

LA CONTRARREFORMA SUEÑA CON GOLPEAR LA "HEREJIA" DE LA TUTELA

OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ

Autor de los libros: Acción de tutela y Procedimiento en la tutela,
profesor de la materia en varias universidades

I. Presentación de los temas

Para hacer frente a la cada vez mas grave situación del país se propone una reforma, o mejor sería decir contrarreforma, que en lo que tiene que ver con la jurisdicción constitucional está centrada en dos actitudes: volver al "estado de sitio" incontrolado y recortarle las alas a esa acción que para los exégetas es una herejía: la tutela. Respecto a esta última propuesta, vale la pena hacer algunas reflexiones sobre el aspecto, de mayor controversia: ¿se debe acabar con la "vía de hecho" permitida en la llamada "tutela contra sentencias"?

Antes de responder esa inquietud, y para comprender el contorno social de la tutela, se precisará un aspecto práctico: la aceptación de los colombianos a la acción; y se desarrollará también un enfoque teórico-

institucional: la atribución que la Constitución le dio al juzgador de dar órdenes en la tutela, aumentando así el poder del Juez. Luego sí se verá lo de la vía de hecho.

Para una comprensión cabal del tema hay que recordar que la modificación central que se propone por el gobierno al Congreso sobre este tópico es textualmente esta: "En ningún caso la acción de tutela procederá contra sentencias". Es sabido que la Corte Constitucional, en sentencia de lo. de octubre de 1992 dijo que la tutela no cabe contra providencias judiciales, salvo *excepciones* que señala, (vía de hecho, perjuicio irremediable, dilación injustificada). De manera que lo que se propone en la contrarreforma apunta al desparecimiento de la excepción, o sea a borrar mediante norma constitucional la decisión jurisprudencial de viabilizar la tutela cuando un juez incurre en la llamada *vía de hecho*.

Como está presentada la propuesta, a primera vista, afecta la razón de ser de una acción que ha favorecido y debe seguir favoreciendo a las víctimas de una sociedad intolerante; deja sin control a actuaciones judiciales que algunas veces violan los derechos constitucionales fundamentales. Además, plantea innumerables inconvenientes, uno de ellos: desacelera la elaboración de una ponderada jurisprudencia de la Corte Constitucional, catalogada como una de las más avanzadas en Latinoamérica. Se puede opinar que este punto de la contrarreforma, más parecería que es una cuenta de cobro que se le pasa a quienes se han atrevido a erosionar la cortina de hierro que protegía al anquilosado formalismo jurídico. Y de todas maneras hay que resaltar que en Colombia, la acción de tutela procede contra las acciones u omisiones de "cualquier

pago o la nivelación de su salario, o que protestan por su no vinculación a las EPS o incumplimiento de éstas, muchos plantean la violencia intrafamiliar, hay varias tutelas contra actuaciones de la Fiscalía y al lado de estos bloques de peticiones están las tutelas presentadas por parlamentarios presos, por el abogado del Presidente de la República, por el apoderado del arquero René Higuita, por el Gobernador de Boyacá, por compañeras permanentes de oficiales de las fuerzas armadas, por aviadores, por recicladores que son desalojados sin previa reubicación, además hay quienes reclaman contra Embajadas, maestros que por motivo de la violencia piden ser trasladados, habitantes a quienes se les suspende la prestación del agua potable, reclusos que ven amenazadas sus vidas en patios de las cárceles, detenidas a quienes la directora de la cárcel de mujeres impide que les hagan llegar periódicos y revistas porque eso atenta contra la disciplina, el preso que pide que le dejen ver a sus hijos, el otro preso que ha sufrido de priapismo y no le hacen tratamiento oportuno y queda impotente; está también el hotel en Cartagena que se niega a negociar pliego de peticiones con su sindicato, la madre que pide que a su hijo en el servicio militar no lo envíen a "zona roja"; aparece el reclamo porque los jueces en dos sentencias diferentes decretan sustitución pensional, una en favor de la cónyuge y otra en favor de la compañera permanente, está la crítica al Juez penal que dicta sentencia condenatoria dentro de un proceso en que el sindicato no se



enteró de la investigación que contra él había porque los funcionarios se equivocaron respecto al sitio donde debían citarlo, la hija adoptiva a quien una sentencia no le pone sino el apellido materno, el párroco que desde el púlpito trata de comunistas y de "gente poseída por el demonio" a los integrantes de la acción comunal. En fin, son casos que expresan tragedia y esperanza de solución. Pero dentro del muestreo merecen mención especial por su contenido humano y por constituir prueba de la necesidad de un amparo inmediato, cuatro expedientes llegados en esos días de agosto:

- El rector de un colegio en el departamento del Valle es suspendido de su cargo. Se le revoca la sanción, pero no es reintegrado, ni sus salarios le son cancelados. Acude a la tutela y el juzgado se la niega. Impugna esta decisión y el juez ni siquiera le concede el recurso. A las pocas horas el peticionario muere, afectado por el cúmulo de injusticias.

- El defensor del pueblo en Ibaqué defiende a una niña de 11 años que tiene una anemia aguda y sus padres, por motivos religiosos, impiden la transfusión sanguínea. El juez ordena que en 48 horas se le haga el tratamiento requerido. La niña fallece un día después de dictado el fallo.

- Una maestra de escuela, con hipertensión arterial y arterioesclerosis obliterante, no puede caminar más de doscientos metros y se la obliga a desplazarse a seis kilómetros. Se le concede la tutela en primera instancia pero la Corte Suprema revoca el fallo.

- Los padres ancianos (uno de ellos con parálisis) son maltratados por su hijo, y su problema no es resuelto porque el juez de primera instancia les dice que no están en estado de indefensión.

Conste que todos estos casos venían incluidos dentro de lo que llegó a la Corte en solo 2 semanas. El rápido enunciado de lo que en un muestreo se observa no deja la menor duda de la gran demanda que tiene la tutela y de lo injusto que sería recortarla.

Pero concretándonos en el tema de este escrito: la llamada "tutela contra sentencias", vale la pena preguntar: ¿hay demanda para estos eventos?

Después de la sentencia del 10 de octubre de 1992 que declaró inexecutable la norma que permitía la acción de tutela contra decisiones judiciales, salvo las excepciones que

se indicaron, el porcentaje de expedientes por ese motivo disminuyó y un tema que amenazaba copar el primer lugar quedó relegado a un tercer lugar, de todas formas muy diciente.

Pero, hay que replantear la pregunta: trasladar la demanda hacia la oferta e indagar: *¿Qué ofrece actualmente el juez a las personas?*

Hoy, el acceso a la justicia no necesariamente está revestido con el ropaje de dispendiosos trámites, sino que también hay otro ofrecimiento, rápido, a través de la tutela, para el olvidado, para los niños, para los ancianos, para los inválidos, para los trabajadores, para todos, sin excepción, desde el ex-Presidente Misael Pastrana, quién reclamó en defensa de la ecología, hasta el niño indígena Carlos Canaguán de la comunidad de Manes quien pidió protección para su vida y la de sus compañeros de escuela rural; es decir, para ricos y pobres, famosos o desconocidos, ocurriendo algo paradójico: se ha desplazado la orientación del proceso, al menos en la tutela, ya no la tiene el litigante y ello se debió curiosamente, a la sentencia de la Corte que dijo que no hay tutela contra providencias judiciales (salvo las excepciones ya dichas). Esta decisión ha traído consecuencias prácticas, la principal de las cuales es el desplazamiento de los abogados como impulsores de la tutela, lo cual significó el alejamiento del formalismo, del procesalismo, de la tutela como recurso, y, consecuentemente, la fuerza que adquirió como acción y no como un simple



proceso. En otras palabras, el espacio de la tutela lo ha copado el hombre común y corriente, por eso la palabra *Tutela* ingresó al vocabulario popular, es, además un desarrollo del lenguaje social y esto debe ser respetado, inclusive, obliga al operador jurídico a salir de su teórica y a veces confusa redacción para acercar la sentencia a la lectura de profanos.

No hay la menor duda de que si se le hiciera caso a la contrarreforma, recortándose el alcance de la tutela, habría una injustificada restricción a la oferta de la justicia que la ciudadanía apetece y esto repercutiría negativamente en la legitimidad del Estado porque la tutela, en buena par-

te, ha contribuido para que se readquiera la confianza en la justicia, siempre y cuando el Juez haga uso correcto de sus funciones, y, esto nos ubica en este otro tema:

III. El poder del juez

La sola frase mortifica a algunos porque en Colombia se formó una mentalidad jurídica en la cual los intérpretes de la norma perdieron la imaginación y llegaron al extremo de negarse ellos mismos la posibilidad de interpretar la ley, creyendo, erróneamente, que hacerlo era legislar. No siempre había sido así. En Latinoamérica el poder del juez ha sido grande, más por influencia norteamericana que por el ejemplo de Europa, ya que allí, en los albores del estado liberal, bajo la influencia jacobina, se tuvo recelo de los magistrados porque se los identificaba con los obsecuentes servidores del sistema feudal.

En nuestro país, en materia de producción jurídica, se puede sostener la tesis de que en la década del cuarenta, al iniciarse el estado de sitio cuasipermanente, se dejó de lado la creación y se sucumbió ante el rígido esquema del formalismo, hijo espúrio del menoscabo de las garantías individuales. Antes de dicha década, tomando como muestra las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de constitucionalidad, se tiene que había una relativa audacia en la interpretación de la norma que sólo viene a recuperarse en 1991, en la Corte Cons-

titucional. En efecto, una vez establecida la acción de inconstitucionalidad por el Acto Legislativo No. 3 de 1910, al principio fué muy ágil la jurisprudencia nacional: se profirieron varias sentencias "integradoras" y "condicionales" (un gran avance para la época)², se informalizó la acción de inconstitucionalidad permitiéndose que la ejerciera cualquier ciudadano entendiendo por tal el habitante de la ciudad³, no se restringió para los funcionarios judiciales como sujeto activo⁴, hubo atisbos del llamado actualmente "bloque de constitucionalidad"⁵, en cuanto se le dio importancia a los Tratados Internacionales; y, con base en fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se admitió la razonabilidad como forma de sustentar las decisiones⁶. En la década del treinta, es suficientemente conocida la Corte Admirable durante la presidencia de Alfonso López Pumarejo, audaz en lo civil, mientras, paralelamente, en los tribunales y en el foro se desarrollaba la escuela positiva del derecho penal con singular brillo. Desafortunadamente, desde 1944, y, especialmente desde noviembre de 1949, el país principió a vivir, a pensar, a expresarse dentro del escabroso esta-

dio del régimen marcial, del antiderecho. La normatividad excepcional pasó a ser normal, la Corte Suprema le dio la bendición a numerosas restricciones a las libertades individuales, ahí están a manera de ejemplo las sentencias de Aníbal Cardoso Gaitán el 12 de junio de 1945 y el 9 de abril de 1955, la de Barrera Parra el 28 de junio 1956, la de Gustavo Fajardo Pinzón el 11 de abril de 1967, que justifican la represión, excluyen el control de la Corte sobre los motivos de la declaratoria de estado de sitio, permiten el "in dubio pro presidente", restringen las libertades individuales y se tuerce el pescuezo al "derecho de gentes"⁷. En este clima floreció silvestre el culto a

la exégesis y el miedo a otros sistemas interpretativos. Por supuesto que no todo era oscuridad, ocasionalmente brillaban algunos fallos o algunos salvamentos de voto, siendo el más importante el de Fernando Hinestrosa Forero el 29 de febrero de 1968.

Lo ocurrido desde 1944 hasta 1991 iba en contravía de la flexibilidad que en la doctrina tenía la interpretación jurídica y de paso se afectó el real poder del Juez y se olvidó que en la misma Constitución anterior a 1991, a la natural función de administrar justicia (artículo 58 de la Constitución de 1886), se había agregado desde principios de este siglo el retiro de la norma del universo jurídico (acción de inexequibilidad) por parte de quien en aquel entonces era la cabeza del poder judicial (Corte Suprema de Justicia) y la inaplicación razonada de la norma (excepción de inconstitucionalidad) por parte de



2. Sentencias 2 de agosto de 1912; 28 de julio de 1924; 23 de junio de 1913; 22 de marzo de 1919; entre otras.

3. Sentencias: de 7 de agosto de 1913, 17 de diciembre de 1926.

4. Sentencia de 17 de junio de 1918.

5. Sentencia de 6 de diciembre de 1930.

6. Sentencia de 13 de noviembre de 1928, providencia que, por otros aspectos, es muy discutible.

7. El antecedente de estas decisiones se encuentra precisamente en la mencionada sentencia del 13 de noviembre de 1928, pocas semanas antes de la masacre de las bananeras, en la cual se declararon exequibles la mayor parte de los artículos del decreto 707 de 1927 "por el cual se dictan reglamentos de Policía Nacional sobre orden público". En dicho fallo, invocándose el peligro de los "SOVIETS", se le reconocen al Presidente de la República "poderes implícitos" y se llega a esta elaboración teórica trayéndose a colación una decisión del Juez norteamericano John Marshall en 1819, en el caso de *McCulloch vs. Maryland*, sobre el banco nacional, en el cual Marshall resaltó los PODERES IMPLÍCITOS DEL CONGRESO; pero, la Corte Suprema de Colombia, tergiversando el planteamiento, los trasladó afortunadamente al ejecutivo.

todos los juzgadores. Es decir, al menos en teoría, la rama judicial tenía poder.

En la Constitución de 1991 se le dio a los jueces una función adicional que aumentó su poder: la de dar órdenes en los fallos de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas. De la noche a la mañana el juez se vio ante el desafío de solucionar en el término de la distancia los problemas que le planteaba la novel acción de tutela y para lograrlo no tuvo camino diferente al de comprender que el derecho no es un arte simple sino que se acerca más a la ciencia y por eso se imponía cambiar la mentalidad jurídica tradicional. Al mismo tiempo, para darle vida a la nueva Carta, surgió la necesidad de acudir a las modernas formas de interpretación de la norma jurídica alejadas de la cultura formalista. Por supuesto que la necesidad de un *nuevo derecho* mortificó a los anquilosados pontífices de la doctrina nacional, golpeó a abusadores e intolerantes y en las Facultades de derecho y en los juzgados hubo que desempolvar la fecunda producción jurídica que había existido en Colombia en la primera mitad de este siglo. Es decir, se pasó de la patria boba de la simple sintaxis al terreno fértil de la semántica, de la pragmática y al post-positivismo que lee la norma más allá de lo escrito.

Se tornó indispensable recuperar la rica experiencia que viene desde Ihering para quien el derecho auténtico no es el que aparece en el texto

legal, sino el que realmente vive en la gente y se materializa en las sentencias, pasando a Oliver Holmes para quien el problema consiste en encontrar "las premisas correctas", a Geny quien considera que hay que investigar las realidades sociales concretas. Y, en los albores del presente siglo a Gneus Flavius con su movimiento de "libre jurisprudencia", Hermann Kantorowicz en su ataque a la lógica formal, Maurice Hauriou para quien la función judicial debe disponer por encima de la letra muerta de los textos. Experiencia que se nutre con la escuela de la jurisprudencia sociológica (el derecho como instrumento para la vida social); con el positivismo de Kelsen para quien la sentencia crea norma individual. Acercándose a la mitad de este siglo, aparece vigorosa la enseñanza no siempre pragmática que deja Dewey y que ejerció una influencia extraordinaria en el pensamiento anglosajón, es allí donde se plantea la gran proyección de Hart y de Dworkin, con notables incidencias en los efectos de la interpretación. No se puede dejar de lado la "jurisprudencia de intereses" (proteger la totalidad de intereses que el legislador ha considerado dignos de protección y en la gradualidad que ha estimado). Toda una experiencia extraordinaria que en los últimos tiempos incluye la prudencia dentro de la interpretación (del profesor alemán Ottmar Ballweg), lo cual permite "comparar lo incomparable" para resolver los conflictos; el realce de los derechos fundamentales explicados con argumentos muy fuertes por el filósofo y jurista Robert

Alexy, alemán, y dentro de los norteamericanos el filósofo John Rawls con su modelo político-consensual-participativo de democracia; para llegar hoy a la lógica de las normas de Von Wright y a la interpretación por la lógica de lo razonable como instrumento para la individualización del derecho de Perelman.

Como se ve, la ciencia jurídica ha evolucionado notablemente en este siglo y hay que admitir que durante muchos años algunos juristas y profesores estuvieron ausentes de esta realidad. Frente a esto no hay propuesta distinta a la de recuperar el tiempo perdido.

Por ello, desde 1992, cuando principió a funcionar la Corte Constitucional surge una nueva visión en sentencias de inconstitucionalidad y en las de tutela; y adquirió *particular* relieve la interpretación, superándose la posición del operador jurídico como simple albacea del texto legal y se aceptó una interpretación moderna para una *constitución viviente*.

Es obvio que en este proceso adquiere mayor poder el Juez constitucional, entendiendo por tal no sólo a la Corte Constitucional sino a todos los jueces cuando intervienen en las acciones de tutela.

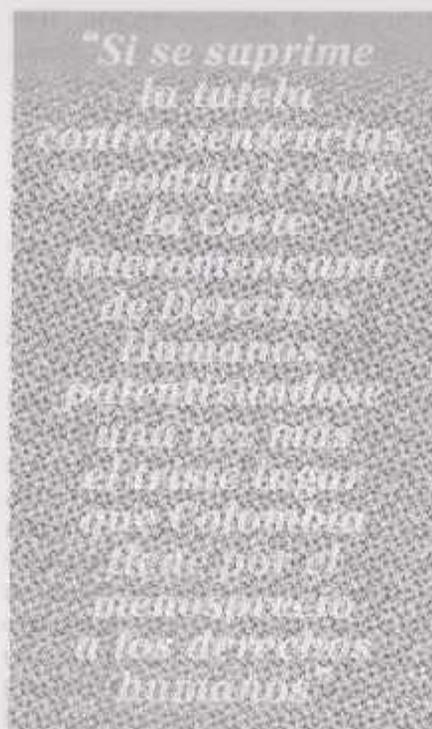
Si ello es así, no se entiende por qué se le restringe poder al juez constitucional y ello ocurre precisamente en detrimento del amparo a los derechos fundamentales. No es prudente desandar el camino, por el contrario hay que continuar oxigenando la jurisprudencia y la doctrina.

En el centro de esta problemática se ha ubicado la discusión sobre el poder del juez constitucional que puede contrarrestar el poder del juez ordinario en el evento de la tutela contra providencias judiciales.

IV. Argumentos en pro y en contra de la tutela contra sentencias

Quienes dicen que no cabe la tutela en estos casos, argumentan que no se deben revivir procesos fenecidos, que se debe respetar la cosa juzgada a la cual le dan carácter metapositivo, que no se deben enervar las decisiones judiciales y el sistema debe ser consistente. Plantean que no deberían establecerse paralelismos, especialmente si pueden, en determinados casos, caber la nulidad o la revisión. El telón de fondo es la seguridad jurídica, que para ellos no se antepone a la justicia sino que la integra.

Quienes están en favor de la tutela contra sentencias argumentan que lo normal es que una sentencia que tenga vicios pueda ser revisada, lo cual implica, en cierta forma, que aún no hay cosa juzgada real, por eso se dice que habría un remedo de sentencia; que en verdad no se trata de una nueva instancia; que lo esencial es que se complete el sistema armónico de control constitucional, porque los jueces están vinculados a la Constitución y sería absurdo que se quedara impedido del acceso a la justicia constitucional cuando se trate de cuestionar sentencias o provi-



dencias de la jurisdicción ordinaria. Y también se dice que es uno de los costos que la jurisdicción ordinaria tenía que asumir al establecerse la jurisdicción constitucional y empezar a operar la Corte Constitucional. Se rebate lo de la seguridad jurídica diciéndose que no hay que anteponeerla a la justicia material y que una cosa es la seguridad jurídica y otra cosa es la idea anacrónica de la seguridad jurídica. Y se formula un argumento muy fuerte contra quienes idolatran la cosa juzgada: ¿Qué hacer ante una cosa juzgada fraudulenta? ¿Hay que mantener la cosa juzgada si se basa en una norma legal in-

constitucional? Hay quienes agregan que el Pacto de San José de Costa Rica establece dicha protección en el artículo 25 contra todos los actos y aún por violación de la ley y de dicha Convención, y, entonces, si se suprime la tutela contra sentencias, se podría ir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, patentizándose una vez más el triste lugar que Colombia tiene por el menosprecio a los derechos humanos.

Algunas de estas razones aparecen planteadas tanto en la Sentencia C-543/92, como en el salvamento de voto que se le hizo.

En realidad, en Colombia, desde la sentencia del 10. de octubre de 1992, que aparentemente retiró del universo jurídico la tutela a sentencias, la Corte permitió excepcionalmente la tutela contra sentencias por vías de hecho, por dilación injustificada de las decisiones y por perjuicio irremediable. Es una tesis *permissiva*, intermedia, equilibrada, que no implica avasallar a los otros componentes de la rama judicial. (En otros países la Corte Constitucional no hace parte de la rama judicial).

Es importante explicar la principal excepción, la vía de hecho, ya que parecería que el perjuicio irremediable jurisprudencialmente se está integrando a aquella y que el retardo del juez para decidir difícilmente prospera, además esta dilación se ubica dentro del discutible tema de la "tutela por omisión".

V. ¿Qué es una vía de hecho?

Hay quienes sostienen que la teoría de la vía de hecho es administrativa. Otros hablan de estrategia lingüística. Lo primero que hay que tener en cuenta es que la vía de hecho sólo debe ser para las sentencias que no producen efecto normativo general⁸. Luego, se puede afirmar que existe la vía de hecho cuando:

- Hay grave violación a las normas procesales.
- Hay violación de principios constitucionales.
- Existe desconocimiento de hechos determinantes.
- La violación de los derechos fundamentales significa un perjuicio irremediable.

Lo anterior plantea un tema demasiado importante: el del debido proceso. En este campo no se puede dejar de lado unas breves anotaciones: hay que decir que existe el debido proceso adjetivo: la aplicación de normas procedimentales, que muchas veces se ambiciona constitucionalizar, (tal ocurre en el artículo 29 C.P.), ello obedece al reclamo social de dar alcurnia constitucional a elementos del debido proceso, esto conlleva el garantismo, frente al eficientismo. Pero también existe el debido proceso sustantivo, de origen anglosajón, muy ligado a la *razonabilidad*. Como se ve, el debido

8. Ver sentencia T-282/96, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

proceso es muy complejo. Hay quienes hablan de debido proceso del acusado, debido proceso de las víctimas, debido proceso de la sociedad toda; y es dinámico (emana de la labor de los Tribunales y especialmente de la Corte Constitucional que puede crear subreglas que se convierten en parámetros obligatorios de interpretación). Otra faceta del debido proceso hasta ahora poco explotada es el *derecho al juez natural*. Esto que aparentemente es manejable, que a veces se confunde con el juez competente, tiene aspectos muy complicados que inciden en la sentencia y por lo mismo no deberían quedar excluidos de la tutela, por ejemplo: las detracciones singulares (se crea un juez ad-hoc), detracciones globales (se suprime un órgano del poder judicial), desfiguración de un órgano del poder judicial (se asciende al juez para quitarle un proceso), habilitación de instancia revisora (caso del general Videla en Argentina creándosele instancia superior para que lo absolviera), o manipulación de las mayorías en la votación (caso de la Cantuta en el Perú: se investigaban militares por desaparición y asesinato de profesor y alumnos universitarios; se suscitó colisión de competencias entre la justicia penal militar y la ordinaria, la Corte Suprema tenía que decidir requiriéndose 4 votos, el resultado fue 3 a 2 a favor de la justicia penal militar, un conjuer puso la votación 3 a 3, se eligió el conjuer definitivo, a las pocas horas, Fujimori dictó un decreto diciendo que la mayoría era de 3 y dándose por lo tanto validez a una

decisión que anteriormente no era válida).

Hay violaciones a aspectos del debido proceso, tanto adjetivo como sustantivo, que en no pocas ocasiones, constituyen vías de hecho. Pero, antes que todo, valga una cita para saber cuando hay conformación de una vía de hecho:

"Es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales". En efecto, si bien es cierto que en la Sentencia C-543 de 10. de octubre de 1992, esta Corporación declaró inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2191 de 1991, también lo es que en tal fallo se permitió reaccionar ante determinadas providencias, ya sea para evitar perjuicios irremediables y defender los derechos fundamentales de las personas, o ya sea porque determinadas actuaciones judiciales pueden configurar vías de hecho que vulneran derechos fundamentales. Así, en el citado fallo, la Corte precisó que no "riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales"¹⁰.

9. Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional T-43/93, T-79/93, T-198/93, T-173/93, T-331/93, T-368/93, T-245/94.
10. Corte Constitucional. Sentencia T-543/92, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¿Cuando se configura entonces una actuación o vía de hecho imputable a un funcionario judicial? Esta Corporación ha delimitado el alcance de la vía de hecho judicial y ha señalado que ésta existe "cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona"¹¹. En efecto, en tales circunstancias, el funcionario judicial antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia. En realidad son vías de hecho, frente a las cuales procede la tutela, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos procesales señalados por la Constitución, a saber que se esté vulnerando o amenazando un derecho fundamental, y la persona no cuente con otro medio de defensa judicial adecuado. Así, al respecto ha dicho esta Corporación:

"No es la apariencia de una decisión, sino su contenido, lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez. Hay que distinguir entre providencias judiciales y las



vías de hecho. Las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico. Las segundas son apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas. De suerte que la violación de la Constitución Política por parte de la autoridad judicial puede ser atacada mediante la acción de tutela, siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Carta y no exista otro medio de defensa judicial para la adecuada protección del derecho fundamental lesionado"¹².

Estas vías de hecho judiciales son impugnables mediante tutela por cuanto vulneran el debido proceso (CP art. 29) y el acceso a la justicia (CP art. 229). El derecho al debido

proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y es desarrollo del derecho de toda persona natural o jurídica para acceder a la administración de justicia; esta forma de acceso incluye la oportunidad de recibir tratamiento justo, lo cual implica la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.) y la oportunidad de defenderse, es decir, que la justicia valore las pruebas y los razonamientos pertinentes. Así, la Corte ha dicho que "la vía de hecho judicial, en la forma y en el fondo, equivale a la más patente violación del derecho a la jurisdicción"¹³.

La conclusión es: si ya hay precisión jurisprudencial, si la "tutela contra sentencias" excepcionalmente se acepta y hay toda una teoría sobre la *vía de hecho*, entonces, ¿para qué establecer en la Constitución la prohibición de esa aceptación jurisprudencial?

VI. ¿Cuáles problemas adicionales trae la propuesta de no Tutela a sentencias?

La simple lectura de la propuesta del gobierno no ofrecería duda alguna: no habrá acción de tutela contra sentencias, sin distinciones, sean profesadas o no por un juez. Pero, en la práctica y en la teoría surgen dificultades. Por ejemplo, una relacionada

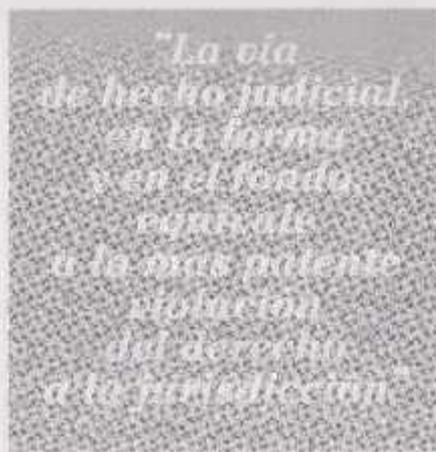
11. Cf. Corte Constitucional. Sentencia T-079 de febrero 26 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver igualmente Sentencia T-336/93. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

12. Sentencia T-368 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

13. Corte Constitucional. Sentencia T-231/94 del 13 de mayo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

con la ciencia jurídica: ¿qué se entiende por sentencia?

Algo aparentemente sencillo, no lo es. La Constitución habla de *providencias judiciales* (artículo 230), una especie de dichas providencias es la sentencia; pues bien, la ley estatutaria de la justicia no define qué es sentencia, se limita a señalar cómo se elabora (artículo 55). Para dar una contestación más precisa a qué es sentencia, hay que decir que el fallo es la principal meta de la justicia, es de la esencia de la función jurisdiccional que aparece en el artículo 116 de la Carta: *administrar justicia*, función que se integra con el Preámbulo de la Constitución: asegurar a los integrantes del pueblo la justicia, con el artículo 2 de la misma que establece dentro de los fines esenciales del Estado: asegurar la vigencia de un *orden justo*. En otras palabras, se adopta un criterio finalista; tan es así que el artículo 10. de la Ley estatutaria de la justicia dice: "La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional". Se trata, pues, de lograr una *justicia real*, por eso cobra fuerza la *prevalencia del derecho sustancial*, como lo establece el artículo 228 de la Constitución, lo cual implica que una providencia que formalmente sea elaborada como sentencia, no siempre lo será si se afecta el núcleo



de la administración de justicia, en esta última hipótesis se tendría una apariencia de sentencia y es obvio que la Constitución no puede proteger una aberración de estas. ¿O, es que se propone que de ahora en adelante todo lo que formalmente sea elaborado como sentencia judicial, se presume que no viola ningún derecho fundamental?

Si se entiende por sentencia lo que en tal condición se califica por los respectivos Códigos de Procedimiento, se tendría que se le daría rango constitucional a disposiciones simplemente legales.

Si se acude a la doctrina, la sentencia se podría caracterizar de muchas formas: dentro de un esquema sencillo, deductivo, como "el mandato y juicio lógico del juez para la declaración de la voluntad del Estado, contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto"¹⁴; y

14. Hernando Devis Echéandía, *Compendio de Derecho Procesal*, T.I, p. 373.

se podrían dar tantas definiciones de sentencia cuantos conceptos se tengan del derecho; es que aún para los grandes positivistas de este siglo el derecho es visto de manera diferente, es un "orden normativo coactivo" para Hans Kelsen, es "un sistema de reglas que puede ser identificado recurriendo a la regla del reconocimiento" para Herbert Hart. Para los no positivistas, la comprensión es totalmente distinta y si lo explica Robert Alexy: "Como no identifica el derecho con la ley, para él la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente"; y habría que leer con detenimiento a Dworkin quien desarrolla una "teoría de la sentencia". Como se aprecia, el concepto de sentencia implicaría tomar partido sobre lo que se entiende por derecho y no es función del Poder Constituyente constitucionalizar una concepción.

Si la propuesta del gobierno ubica a la sentencia dentro del campo de la legalidad formal estrecha, propia de los glosadores de la edad media, automáticamente estaría excluyendo otras concepciones que hoy hacen parte del avance mundial en la ciencia jurídica; se olvidaría que desde 1937 se habla del "Tribunal Moderno", que causó impacto en la época de Roosevelt.

Y, si la intención no es tan retardataria, ni tan excluyente y permitiera, a la hora de la verdad, volver a la vía de hecho, la prohibición de tutela contra sentencias produciría el actual resultado paradójico: obligar al

Juez de tutela a hacer un previo calificativo de la providencia contra la cual se presenta la tutela: si fue bien elaborada, si lo es dentro del ordenamiento y la eficacia social, si se procedió dentro del debido proceso adjetivo y sustantivo, para citar unas pocas variantes de las muchas que jugarían en la calificación de si se está ante una verdadera sentencia o ante un acto abusivo con disfraz de sentencia, en otras palabras, la norma que se propone en la contrarreforma obligaría a un acto interpretativo lejano de la vieja opinión de qué es interpretación¹⁵ y se llegaría al mismo estado de cosas que hoy existe.

Y, si, como lo dice la exposición de motivos de la contrarreforma, se trata es de cumplir con una jurisprudencia

de la Corte Constitucional, la contenida en la C-543/92, entonces habrá que tener en cuenta las excepciones que la misma sentencia estableció y que ya fueron indicadas en este escrito.

A todo lo anterior habría que agregar otras inquietudes de orden teórico práctico:

a) Algunos procesos de jurisdicción voluntaria contienen en verdad "actos administrativos" calificados como sentencias. Hay un caso concreto que surgió a la luz pública en la llamada "tutela del niño castrado": una de las razones para presentarla fue la de que un juez ordinario mediante "sentencia" ordenó cambiar el nombre masculino del niño por un nombre de mujer. Fue la tutela el medio idóneo

para enmendar semejante equivocación. Algunos de los argumentos de la Corte Constitucional fueron:

"Hay que resaltar que los actos relativos al estado civil (como el de modificación de nombre en una partida) son en sí actos administrativos aunque requieran la actividad del juez, mediante el llamado proceso de jurisdicción voluntaria. Por eso los constitucionalistas Fix Zamudio y Cappelletti los califican como simple acto administrativo. El propio Calamandrei considera como equívoca la calificación de jurisdicción que se le da a la jurisdicción voluntaria. Y, Hernando Morales, aunque habla de la semejanza a la jurisdicción, recuerda:

"Tales actos se denominan de jurisdicción voluntaria o graciosa, palabra ésta derivada de la jurisdicción que en forma de gracia ejercía el Pretor en Roma y que posteriormente pasó a los Cónsules, quedando aquél con la jurisdicción contenciosa. La jurisdicción voluntaria, una parte de los autores opina que no constituye propiamente actividad jurisdiccional sino administrativa confiada a autoridades judiciales, pues sus resoluciones tienen un valor precario y no hacen cosa juzgada"¹⁶.

Si el llamado proceso de jurisdicción voluntaria, propiamente no es un proceso judicial, entonces, es

15. WOLFE al investigar las diversas eras del constitucionalismo norteamericano gráficamente dibuja lo que hoy es la interpretación jurisprudencial: "La moderna opinión de la interpretación es diferente. Quizá la mejor analogía que se puede ofrecer es la siguiente. Se dice que un actor "interpreta" un personaje particular en una obra. Esto puede significar que su meta es representar su papel, de forma que se conforme lo más posible al propósito del autor de la obra. (Este propósito puede ser, por supuesto, más o menos claro). También puede significar, no obstante, que el actor tiene libertad, dentro de los límites de lo que es posible que admita la obra, para representar el papel de varias maneras diferentes, y que no está necesariamente limitado por la finalidad del autor. La calidad de la "interpretación" de un papel por parte del actor, en este sentido, podría decirse que depende mucho más de su "creatividad" que de su conformidad con la intención del autor de la obra. Este amplio (y, sospecho, moderno) concepto del trabajo de un actor "interpretando" un papel parece ser el sentido en el que debe entenderse la moderna "interpretación" constitucional".



16. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, 10a. Edición, p. 30.

difícil ubicar la decisión dentro de las no susceptibles de tutela. Y si la decisión en la "jurisdicción voluntaria" es precaria, es posible que mediante tutela se den órdenes que alteren el fallo en la "jurisdicción voluntaria" siempre y cuando estén de por medio los derechos fundamentales¹⁷.

b) Otros procesos, a pesar de ser contenciosos, no conducen a efectos de vigencia indefinida, son los casos "rebus sic stantibus", como p. ej., los contenciosos de alimentos, de suspensión de patria potestad. En otras ocasiones, no se define el fondo del litigio, en las llamadas sentencias inhibitorias. ¿Cuál la razón para que no se protejan los derechos fundamentales en esta clase de decisiones?

c) Surge también la inquietud de qué ocurriría con los fallos que se profieren en jurisdicciones especiales como la indígena. Recientemente prosperó en la Corte Constitucional una tutela contra un fallo proferido por la Asamblea General de Cabildos de la Comunidad Chamí que condenó a veinte años de cárcel a un indígena. La Corte ordenó "Consultar a la comunidad embera-chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales de las que hace parte la pena

imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento"¹⁸. Es sabido que contra las decisiones de esta jurisdicción especial no hay segunda instancia, luego la tutela es la única vía para controlar el debido proceso y evitar las vías de hecho. Sería injusto restringir esta posibilidad.

d) Hay otro ejemplo de decisión que sólo tienen una instancia y por lo tanto necesita control, máxime si es de origen legal: el *exequatur* al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros. La Corte Suprema, Sala Civil, en estos eventos tiene que analizar la jurisdicción y la legalidad del acto en su país de origen, tiene que examinar que no se afecte el orden público, estudiar si en el país donde se pronunció la sentencia se reconoce igual valor a las del país donde se la quiera hacer cumplir y si se halla estipulado en tratados públicos. Sería injusto que cometidas vías de hecho en el *exequatur*, éste escapara a la tutela y adquirieran validez decisiones extranjeras que no deberían tenerla

o que no se les diera validez a las que correspondería.

Como se aprecia, el texto de la contrarreforma no es coherente. Por primera vez en el mundo se prohibiría constitucionalmente que un amparo constitucional a los derechos fundamentales no operara para actuaciones de una de las ramas del poder público. La exclusión existe en la Argentina, mediante ley, pero ocurre que allí la acción de amparo ha sido creación jurisprudencial; en todos los demás países donde opera dicha acción, la mayor parte de los casos corresponde precisamente a tutela contra providencias judiciales (en España supera el 90%). En Colombia no hay desborde en la "tutela contra sentencias" porque en jurisprudencia ponderada se permite sólo en excepcionales casos. Es aberrante que se expida una norma constitucional para hacerle caso a estrechas concepciones jurídicas llamadas a recoger, en detrimento de una justicia más humana.

17. Sentencia T-477/95; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

18. Sentencia T-349/96; Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.