la protección de los derechos fundamentales en el proceso judicial. Efectivamente, en muchos casos la existencia de tales recursos evita la consumación de perjuicios *iusfundamentales* irreparables. Sin embargo, el hecho de que dichos recursos sean formalmente aptos para proteger los derechos fundamentales - así una parte de la comunidad jurídica no lo haya advertido aún - y que en muchos casos resulten en la práctica útiles para evitar la arbitrariedad judicial, no supone, de ninguna manera, que los mismos sean suficientes para garantizar la plena eficacia normativa de los derechos fundamentales en el ámbito judicial⁴. De hecho, en los dos casos que han generado la reacción más drástica de la Corte Suprema de Justicia contra la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, resulta claro que esta Corporación no ha sido propiamente la más aguerrida defensora del artículo constitucional que ordena la prevalencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

En efecto, en el primer caso, ya mencionado, el Consejo Superior de la Judicatura⁵ concedió la tutela interpuesta contra una decisión de la Corte Suprema de Justicia que ordenó no casar una sentencia del Tribunal Superior

³ Providencia de 19 de marzo de 2002 de la Corte Suprema de Justicia.

⁴ Un estudio de los argumentos de la Corte Suprema, expuestos en la providencia de desacato de 19 de marzo de 2002, puede verse en el interesante artículo de Patricia Moncada Roa, “Desacato de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a un fallo de tutela del Consejo Superior de la Judicatura”, en *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, Tomo III, N° 30, Junio de 2002, Ed. Legis, Bogotá.

⁵ Providencia de 3 de diciembre de 2001 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sobre la sentencia de casación número 15286 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

proferida en abierta violación del principio constitucional de la *no reformatio in pejus* (C.N. art. 31). A este respecto no sobra advertir que la Corte Suprema prefirió aplicar en este proceso su propia tesis sobre el alcance del mencionado principio constitucional, desconociendo la doctrina vigente que, respecto al mismo tema, ha adoptado la Corte Constitucional actuando como intérprete autorizado de la Constitución. A lo anterior, es importante añadir que la doctrina constitucional vigente es, sin duda, más garantista que la doctrina aplicada por la Corte Suprema de Justicia. En otras palabras, la Corte Suprema no sólo inaplicó la doctrina constitucional sobre el artículo 31 de la Carta, sino que aplicó una doctrina que tiende menos a la satisfacción de los derechos fundamentales del condenado y más a la presunta tutela del orden jurídico objetivo.

En el segundo caso, la Corte Constitucional⁶ concedió una tutela contra una sentencia de casación en la cual la Corte Suprema, pese a reconocer expresamente que la sentencia objeto de casación violaba el derecho a la pensión del peticionario, niega el recurso de casación y deja en firme la sentencia violatoria del derecho, por fallas en la presentación de la demanda. En palabras de la Corte Constitucional, la sentencia de la Corte Suprema incurre en un *exceso ritual manifiesto* que, en el caso concreto, termina por violar el derecho al mínimo vital de un hombre de 58 años, sin recursos económicos y marginado completamente del mercado laboral, al que, de manera arbitraria, un juez de la república le ha negado su derecho legítimo a la pensión de jubilación. En suma, la Corte Suprema reconoce expresamente la violación del derecho fundamental pero prefiere proteger al extremo las formas propias de la casación.

En los dos casos anteriores resulta claro que la casación hubiera sido el instrumento ideal para que, a las personas interesadas en cada uno de los procesos mencionados, les hubiesen resultado garantizados los derechos fundamentales que les habían sido vulnerados por los tribunales de instancia. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia prefirió una aplicación más *rigorista* del derecho. Más apegada a la letra de las normas infraconstitucionales. Más defensora del *orden objetivo* y de las *formas procesales* mínimas. En este empeño, olvidó que la Constitución ordena que, en todo caso, el derecho sustancial debe primar sobre el derecho procesal; que los derechos fundamentales tienen primacía sobre cualquier otra consideración; y que la Corte Constitucional es la encargada de definir, en última instancia, el alcance de las normas constitucionales. Al dejar intactas dos sentencias de tribunales de instancia que violaban flagrantemente los derechos de los sujetos procesales, la Corte, a su turno, se convirtió en agente de la violación.

⁶ Sentencia T-1306/2001, Corte Constitucional, sobre la sentencia de Casación de 18 de octubre de 2000 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

En suma, como lo reconoce la propia Corte Constitucional⁷, son los jueces ordinarios los llamados a proteger y promover la vigencia de los derechos fundamentales en el proceso judicial. Sin embargo, cuando todo falla, el último remedio es acudir a la jurisdicción constitucional, en este caso, mediante la acción de tutela. A este respecto no sobra recordar lo obvio: controlar judicialmente a la administración no es administrar; controlar judicialmente la constitucionalidad de las leyes no es legislar; controlar el sometimiento de los jueces ordinarios a la constitución no supone usurpación de la jurisdicción ordinaria por parte de la jurisdicción constitucional.

Directamente relacionada con lo anterior, surge otra buena razón para defender la procedencia de la acción de tutela contra providencias que vulneren los derechos fundamentales. Se trata de una razón o un argumento sistémico que, finalmente, tiende a la defensa de la seguridad jurídica. En efecto, antes que cualquier cosa, el principio de la seguridad jurídica ordena que los habitantes de un Estado puedan saber cuál es el alcance real de sus derechos y obligaciones, es decir, cuál es la órbita del derecho subjetivo o de la obligación concreta protegida por el derecho, cuyo cumplimiento puede ser exigido a través de una acción judicial. En consecuencia, es fundamental que exista un órgano judicial *de cierre* del sistema, que establezca, de manera definitiva, cuáles son el significado, el alcance y los límites de las distintas normas jurídicas para que las personas sepan con claridad, *qué pueden exigir y a qué deben atenerse*.

En este sentido no cabe duda de que el órgano encargado de definir el alcance, contenido y límites del derecho ordinario es la Corte Suprema de Justicia. A su turno, corresponde al Consejo de Estado definir el contenido del derecho contencioso administrativo. Finalmente, se asigna a la Corte Constitucional la función de definir el alcance de las disposiciones constitucionales. Ahora bien, si una cuestión es, al mismo tiempo, de orden legal y constitucional, pues será la Corte Constitucional quien defina su contenido mínimo negociable y la Corte Suprema la que establezca el alcance e interpretación del desarrollo legislativo pertinente. De esta manera, y sólo de esta manera, los habitantes del territorio podrán saber dónde acudir para conocer el alcance, significado y límites de sus derechos y para exigir una mayor eficacia o protección de los mismos.

Así por ejemplo, el alcance de la prohibición establecida en el artículo 31 de la Carta no puede depender del juez que defina la causa criminal. Nadie medianamente razonable aceptaría que la prohibición contenida en el mencionado artículo constitucional fuera *relativa* si el juez que conoce de la sentencia es la

⁷ En particular la sentencia T-1306/91. En especial sobre la naturaleza de la casación en el modelo constitucional colombiano, Cfr. C-065/2000; T-231/98; C-058/96; C-684/96; C-586/92. Por todas, consultar la aclaración de voto a la sentencia T-1306/01

Corte Suprema, pero *absoluta* si estamos ante una cuestión tramitada por la Corte Constitucional. Para que ello no ocurra, para que la interpretación de las cláusulas constitucionales resulte coherente y la asignación de derechos y responsabilidades respete el principio de igualdad y, finalmente, para que verdaderamente se honre el principio de la seguridad jurídica, es necesario que exista un solo órgano de cierre que tenga la última palabra sobre el alcance de las normas constitucionales.

A lo anterior podría responderse sosteniendo que resulta más fácil y más coherente con la asignación de competencias constitucionales que las causas criminales fueran exclusivamente resueltas por la jurisdicción penal, sin que para nada interviniera la jurisdicción constitucional. Sin embargo, en un Estado Constitucional de Derecho, las causas penales, civiles, laborales, de familia, contencioso administrativas, comerciales, etc., pueden tener inmersas cuestiones constitucionales relevantes. En particular, no sobra advertir que en dichos procesos pueden encontrarse amenazados o vulnerados derechos constitucionales fundamentales⁸. En estos casos, lo coherente es que la jurisdicción natural se sirva de la doctrina constitucional y que si han fallado todos los recursos ordinarios y extraordinarios propios del proceso ordinario o contencioso y, sin embargo, subsiste una violación a los derechos fundamentales, pueda entrar la jurisdicción constitucional a proteger el derecho violado o amenazado.

⁸ La eficacia— o irradiación — de la Constitución en los ámbitos tradicionalmente regulados por el derecho legislado y la vinculación del juez ordinario a la constitución es hoy universalmente aceptada por la doctrina constitucional comparada. La divergencia se produce al definir si se trata de una eficacia directa o indirecta, sobre lo cual existe un importante debate. Sin embargo, en principio, la mayoría de los tribunales y cortes constitucionales europeos y americanos han aceptado, por una u otra vía, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares así como la *constitucionalización del derecho legislado*, es decir, la relevancia de las normas constitucionales a la hora de definir cuestiones sometidas tradicionalmente a la regulación legal. Al respecto existe múltiple bibliografía. Particularmente en cuanto se refiere a la eficacia de la constitución a las relaciones entre particulares y a la vinculación del juez ordinario a la constitución se pueden consultar, entre otros, M. Carillo, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, Madrid, *Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales*, 1995; L. Aguiar de Luque, “Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión”, en *Actualidad Jurídica*, 1981, Nº 10; R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. P. Cruz Villalón, *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*; AA.VV. *La multipropiedad*, Academia Sevillana de Notariado, Madrid, 1988. L. Díez Picazo, “Constitución, Ley y Juez” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, nº 15; G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Universidad de Torino, Memorie dell’ Istituto Giuridico, Serie II, CXXXII, G. Giapichelli Editore, Torino, 1970. Pablo Pérez Tremps, “La protección de los derechos fundamentales por jueces y tribunales”, en *Poder Judicial*, 1996, Nº 43-44, pp 171 a 251.

Así las cosas, la Corte Constitucional tiene la función de interpretar la Constitución, que, como resultado cree una doctrina común que oriente a los jueces de la República, que tienen la misión primordial e indeclinable de proteger, ante todo y en cualquier proceso judicial, los derechos fundamentales de los habitantes de Colombia⁹.

En este sentido, el argumento de la Corte Suprema según el cual sus sentencias de casación no pueden ser controvertidas so pena de desnaturalizar la distribución constitucional de competencias entre las distintas jurisdicciones, es razonable solo en la medida en que el juez constitucional intervenga en la definición de una cuestión que no tenga relevancia constitucional y suplante a la Corte en su función de intérprete máximo del derecho ordinario. Sin embargo, si el juez constitucional, aplicando la doctrina constitucional vigente, verifica que una decisión de la Corte - de casación - de cualquier otro tipo - vulnera los derechos fundamentales de una persona, nada obsta para que ordene remediar tal situación. Ahora bien, como será explicado más adelante, el juez constitucional que ha constatado que una providencia viola los derechos fundamentales de una persona, debe limitarse a ordenar la nulidad de dicha providencia y a solicitarle al juez de la causa que profiera una nueva decisión sometién dose al imperio de la Constitución. En ningún caso podrá suplantar al juez de la causa en la adopción de la respectiva decisión.

Tercer grupo de argumentos: referido a la afectación de la autonomía funcional de los jueces, la vigencia del principio democrático y el sistema de fuentes de derecho.

En relación con el argumento que acaba de ser estudiado, existe un tercer grupo de argumentos de mayor importancia y de más difícil respuesta. Se trata de aquellos que sostienen que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene implícito un alto riesgo de violación del principio de autonomía funcional del juez. A este argumento siguen otros de no menor importancia, referidos a la eventual afectación del sistema de fuentes de derecho, a la probable

⁹ Sobre la naturaleza de la Corte Constitucional colombiana como órgano de cierre del sistema puede consultarse entre otros Manuel J. Cepeda., *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*, Imprenta Nacional de Colombia, 1993, pág. 104-105. Sobre el papel de los tribunales constitucionales en sistemas concentrados de control de constitucionalidad existe abundante bibliografía. Sin embargo un texto que incorpora al estudio de dicho tema el tópico que se analiza en este artículo es Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, pág. 163 y ss. Para el estudio del papel del Tribunal Constitucional en Alemania, Cfr. Benda, y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Ivap, Marcial Pons, Madrid 1996, capítulos XV (Wolfgang Heyde, "La Jurisdicción") y XVI (Helmut Simon, "Jurisdicción Constitucional").

disolución del derecho legislado en doctrina constitucional y, finalmente, al vaciamiento de contenido del principio democrático.

El razonamiento central de este sector de la doctrina sería, más o menos, el siguiente: si el juez constitucional puede ordenar al juez ordinario que anule una sentencia proferida de conformidad con el derecho legislado porque, en su criterio, ha dejado de aplicar o ha aplicado incorrectamente una disposición *iusfundamental*, entonces es necesario aceptar (1) que el juez ordinario no sólo está vinculado a la ley sino que ahora está vinculado a la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales; (2) que la interpretación del juez constitucional sobre las cláusulas *iusfundamentales* (o doctrina constitucional) tiene mayor eficacia vinculante para el juez ordinario que la que ostentan las disposiciones que integran el derecho legislado; (3) que en todo caso, el juez constitucional es el máximo intérprete del derecho legislado, en la medida en que define en qué casos la interpretación es conforme a la Constitución. Todo esto, como puede fácilmente apreciarse, conduce a una reducción de la autonomía funcional del juez, a la pérdida de papel protagónico del derecho legislado en el sistema de fuentes y a un reconocimiento de papel especial del juez constitucional. Se afirma finalmente que estas conclusiones son inaceptables en un estado de derecho fundado en el principio democrático y en la autonomía funcional de cada uno de los jueces y tribunales que integran el poder judicial.

Ahora bien, antes de entrar a estudiar este razonamiento, es importante advertir que el mismo es útil para cuestionar la tutela contra providencias judiciales sólo en el evento en el cual la acción se origine en la supuesta inaplicación de la doctrina constitucional por parte del juez ordinario. En efecto, en aquellos otros casos en los cuales el derecho comparado ha aceptado la procedencia de la acción de amparo, tutela o protección constitucional contra providencias judiciales¹⁰ - (1) por aplicación de una norma abiertamente inconstitucional o que ha sido declarada inconstitucional, o (2) cuando la providencia se dicta en virtud de una violación flagrante del debido proceso constitucional - el argumento no parece del todo pertinente. En estos casos se acepta con tranquilidad el valor prevalente de las sentencias de la Corte o Tribunal Constitucional y el rol protagónico del juez constitucional¹¹.

Sin embargo, el hecho de que esta crítica pueda aplicarse a una de las tres hipótesis de procedibilidad de la tutela contra sentencias en el derecho comparado, no supone, en absoluto, que la misma deba ser descartada. Por el contrario, dada la entidad de las razones que la soportan, es fundamental estudiarla con rigor.

¹⁰ Cfr. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, op.cit. pág. 402 y ss.

¹¹ Cfr. Hans G. Rupp. "Tribunal Constitucional Federal Alemán", en L. Favoreu y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 319 y ss.

Para intentar responder a la tesis formulada, es necesaria una advertencia previa. La misma parece fundarse en los presupuestos medulares del Estado de Derecho, tal y como este resultaba concebido en los Estados de Europa continental y América Latina, en el modelo constitucional previo al colapso generado por los regímenes dictatoriales que comenzaron a imponerse a partir de la tercera década del siglo XX. No obstante, luego de la segunda guerra mundial y de la caída de los regímenes militares en América, el modelo constitucional sufrió importantes variaciones. La adopción de la fórmula «Estado social y democrático de derecho», la eficacia vinculante de la Constitución, la existencia de potentes modelos concentrados o mixtos de justicia constitucional, la incorporación de derechos subjetivos y obligaciones concretas de aplicación directa e inmediata en el texto de las Constituciones, la doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley, todo ello amparado en el renacer del paradigma político según el cual hay cosas que no se negocian en el foro democrático (como la prohibición de la tortura o la igualdad de cultos), no constituyen simples correcciones menores del modelo original.

Las cuestiones antes mencionadas han operado un importante cambio, no sólo en el sistema de fuentes, sino en la redefinición del papel del juez - y sobre todo, del juez constitucional - y, finalmente, en el rediseño del sistema constitucional de «frenos y contrapesos». La existencia de un recurso de protección de los derechos fundamentales contra sentencias judiciales ante la jurisdicción constitucional es apenas un corolario de esta transformación. En suma, no es que la tutela contra sentencias altere el sistema de fuentes o la distribución funcional de los órganos judiciales. Por el contrario, es la alteración constitucional del sistema de fuentes y el nuevo diseño orgánico del poder judicial el que hace imperativa la existencia de un mecanismo como el que acá se analiza.

Explicar en detalle las cuestiones que han sido expuestas no resulta posible en este artículo. Sin embargo, lo que sí es posible es intentar responder brevemente una de las preguntas centrales en este debate: ¿es la Constitución una norma jurídica que debe ser aplicada por los jueces de la república de conformidad con la doctrina formulada por la Corte Constitucional? Si la respuesta es afirmativa, perderían relevancia la mayoría de los argumentos antes formulados contra la procedencia de la tutela contra sentencias. Si la respuesta fuera negativa, no parecería razonable defender la procedencia de la tutela contra una providencia judicial por la inaplicación de la doctrina constitucional.

La pregunta formulada puede ser abordada desde distintas perspectivas. En el presente artículo, por evidentes razones de espacio, tal pregunta se aborda simplemente desde una perspectiva dogmática que parte, a su turno, de una muy breve reflexión sobre tres preguntas fundamentales: (1) ¿es la

Constitución una norma jurídica que vincula directamente a los jueces de la República?; (2) ¿es el control constitucional de las sentencias una figura exótica del derecho colombiano?; (3) ¿cuál es el papel de la Corte Constitucional frente a los otros órganos del poder judicial y cual el valor de su jurisprudencia?¹².

¿Es la Constitución una norma jurídica que vincula directamente a los jueces de la República?

Empecemos por el principio: ¿las personas que viven en un régimen constitucional como el colombiano tienen derecho a la aplicación preferente de la Constitución por parte de todos los operadores jurídicos - incluyendo a los jueces de la República - y, en especial, a la primacía de sus derechos fundamentales sobre cualquiera otra consideración?¹³

La pregunta formulada podría parecer retórica. Sin embargo, tomada en serio, aparece enormes efectos en términos del ejercicio y el control del poder judicial. Así por ejemplo, si la Constitución vincula a los jueces y estos tienen la obligación de dar primacía a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración, no cabe duda alguna de que, en el ordenamiento jurídico, debe existir un recurso directamente encaminado a corregir la vulneración de los derechos fundamentales cuando esta se origine en una providencia judicial. Sin embargo, si se acepta la tesis que estuvo vigente en gran parte del mundo occidental antes de la Segunda Guerra Mundial – con la notoria excepción de los Estados Unidos –, en virtud de la cual el juez está exclusivamente vinculado al

¹² Como puede fácilmente advertirse se trata de dos cuestiones fundamentales de teoría constitucional y de un asunto de derecho comparado cuya explicación tomaría mucho más de lo que puede razonablemente esperarse de un artículo de esta naturaleza. Sin embargo se trata de cuestiones insoslayables a la hora de afrontar un debate como el que se ha presentado en Colombia sobre la existencia de la tutela contra sentencias. Por ello, me limitare a hacer una breve alusión de las ideas básicas que considero que deben tenerse en cuenta a la hora de responder las preguntas mencionadas sin que con ello pretenda minimizar el debate que actualmente existe en torno a cada una de ellas o la dificultad que para quienes han trabajado con mayor rigor y seriedad en estos temas ha implicado su respuesta. Sobre estas cuestiones pueden consultarse, entre otros, las referencias citadas en la nota de pie No 3. En particular, Eduardo García de Enterría (1981), Pablo Pérez Tremps (1985), Eduardo Cifuentes Muñoz (1998 y 2000) y Diego Eduardo López (2000).

¹³ Esta pregunta no es, en absoluto, original. Justamente en torno a ella se han elaborado algunas de las tesis centrales del constitucionalismo occidental. Al respecto, particularmente para comprender los orígenes del llamado *control concentrado de constitucionalidad* en Europa continental, puede consultarse el libro citado de Eduardo García de Enterría, *la Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (1981).

derecho legislado, no será pertinente la existencia de un recurso para controlar la constitucionalidad de las decisiones judiciales. En estos casos, bastará con la existencia de recursos ordinarios o extraordinarios para verificar la mera legalidad de la decisión judicial.

En el caso colombiano – siguiendo las enseñanzas de las constituciones europeas de post guerra - la cuestión anterior parece resuelta a partir del texto de la Constitución y de la interpretación que del mismo ha hecho su intérprete autorizado, la Corte Constitucional. En efecto, la propia Carta en su artículo 4 señala: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Adicionalmente, el artículo 5 de la Carta establece: «El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad». No cabe duda alguna de la vinculación primordial del juez a la Constitución y de la obligación de dar prelación a los derechos fundamentales sobre cualquiera otra consideración.

Sin embargo, podría afirmarse que el artículo 232 del texto fundamental, en virtud del cual «los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley», restringe el poder vinculante de la Constitución. A este respecto, aplicando la doctrina constitucional contemporánea, la Corte Constitucional indicó: «por la expresión «imperio de la ley» debe entenderse ley en sentido material – norma vinculante de manera general –, y no la ley en sentido formal – la expedida por el órgano legislativo. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución – artículo 4C.P –»¹⁴

En suma, según la Constitución colombiana, los jueces –al igual que el resto de las autoridades públicas – se encuentran vinculados a la Constitución y están obligados a dar primacía a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ciertamente, si el juez es el encargado de resolver las disputas relevantes para el derecho, no existe ningún argumento para justificar que pueda apartarse de la Constitución, que es la norma de normas o la ley de leyes. Si se concediera esta licencia, se estaría aceptando que los conflictos laborales, comerciales, administrativos o de familia, pueden resolverse al margen de los derechos fundamentales de las personas involucradas o que pueden ser objeto de juicios que vulneren por entero el debido proceso constitucional. En estas circunstancias, tendría que aceptarse la vigencia apenas residual de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella incorpora, así como la existencia de un poder omnímodo de interpretación y aplicación del derecho legislado en cabeza de los jueces. Nada más alejado de los justos anhelos del Estado constitucional.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-131/93.

Todo esto no significa que en todos los casos los jueces deban aplicar directamente los derechos fundamentales para regular las relaciones entre particulares. Lo que significa es que en ningún caso pueden olvidar la existencia de estos derechos, desconocer la interpretación que de los mismos ha hecho su intérprete autorizado, aplicar disposiciones legales o reglamentarias abiertamente inconstitucionales o violar el debido proceso constitucional.

¿Es el control constitucional de las sentencias una figura exótica del derecho colombiano?

Dado que en la actualidad resulta mayoritariamente aceptado el valor normativo y prevalente de la Constitución y la primacía de los derechos fundamentales¹⁵, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos democráticos han adoptado, bien a través de reformas constitucionales o legales bien mediante una fructífera actividad judicial, distintos sistemas de control constitucional de las decisiones judiciales¹⁶.

En general, puede afirmarse que en los sistemas de control constitucional difuso (como Estados Unidos o Argentina), en los cuales no existe una jurisdicción constitucional concentrada, la jurisprudencia de las altas cortes ha evolucionado hasta el punto de establecer el control constitucional de las sentencias en virtud de los recursos ordinarios o extraordinarios existentes.

¹⁵ Incluso se ha llegado a hablar de un derecho fundamental a la integridad y supremacía de la Constitución y del derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales. A este respecto puede consultarse la sentencia de Tutela T-006/92.

¹⁶ Existen algunas excepciones a esta regla. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana prohíbe la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial. Por su parte en Chile y Perú sólo se admite el amparo contra decisiones judiciales, respectivamente, cuando se trate de proteger el derecho de defensa de personas que pese a no haber sido vinculadas al proceso resultaron directamente afectadas y cuando resulte evidente que se pretermitieron los elementos esenciales del debido proceso, es decir, contra aquellas resoluciones judiciales proferidas en el marco de un *proceso irregular*. Sobre la figura en la jurisdicción constitucional iberoamericana, puede consultarse García Belaúnde y Fernández Segado *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica; La Protección Constitucional del Ciudadano*, Ciedla, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 1999. En internet puede consultarse la página sobre justicia constitucional en Iberoamérica, del Instituto Manuel García Pelayo de la Universidad Carlos III, de Madrid (www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm) y la página de la Comisión Andina de Juristas (www.cajpe.org.pe). Para el caso europeo puede consultarse, L. Favorieu y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. En particular, para el caso Alemán es ilustrativo el artículo de Christian Stark, "Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios", en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 18, num. 53, mayo - agosto 1998, pág. 11 a 33.

En efecto, recursos originalmente establecidos para el control de legalidad de las resoluciones judiciales han evolucionado, en la mayoría de los casos por vía de interpretación judicial, hasta el punto de servir de vehículo para el control de constitucionalidad de las sentencias. En estos casos, el órgano de cierre del sistema es la Corte Suprema, organismo encargado de definir, en la última instancia, la interpretación autorizada tanto de la ley como de la Constitución.

Por su parte, los sistemas jurídicos que cuentan con modelos de control constitucional concentrado o mixto, en los que existe una jurisdicción constitucional especializada, (como Alemania, España o Colombia) se encuentran provistos de un recurso especial (recurso de queja por inconstitucionalidad, recurso de amparo o acción de tutela) en virtud del cual es posible someter, ante la jurisdicción constitucional, el estudio de una providencia que lesione derechos constitucionales fundamentales. En la mayoría de estos sistemas, el recurso especial es subsidiario, expedito y limitado exclusivamente a la cuestión constitucional. En consecuencia, el juez de amparo o de tutela no puede suplantar al juez natural en el análisis de los asuntos fácticos o de mera legalidad. Por lo tanto, la orden de amparo no puede ser otra que la de declarar la nulidad de la providencia impugnada, sin que el juez constitucional pueda proceder a dictar una nueva resolución judicial que resuelva el fondo de la cuestión. En otras palabras, el recurso de amparo contra decisiones judiciales no establece una instancia adicional del proceso judicial. Se limita simplemente a crear una etapa de mero control constitucional de la providencia impugnada.

De todo lo anterior resulta claro que el control constitucional de las providencias judiciales no es una figura exótica del derecho colombiano. En efecto, salvo algunos casos excepcionales, los Estados en los cuales existe un control concentrado de constitucionalidad arbitran recursos especiales –ordinariamente subsidiarios, expeditos y restringidos a la cuestión constitucional - para que la jurisdicción constitucional pueda conocer de la violación de los derechos fundamentales cuando esta tiene como origen directo e inmediato una providencia judicial.

*¿Cuál es el papel de la Corte Constitucional frente a los otros órganos del poder judicial y cuál el valor de su jurisprudencia?*¹⁷

En los modelos mixtos o concentrados de control constitucional, el intérprete autorizado de la Constitución es el correspondiente Tribunal Constitucional, mientras que los tribunales superiores – o cortes supremas – son los máximos intérpretes del derecho legislado. En consecuencia, el tribunal constitucional

¹⁷ Ver referencia bibliográfica de la nota de pie N° 3. En particular sobre el valor del precedente Diego López op. cit. (2000)

no puede definir la interpretación correcta de un precepto legal salvo que se trate, a la vez, de definir una cuestión de relevancia constitucional. Al mismo tiempo, el órgano judicial que debe establecer el contenido y alcance de las normas constitucionales es la corte o tribunal constitucional.

Como ya se mencionó, en tales modelos los mecanismos de control constitucional de las decisiones judiciales buscan garantizar, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica a través de la vinculación de todos los jueces a un único *órgano de cierre* en materia de interpretación constitucional. En efecto, si no fuera así, tendría que aceptarse la existencia simultánea de dos interpretaciones válidas de la Constitución: una realizada por el tribunal constitucional frente a actos u omisiones del legislador o de la administración y otra, efectuada por la corte o tribunal supremo, frente a las decisiones judiciales. En este evento bien podría suceder, por ejemplo, que el alcance del principio de igualdad según la Corte Constitucional permitiera al legislador la adopción de medidas de diferenciación positiva por razón de género y que, sin embargo, la Corte Suprema entendiera que la aplicación de una norma preconstitucional de derecho de familia desde una perspectiva de género para beneficiar al grupo tradicionalmente marginado, vulnera el derecho a la no discriminación dado que, según está interpretación, estaría prohibida toda diferenciación en la aplicación de la ley en virtud del mencionado criterio. Resulta evidente que la cuestión sobre el alcance del artículo 13 de la Carta no puede estar librada a dos órganos judiciales paralelos sin que exista un único órgano de cierre el sistema. Flaco servicio se presta al Estado de derecho y al principio de seguridad jurídica si los ciudadanos no tienen certeza sobre cuál es el alcance real de las normas constitucionales que los gobiernan.

No sobra advertir que, en procesos de cambio constitucional, el recurso de control constitucional de las providencias judiciales resulta fundamental para permitir la actualización del derecho legislado conforme a los nuevos principios, valores y derechos constitucionales. En efecto, un cambio radical de las normas constitucionales tiene como efecto necesario la transformación de la interpretación del derecho preconstitucional y esto sólo se logra si el intérprete autorizado de la Carta puede orientar la labor de los operadores jurídicos, en especial de los jueces, conforme los nuevos valores, principios y reglas constitucionales.

En suma, aceptado el valor normativo de la Constitución y la necesidad de contar con un único órgano judicial de cierre del sistema, no parecería que exista ninguna objeción razonable para que la jurisdicción constitucional pueda conocer no sólo de las actuaciones de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público que vulneren los derechos fundamentales sino, incluso, las que surgen de los propios jueces.

No obstante, resta definir cuál es el valor de la jurisprudencia constitucional en un modelo político-constitucional fundado en el principio democrático. En efecto, si la tutela puede proceder contra una providencia judicial cuando quiera que esta se aparte de la doctrina sentada por la Corte Constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental es porque, tácitamente, se está aceptando que la doctrina constitucional es fuente de derecho y vincula directamente a los operadores jurídicos. La gran objeción contra este presupuesto - que en el fondo es la objeción de siempre contra la existencia misma de la jurisdicción constitucional -, consiste en señalar que en un Estado fundado en el principio democrático los jueces - incluso los magistrados de las Cortes Constitucionales, que suelen tener un origen democrático indirecto - no tienen legitimidad para *hacer derecho*. La objeción es cierta si por *hacer derecho* se entiende la facultad de definir, en virtud de consideraciones meramente políticas, discrecionales o de conveniencia, el contenido de las norma jurídicas. No obstante, si de lo que se trata es de definir el alcance de las normas constitucionales, con fundamento en estrictos principios de interpretación constitucional y respetando las competencias propias de los órganos políticos, la objeción pierde fuerza argumental frente a las razones que sustentan la existencia de la justicia constitucional.

A este respecto, pese a las limitaciones de espacio, vale la pena simplemente mencionar las premisas que fundamentan la existencia misma de los modelos de control de constitucionalidad y que son aplicables al presente debate. En primer lugar, si bien el Estado constitucional se funda en el principio democrático y, en consecuencia las normas jurídicas que limitan los derechos y libertades sólo pueden tener origen directo o indirecto en el pueblo, lo cierto es que, por decisión directa - y afortunada - del propio constituyente, el debate democrático tiene un límite infranqueable: las normas constitucionales. En consecuencia, debe existir un órgano independiente y autónomo que, al margen del debate político coyuntural, es decir, de la posición de las mayorías eventuales, defienda los mínimos éticos y políticos que legitiman la existencia misma del Estado; en suma, defienda la Constitución. En este sentido, la decisión del constituyente colombiano fue la de conferir a la jurisdicción constitucional y, en particular, a la Corte Constitucional, la tarea de ser garante de la Constitución. No obstante, por su propia naturaleza las normas constitucionales suelen tener una estructura distinta a aquella que tienen las normas de derecho legislado, esto es, una estructura más *abierta* que permita interpretaciones variadas y flexibles a fin de que la Constitución pueda respetar el pluralismo democrático y perdurar en el tiempo manteniendo actualizada su vigencia y eficacia en los más diversos contextos. En esta medida, la interpretación Constitucional es particularmente compleja y por lo tanto exige la aplicación de principios y técnicas especializadas de forma tal que permita encontrar, en cada momento, el

contenido específico o concreto de las normas a interpretar¹⁸. Dicho contenido concreto no es otra cosa que la *ratio decidendi*, es decir, la razón de derecho de fondo que justifica y legitima la decisión judicial. Ahora bien, el valor del precedente, es decir de la *ratio decidendi* de una sentencia, como fuente del derecho ha sufrido enormes cambios desde el surgimiento del Estado legislado o Estado de derecho hace poco más de dos siglos en Europa continental, hasta la consagración del Estado Constitucional o estado social de derecho en buena parte de las Constituciones que se han formulado a partir de la segunda mitad del siglo XX. Hoy en día es incuestionable que el precedente judicial constituye fuente de derecho, no sólo en el derecho constitucional, sino en el derecho ordinario. Nadie dudaría un momento en aceptar la legitimidad de la Corte Suprema para casar una sentencia fundada en el hecho de que el juez que la profirió inaplicó la doctrina civil o laboral dictada por dicha Corte y consagrada en sus precedentes. De la misma manera, nadie debe asombrarse porque la Corte Constitucional conceda una tutela contra una sentencia proferida en abierta contravía de la doctrina constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental. La cuestión reside entonces en saber definir con precisión cuál es el alcance de las competencias de cada órgano y cuál el verdadero precedente que surge de cada sentencia. Sin pretender minimizar la importancia o complejidad de estas cuestiones, lo cierto es que las mismas pueden ser resueltas sin necesidad de cercenar de tajo la valiosa garantía que en este artículo se discute.

En suma, en cuanto respecta al principio democrático, basta con reiterar que no existe ninguna razón para sostener que la Corte Constitucional pueda, en aplicación de la doctrina constitucional vigente, declarar inconstitucional una ley – manifestación por excelencia del principio democrático – y, sin embargo, no tenga competencia para pronunciarse sobre una sentencia que ha aplicado una norma de derecho legislado en abierta violación de esa misma doctrina constitucional. Así mismo, no puede lógicamente afirmarse que existe violación del principio de autonomía funcional cuando procede una tutela contra un juez que ha aplicado una norma legal en abierta contradicción a la doctrina de la Corte Constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental. Lo contrario sería trasladar al juez ordinario una facultad que, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica, sólo puede corresponder al máximo tribunal constitucional: definir el contenido mínimo no negociable de los derechos fundamentales.

¹⁸ Sobre la estructura de las normas constitucionales y los modelos de interpretación existentes pueden consultarse, entre otros, R. Alexy *Teoría de los derechos fundamentales*; Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

En suma, el valor del precedente judicial no tiene otra función que la de dar unidad al ordenamiento jurídico y asegurar la eficacia plena de los imperativos constitucionales según han sido interpretados por aquel a quien el propio constituyente asignó la tarea de protegerlos. Por ello no parece razonable, si se aceptan las premisas en las que se funda todo modelo de justicia constitucional, que se rechace de plano la procedencia de un recurso o acción, ante la jurisdicción constitucional contra las providencias judiciales que eventualmente puedan vulnerar o amenazar un derecho fundamental.

Ahora bien, el hecho de que encontremos muy necesaria la existencia de un recurso ante la jurisdicción constitucional para impugnar las providencias judiciales que lesionen los derechos fundamentales, no nos impide ver las dificultades que ello acarrea. En efecto, los riesgos antes mencionados sobre una posible usurpación de funciones o sobre la disolución de la legislación en doctrina constitucional, son latentes y deben ser evitados. Para ello, es necesario que tanto el legislador como los jueces y, en especial, la propia Corte Constitucional, establezcan con prudencia los márgenes de acción de la jurisdicción constitucional en esta materia y definan con atención las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales así como los alcances del fallo del juez constitucional.

Resta, en consecuencia, estudiar la reglamentación que tanto el legislador como la Corte Constitucional han hecho de la *acción de tutela contra providencias judiciales*.

2. Origen, evolución y estado actual de la tutela contra providencias judiciales en Colombia¹

El origen: debates en la Asamblea Nacional Constituyente

26

Como es sabido, el artículo 86 de la Constitución colombiana señala que la acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas que amenacen o vulneren un derecho fundamental. En efecto, en su parte pertinente establece:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma y 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 (...)

¹ Esta segunda parte del artículo corresponde a una versión corregida y aumentada de una conferencia dictada por la autora y publicada en el libro *Memorias del curso Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Defensoría del Pueblo - USAID, julio de 2001.

En consecuencia, no puede afirmarse que la tutela contra decisiones judiciales se encuentre expresamente prohibida por el texto constitucional. Por el contrario, la amplitud de la fórmula empleada por el constituyente permite formular la tesis contraria: la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades judiciales, no importa su naturaleza. No obstante, en la Asamblea Constituyente se dieron algunos debates de importancia sobre esta cuestión. En efecto, la ponencia presentada a la Comisión Primera de la Asamblea señalaba, de manera expresa, que la acción de tutela «no procederá en relación con situaciones consumadas o irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con fuerza de cosa juzgada». A este respecto, constituyentes como Juan Carlos Esguerra Portocarrero fueron enfáticos, durante todo el debate del que hoy es el artículo 86 de la Carta, al indicar que la tutela por su propia naturaleza, no podía proceder contra situaciones consumadas o contra sentencia que hubieran hecho tránsito a cosa juzgada. Señalaba el constituyente Portocarrero que era el juez de la causa quien debía definir las cuestiones constitucionales que se suscitaran en el proceso respectivo². Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente terminó por aprobar la fórmula antes transcrita, cuya amplitud permite suponer, sin mayores ejercicios intelectuales, que si los jueces son autoridades públicas, la acción de tutela procede contra todas sus actuaciones u omisiones cuando quiera que vulnere derechos fundamentales. En suma, el texto aprobado por la Asamblea parece incluir, dentro del radio de acción de la tutela, las providencias judiciales.

Regulación legal de la figura: Decreto 2591 de 1991³

Siguiendo las indicaciones del constituyente, el legislador extraordinario

² Al respecto puede consultarse, entre otros, el informe presentado a la plenaria, y publicado en la *Gaceta Constitucional*, 77

³ En el presente acápite se estudia únicamente la reglamentación surtida a través del decreto 2591 de 1991, pues es la única que, hasta ahora, ha tenido alguna vigencia. No obstante es importante advertir que, en ejercicio de la facultad reglamentaria conferida al Presidente por la Constitución, el gobierno expidió el Decreto Reglamentario N° 1382 de 2000, en virtud del cual se reglamentaron algunos aspectos del procedimiento de la acción de tutela cuando quiera que esta estuviere dirigida contra una providencia judicial. No obstante el Decreto fue considerado inconstitucional por la Corte Constitucional que, en dos Autos de Sala Plena (de 26-9-2000 y 27-2-2001), apelando a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, decidió inaplicarlo y, en el segundo de ellos, ordenó el efecto *inter pares* (es decir *erga omnes*) de la decisión. Posteriormente el Gobierno optó por suspender durante un año la aplicación del Decreto mencionado hasta tanto el Consejo de Estado declarara si el mismo se ajustaba o no al ordenamiento jurídico (Decreto Reglamentario 404 de marzo 14 de 2001). Recientemente el Consejo de Estado desestimó la demanda de nulidad del citado decreto, pero la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió inaplicar esta última decisión por considerar que la Sección del Consejo de Estado que la había proferido no era la competente para pronunciarse sobre ese tipo de decretos. La cuestión volvió nuevamente a la Corte Constitucional y está pendiente de decisión.

expidió el Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la acción de tutela), a través del cual reguló la procedencia de la acción de tutela cuando la misma se dirigiera contra decisiones judiciales (arts. 11, 12 y 40). En primer lugar, conforme a lo expuesto por el constituyente Esguerra Portocarrero, no hace parte de la naturaleza de la acción de tutela proceder contra sentencias judiciales «que hubieran hecho tránsito a cosa juzgada». Sin embargo, bajo el entendido de que es el legislador quien define en qué momento una sentencia hace tránsito a cosa juzgada, el Decreto 2591 estableció que la tutela contra providencias judiciales sólo podía ser interpuesta dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia (art. 11). Sólo vencido el término de caducidad mencionado, la sentencia adquiriría fuerza de cosa juzgada.

Adicionalmente, el precitado Decreto radicó la competencia para conocer de las tutelas contra sentencias judiciales en el superior jerárquico correspondiente. Si se trataba de magistrados o de una sala o sección, debía conocer el magistrado o la sala o sección que siguiere en turno (art. 40). Esta norma pretendía desarrollar los principios de jerarquía y especialización propios de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa. De otra parte, el Decreto señalaba que la acción sólo podía proceder si la sentencia impugnada era la causa directa de la violación de los derechos fundamentales, siempre que se hubieran agotado la totalidad de los recursos existentes y que, por lo tanto, no existiera otro medio idóneo para impugnarla. Sin embargo, la acción podía proceder transitoriamente si se trataba de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* de carácter irremediable (art. 40). De otra parte, según el artículo 40 del Decreto citado, la tutela no procedería por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas. Finalmente, para evitar el uso abusivo de esta acción, el Decreto 2591 señalaba que el apoderado que interpusiera una tutela temeraria quedaría incurso en falta disciplinaria (art. 40).

28

Evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Primera etapa: el apogeo de la figura

En aplicación de las normas citadas, la Corte Constitucional profirió, entre otras, dos importantes sentencias. La primera, que se ocupó de explicar en detalle los fundamentos y alcances del control constitucional de las providencias judiciales, fue la sentencia T-006/92. Esta providencia constituye un pequeño tratado de derecho constitucional, en el cual se definen, entre otros, los efectos constitucionales de los principios de primacía e integridad de la Constitución y prevalencia de los derechos fundamentales. Adicionalmente, se establecen algunos criterios para delimitar el alcance de la tutela contra sentencias, a raíz de lo cual se definen algunas reglas sobre las relaciones entre

el juez constitucional y juez ordinario. Al respecto, y pese a su extensión, resulta pertinente citar los siguientes apartes:

El principio de autodeterminación del pueblo refiere a éste el origen del poder público y de las principales decisiones políticas que configuran y unifican la comunidad. La tesis de la inimpugnabilidad judicial de las sentencias contrarias a los derechos fundamentales representa el más sutil traslado de la soberanía del pueblo a los jueces por ella instituidos, que así quedan libres de toda atadura constitucional para coartar la democracia y los procesos sociales a través de los cuales germina y se expresa la voluntad popular. No hay democracia sin autodeterminación del pueblo; ni autodeterminación del pueblo sin respeto hacia el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales; ni respeto a los derechos fundamentales si su violación no puede controlarse, verificarse y sancionarse. (..)

La acción de tutela puede recaer sobre sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces, Tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier derechos constitucional fundamental. En este evento, la actuación del juez de conocimiento se circunscribe al examen y decisión de la materia constitucional con prescindencia de todo aquello que no tenga que ver con la vulneración o amenaza de vulneración del derecho constitucional fundamental. La acción de tutela no representa frente a los respectivos procesos judiciales, instancia ni recurso alguno. (...)

La competencia de la Corte Constitucional para revisar sentencias de tutela es una manifestación de su posición como máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional y obedece a la necesidad de unificar la jurisprudencia nacional sobre derechos fundamentales. La actuación de ésta permite darle cohesión e integrar en sentido sustancial la aplicación e interpretación de la Constitución en las restantes jurisdicciones. La jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional aparte de los efectos de cosa juzgada constitucional de sus sentencias, tendrá una influencia irradiadora importante en los casos de aplicación preferente de la Constitución frente a otras normas⁴.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-006/92

Posteriormente, en atención a la doctrina sentada en la T-006/92, la Corte profirió la sentencia T-494/92, mediante la cual concedió la tutela contra una sentencia judicial que, a juicio de la Corte Constitucional, vulneraba los derechos fundamental de la actora. Se trataba de un caso en el cual la compañera permanente de una persona que había fallecido, alegaba tener derechos sobre la casa en la cual había habitado con su compañero permanente durante más de 24 años. Sin embargo, el juez civil, aplicando la teoría tradicional de la llamada «sociedad de hecho», consideró que la legítima heredera era la hermana del *deujus*, dado que la casa estaba a nombre de este último y que la actora no podía demostrar que había aportado *recursos económicos* a la sociedad marital de hecho, pues su actividad, durante todos los años de convivencia, había sido la de atender las labores domésticas. A juicio de la Corte Constitucional, la tesis según la cual el trabajo doméstico no podía ser entendido como un aporte a la sociedad de hecho entre compañeros permanentes, vulneraba el derecho a la igualdad de las miles de mujeres que se dedican de manera permanente y exclusiva a este tipo de actividades. Este argumento, sumado a otros que hacen relación a la interpretación del derecho preconstitucional conforme a las normas de la nueva Constitución, condujo a la Corte a conceder la tutela de los derechos fundamentales de la actora vulnerados por la decisión adoptada por el juez civil de la causa.

Por supuesto, estas decisiones crearon un enorme malestar entre las distintas Cortes y generaron un fuerte debate a la figura en comento. De una parte, se afirmaba que la tutela contra sentencias no era otra cosa que una patente de corso a través de la cual el juez constitucional podía usurpar integralmente las competencias de las otras jurisdicciones y disolver el derecho legislado en mero decisionismo judicial. Sin embargo, de otro lado, se alegaba que esta figura era un instrumento invaluable para actualizar la interpretación de la ley y lograr un ajuste del derecho legislado a los nuevos valores y principios del Estado social y democrático de derecho. Se afirmaba que era el camino para lograr un acercamiento del derecho a la realidad a través de la realización de la justicia material.

Fue entonces cuando resultaron demandadas las disposiciones antes comentadas del Decreto 2591 de 1991, demanda que dio lugar a la sentencia C-543/92.

Segunda etapa: declaración de inexecutable de las normas que regulaban la procedencia de la tutela contra sentencias y primera formulación de la tesis de *la vía de hecho judicial*: sentencia C-543/92

A través de la sentencia C-543/92, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991. La Corte señaló que la acción de tutela no podía proceder contra decisiones judiciales en la medida en que ello vulneraba el principio de la cosa juzgada y, por contera, el valor de la seguridad jurídica.

El argumento central de la Corporación puede resumirse como sigue: en primer lugar, la Corte concluyó que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no podía tener término de caducidad. En consecuencia, el artículo 11 del Decreto 2591 era inconstitucional, dado que establecía un plazo perentorio de 2 meses para interposición de la citada acción. Ahora bien, según la Corte, la posibilidad de interponer, en cualquier tiempo, una acción de tutela contra decisiones judiciales vulneraba flagrantemente el principio de la cosa juzgada. En consecuencia, ante la imposibilidad de definir un término de caducidad de la acción, resultaba abiertamente inconstitucional permitir que la misma procediera contra decisiones judiciales, por vulneración del principio de la cosa juzgada y, por contera, de la seguridad jurídica.

Finalmente, la Corte indicó que la tutela contra sentencias violaba el principio de autonomía funcional del juez dado que permitía la intervención en el proceso ordinario de un funcionario de otra jurisdicción.

Para fundamentar su decisión, la Corte se apoyó, entre otras cosas, en las ponencias presentadas por algunos constituyentes a la Asamblea Nacional Constituyente en las que se afirma, como ya se mencionó, que no es de la esencia de la acción de tutela proceder contra providencias judiciales⁵.

Sin embargo, en un párrafo de la sentencia comentada, la Corte entendió que la acción de tutela sí podía proceder contra omisiones injustificadas o actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, cuando quiera que las mismas vulneraran los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Así mismo, aceptó la Corte la procedencia transitoria de la acción para evitar la consumación de un perjuicio irremediable contra decisiones judiciales que vulneraran los derechos fundamentales siempre que estas no fueran definitivas. Al respecto dijo la Corte:

De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su

⁵ Una posición opuesta a la de la mayoría quedó expresada en el salvamento de voto a la sentencia comentada, suscrito por los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Ciro Angarita Barón y Eduardo Cifuentes Muñoz.

cargo, que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe contra los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. 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.

A partir de lo señalado en el párrafo transcrito, la Corporación elaboró la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra vías de hecho judiciales. Resta pues definir los alcances jurisprudenciales de dicha doctrina.

Tercera etapa: construcción doctrinal de la teoría de la vía de hecho judicial

Previo un periodo en el cual la Corte se mantuvo relativamente parca frente a la aplicación y desarrollo de la teoría de la vía de hecho judicial, la sentencia T-079/93 comenzó un proceso de desarrollo creciente y configuración detallada de la referida teoría.

En esta providencia, la Corte confirmó una decisión de la Corte Suprema de Justicia a través de la cual la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria anuló, por vía de tutela, una sentencia de homologación de una resolución de abandono de un menor, adoptada con violación flagrante del derecho de la madre al debido proceso. En este caso era evidente que la resolución de abandono – que daría paso al trámite de adopción del menor-, se había adoptado vulnerando los más elementales principios del derecho de defensa de la madre y, por consiguiente, la consideración de la sentencia de homologación como una vía de hecho carecía de toda resistencia. En la precitada sentencia la Corte indicó:

A los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, les está vedado actuar por fuera de las funciones atribuidas por la Constitución o la ley. Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad y capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamenta-

les de la persona. La doctrina de las vías de hecho (...) tiene por objeto proscribir las actuaciones arbitrarias de la autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas.

A partir de esta sentencia, y consciente de los riesgos que podía implicar la tesis de la vía de hecho judicial, la Corte asumió la tarea de elaborar una doctrina más detallada, que permitiera una mejor aplicación de la figura en comento.

En términos generales podría afirmarse que, según la doctrina vigente, la acción de tutela sólo puede proceder contra una providencia judicial cuando se cumplan los requisitos ordinarios de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución. Adicionalmente, se requiere que la resolución impugnada constituya una auténtica vía de hecho judicial, que tenga un efecto grave y evidente sobre los derechos fundamentales del actor. Ahora bien, resulta importante detenerse en cada uno de los requisitos mencionados a fin de identificar sus rasgos característicos.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

a) *Debe tratarse de una cuestión de evidente relevancia constitucional.* La acción de tutela sólo procede contra decisiones judiciales cuando se trate de la defensa de un derecho fundamental directamente vulnerado o amenazado por la decisión impugnada. En consecuencia, la acción de tutela no puede interponerse cuando se pretenda debatir un asunto de mera legalidad que para nada se relaciona con los derechos fundamentales de la parte presuntamente afectada. La tutela no es pues una instancia ni un medio para controlar la legalidad de la actuación, sino un instrumento de control constitucional de la actividad judicial. En consecuencia, la Corte ha señalado que el juez constitucional debe ser particularmente cuidadoso y circunscribir su actuación, exclusivamente, al asunto constitucional discutido⁶. Es por esta razón que, como se verá adelante, lo único que puede hacer el juez constitucional al verificar la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, es ordenar la nulidad de la providencia defectuosa, pero, de ninguna manera, adoptar una decisión sobre el fondo del asunto debatido en el proceso.

b) *No sustituye ni reemplaza a los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judicial.* La acción de tutela sólo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. No sobra advertir que el perjuicio que se pretende evitar debe recaer sobre un derecho fundamental. Así, por ejemplo, la violación al debido proceso, que

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-173/93

puede ser corregida en una segunda instancia pero que podría tener como efecto la consumación de un perjuicio patrimonial, no es razón suficiente para la procedencia de la acción de tutela dado que, en principio, los derechos patrimoniales no son derechos fundamentales. En otras palabras el perjuicio que se pretende evitar mediante este recurso especial es aquel que tiene la condición de *iusfundamental* y que, de ninguna manera, puede ser remediado posteriormente.

En aquellos casos en los cuales la acción de tutela se concede para evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* de carácter irremediable, los efectos del fallo de tutela son meramente transitorios y quedan supeditados a la decisión final adoptada por el juez de la causa.

En criterio de la Corte Constitucional,

siempre debe haber una necesidad de acudir a la tutela, y no una mera opción. Si se interpone la acción de tutela es porque hay un principio de razón suficiente que lo justifica. No se instituyó este mecanismo como un medio de sustitución, sino como un medio subsidiario – regla general-, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento excepcional. Pero aún en este caso no se sustituye la vía ordinaria, porque la tutela es transitoria, es decir, se acudiría a la vía ordinaria de todas maneras⁷.

34 c) *Si el interesado dejó de acudir a los medios ordinarios de defensa, la acción de tutela resulta improcedente.* En principio, cuando la parte afectada dejó de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela resulta improcedente. A este respecto, la Corte ha señalado que la tutela no puede ser utilizada para revivir términos judiciales cuando estos han vencido sin que la parte afectada hubiera hecho nada para evitarlo. Sin embargo la Corte ha aceptado una excepción a esta causal de improcedencia. En efecto, en aquellos casos en los cuales se demuestre que el vencimiento de los términos no puede imputarse de ninguna manera a la persona afectada, por aparecer absolutamente demostrado que no existió grado alguno de incuria, negligencia o imprudencia que le pueda ser imputable, y que se trata de uno de aquellos sujetos que reciben especial protección constitucional o cuando la responsabilidad por el vencimiento recae exclusivamente en el Estado, la acción de tutela puede proceder. En estos casos, es necesario demostrar, además, que el daño *iusfundamental* que se produce es de mayor entidad constitucional que el principio que ampara la fuerza de cosa juzgada de la decisión que dejó de ser impugnada.

Aplicando esta teoría, la Corporación concedió el amparo solicitado por una

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-327/94

persona humilde, carente de cualquier tipo de instrucción, que había sido condenada a pagar un pena superior a la establecida en la normas legales vigentes, sin que el apoderado de oficio o el ministerio público interpusieran los recursos del caso para impedir tal exabrupto⁸.

d) *La acción de tutela sólo procede cuando el defecto encontrado en la sentencia es absolutamente protuberante.* La Corte ha sido enfática al indicar que una simple irregularidad, eventualmente violatoria del derecho al debido proceso, no es causa suficiente para la procedencia de la acción de tutela. En efecto, en criterio de la Corte

los defectos calificados como vía de hecho son aquellos que tienen una dimensión superlativa y que, en esa misma medida, agravan el ordenamiento jurídico: los errores ordinarios, aún graves, de los jueces *in iudicando* o *in procedendo*, no franquean las puertas de este tipo de control que, por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere⁹.

En este sentido, incluso defectos que pueden originar una nulidad no tienen necesariamente que dar lugar a una vía de hecho. A este respecto la Corte ha indicado que *la vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser imputada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún, en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley*¹⁰.

e) *La acción de tutela contra un defecto advertido en el curso del proceso solo es procedente si el defecto tiene, o puede tener, un impacto directo en la decisión judicial que finalmente compromete los derechos sustantivos de la persona afectada.* La configuración de algún vicio procesal que no tenga un efecto determinante en la providencia judicial que afecta los derechos sustanciales de las partes, no puede servir de pretexto para impugnar, mediante la acción de tutela, esta última decisión. En este sentido se manifestó la Corte al entender que, si bien era cierto que en el proceso penal impugnado el funcionario judicial había practicado y valorado una

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-567/98. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias, T-329/96; -T-378/97; - T-573/97; T-654/98.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-231/94. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, T-442/93; T-258/94; T-55/97.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-231/94.

prueba obtenida con violación del debido proceso, ese dato no era suficiente para ordenar, a través de una acción de tutela, la anulación de la sentencia condenatoria. A juicio de la Corte, la nulidad de la mencionada prueba no tenía como efecto necesario una variación en el sentido del fallo, dada la existencia de otras pruebas que razonablemente podían conducir a la misma decisión. En palabras de la Corporación *sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción*¹¹. Ahora bien, lo anterior no obsta para que la persona afectada pueda interponer los recursos ordinarios o extraordinarios que procedan para impugnar la prueba viciada.

f) *La tutela no procede contra decisiones judiciales que confieren derechos aparentemente legítimos a terceros de buena fe, cuando estos se encuentran plenamente consolidados y el titular del derecho fundamental dejó de actuar de manera pronta y oportuna*¹². A pesar de que la regla jurisprudencial anterior no indica un término estricto de caducidad, sí establece un tiempo razonable dentro del cual debe hacerse exigible el deber de acudir a la justicia para reclamar la protección de los derechos vulnerados o amenazados. Si bien la regla enunciada no ha tenido desarrollo doctrinal, seguramente resultará fundamental para la reglamentación y utilización futura de la tutela contra providencias judiciales.

g) *En principio, la carga de la prueba recae en el actor*. Usualmente, y salvo que trate de sujetos especialmente protegidos o de casos extraordinariamente graves, la carga de probar cada uno de los elementos que han sido mencionados recae sobre el actor¹³. En efecto, no es función del juez de tutela entrar a estudiar, a partir de afirmaciones vagas y genéricas, si en el curso del proceso ordinario se produjo una vía de hecho judicial violatoria de los derechos fundamentales del actor.

h) *La interposición de una acción temeraria debe dar lugar a la condena en costas*. En varias oportunidades, la Corte ha condenado en costas al apoderado que interpone una tutela abiertamente improcedente. En estos casos, la Corte ha autorizado imponer sanciones por temeridad para evitar el abuso de este instrumento de defensa de los derechos fundamentales¹⁴.

i) *El juez constitucional no puede suplantar al juez ordinario en la adopción de la*

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-008/98

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-961/2000

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-654/98.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-280/98.

correspondiente decisión. El juez de tutela solo tiene competencia para ordenar al funcionario judicial cuya providencia se impugna, que anule la decisión, cuando quiera que se reúnan los requisitos antes mencionados. En otras palabras, el juez de tutela no puede, en principio, anular directamente la providencia objeto de estudio ni proferir una nueva decisión resolviendo la cuestión de fondo sometida a litigio judicial. A este respecto, la Corte ha señalado que «la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en ningún caso puede convertirse en una justificación para que el juez encargado de ordenar la protección de los derechos fundamentales, entre a resolver la cuestión litigiosa debatida dentro del proceso»¹⁵.

j) *La acción de tutela sólo procede contra providencias judiciales que puedan ser calificadas como vías de hecho.* En un principio, la Corte sostuvo que una vía de hecho judicial era aquella providencia que se encontrare absolutamente afectada por una vulneración radical del debido proceso constitucional. Sin embargo, más recientemente, la Corporación ha señalado que puede ser calificada como *vía de hecho judicial* aquella decisión que, pese a no incurrir en un vicio procesal manifiesto, se aparta de la doctrina de la Corte Constitucional sobre el alcance y contenido mínimo no negociable de un derecho fundamental. En suma, para que una providencia pueda ser calificada como vía de hecho, es necesario que se demuestre la ocurrencia de alguno de los siguientes defectos: (1) *procesal*, que se origina cuando el juez o el fiscal actúan completamente alejados de las normas procesales aplicables; (2) *orgánico o de competencia*, que se produce cuando la autoridad judicial carece absolutamente de competencia para producir la providencia impugnada¹⁶; (3) *fáctico o probatorio*, cuando el servidor público deja de decretar o practicar pruebas absolutamente conducentes o pertinentes que han sido debidamente solicitadas, o cuando deja de valorar pruebas fundamentales radicadas en el expediente o existe una evidente contradicción entre los datos fácticos del proceso y la decisión judicial finalmente adoptada; (4) *material o sustantivo*, que se produce cuando el funcionario judicial aplica una norma inexistente o absolutamente impertinente o profiere una decisión que carece absolutamente de fundamento jurídico o interpreta en forma completamente arbitraria la disposición aplicable. En suma se trata de casos de absoluta falta de motivación o desviación de poder o de la aplicación del derecho legislado en abierta contradicción con la doctrina constitucional vigente sobre el alcance de los derechos fundamentales.

No sobra advertir que la diferenciación antes realizada tiene, funda-

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-500/95.

¹⁶ La primera sentencia en la que la Corte se refiere explícitamente a estos cuatro defectos es la T-231/94.

mentalmente, efectos analíticos, pues en la práctica no resulta extraño que un defecto material constituya, adicionalmente, una falla procesal u orgánica. En otras palabras, al estudiar la providencia demandada, el juez constitucional puede encontrar que esta reúna, al mismo tiempo y por la misma causa, dos o más defectos. No obstante, es importante hacer la diferenciación analítica para una mejor comprensión de la doctrina constitucional aplicable al tema. En este sentido, resulta relevante establecer las características de aquellas conductas que, según la jurisprudencia de la Corte, pueden dar lugar a cada uno de los vicios o defectos mencionados.

Vía de hecho judicial por defecto procesal

Es muy importante recordar que para que se configure una auténtica vía de hecho, el defecto procesal advertido tiene que ser de tal magnitud que afecte, de manera irremediable, el contenido constitucional del debido proceso. En otras palabras, no cualquier falla en el procedimiento da lugar a una vía de hecho judicial. A este respecto, la Corte ha indicado que un acto a través del cual se pretermite por entero una de las instancias judiciales, o se impide arbitrariamente la utilización de un recurso necesario para la defensa¹⁷, o se omite por completo la notificación a uno de los sujetos interesados¹⁸, constituye una vía de hecho por defecto procesal. No obstante, como ya se mencionó, la Corte ha indicado que una falla en el proceso de notificación que no impida que la persona pueda conocer el acto que se notifica como un error mecanográfico prácticamente intrascendente en la publicación de un edicto – no da lugar a una vía de hecho judicial.

Así mismo, la Corte ha entendido que las dilaciones injustificadas de los funcionarios judiciales constituyen vías de hecho por defecto procesal susceptibles de ser impugnadas a través de la acción de tutela. En este sentido, la Corporación ha establecido: «nada obsta para que por vía de la acción de tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales»¹⁹. Sobre el carácter de la justificación, dijo la Corte:

el artículo 29 de la Constitución señala que hace parte de la garantía fundamental en él plasmada el derecho de todo sindicado a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Esa nor-

¹⁷ Corte Constitucional, sentencias T-538/94; SU-478/97.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-654/98

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-248/93.

ma, entendida en armonía con la del artículo 228, establece un principio general – el de obligatoriedad de los términos –, que únicamente admite excepciones muy circunstanciales, alusivas a casos en concreto, cuando no quepa duda del carácter justificado de la mora. La justificación, que es de alcance restrictivo, consiste únicamente en la situación probada y objetivamente insuperable, que impide al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión²⁰.

Adicionalmente, origina una vía de hecho por defecto procesal la conducta del funcionario judicial en virtud de la cual se dilata o se omite el cumplimiento de una providencia judicial. A este respecto, la Corte ha señalado: «si una concreta petición de pruebas es elevada al fiscal, éste debe responderla expresamente en un sentido positivo o negativo. De lo contrario, se sustrae a la parte, de manera injusta y arbitraria, el derecho que tiene a recurrir a esa específica actuación judicial»²¹.

En decisión posterior dijo la Corte: «el derecho de acceso a la justicia (art. 229 C.P.), que tiene el carácter de fundamental, implica no sólo la posibilidad de poner en movimiento, a través de la formulación de una pretensión, la actividad jurisdicción al Estado, sino la de obtener una pronta resolución de la misma, y que la decisión estimatoria de la pretensión logre su plena eficacia, mediante el mecanismo de la ejecución de la respectiva sentencia, que tienda a su adecuado cumplimiento»²².

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corporación frente al incumplimiento de sentencias de *habeas Corpus* cuando quiera que la autoridad judicial, con el fin de legalizar una situación irregular profiere una decisión que tiende a impedir la ejecución de la orden de libertad²³.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la falta de defensa técnica o material por causas imputables al Estado pueden llegar a viciar el procedimiento hasta el punto en el que la sentencia finalmente proferida constituya una vía de hecho judicial²⁴. Sin embargo, para que la falla en la defensa pueda dar origen a una vía de hecho susceptible de ser impugnada mediante la acción de tutela, no es suficiente probar la existencia de una defensa deficiente. Al respecto ha dicho la Corte:

Para considerar si una determinada sentencia judicial constituye

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-055/94.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-055/94.

²² Corte Constitucional, sentencia T-081/94

²³ Corte Constitucional, sentencia T-046/93

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-654/98; T-589/99.

una vía de hecho no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado. Esta última cuestión servirá, sí, para alegar vulneración de los derechos de quien es sujeto de la acción judicial y ejercer los recursos ordinarios o extraordinarios del caso, pero no habilita, por sí misma, la procedencia de la acción de tutela. Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes 4 elementos: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que desde ninguna perspectiva posible pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; (3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados – sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental –; (4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso²⁵

Vía de hecho por defecto orgánico o falta absoluta de competencia

40

Constituye una vía de hecho la providencia proferida por un funcionario judicial abiertamente incompetente²⁶. Sin embargo, si la autoridad judicial se encuentra autorizada por una norma –legal o administrativa– amparada por el principio de constitucionalidad o legalidad, no puede declararse la vía de hecho, simplemente, porque el actor considera que la norma habilitante es inconstitucional o ilegal. En estos casos es necesario que se demuestre que dicha norma es, a primera vista, manifiestamente contraria a derecho. Así se expresó la Corte frente a una acción de tutela interpuesta contra una decisión proferida por un fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia que actuaba amparado en una resolución del Fiscal General de la Nación, que le trasfería algunas de las competencias de este último funcionario. En esta

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-654/8.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-668/97

oportunidad dijo la Corte:

solo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte manifiestamente contrario a derecho –bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico–, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico²⁷.

Vía de hecho judicial por defecto fáctico absoluto

La Corte ha entendido que el funcionario judicial que deja de decretar, practicar o valorar una prueba absolutamente imprescindible para la defensa de los derechos sustantivos de alguno de los sujetos procesales, incurre en una vía de hecho judicial. Así por ejemplo, la Corporación encontró configurada una vía de hecho en un caso en el cual el fiscal había dejado de practicar la totalidad de las pruebas oportunamente solicitadas por el sindicado y que tenían la función de desvirtuar la cadena indiciaria que, según el funcionario judicial, permitía demostrar la participación del sujeto en el hecho delictivo investigado²⁸.

No obstante, la Corte advirtió que la mera existencia de un auto que rechaza las pruebas solicitadas no constituye razón suficiente para conceder la tutela. Dijo la Corte:

no tratando de pruebas absoluta y ostensiblemente imprescindibles para la defensa y atendiendo al hecho de que la solicitud no surgió de hechos nuevos que hubieren sorprendido al sindicado al momento del cierre de la investigación y, por lo tanto, que éste contó con un término razonable para solicitar tales pruebas, la Sala considera que la misma, por sus características intrínsecas no constituye una vía de hecho susceptible de ser impugnada a través de la acción de la tutela²⁹.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la valoración de la prueba es,

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-324/96

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-589/99. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-005/94; T-442/94; T-324/96; T-329/96; T-654/98.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-234/96

en principio, una cuestión que atañe de manera exclusiva al juez de la causa, quien debe inspirarse en los principios de la sana crítica. A este respecto, ha reconocido que el funcionario judicial es titular de un gran poder discrecional para valorar las pruebas. Incluso, ha llegado a sostener que

el campo en el que la independencia del juez se mantiene con mayor vigor es el de la valoración de las pruebas. Ello por cuanto el juez de la causa es el que puede apreciar y valorar de la manera más certera el material probatorio que obra dentro del proceso. Por eso la regla general de que la figura del vía de hecho solamente puede tener aplicación en situaciones extremas debe ser manejada de forma aún más restrictiva cuando se trata de debates acerca de si el material probatorio fue valorado en la debida forma. Sólo excepcionalmente puede el juez constitucional entrar a decidir sobre la significación y la jerarquización de las pruebas que obran en un proceso determinado, puesto que él no ha participado de ninguna manera en la práctica de las mismas³⁰.

Los casos excepcionales a los que hace referencia la sentencia citada son aquellos eventos en los cuales resulta manifiesto que el juez ha utilizado su poder de una manera arbitraria, completamente al margen de los principios de la sana crítica. Según la jurisprudencia de la Corte, el ejercicio del poder de valoración de la prueba resulta arbitrario cuando el funcionario omite por completo la valoración de pruebas que inciden de manera determinante en la decisión³¹; valora pruebas determinantes que no fueron conocidas ni controvertidas por el sujeto procesal afectado³² o que fueron obtenidas con violación al debido proceso³³; o, excepcionalmente, en aquellos casos en los cuales existe un error ostensible, flagrante y manifiesto en el juicio valorativo de la prueba, siempre que el mismo tenga un incidencia directa en la decisión³⁴.

Finalmente, en aquellos eventos en los cuales una falla contundente de la defensa técnica hubiera generado que el acervo probatorio en el que se basó el juez para proferir una determinada providencia judicial, no resultara «de un proceso en el que el imputado hubiese podido solicitar las pruebas necesarias para probar su eventual inocencia o controvertir las que condujeron a demostrar su responsabilidad», la sentencia correspondiente será una vía de hecho judicial por defecto fáctico³⁵.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-055/97.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-329/96

³² Corte Constitucional, sentencias C-150/92; C-609/96.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-008/98.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-442/94

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-654/98

Vía de hecho judicial por defecto material o sustantivo

El defecto material puede producirse por diversas causas: por carecer de fundamento jurídico alguno, o por la aplicación de una disposición absolutamente impertinente; por aplicación de una disposición abiertamente inconstitucional; por interpretación completamente errada de la disposición aplicable; o por incoherencia radical y absoluta entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Resulta importante hacer una breve referencia a la jurisprudencia sobre cada una de estas conductas.

En primer lugar, la Corte ha entendido que constituye vía de hecho la conducta del funcionario judicial que adopta una providencia sin fundamento alguno³⁶. A este respecto, por ejemplo, la sentencia T-158/93 declaró procedente la acción de tutela al encontrar que la decisión judicial impugnada constituía una vía de hecho por defecto material dado que carecía de fundamento jurídico. En efecto, en dicha sentencia, la Corte consideró que constituía una vía de hecho la exigencia, por parte del funcionario judicial, de un requisito jurídicamente inexistente para poder acudir al recurso de apelación.

Igualmente, la Corte ha considerado que es obligación del funcionario judicial aplicar las normas pertinentes. A este respecto ha señalado:

la sujeción al imperio de la ley por los jueces (CP art. 230), si se entiende que puede ser a cualquier ley, así sea la menos pertinente para resolver el asunto bajo su consideración, daría lugar a la creación de un poder personal, que es justamente lo que combate dicho principio³⁷.

En segundo lugar, en la sentencia T-572/94, la Corte consideró que la decisión de la justicia penal militar, amparada en una disposición del Código Penal Militar, según la cual se impedía a la madre de un soldado voluntario constituirse como parte dentro del proceso penal por el presunto homicidio de su hijo, constituía una vía de hecho por aplicación de una disposición abiertamente inconstitucional. En esta oportunidad, la Corte ordenó la inaplicación de la norma del régimen penal militar que no permitía la constitución en parte civil y, por consiguiente, protegió el derecho de la madre a hacerse parte en el respectivo proceso.

En tercer término, la Corte ha indicado que se produce una vía de hecho por defecto material cuando existe una abierta y franca incompatibilidad entre los fundamentos jurídicos de una decisión y la decisión misma³⁸. En este caso, se

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-100/98

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-231/94

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-100/98

configura una auténtica falta de motivación y, por lo tanto, se vulnera el debido proceso constitucional y se violenta el principio que legitima la función judicial.

En cuarto lugar, constituye vía de hecho la decisión judicial que se funda en una interpretación absolutamente indebida de una disposición legal. Al respecto, la Corte ha señalado con claridad que, en principio, los debates sobre la adecuada interpretación de una norma legal o reglamentaria no pueden dar origen a una acción de tutela contra providencia judicial. En su criterio, el principio de la autonomía funcional de jueces y fiscales (CP art. 230) les confiere a estos funcionarios la facultad de escoger, entre las diversas interpretaciones de una norma, la que consideren más ajustada al ordenamiento jurídico en su conjunto. En aplicación de esta teoría, la Corte ha negado múltiples solicitudes de tutela, pues, a su juicio, la procedencia de la tutela en estas circunstancias equivaldría a convertir al juez constitucional en una instancia más del proceso. A este respecto la Corte ha señalado:

Sólo las actuaciones judiciales que realmente contengan una decisión arbitraria, con evidente, directa e importante repercusión en el proceso, en perjuicio de los derechos fundamentales, pueden ser susceptibles de ataque en sede constitucional. No así las decisiones que estén sustentadas en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o interpretación de las normas aplicables, pues de lo contrario se estaría atentando contra el principio de la autonomía judicial.³⁹

44 Ahora bien, en algunos casos excepcionales, la Corte ha entendido que los funcionarios judiciales no están autorizados para escoger, de las varias interpretaciones posibles, la que consideren más adecuada. En particular, la Corporación ha señalado que dentro del derecho penal, el funcionario judicial está constitucionalmente obligado a seleccionar la interpretación que resulte acorde con el principio de favorabilidad y con el derecho de acceso a la administración de justicia⁴⁰. Igualmente, la Corporación ha establecido que cuando existan dos interpretaciones razonables de una norma, y una de ellas conduzca a una decisión inhibitoria una vez se ha producido la caducidad de la acción, el funcionario judicial está obligado a escoger la interpretación alternativa, es decir, aquella que le permita pronunciarse de fondo sobre el asunto debatido⁴¹.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-100/98.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-538/94

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-017/2000

Finalmente, y en este mismo sentido, la Corte ha encontrado que constituye una vía de hecho por defecto material, la decisión judicial que se aparta, de manera absoluta y sin justificación, de la doctrina constitucional vigente, siempre que se trate de la interpretación sobre el alcance constitucional mínimo, y por lo tanto no negociable, de un derecho constitucional fundamental⁴².

Sobre esta última forma de configuración de una vía de hecho resulta bastante ilustrativa la aclaración de voto formulada por el magistrado Rodrigo Uprimny a la sentencia T-1306/01. Al respecto dice el texto citado:

es cierto que en principio las meras discrepancias interpretativas no implican nunca una vía de hecho, pues la Constitución reconoce la autonomía funcional del juez en el ejercicio de sus funciones (CP art. 230). Sin embargo, como esta Corte Constitucional lo ha señalado de manera reiterada, ese principio tiene una limitación cuando la discrepancia se relaciona con el alcance de los mandatos constitucionales. En efecto como lo señaló la sentencia SU-327 de 1995, si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional entre el juez ordinario (dentro del cual para estos efectos hay que incluir al de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de esta el que prevalece, tal como se desprende, con toda nitidez, del fallo C-083 de 1995, al declarar la exequibilidad del artículo 8 de la ley 153 de 1.887 .

En idéntico sentido se ha manifestado la Corte en otras decisiones en las cuales la sentencia impugnada a través de la acción de tutela es fruto de una interpretación que, pese a no ser arbitraria desde el punto de vista del derecho legislado, desde la perspectiva del derecho constitucional - y en particular de la doctrina proferida por su intérprete autorizado - resulta violatoria de los derechos fundamentales comprometidos en el proceso. En estos casos excepcionales, la Corte Constitucional, ratificando muchas veces decisiones proferidas por la Corte Suprema⁴³, ha considerado que el juez que se aparta sin razón suficiente de la doctrina constitucional vigente ocasionando con ello una lesión a los derechos fundamentales comprometidos en el proceso, incurre en una vía de hecho judicial susceptible de ser impug-

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-123/95; C-037/96

⁴³ Cfr. Corte Constitucional sentencia T- 1017 de 1999

nada mediante la acción de tutela.

Reflexiones finales

Como se ha visto, existen poderosas razones para mantener en el ordenamiento jurídico la posibilidad de impugnar, mediante la acción de tutela, decisiones judiciales que han vulnerado derechos fundamentales, contra las cuales no procede ya recurso alguno. A este respecto existe adicionalmente una rica y coherente doctrina constitucional que merece ser estudiada con detenimiento para poder discutir con rigor sobre las bondades y riesgos de la figura en Colombia. Sin embargo, es cierto que existen algunos vacíos en el ordenamiento que deben ser cubiertos, preferiblemente por el legislador y, en su defecto, por la doctrina constitucional, a fin de que la operación de este importante instrumento de protección no tenga efectos colaterales nocivos para el ordenamiento constitucional.

Parece entonces que ha llegado el momento de hacer una evaluación realista y sosegada de la figura en comento y de proponer las alternativas de solución a los problemas y lagunas advertidos, sin que tales propuestas pasen por abolir de plano su existencia o por vaciarla de contenido. Para ello es importante que el debate se dé francamente. Es importante saber si lo que se quiere es que la jurisdicción constitucional quede reducida a su mínima expresión para poder regresar a los privilegios que existían antes de la Carta de 1991 o si, por el contrario, se busca mejorar y profundizar los mecanismos existentes para tener una jurisdicción constitucional fuerte y, en consecuencia, un sistema de garantías poderoso contra la arbitrariedad, y flexible y dúctil para satisfacer las necesidades de los seres humanos reconocidas en forma de derechos. Parece que esta última fue la apuesta de la Constitución de 1991. Una apuesta por la garantía plena y efectiva de los derechos de todos los habitantes de Colombia. Y esta es la misión indeclinable de la jurisdicción constitucional que, pese a todas las dificultades, en estos diez años de vigencia de la Constitución ha generado un nuevo modelo de actuación judicial, más cercano al ciudadano y más próximo a la realización de la verdadera justicia material.