

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES ENTRE LO DIFICIL Y LO TRAGICO

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Profesor Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Colombia

Este texto tiene dos partes perfectamente distinguibles –y hasta distintas–. Una de ellas –la correspondiente al subtítulo– es una aproximación a un tema de filosofía del derecho cuya más acabada versión la hemos leído y escuchado al filósofo del derecho español Manuel Atienza; se trata del problema de la existencia en el derecho de los casos fáciles y los casos difíciles a lo cual agrega Atienza la existencia de los casos trágicos. La pretensión es ilustrar con algunos ejemplos de la práctica judicial colombiana, concretamente acciones de tutela contra decisiones judiciales, casos difíciles y trágicos. La otra parte del escrito –la correspondiente al título– es de carácter descriptiva y estrictamente jurídica. Se trata aquí de mostrar la génesis de la acción de tutela contra decisiones judiciales en Colombia y sus principales desarrollos jurisprudenciales. Justifico su inclusión –que bien podría aislarse o suprimirse, o por lo menos su lectura obviarse– porque da un mayor contenido y ayuda al mejor entendimiento de la tesis sobre las vías de hecho sostenida actualmente por la Corte Constitucional colombiana, base de nuestro trabajo ilustrativo de los casos difíciles y trágicos.

Sirva la presentación que se hace sobre los casos trágicos, la pretensión de ejemplificarlos, y la tímida sugerencia de ampliar su base teórica, como un simple

estímulo para propiciar en Colombia la discusión –que apenas sí comienza– en torno a uno de los tantos aportes de Manuel Atienza hechos a la filosofía del derecho.

I. Casos difíciles y fáciles

La ya clásica división entre casos fáciles y casos difíciles¹ en el derecho, tiene como versión básica y de la cual arrancan casi todas las discusiones, la de Ronald Dworkin².

La caracterización de lo que es un caso fácil y uno difícil, sin embargo ha tenido diversas aproximaciones y críticas³. La más conocida distinción es, al parecer, la de

1. Desestimamos el análisis de los llamados "casos intermedios", por no ser relevantes para lo que aquí se quiere mostrar.

2. DWORKIN Ronald, "Los casos difíciles", en *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel-Derecho, 1984. Una versión igualmente ilustrativa es la de MacCormick Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1995.

3. Cfr. v.g. la cita que hace Manuel Atienza en "Los casos límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos", mimeo, 1996, p. 5., de Pablo Navarro, para señalar los múltiples significados con que se usa la expresión «caso difícil». Véase además la interesante caracterización de casos difíciles realizada por César Augusto Rodríguez Garavito, en su tesis de grado "Los casos difíciles en la

considerar caso fácil aquel susceptible de tener una sola respuesta correcta, mientras que el difícil tendría más de una. A Dworkin como es sabido, sin embargo, lo seduce la idea de poder encontrar una única respuesta correcta en los casos difíciles⁴.

Manuel Atienza considera como casos fáciles "aquellos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho"⁵. Adicionalmente Atienza y Ruiz Manero convienen en que la caracterización del caso fácil tiene como base la coherencia entre la regla y el principio o sistema de principios de donde emerge⁶.

Otra cosa piensa Alexy quien llega a considerar, prácticamente, inexistente el caso fácil en el derecho, en la medida en que en todos debe hacerse una valoración –el problema es de grado, no de existencia de la valoración– a la hora de tomar un juez una decisión⁷. Este

jurisprudencia constitucional colombiana", Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1995, pp. 6 a 10. Y en un muy agudo ensayo sobre las relaciones entre lógica y derecho, Aquiles Arrieta Gómez da su propia versión del caso difícil, luego de demostrar que las nociones de contradicción y deducción propias de la lógica formal, deben ser miradas con sospecha en el ámbito jurídico, pues se trata de juegos –en el sentido Wittgensteniano– completamente distintos: "Y es probable que la diferencia entre los llamados casos difíciles y fáciles, no se deba a que en algunos las premisas normativas son claras y permiten inferir sin mayores dudas la consecuencia, mientras que en otros tal inferencia es problemática. Más parece que el auditorio está 'persuadido' de que en ciertos casos una solución es prácticamente evidente y no da lugar a problematización, mientras que otras son mucho más complejas. Según esto, los casos difíciles serían aquellos en los cuales se ha evidenciado el sinsentido de hablar de una inferencia clara, mientras que en los fáciles se aceptaría, como un acto de ilusionismo, que de ciertas normas se pueden inferir otras. La hipótesis de que los enunciados de carácter prescriptivo se siguen lógicamente de normas generales, necesariamente no tiene sentido. En derecho, decir que una norma se deduce de otra, es una metáfora equivalente a decir que la naturaleza obedece a las leyes" –subrayas del texto–. "Prácticas encontradas. Sobre los límites entre lo lógico y lo jurídico", en Revista de derecho privado No. 18, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, junio de 1996, pp. 211-212.

4. Cfr. DWORKIN Ronald, "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", en El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo, Casanovas Pompeu y Moresco José Juan (editores), Barcelona, Crítica, 1994, pp. 475 a 512.

5. "Los casos límites..." cit., p. 4.

6. ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO Juan, Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Barcelona, Ariel-Derecho, 1996, pp. 22 y 23.

7. Cfr. ALEXY Robert, Teoría de la argumentación jurídica, traducción

planteamiento pareciera aceptarse, por lo menos en cierto sentido, por el mismo Atienza –a pesar de la cita anterior– quien parafraseando a Dworkin afirma: "la distinción entre casos fáciles y difíciles queda también aquí notablemente relativizada; las fronteras entre ambos tipos de casos son fluidas, pues siempre cabe que surjan circunstancias que hagan que el 'sistema de los principios' impida que un determinado tipo de caso –hasta entonces fácil– pueda seguir siendo considerado como subsumible bajo una determinada regla o conjunto de reglas"⁸.

Respecto de los casos difíciles Atienza recuerda que se presentan "cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una elección"⁹. En tales casos, "la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros [casos fáciles], una labor interpretativa"¹⁰.

Alexy admite la existencia de varias respuestas correctas frente a los casos difíciles; la respuesta única, ni siquiera la toma en cuenta como idea regulativa: "La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Solo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así respuesta correcta"¹¹.

A la posibilidad de distintas respuestas correctas en los casos difíciles, MacCormik, al igual que Perelman, considera que le sigue el argumento de autoridad, como criterio de corrección, ante la necesidad de tomar una decisión. MacCormik, sin embargo, en ocasiones apela a una instancia objetiva-ideal: "el espectador imparcial",

de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

8. "Los límites..." cit., p. 17, nota 6.

9. "Sobre lo razonable en el derecho", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9 N° 27, Septiembre-Diciembre 1989, p. 99.

10. Atienza, "Los límites..." cit.

11. ALEXY Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en Doxa, N° 5, Alicante, 1988.

como criterio de corrección, en una asimilación a la de "auditorio universal" de Perelman.

II. Los casos trágicos

A esta tipología de casos fáciles y difíciles Atienza agrega la de los casos trágicos, que se caracterizan porque en ellos "no existe ninguna respuesta correcta, esto es, casos jurídicos que no pueden decidirse si no es vulnerando el ordenamiento jurídico"¹². Tales casos "plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema"¹³.

Lo trágico, como parte fundamental en la caracterización de la argumentación jurídica, está presente en el trabajo de Atienza desde hace ya varios años¹⁴. Allí, el autor advierte cómo ni Dworkin, ni sus críticos toman en cuenta "lo que se podría llamar –como tercera categoría, al lado de los casos fáciles y de los difíciles– **casos trágicos**" (p. 101) (subrayas del texto), sugiriendo confrontar al efecto el trabajo de Guido Calabresi y Philip Bobbitt, "Tragic Choices" (Norton, Nueva York, 1978).

Atienza afirma allí que "un caso puede calificarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo", y concluye defendiendo la tesis de que en los casos trágicos puede hablarse de decisiones justificables o razonables en un sentido débil: "tan solo en el sentido de que se pueden dar razones en favor de su adopción que son mejores que otras. La justificación sería, cabría decir, tan solo relativa: la decisión en cuestión no es buena, pero es la mejor de las posibles" (p. 104).

Dos consideraciones llevan a Atienza a creer en la existencia de casos trágicos en el derecho: a) el posicionamiento prevalente y la mayor extensión de las normas

de fin –por oposición a las normas condicionales– en un sistema jurídico y b) la distinción que puede trazarse entre equilibrio y compromiso "y la configuración de los órganos de decisión jurídicos (por lo menos, de las instancias jurídicas clásicas) como órganos que deben orientarse de acuerdo con el primero y no con el segundo de estos conceptos" (p. 102).

Sobre el primer punto, es más ilustrativa la explicación que realiza posteriormente en "Los límites de la interpretación constitucional" (cit.). Allí recuerda Atienza que "la ampliación de los derechos y, en particular, la irrupción de derechos de contenido social y económico se traduce normativamente en la proliferación de directrices y reglas de fin que tienen una mayor fuerza expansiva –y, por tanto, una mayor propensión a generar contradicciones– que las 'tradicionales' normas 'condicionales' o normas de acción" (p. 35).

Acerca de la segunda consideración, que es más ampliamente explicada en el primer texto citado ("Sobre lo razonable..."), afirma:

"Mientras que el compromiso tiene lugar entre intereses que se articulan entre sí en función de algún valor (los valores pueden verse como generalizaciones más o menos coherentes de intereses: biológicos, sociales, etc.), el equilibrio debe producirse entre valores (o entre exigencias que derivan de valores), de manera que, cuando se trata de los valores últimos de un sistema (digamos, de los valores morales), no cabe ya recurrir a ningún otro valor superior. Por otro lado, la idea de equilibrio recoge un componente moral del que carece el puro y simple compromiso. Para que exista un compromiso basta con que las partes que intervienen en el mismo o los afectados por él lo acepten como el mejor resultado (o el menos malo) para ellos; en el equilibrio se necesita que el resultado sea además correcto: no solo el mejor, sino de alguna manera, bueno. Por ello también, mientras que el compromiso puede vincularse con un consenso de tipo fáctico, el equilibrio requiere un consenso de tipo ideal o racional" (p. 102).

Posteriormente vuelve sobre su tesis con ocasión de la crítica ideológica que realiza a la teoría de la argumen-

12. ATIENZA Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 232.

13. ATIENZA Manuel, "Los límites..." cit., p. 12.

14. ATIENZA Manuel, "Sobre lo razonable en el Derecho", cit., particularmente el aparte 6.

tación jurídica de Alexy¹⁵. En la última parte del mismo texto, en donde deja bosquejado el proyecto de una teoría de la argumentación jurídica, concluye afirmando:

"La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del Derecho, que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión puede implicar en ocasiones un elemento trágico. Con ello quiero decir lo siguiente. En la teoría estándar de la argumentación jurídica se parte de la distinción entre casos claros o fáciles y casos difíciles; en relación con los primeros, el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no es discutida; los segundos, por el contrario, se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho positivo. Pero lo que parece quedar excluido con este planteamiento es la posibilidad de una tercera categoría, la de los casos trágicos. Un caso puede considerarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema." (p. 252).

Lo que puede considerarse como parte de ese anunciado trabajo monumental de teoría de la argumentación jurídica¹⁶, empieza a ser desarrollado en el artículo citado sobre "Los límites de la interpretación constitucional".

15. Cfr. ATIENZA Manuel, Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica, ob. cit.

16. Cfr. mi reseña de Las razones del derecho de Atienza, en Pensamiento Jurídico N° 3, 1995, pp. 163 a 168.



Al volver en este último ensayo sobre los casos trágicos, Atienza lo define como "un tipo de caso difícil en el que el 'balance de razones' no permite llegar a una solución satisfactoria, a una solución –como antes decía– que no suponga el sacrificio de algún valor –o exigencia valorativa– considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral" (p. 17). Adicionalmente Atienza descarta allí que la reflexión de Calabresi y Bobbit en su obra Tragic Choices,

sea la misma que a él lo preocupa, es decir, los casos trágicos que deben resolver los jueces.

Nótese, pues, el cambio que se genera. En el ensayo pionero sobre los casos trágicos –"Sobre lo razonable en el Derecho"– Atienza sugería hallar como venero de sus ideas en este punto el trabajo de Calabresi y Bobbit, de lo cual reniega ahora, sin duda por la mejor elaboración doctrinaria que a esta altura ha logrado, lo que le permite detectar la diferencia de sus tesis con las desarrolladas en Tragic Choices. En cambio ahora reconoce la tarea que vienen realizando los filósofos Javier Muguerza y Paul Ricoeur, quienes desde distintas perspectivas abordan lo que podríamos llamar la "tragedia jurídica", en un sentido similar al trabajado por Atienza.

Un cambio igualmente notorio es el de desistir de la ubicación formal que inicialmente dió a los casos trágicos. Estos eran una categoría distinta de los casos difíciles y de los casos fáciles; eran la "tercera categoría". Ahora se opta por considerarla una subclase de los casos difíciles.

Hay que decir desde ya, que metodológicamente es más funcional mantener los casos trágicos como una "tercera categoría", distinta de los casos fáciles y de los difíciles, especialmente porque permitirá una mejor presentación de su posible ampliación de la base teórica, como aquí, de algún modo quedará sugerido. Mantenerlo como subclase del caso difícil, hace más engorroso el estudio de las propias divisiones que pudiera tener el caso

trágico, pues éstas habría que considerarlas como la especie-forma o tipo de caso trágico- de la especie-en cuanto se pretenda dejar el caso trágico como tipo de caso difícil-.

Máxime si en el texto que se analiza, Atienza previamente indica la necesidad de enriquecer la clasificación estándar "en el sentido de que se deberían trazar **nuevas categorías** situadas 'entre' los casos fáciles y los difíciles, y también, 'más allá' de unos y otros." (subrayo) (p. 11).

Pero lo más importante de este ensayo del filósofo español, es el avance que realiza en torno al entendimiento de lo que es el caso trágico y la verificación de su existencia en la práctica judicial. Así, presenta dos tipos de casos trágicos: a) aquel en el que el dilema se presenta entre la moral del juez y la solución correcta -al menos una- que le proporciona el ordenamiento jurídico; y b) aquel en el que el dilema se presenta porque el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta. "En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos¹⁷; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento jurídico". Pero en ambos casos, el juez se encuentra en "una situación en que le es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico" (p. 22). Atienza está convencido de la existencia, en la práctica judicial, de ambos tipos de casos trágicos, aun cuando advierte la tendencia de que "el juez -por razones 'pragmáticas'- tienda a convertir" los dilemas del primer tipo en los del segundo (p. 23, nota 7).

A todo lo anterior, cabe agregar lo siguiente: el caso trágico exige, entonces al igual que el caso difícil, tener clara la distinción entre principios y reglas en la forma en que lo realizan autores como Alexy y Dworkin; pero

17. El juez "o hace justicia o aplica la ley" (p. 23). Ver también del mismo autor, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento Jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 179.

"Metodológicamente es más funcional mantener los casos trágicos como una tercera categoría, distinta de los casos fáciles y los difíciles"

adicionalmente exige la precisión mayúscula que realizan Atienza y Ruiz Manero respecto de la tipología de principios y reglas, sus matices y relaciones¹⁸.

Ello es así porque el caso trágico, en su sentido más fuerte, finalmente tiene en frente del dilema la realización-aplicación de dos principios en sentido estricto, esto es, como valores. Y su aplicación no está regida por la ponderación en la búsqueda del equilibrio óptimo -como lo afirma Alexy en su Teoría de los

Derechos Fundamentales-, sino que tales principios, un principio como la igualdad, por ejemplo, "exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento" (Atienza y Ruiz Manero ob. cit., p. 10).

Finalmente diremos lo siguiente. Sería posible -o por lo menos pensable en tal dirección- la ampliación de la base teórica de la propuesta de Atienza, a partir de la pregunta acerca de qué ocurre con aquellos casos en donde la determinación de un tipo de respuesta correcta obligaría la realización de una serie de actos que no son llevados a cabo. De otro modo, hallada una respuesta correcta -sin perjuicio de otras-, la dificultad del caso trae consecuencias que inicialmente no estarían previstas y sin embargo quien ha tomado la decisión hace caso omiso de las obligaciones jurídicas que le imponen tales consecuencias. Es el caso del juez que en última instancia revoca una decisión por considerarla abiertamente violatoria de derechos fundamentales.

En muchas ocasiones, la decisión del inferior jerárquico podría ameritar, por ejemplo, el inicio de una investigación disciplinaria e incluso penal. Ella sería la consecuencia no prevista inicialmente a la que llevarían

18. Cfr. especialmente el primer capítulo de la citada obra.

algunos casos extremos. No ordenar la investigación por parte de quien debiera hacerlo, desconocería normas legales que así lo exigen.

Podría argüirse que, como se trata de una situación posterior a la decisión, que es en donde realmente tiene sentido la reflexión en torno a lo difícil o lo trágico, su análisis estaría por fuera de la propuesta de los casos trágicos. Sin embargo, no parece descaminado pensar en la existencia de una variante de este estilo como caso trágico, si se toma en cuenta que una de las notas distintivas del caso trágico es la vulneración del sistema jurídico cualquiera sea la decisión que se tome. En este caso si bien hay una respuesta correcta –distinción ésta en la que no cabría hablar de caso trágico, porque asumimos que hay al menos una respuesta correcta–, las consecuencias que genera, al no ser cumplidas por quien tomó la decisión, desconocen el ordenamiento jurídico –distinción ésta que sí caracteriza el caso trágico–.

La pregunta que se genera enseguida es si la configuración del caso trágico requiere **necesariamente** de los dos elementos que –podría afirmarse– Atienza le atribuye; es decir, el de la inexistencia de respuesta correcta y el de la vulneración del orden jurídico. La respuesta estaría determinada por la capacidad de tales caracteres de sobrevivir independientemente.

Pensamos que allí puede darse una asimetría de independencia. Con ello queremos decir lo siguiente: no es posible desconocer que la inexistencia de una respuesta correcta puede llevar (lleva) la violación de normas jurídicas; pero sí puede admitirse que la violación de normas jurídicas no necesariamente lleve la inexistencia de (al menos) una respuesta correcta. Sin embargo este caso también puede ser considerado como trágico en una de las variantes tipificadas por Atienza: aquella en que el dilema deriva del contraste entre ordenamientos distintos; el moral y el jurídico.



De admitirse lo anterior –y habría buenas razones para ello–, tendría sentido aceptar como especie de caso trágico aquella situación que se configure con los elementos antes enunciados. Es decir cuando como consecuencia de una decisión no se haga lo que jurídicamente se impone. Provisionalmente, esta especie la llamaremos caso trágico consecuencial. Y el mismo puede presentarse en las dos modalidades sugeridas por Atienza, porque la omisión de la obligación de hacer puede resultar como consecuencia de un conflicto moral (las más de las veces) o de uno jurídico. El primero cuando conscientemente se considera menos malo no impartir la orden que hacerlo, tomados en conjunto todos los elementos del caso, y el segundo cuando por ciertas lagunas de conocimiento no está jurídicamente clara la obligación de impartir la orden.

Podría aducirse igualmente que el problema de ordenar o no la investigación, es un asunto evaluativo perteneciente al fuero interno del juzgador, de imposible medición y caracterización. Habría que responder que ello corresponde al problema general de la decisión judicial, lo que sin embargo, jamás ha impedido hacer juicios críticos de las mismas, hayan tenido o no razones explícitas escritas. Y es que el objeto de evaluación crítica no podría ser el aspecto psíquico que llevó a la decisión, sino lo que finalmente aparece como razones que justifican la decisión. En la hipótesis que manejamos ocurriría lo mismo. No se trata de evaluar por qué el juez se abstuvo o no de actuar en determinadas circunstancias –como las que le impondrían las consecuencias de una decisión suya–, sino que de hecho lo hizo o no lo hizo. Al no hacerlo, por cierto, desconoce el ordenamiento jurídico que así lo obligaba.

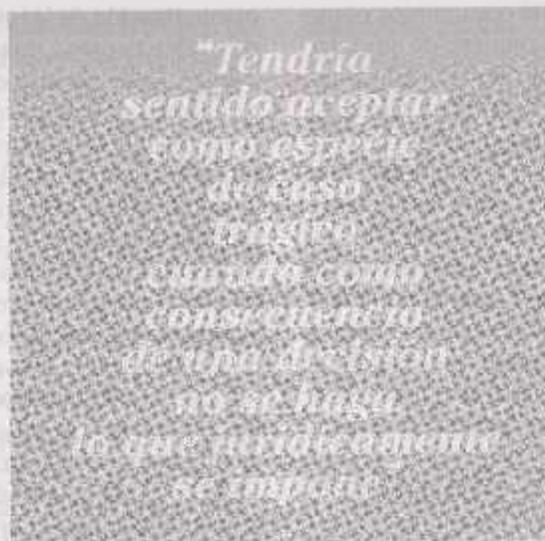
Algunos casos de tutela contra providencias judiciales (sentencias y autos) en Colombia, son un buen ejemplo no solo para señalar la recurrencia de los casos difíciles, como también para confirmar el convencimiento del filósofo del derecho español

acerca de la existencia de los casos trágicos en el derecho, en sus dos modalidades. En el capítulo IV mostraré algunos ejemplos de ambos casos, incluso de algunos en los que se da tanto lo difícil como lo trágico.

III. La acción de tutela contra decisiones judiciales

Previamente, sin embargo, es pertinente recordar someramente el itinerario jurídico que ha permitido a la Corte llegar a decidir, por vía de tutela, sobre el carácter correcto o incorrecto de una decisión judicial. Veamos, pues, con algún detalle el viacrucis padecido por la acción de tutela contra decisiones judiciales y el estado actual de su discusión.

En la presentación resulta imprescindible la mención del tratamiento dado al tema específico en algunos países del continente –así sea breve–, en especial de aquellos que han tenido mayor tradición en materia de tutela, como México. Lo anterior resultaría incompleto sin una mención de los instrumentos internacionales de derechos humanos que de alguna forma propenden por la implantación de mecanismos de protección de derechos de las personas en todos los países. De lo sucedido en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, destacaremos la parte pertinente que, en su oportunidad, sirvió de apoyo a algunas decisiones judiciales, para inaplicar la norma legal que permitía accionar en tutela contra decisiones judiciales. Las incidencias padecidas por el artículo 40, y sus concordantes del decreto legislativo 2591 de 1991 (Reglamento de la acción de tutela), desde su nacimiento hasta su declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional, son tema obligado, así como la aplicación posterior por la misma Corte, del sentido y fin de dicha norma. Finalmente, se hará un recuento cuidadoso de las líneas jurisprudenciales que en su momento orientaron la



discusión en torno a la procedencia o no de la tutela contra decisiones judiciales, así como la posición vigente que, por la vía de hecho, ha permitido, en fin de cuentas, proceder contra decisiones judiciales mediante el mecanismo de tutela.

A. La tutela contra decisiones judiciales en el ámbito continental

Si en Colombia el instrumento de tutela reviste el cariz de profenómeno, y particularmente la tutela contra decisiones judiciales, no ocurre lo mismo en

países distintos al nuestro, en donde viene siendo aplicado, con mayores o menores traumatismos –lo que aquí no evaluaremos– y en donde a pesar de sus particularidades por el sistema judicial que internamente se pueda tener, *mutatis mutandi* es el mismo.

La idea general que alimenta toda la instrumentación en este punto, radica en la consideración según la cual, la abierta vulneración de un derecho fundamental, debe tener remedio jurídico, sobreponiendo la dignidad humana a lo que sea menester.

Veamos, en líneas generales, lo que nos muestra la doctrina y la legislación internacional en este aparte¹⁹.

19. La reseña estará limitada a la mención de los textos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Sirven de guía en este punto los siguientes textos: Las Constituciones de nueve países americanos, siete europeos y la República Popular China, Anales del Congreso, Edición Especial, Nos. 170 y 171, Bogotá, febrero de 1991. La acción de tutela, Juan Manuel Charry, Bogotá, Temis, 1992. La acción de tutela, texto y comentarios, Pedro Pablo Camargo, Segunda Edición, Bogotá, Jurídicas Radar Ediciones, 1992. La tutela, una acción humanitaria, Jorge Arenas Salazar, Bogotá, Librería doctrina y Ley, 1992. Concordancias y discordancias, Derecho Internacional, derecho colombiano y derechos humanos, Grupo de Estudio Carlos Valencia García, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, Bogotá, 1991. Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos, Héctor

La concepción moderna de lo que conocemos como acción de amparo, amparo de tutela, recurso de amparo, derecho de amparo²⁰, o acción de tutela contra decisiones judiciales, puede concebirse como originaria en México²¹, a partir del proyecto de la Constitución yucateca de 1840, mereciendo destacarse el aval dado por la Suprema Corte Mexicana en el siglo pasado, a través de un procedimiento inverso al ocurrido recientemente en Colombia: aplicó –así fuere implícitamente– la excepción de inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley de Amparo del 20 de enero de 1869, que prohibió expresamente la procedencia del juicio de amparo contra resoluciones judiciales. La Constitución Federal de México actualmente vigente, permite el amparo contra sentencias judiciales²².

A partir de entonces, y en el contexto de esta brevísima reseña, en los textos constitucionales se encuentran dos líneas perfectamente distinguibles en la

Fiz-Zamudio, México, Ed. Porrúa, 1988. Selección de Jurisprudencia Constitucional: hábeas corpus y amparo, Samuel Abad Y., Comisión Andina de Juristas, Perú, 1990. «Introducción al análisis de la acción de tutela», en *Juris Documenta*, Oswaldo Sepúlveda Q., Bogotá, 1992. «La tutela: o la lucha por los derechos», en *Revista Foro* No. 17, Bogotá, abril 1992, Alejandro Valencia Villa y Manuel Barreto Soler. «Ley de Amparo uruguayo», en *Boletín Comisión Andina de Juristas*, No. 26, septiembre de 1990. «Comentarios sobre la acción de amparo en el derecho uruguayo», en *Boletín Comisión Andina de Juristas*, No. 27, diciembre de 1990. «El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas», en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1990.

20. Merece la pena mencionar dos escritos del venezolano Allan R. Brewer-Carías en donde destaca la denominación del amparo como un derecho, más que como una acción. Son ellos «El derecho de amparo y la acción de amparo», en *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987; y la «Introducción General al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales», en *Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Colección Textos Legislativos No. 5, Ed. Jurídica venezolana, Caracas, 1988.

21. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1857. Se insiste en que se trata del entendimiento contemporáneo de tutela, para dejar a salvo la opinión según la cual la tutela «aparece ya en las constituciones de Cundinamarca (artículo 9) y de Tunja (artículo 28) de 1811. Por tanto la legislación colombiana antecede a las que se citan como precursoras de la tutela en el ámbito latinoamericano, las Constituciones de México y Nicaragua de 1824.» VALENCIA VILLA y BARRETO SOLER, cit. pág. 25.

22. CHARRY, J.M. cit. pp. 10 y 11, SEPULVEDA, O., cit. pp. 76.

normatización de la tutela contra decisiones judiciales: una que hace expresa mención de la procedencia de la tutela contra tales pronunciamientos y otra que incluye un concepto orgánico más amplio –autoridad–, lo cual permite interpretaciones varias²³. Para el primer caso, además de México, el país que de manera clara permite la tutela contra sentencias, es Chile, cuando en el artículo 20 de su Constitución señala: «El que por causa de actos y omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números...3 inciso 5...»²⁴ podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. También podemos incluir en este grupo a Guatemala, por la forma en que aparece redactado el artículo 265 de su Constitución: «...No hay ámbito que no sea susceptible de amparo».

En los demás eventos, aparece una redacción más genérica, como es el caso colombiano, lo que da lugar a una hermenéutica dispar. Así, no se indica expresamente la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, sino que se utilizan acepciones como «actos u omisiones de funcionarios» (Bolivia); «resolución, acto o hecho de autoridad» (Honduras); «disposición, acto, acción u omisión de funcionario, autoridad o agente» (Nicaragua); «orden de hacer o no hacer de servidor público» (Panamá); «acto u omisión de autoridad» (Paraguay); «acción u omisión por cualquier autoridad o funcionario» (Perú); o, sencillamente, no mencionan autoridad alguna (Venezuela).

De otra parte, la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos, al instituir el amparo

23. Esta forma de presentación servirá igualmente de antecedente para la reseña del punto en Colombia, en donde, como se verá, se siguieron criterios semejantes.

24. En lo pertinente, esta norma señala: «Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado».

de los derechos fundamentales, no precisan el origen del acto, salvo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que habla de "actos de autoridad" (art. XVIII). Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2-3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), encarecen la protección debida, sin detenerse en quién o qué autoridad produjo el acto violatorio del derecho.

B. La tutela contra decisiones judiciales en Colombia

1. El itinerario en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991: Solamente destacaremos el articulado propuesto por distintos sectores y las principales razones que llevaron a suprimir o incluir lo pertinente de la tutela contra los pronunciamientos judiciales.

Como se advirtió anteriormente, en buena parte se siguió el modelo de redacción consagrado en otros países, haciendo unos expresa mención de la imposibilidad de incluir la tutela contra sentencias, otros incluyendo un concepto amplio de organismo como centro de imputación del derecho objeto de tutela, pasando por aquellos que no hicieron mención a autoridad alguna.

Así, tenemos al constituyente y ex-Presidente de la República Misael Pastrana Borrero, quien solicitó la exclusión de la tutela contra decisiones judiciales al presentar como propuesta el amparo contra "actos u omisiones de las autoridades administrativas". El M-19, el Centro de Estudios Colombianos, y los constituyentes Horacio Serpa Uribe e Iván Marulanda, optaron por no hacer mención de autoridad alguna, enfatizando en cambio la protección misma, sin importar el origen del acto lesivo. Quirama y el constituyente Juan Gómez Martínez se inclinaron por la tutela contra el "acto de autoridad", al paso que Alfredo Vásquez Carrizosa, -constituyente- precisó la tutela para "actos de cualquier autoridad de la república."

El gobierno nacional en su propuesta del derecho de amparo habló de "actos, hechos u omisiones de cualquier

autoridad pública", al igual que lo hicieron los constituyentes Antonio Galán Sarmiento, Eduardo Espinosa Facio-Lince y Juan Carlos Esguerra Portocarrero; solo que éste último, a continuación sugirió la prohibición de la tutela en relación con situaciones "sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada".

En desarrollo de la discusión, la Comisión Primera adoptó casi en su totalidad la propuesta del constituyente Esguerra Portocarrero, incluida la prohibición indicada. Ya en el primer debate en pleno de la Constituyente, se suprimió el inciso que contenía la mencionada restricción de la tutela contra una "decisión con autoridad de cosa juzgada", teniendo para ello como argumento central, el que tal prohibición hace parte de la naturaleza de la institución; este argumento, por lo demás, sirvió en buena medida de sustento a la Corte Suprema de Justicia para inaplicar por primera vez el artículo 40 del D. 2591/91 y a algunos salvamentos de voto en la Corte Constitucional para oponerse a la tutela contra decisiones judiciales, antes del pronunciamiento de inexequibilidad de la misma norma. Dice así la parte pertinente del informe para el primer debate:

"Con el criterio de simplificar el artículo en la Comisión se suprimieron ciertos aspectos. Unos como la referencia a los derechos colectivos, porque serán protegidos de manera especial mediante la consagración de las acciones populares. Otros, porque se considera que hacen parte de la naturaleza y no requieren enunciarse expresamente; tal es el caso de la acción frente a situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada.

"En estos últimos casos es evidente que ya no cabe la protección inmediata de los derechos, bien sea porque lo procedente es intentar una acción ordinaria de reparación, o porque ya hay una decisión definitiva de autoridad sobre la materia objeto de controversia, y la acción de tutela no tiene -como en ocasiones sí ocurre con el llamado recurso de amparo- el carácter de una instancia adicional para la controversia de unos derechos que ya han sido definidos judicialmente. Por esta razón, consideramos conveniente insistir en que éste inciso se suprimió

Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá la sala o sección que le sigue en orden, cuya actuación podrá ser impugnada ante la sala plena correspondiente de la misma corporación.

Parágrafo Primero: La acción de tutela contra tales providencias judiciales solo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutoria, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso procedente.

(Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de medios de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.)

La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

Parágrafo Segundo: El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

Parágrafo Tercero: La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.

Parágrafo Cuarto: No procederá la tutela contra fallos de tutela."

Previamente, el mismo decreto advirtió la caducidad de la acción de tutela, respecto de las decisiones judiciales:

simplemente para simplificar el artículo, pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión."

Con tal suposición fue aprobado por la Comisión Codificadora y posteriormente incluido como texto definitivo.

2. El itinerario en la Comisión Especial Legislativa.

La verdadera discusión se realizó en el llamado "Congreso", que al momento de desarrollar el texto constitucional sobre la tutela, y particularmente en punto de tal medida contra decisiones judiciales, sintió la presión de los altos estamentos jurídicos del país, encabezados por las jerarcas visibles de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa. El país conoce con suficiente las posiciones de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, esgrimidas en su oportunidad en el recinto de la Comisión Especial Legislativa, abogando por la no inclusión de la tutela contra decisiones judiciales y sobre cuyos argumentos no nos detendremos ahora, sin perjuicio de hacerlo en el análisis que adelantare se realizará respecto de los fallos de tutela tanto de la Corte Suprema como del Consejo de Estado.

Fueron la cosa juzgada, la seguridad jurídica, el principio de jerarquía de la Rama Judicial, y el concepto de autoridad pública, los temas de discusión alrededor de los cuales giró la controversia. Bastenos por ahora decir que, finalmente, triunfó la propuesta del gobierno sobre tutela contra sentencias y demás providencias judiciales que se le asemejen, con algunas modificaciones hechas en el seno del Congreso.

3. Consagración normativa de la tutela contra decisiones judiciales. El texto final de la norma a la cual nos venimos refiriendo quedó así:

"Decreto 2591 de 1991. Artículo 40. **Competencia especial.** Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulnere un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

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

Desentrañar el contenido sustantivo y procesal de la anterior normatividad haría un tanto monótono y hasta repetitiva la disertación, si se tiene en cuenta que los aspectos principales de los mismos artículos, son tratados por la jurisprudencia nacional y será allí en donde se hagan los comentarios pertinentes. De otra parte, la declaratoria de inconstitucionalidad de dichas normas, pone de presente lo insulso que ahora resultaría comentar su contenido.

4. La tutela contra decisiones judiciales en la jurisprudencia nacional: Puesto en marcha el desarrollo legal del texto constitucional sobre acción de tutela, la impugnación por ésta vía, de las decisiones judiciales, en los términos y con las limitaciones establecidas en el transcrito artículo 40, no se hizo esperar. Como tampoco dieron espera los primeros pronunciamientos de las alta corporaciones judiciales, aplicando la excepción de inconstitucionalidad de la norma en mención.

A continuación se hace una síntesis de las razones dadas por los dos máximos órganos de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, para luego hacer un análisis global frente a los lineamientos hasta ahora dados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

a) Puede resumirse el pensamiento del Consejo de Estado sobre el tema así²⁵:

25. Tomado, entre otros, de los siguientes pronunciamientos de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado colombiano: auto de enero 29 de 1992, exp. AC-009, actor: Jesús María Moreno Rodríguez, Ponente Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS. Auto de enero 31 de 1992, exp. AC-016, actora: Aydee Marín de Guacca, Ponente Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO. Auto de enero 31 de 1992, exp. AC-010, actor: Abelardo Almonacid Pulido, Ponente Dr. JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Auto de febrero 3 de 1992, exp. AC-015, actora: Adriana Alejandrina Sepúlveda de Ortiz, Ponente Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA. Auto de febrero 4 de 1992, exp. AC-013, actor: Municipio de Condoto (Chocó), Ponente Dr. REYNALDO ARCINEGAS BAUDECKER. Auto de febrero 13 de 1992, exp. AC-032, actora: Graciela Baquero Contreras, Ponente Dr. JUAN DE

i. La simple existencia de un proceso concluido mediante providencia en firme, indica que el afectado con ella tuvo a su disposición un medio judicial de defensa de su derecho y que lo ejerció efectivamente bien como demandante o como impugnante hasta agotarlo.

ii. Su procedibilidad resultaría violatoria de principios generales del derecho y de normas constitucionales como los de la cosa juzgada y la autonomía de los jueces.

iii. La aplicación del artículo 40 del D. 2591/91 implicaría emitir órdenes a los jueces para que realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas, cosa que no es posible hacer puesto que el juez es autónomo e independiente en sus decisiones y solo está sometido a la ley para la adopción de las mismas.

iv. La acción de tutela no está instituida en la Carta contra las sentencias judiciales ejecutoriadas, pues en parte alguna de la norma que la consagra se hace mención de su procedencia contra éstas.

v. Ninguna de las Secciones del Consejo de Estado, es superior jerárquico de otra o de otras, por lo que no le

DIOS MONTES HERNANDEZ. Auto de febrero 20 de 1992, exp. AC-048, actor: Fernando Góngora Archinegas, Ponente Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ.

Es necesario advertir que previamente el Consejo de Estado en decisión plenaria y con Ponencia del Consejero Dr. HUMERTO MORA OSEJO, sentó su posición en lo que denominó "Observaciones del Consejo de Estado sobre la acción de tutela", de cuyo texto resaltamos lo pertinente: "Las decisiones judiciales solo pueden ser objeto de los recursos de la misma naturaleza prescritos por la ley. Las sentencias ejecutoriadas hacen tránsito a cosa juzgada, reconocida por la Constitución al instituir los diferentes organismos judiciales (art. 116), y, por lo mismo, no son objeto de acción de tutela... la Constitución, al instituir el juzgamiento jurisdiccional y disponer que la acción de tutela procede ante los jueces, **a fortiori** excluyó de ésta las providencias judiciales. En consecuencia, los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que contemplan la posibilidad de promover acción de tutela contra decisiones judiciales contradicen la Constitución." Y a continuación se hizo la siguiente exhortación: "La revisión del Decreto 2591 de 1991 —especialmente de los artículos 2, 6, 8, 11, 12, 25, 31, 33, 35 y 40— debe tener por objeto, con el firme propósito de acertar, remediar los vicios de inconstitucionalidad que ostenta, como se ha indicado; particularmente en cuanto prescribe la posibilidad de promover acción de tutela contra actos, hechos y omisiones, que pueden controvertirse judicialmente, y contra decisiones jurisdiccionales".

es dado a ninguna de ellas, imponer a otra u otras el cumplimiento de una decisión.

vi. La acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que pongan término a un proceso, contrarió el artículo 86 de la Constitución, pues convierte lo que en esencia se instituyó como un mecanismo subsidiario y residual en un instrumento adicional y subsiguiente a las acciones ordinarias.

Las anteriores precisiones se dieron para inaplicar en su oportunidad el artículo 40 del D. 2591/91, en la parte relacionada con la tutela contra sentencias. Solo un caso presentó la posibilidad de estudio de la misma norma, en cuanto se refiere a "providencias que pongan fin a un proceso", distintas de una sentencia²⁶. Allí se indicó que la acción de tutela no procede contra todas las actuaciones del juez, sino contra las que efectivamente pongan término a un proceso. Así, no procede la tutela contra la decisión que negó la concesión del recurso de apelación, en cuanto el **a-quo** no accedió a decretar la suspensión provisional, pues de una parte no puede considerarse que esa circunstancia cause un perjuicio irremediable –el perjuicio solo se evidenciaría en caso de una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada–, y de otra, la sola negativa a conceder un recurso de apelación no quebranta la estructura constitucional del debido proceso.

Los salvamentos y aclaraciones de voto, muestran el disenso respecto de la imposibilidad de presentar la acción de tutela contra sentencias, con una primera aproximación según la cual "puede pensarse que frente a errores judiciales flagrantes, en especial en materia penal, sea posible pero solo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"²⁷.

Posteriormente, y con ocasión del rechazo de la ponencia que presentara el Consejero Betancur Jaramillo

26. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de febrero 4 de 1992, exp. AC-020, actor: Prudencio Tolosa Suárez, Ponente Dr. DIEGO YOUNES MORENO.

27. Aclaración de voto de los Dres. CARLOS BETANCUR JARAMILLO Y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, al auto de enero 29/92, exp. AC-009, supra.

a Sala Plena Contenciosa, amplió el anterior criterio en lo que fue su salvamento de voto. En síntesis su pensamiento es el siguiente:

"Podrá instaurarse la acción de tutela contra las sentencias ejecutoriadas pero no para anularlas o revistarlas, sino como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La viabilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a las sentencias judiciales será de excepcionalísima ocurrencia, en especial frente a los errores judiciales flagrantes en materia penal o disciplinaria y eso para evitar un perjuicio irreparable, haciendo cesar transitoriamente sus efectos hacia el futuro mientras se surta el recurso de revisión si se está cumpliendo o evitando su ejecución si esta no se ha iniciado. Es una medida meramente cautelar"²⁸.

Otros argumentos minoritarios en pro de la tutela contra sentencias fueron los siguientes:

a. El instrumento excepcional consagrado en la nueva Carta como una garantía de los derechos fundamentales no tiene por qué excluir las providencias judiciales de la posibilidad de la acción de tutela, tanto por la evidencia de que los jueces también pueden atentar o vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como por la circunstancia de que la misma Constitución prevé expresamente esa posibilidad respecto de "cualquier autoridad pública". Situación diferente es que la posibilidad de ejercer la acción de tutela frente a sentencias y providencias judiciales resulte totalmente excepcional en virtud de que tanto la norma constitucional como su desarrollo legal hayan limitado su ejercicio por diversas circunstancias²⁹.

b. Se ha dicho que con la tutela se desconoce el principio de la cosa juzgada, consagrado implícitamente en alguna disposición de la nueva Carta Política, lo que es inaceptable ante la reglamentación legal de la tutela (art. 40, parágrafo 1o., inc. 4 del D. 2591/91), a lo cual cabe

28. Salvamento de voto del Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO al auto de enero 31 de 1992, exp. AC-016, supra.

29. Aclaración de voto del Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ al auto de enero 31/92, exp. AC-016, supra.

agregar que existen recursos o medios de impugnación judicial que van dirigidos precisamente a quitarle dicho carácter a la decisión judicial ejecutoriada. Lo cierto es que en no pocas de las sentencias que dictamos los jueces, se incurre en protuberante error judicial difícil o imposible de corregir por la inexistencia de recurso o la limitante de las causales que fundamentan su interposición³⁰.

b) La Corte Suprema de Justicia igualmente aplicó la excepción de inconstitucionalidad al artículo 40 del D. 2591/91, argumentando, fundamentalmente, la imposibilidad de conocer una Sala, de las decisiones de otra de la misma Corporación³¹, por virtud del principio de la especialidad e igualdad entre las Salas, y particularmente, el de jerarquía³².

Adicionalmente, el conocido fallo insistió en la protección ordinaria que necesariamente debió surtirse en el proceso que culmina con la sentencia o providencia semejante, "sin que dicha decisión pueda ser objeto de tutela posterior, pues se trataría entonces de una garantía adicional y no subsidiaria, de una instancia adicional y no una actuación sumaria, de un medio de impugnación judicial definitivo y no una medida cautelar, todo lo cual resulta contrario a las anteriores características... Y lo anterior no podía ser de otra manera, porque en dicha preceptiva, conforme lo indican claramente sus antecedentes, guarda perfecta armonía con el principio universal, no escrito (pero respaldado no solo con los principios universales del derecho, sino también con el artículo 94 de la C.N.), de la cosa juzgada en los fallos judiciales, unido a los principios constitucionales expresos de las instancias máximas en número dos (artículo 31), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (artículo 95, numerales 6 y 7) y del

sometimiento de los jueces "solo" al imperio de la ley (art. 230 de la C.N.)".

La mayoría de los fallos posteriores de las distintas Salas de Casación de la Corte, respecto de la tutela contra decisiones judiciales, han reiterado, las anteriores argumentaciones³³.

c) Con ocasión de la revisión de sentencias de tutela, la Corte Constitucional sentó su criterio en varias de sus Salas de Revisión —antes del pronunciamiento de inexecutable de los artículos 11 y 40 del D. 2591/91—, cuya síntesis es la siguiente³⁴:

33. Es en materia penal donde mayormente se hizo uso de la tutela contra decisiones judiciales. Al respecto pueden consultarse los siguientes pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: sentencia de marzo 5 de 1992, exp. 075, Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA; sentencia de marzo 10 de 1992, exp. 066, Ponente Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS; sentencia de marzo 10 de 1992, exp. 083, Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA; sentencia de marzo 10 de 1992, exp. 080, Ponente Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA; sentencia de marzo 11 de 1992, exp. 081, Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL; sentencia de marzo 11 de 1992, exp. 084, Ponente Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ; sentencia de marzo 11 de 1992, exp. 088, Ponente Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.; sentencia de marzo 12 de 1992, exp. 103, Ponente Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 094, Ponente Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 095, Ponente Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 102, Ponente Dr. GUILLERMO DUQUE RUIZ; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 104, Ponente Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 099, Ponente Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 096, Ponente Dr. DIDIMO PAEZ VELANDIA; sentencia de marzo 17 de 1992, exp. 097, Ponente Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS; sentencia de marzo 18 de 1992, exp. 073, Ponente Dr. RICARDO CALVETE RANGEL; sentencia de marzo 19 de 1992, exp. 076, Ponente Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ; sentencia de marzo 19 de 1992, exp. 087, Ponente Dr. JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA; sentencia de marzo 25 de 1992, exp. 110, Ponente Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS; sentencia de marzo 31 de 1992, exp. 120, Ponente Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.; sentencia de abril 8 de 1992, exp. 108, Ponente Dr. GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ; sentencia de abril 9 de 1992, exp. 127, Ponente Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS; sentencia de abril 27 de 1992, exp. 121, Ponente Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS; sentencia de mayo 6 de 1992, exp. 138, Ponente Dr. JORGE ENRIQUE VALENCIA M.; sentencia de mayo 27 de 1992, exp. 144, Ponente Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS.

34. Pueden consultarse, entre otros, los siguientes fallos de la Corte Constitucional: sentencia No. T-06 de 12 de mayo de 1992, Sala Segunda de Revisión, Ponente Dr. EDUARDO CIFUENTES MUNOZ, Expediente T-221, actores: Julián Peláez Cano y Luis Arias Castaño. Sentencia No. T-223 de 2 de junio de 1992, Sala Séptima de Revisión, Ponente Dr. CIRO

30. Aclaración de voto del Dr. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ al auto de enero 31/92, exp. AC-016, supra.

31. Recuérdese que se pretendió la tutela contra un fallo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como contra la decisión del Tribunal a quo de donde provenía.

32. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de diciembre 9 de 1991, actor: Julián Peláez Cano y otro, Ponente Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA.

i. La sentencia que se produzca con violación o desconocimiento de los derechos fundamentales, tanto de orden sustantivo como procesal, por no incorporar el mínimo de justicia material exigido por el ordenamiento constitucional, no puede pretender hacer tránsito a cosa juzgada. Solo la cosa juzgada que incorpore por lo menos ese mínimo de justicia puede aspirar a conservar su carácter.

ii. 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 derecho 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.

iii. La cosa juzgada, como límite de lo inimpugnable e inmutable, puede ser objeto de mudanza por la ley al adicionar o cercenar posibilidades de impugnación, en cuyo caso la cosa juzgada avanza o retrocede pero no se elimina en cuanto que siempre habrá un límite y en realidad lo que le importa a la sociedad es que los litigios y causas tengan un fin y se "pronuncie la última palabra". Si la ley puede producir el anotado desplazamiento de la cosa juzgada, lo que no equivale a su eliminación, con mayor razón lo puede hacer el constituyente al incluir una acción —en este caso la acción de tutela como mecanismo idóneo— contra las sentencias que violen los derechos fundamentales. En este caso el límite de la cosa juzgada

se desplaza hacia adelante y solo luego de la decisión que desate el procedimiento que se instaura con ocasión de la acción de tutela se puede hablar en estricto rigor de cosa juzgada.

iv. Afirmar que las sentencias ejecutoriadas son inimpugnables, así ellas puedan violar los derechos fundamentales, sería la aceptación de que los jueces no están vinculados a la Constitución Política, y gozan de poderes ilimitados, con capacidad de reformar materialmente la Constitución.

v. Anteponer un pretendido principio de jerarquía como muralla al control constitucional del respeto de los derechos fundamentales por parte de los jueces, equivale a excluir de una esfera importante de la vida del Estado la realización de uno de sus fines más preciados. No se puede predicar frente a otros respeto a los derechos fundamentales y sancionar sus violaciones y, simultáneamente, negar ese escrutinio respecto de sus propios actos. La comunidad perdería toda fe en la Constitución.

vi. La tesis de la inimpugnabilidad judicial de las sentencias contrarias a los derechos fundamentales, representa el más útil 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.

vii. 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 derecho constitucional fundamental.

viii. En razón del principio *pro iustitia* la regulación legal de la cosa juzgada debe, en aras de la seguridad jurídica, sacrificar lo menos posible la justicia. Tratándose de sentencias que vulneren estos derechos, la acción de tutela, es un medio idóneo para depurar el eventual contenido de injusticia de la sentencia atacada y evita que este se torne inimpugnable e irrevocable no obstante el flagrante desconocimiento del mínimo de justicia material que debe expresar toda sentencia y que solo se da

ANGARITA BARON, Expediente T-350, actor: Jorge Caro Copete. Sentencia No. T-413, de 5 de junio de 1992, Sala Primera de Revisión, Ponente Dr. CIRO ANGARITA BARON, Expedientes T-480 y T-814, actores: Hugo Fernández Arias y Arturo Sánchez Zambrano. Sentencia No. T-224 de 17 de junio de 1992, Sala Séptima de Revisión, Ponente Dr. CIRO ANGARITA BARON, Expediente T-744, actor: Jesús María Jiménez Rodríguez.

cuando se respetan y se hacen efectivos los derechos fundamentales.

La posición disidente en la Corte Constitucional —antes del pronunciamiento de inexecutable de los artículos 11 y 40 del D. 2591/91, se insiste— fue asumida por dos de sus integrantes, cuyos planteamientos pueden resumirse así³⁵:

a. La cosa juzgada expresa la autoridad y la eficacia de una sentencia judicial, cuando no existen contra ellas medios de impugnación y es atributo propio del fallo que indica que ha adquirido carácter definitivo y que el derecho que en él se reconoce se ha tornado indiscutible. La certeza de los derechos y la seguridad jurídica que se adquiere en virtud de la decisión judicial satisfacen el interés general cuya prevalencia garantiza el artículo 1° de la Constitución.

b. Nada garantiza que como jueces de tutela se va a acertar y no lo van a ser como jueces ordinarios, que sería la única consideración que daría fundamento a una preferencia por la primera máscara de los mismos jueces para que con ella revisen lo que hicieron cuando usaban la otra.

c. Para verificar si en cada caso se alcanzó el mínimo de justicia material exigido por la Sala para reconocer a la cosa juzgada su verdadera fuerza, sería preciso revisar la sentencia correspondiente y ello implica, desde luego, que la materia presuntamente definida vuelva a quedar sub-judice. Y, como no estamos seguros de que en todos los casos ese mínimo de justicia material haya sido alcanzado, la aceptación de este argumento representa, por necesaria consecuencia, la pérdida del status de cosa juzgada para todas las sentencias que suponíamos lo habían alcanzado.

5. La inexecutable de los artículos 11 y 40 del D. 2591/91 y la jurisprudencia posterior de la Corte. Por virtud de demanda de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 11 y 40

del Decreto 2591/91, resolviendo en parte toda la problemática anterior³⁶.

Fueron diversos los argumentos esgrimidos en la decisión citada; pero los más relevantes para el presente escrito, fueron los que desarrollaron los principios de cosa juzgada y “non bis in idem”. Disertó así la Corte sobre tales tópicos:

“La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia en firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada.

Si la Constitución dispone que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo hecho —“non bis in idem”—, con esa garantía procesal resulta incompatible la posibilidad de intentar acciones de tutela contra sentencias ejecutoriadas, toda vez que ello representaría la reapertura del proceso culminado. Aunque se admitiera, en gracia de la discusión, que, a pesar de las razones enunciadas, fuera procedente la acción de tutela para que un juez impartiera órdenes a otro en relación con las providencias proferidas por su Despacho, tal posibilidad de todas maneras resultaría contraria al espíritu y al mandato del artículo 86 de la Constitución, pues reñiría con su carácter inmediato, en cuanto la orden habría de retrotraerse necesariamente al proceso culminado, con la inequívoca

35. Se trata de los Magistrados JAIME SANIN GREIFFENSTEIN y JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, quienes venían salvando su voto por considerar improcedente la tutela contra decisiones judiciales.

36. Corte Constitucional, sentencia C-543 de octubre 1°/92, Sala Plena, actores: Luis Eduardo Mariño Ochoa y Alvaro Palacios Sánchez, ponente Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

consecuencia de la invalidación, total o parcial, de etapas anteriores a la adopción del fallo, prolongando indefinidamente la solución, del litigio. No procede la acción de tutela contra ninguna providencia judicial, con la única salvedad del perjuicio irremediable, desde luego aplicada en este evento como mecanismo transitorio supeditado a la decisión definitiva que adopte el juez competente.”

Pero además de los argumentos tenidos en cuenta para tomar dicha decisión, nos interesa resaltar la posibilidad que dejó abierta la Corte de accionar en tutela frente a decisiones judiciales que no constituyan cosa juzgada. Se establecieron unas excepciones a la regla de improcedencia de tutela contra decisiones judiciales, que impuso la inexecutableidad aludida. Pueden resumirse dichas excepciones en tres, que deben entenderse como situaciones ejemplificativas, mas no taxativas:

*) Cuando se dilate por parte del juez la adopción de decisiones a su cargo, en cuyo caso la orden podrá ser que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales.

**) Cuando se esté ante actuaciones de hecho imputables al funcionario, por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales.

***) Cuando se esté ante un perjuicio irremediable, procede como mecanismo transitorio para evitarlo.

Es decir, con criterio razonable advirtió la Corte que, salvado el escollo de la cosa juzgada, bien podrían existir otra serie de decisiones judiciales que so pretexto de cumplir con la función judicial, podrían eventualmente violar derechos fundamentales.

6. **La vía de hecho.** De las excepciones anteriormente indicadas, la de la vía de hecho ha sido en la práctica la más socorrida. En varias oportunidades, y con posterioridad a la inexecutableidad de los artículos 11 y 40 del D. 2591/91, se ha accedido a la tutela contra decisiones de jueces de la República, situaciones que de paso han servido para ir decantando en este punto la jurisprudencia, y abriendo más las excepciones, mirando cada caso

concreto. En resumen, el pensamiento de la Corte sobre tan importante aspecto, ha sido el siguiente³⁷:

1. Una actuación de la autoridad se torna en una vía de hecho susceptible de control constitucional de la acción de tutela 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 fundamentales de la persona. La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla. El criterio para evaluar qué conductas tienen fundamento en el ordenamiento jurídico y cuáles no, es finalista y deontológico.

2. Las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte –pese a su forma– en verdaderas **vías de hecho**, no merecen la denominación ni tienen el carácter de **providencias** para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucional conferida a la autonomía funcional del juez.

37. La síntesis es tomada de los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: sentencia T-079 de 26 de febrero de 1993, actora: Claudia Patricia Rojas, Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-158 de 23 de abril de 1993, Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; sentencia T-173 de 4 de mayo de 1992, actor: Corporación Colombiana de Turismo, Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo; sentencia T-174 de mayo 4 de 1993, actor: Antonio José Rodríguez Piñeros, Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz; sentencia T-198, actora: Alba Rosa Liévano Crisales, Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, y sentencia T-221 de junio 11 de 1993, actor: Luis Germán Vélez Uribe, Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara; sentencia T-336 de agosto 17 de 1993, actor: Luis Carlos Pulido González, Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero; sentencia T-348 de agosto 27 de 1993, actor: Víctor Manuel Pinzón Rodríguez; Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara; sentencia T-378 de septiembre 3 de 1993, actor: Jorge Enrique Bejarano, Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; sentencia T-432 de octubre 11 de 1993, actora: Bertha Edelmira Dávila Yañez, Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara; sentencia T-442 de octubre 12 de 1993, actor: Pedro Cadena Copete, Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell; sentencia T-450 de octubre 12 de 1993, actor: Jairo Correa Alzate, Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero; sentencia T-576 de diciembre 10 de 1993, actora: Norma Sánchez, Ponente Dr. Jorge Arango Mejía; sentencia T-055 de febrero 14 de 1994, actor: Teodoro Antonio Deyng Salcedo, Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. La violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho. En tales casos, el objeto de la acción y de la orden judicial que puede impartirse no toca con la cuestión litigiosa que se debate en el proceso, sino que se circunscribe al acto encubierto mediante el cual se viola o amenaza un derecho fundamental.

4. La filosofía que inspira la protección de los derechos fundamentales, aún contra actuaciones judiciales, está delimitada en que tales derechos fundan la legitimidad de toda normatividad, actuación, providencia, reglamentación y funciones de las autoridades públicas, en cualquier condición, situación u oportunidad. No existe título jurídico alguno que permita que las autoridades públicas vulneren o toleren la lesión de ningún derecho inherente a la persona humana.

5. Las actuaciones y aún las omisiones judiciales, cualquiera que sea su naturaleza, cuya ostensible y flagrante desviación o desconocimiento del ordenamiento jurídico las convierte en verdaderas vías de hecho, son susceptibles de la protección y el amparo que a través de la acción de tutela se otorga.

6. Cuando las decisiones que ponen término a un proceso policivo no son objeto de recursos ante la jurisdicción contencioso administrativa son susceptibles de control constitucional mediante la acción de tutela.

7. Los jueces no son infalibles en sus decisiones. Por eso el ordenamiento jurídico dispone de numerosos recursos que permiten a las partes controvertir sus actuaciones. La previsión de recursos no es siempre una garantía suficiente para la protección de los derechos de las partes. Adicionalmente, se presentan decisiones que carecen de una justificación normativa, sin que exista un recurso en su contra, las que por separarse de los procedimientos legales, vulneran los derechos de las partes. La exigencia constitucional de la protección efectiva de los derechos, se materializa en la acción de

tutela, que puede interponerse bajo el presupuesto de que se trata de actuaciones de hecho, caracterizadas por el capricho del funcionario judicial, por su falta de fundamento objetivo y por vulnerar los derechos fundamentales.

8. Si el juicio administrativo que determina la existencia de una vía de hecho es el resultado de una contradicción frontal entre un acto y la racionalidad mínima legal que orienta a la administración, en materia constitucional es posible detectar situaciones semejantes cuando la actuación se encuentre alejada de las exigencias mínimas que el orden constitucional requiere de las personas, y en este caso, de los jueces. La arbitrariedad de la vía de hecho se pone en evidencia a partir de un referente axiológico y normativo que supera el ámbito de la legalidad y se alimenta de valores, principios y derechos esenciales del ordenamiento jurídico. La omisión de una actuación judicial de la que depende el ejercicio de un derecho fundamental, escapa a toda justificación y desnaturaliza lo jurídico para convertirlo en una mera práctica de poder y en ejercicio anormal de la función jurisdiccional.

IV. Tutelas difíciles y trágicas

Muchas de las decisiones de tutela contra providencias judiciales que fueron revisadas por la Corte Constitucional, tienen la típicas caracterizaciones anteriormente hechas como casos difíciles y trágicos. Valgan a continuación algunas muestras de ello³⁸.

1. Un juzgado civil del circuito rechaza por extemporáneo, un recurso presentado contra una decisión suya. El juzgado interpretó las normas procesales relacionadas con el término dentro del cual podría presentarse el recurso y con base en dicha interpretación tomó la decisión de rechazo del recurso. Interpuesta la acción de tutela contra la decisión del juzgado que rechazó el recurso, por violación al debido proceso, tanto el tribunal como la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia rechazaron la tutela por considerarla improcedente, revisadas las

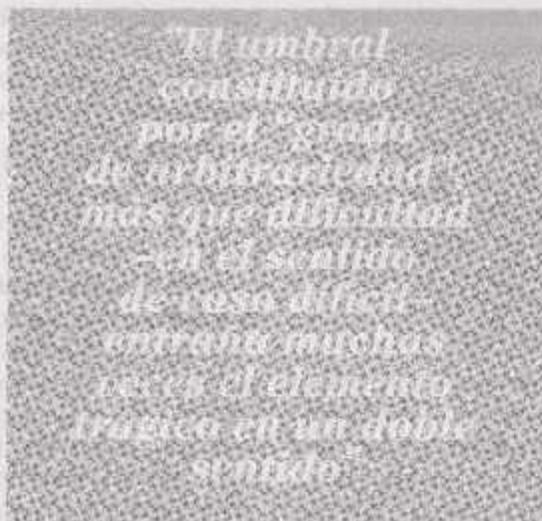
38. Para una ejemplificación *in extenso* de casos difíciles en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ver la Tesis de Grado de César Augusto Rodríguez Garavito, cit.

exigencias legales de ésta. Es decir, para nada observaron la discusión en torno a la interpretación de normas sobre términos procesales.

La Corte Constitucional, al revisar la tutela (sentencia T-548/95), decidió en cambio analizar este último aspecto de fondo; consideró que el juzgado había interpretado insularmente las normas procesales sobre términos; realizó una interpretación sistemática de las mismas y como consecuencia de ello tuteló el derecho al debido proceso, revocando la decisión del juzgado que había rechazado el recurso por extemporaneidad.

Bien puede observarse que tanto en la decisión del juzgado como en la del tribunal y la Corte Suprema de Justicia hay violación material del ordenamiento jurídico. El primero por una equivocada interpretación y los segundos por hacer caso omiso del análisis de fondo del asunto, al detenerse a observar la procedibilidad o no de la acción de tutela. La Corte Constitucional, apoyado en su construcción jurisprudencial de vías de hecho—conforme se explicó anteriormente—, pone en evidencia la interpretación abiertamente equívoca del juez en torno a normas procesales sobre términos y notificaciones, que determinó la violación al debido proceso y “salva” esa primera tragedia.

Valga señalar que no se ve por qué la Corte tenga que insistir en que “el juez de tutela no es el llamado a valorar las interpretaciones hechas por quien administra justicia”, sino que “simplemente verifica si en la actuación de éste hay una arbitrariedad o una decisión manifiesta y evidente contraria al núcleo esencial del derecho al debido proceso”³⁹, queriendo con ello indicar que por razones de



hermenéutica jurídica, no cabría la existencia de vías de hecho, cuando lo cierto es que ésta puede presentarse por una pseudo-interpretación de normas que llevan a la violación del derecho fundamental. Siendo así, la Corte debe “valorar” dicha interpretación, como de hecho ocurrió en el caso que se comenta.

El carácter trágico aquí puede estar determinado, adicionalmente, porque, en los términos en que se ha caracterizado la vía de hecho, según el rastreo jurisprudencial ya presentado, el grado de arbitrariedad judicial (y

jurídica en general) debe ser alto y esta situación ameritaría si no en todos, en muchos casos, una investigación—al menos preliminar—de carácter disciplinario y hasta penal. Situación a la que estaría obligada la Corte Constitucional, y al no hacerlo, hay desconocimiento de normas legales que así lo determinan.

El umbral constituido por el “grado de arbitrariedad”, más que dificultad—en el sentido de caso difícil—entraña muchas veces el elemento trágico en un doble sentido, como de alguna manera quedó expuesto en nuestra propuesta de ampliación de la base teórica del caso trágico. Unas veces, a pesar de lo evidente de dicho grado de arbitrariedad, debe admitirse que pueden existir lagunas de conocimiento—justificaciones en general, por ejemplo, que el juez que ha incurrido en vía de hecho no ha podido dar a conocer todavía—que hacen que quien toma la decisión, no estuviera realmente convencido de hacerlo. Otras veces, el problema sería el de la clarificación del grado mismo de arbitrariedad, que también puede generarle una parálisis (moral) a quien debe decidir.

En nuestro ejemplo, el punto es que en todo caso, la Corte estaría obligada a realizar una conducta—ordenar la apertura de investigación disciplinaria, por ejemplo—en los casos en que proceda la tutela por considerar que existe

39. Sentencia T-500/95, ponente Dr. Vladimiro Naranjo, argumento 6.3.

una vía de hecho, si se tiene en cuenta la caracterización tan categórica que de este enunciado hace la Corte⁴⁰. No hacerlo es, se repite, desconocer una obligación jurídica, y al ser ello así nos encontramos ante una de las modalidades sugeridas por Atienza, si se acepta, además, la ampliación de la base teórica anteriormente intentada.

Quede claro que lo deseable no es que se investigue a cuanto juez tome una decisión equivocada. El hecho de la investigación o no que tengan que padecer los mismos, de algún modo aquí es irrelevante. Lo que me interesa destacar es la constatación del elemento trágico al hacerlo, pero también y especialmente al no hacerlo, por quien tiene la obligación jurídica.

2. Un tribunal superior anuló un laudo arbitral que favorecía unos trabajadores en materia prestacional, pero no profirió decisión de reemplazo. La tutela interpuesta fue inicialmente desestimada por el juez de instancia ante el cual se propuso, al no considerar vía de hecho alguna, pero luego la Corte Constitucional revocó tal decisión y tuteló los derechos invocados, ordenando al tribunal dictar la providencia de reemplazo que se echaba de menos.

El tribunal entendió que su obligación de dictar fallo de reemplazo del laudo arbitral anulado (artículo 142 del Código Procesal del Trabajo) estaba condicionada a que la anulación proviniera "de infracción a los derechos o facultades reconocidos por la Constitución, la ley o normas convencionales, caso en el cual también el tribunal superior se encuentra imposibilitado para proferir pronunciamiento alguno. Porque al hacerlo se estaría prorrogando la competencia, lo que es dable únicamente a las partes". Es decir, interpretó la norma en un cierto sentido y con base en ella decidió no proferir fallo de reemplazo.

La Corte entendió en cambio que "si se es competente para fallar como lo ordena expresa y taxativamente

una norma —el artículo 142 del Código Procesal del Trabajo, por ejemplo—, la petición de una sola de las partes, se es competente para ejercer toda la competencia que esa norma otorga". Por lo que concluye que "una sentencia que priva a una de las partes del servicio de la aplicación de justicia, decidiendo ejercer solamente una parte de la competencia que el imperio de la ley le impone, es una de las excepciones a la regla general de que la acción de tutela no procede contra sentencias judiciales" (sentencia T-320/93).

Este caso difícil —en cuanto que admite más de una respuesta correcta—, es otro ejemplo que deja sin peso la tesis de la Corte de inexistencia de vías de hecho en casos de interpretación, pues no otra cosa es lo que aquí se ve respecto de una norma jurídica. Pero adicionalmente es un caso trágico en el sentido que hemos indicado de estar la Corte obligada jurídicamente a hacer algo (ordenar la apertura de investigación disciplinaria y/o penal por haberse infringido el ordenamiento, en cuanto se "incurrió" en una vía de hecho, esto es, y conforme a la misma jurisprudencia de la Corte, en un acto abiertamente arbitrario) y no hacerlo (omisión del deber jurídico de actuar por considerar —consciente o inconscientemente— que el umbral de la arbitrariedad no lo ameritaba o que aún ameritándose ello, lagunas de conocimiento, pudieron impedir el accionar de la Corte).

3. Un juzgado de circuito ordenó el remate de un bien inmueble cuya naturaleza de bien de uso público se hallaba en entredicho. El juzgado se atuvo a lo procesalmente demostrado, desatendiendo, también por razones procesales, peticiones de la administración pública (alcaldía) que pretendía hacerse parte en el proceso y advertir el carácter del bien para evitar su embargo y remate.

Interpuesta la tutela, el tribunal la concedió por considerar violados derechos como el debido proceso. La Corte confirmó esta decisión, estimando configurada las vías de hecho en varias decisiones del juzgado que violaron, además, el derecho a la justicia del peticionario de tutela (sentencia T-572/94).

Este interesante caso presenta el elemento trágico en varios puntos. La jueza, atendiendo exigencias jurídicas,

40. Cfr. v.g. la sentencia T-043/93, en donde por situación relacionada con el procedimiento a seguir en un asunto civil, generado por la nulidad del proceso, se tutelaron los derechos de una persona y se ordenó al órgano competente investigar la conducta disciplinaria de los jueces por cuyas actuaciones se produjo violación de los derechos.

observa que procesalmente se le demuestra la naturaleza privada del bien objeto de embargo y remate. No cabe duda que, merced a las solicitudes e informes recibidos por la administración pública (alcaldía), ella era consciente de la existencia de un bien público –un lago y sus alrededores– haciendo parte del bien privado objeto de remate. Sin embargo aplicó la norma aceptando un particular rigorismo procesal que le impuso tomar en cuenta lo probado en el proceso (aún cuando no estuviese de acuerdo con dicha medida, agregaría) y ordenó el remate del bien.

La Corte demostró que el lago existe y dadas sus características, es un bien público inembargable. Adicionalmente señaló el fundamento constitucional que tendría la parte que quiso hacer valer su derecho en el proceso para demostrar que el bien inmueble era de uso público y en consecuencia inembargable. De manera que el proceder del juzgado al ordenar su embargo, es una vía de hecho. También tienen éste carácter una serie de decisiones precedentes del mismo juzgado que impidieron el actuar de la administración pública (alcaldía) para demostrar la condición de bien de uso público del inmueble afectado.

La protuberancia de los yerros en que se incurrió en todo el trámite procesal y la naturaleza del caso mismo hizo que la Corte, además de tutelar los derechos señalados, enviara copias a la Fiscalía para investigar la pérdida de unos folios del expediente adelantado en el juzgado y solicitara a la Procuraduría la vigilancia del proceso. No ocurrió lo propio respecto de la jueza que, en parte, motivó todo el asunto.

4. Contra una decisión de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que impuso una sanción disciplinaria a dos magistrados de tribunal, se interpuso la acción de tutela por considerar que allí se habían violado derechos constitucionales como el debido proceso. Negada la acción por un tribunal superior al considerar sin fundamento la petición, la Corte Suprema de Justicia revocó esta decisión y concedió la tutela al observar que efectivamente en la decisión disciplinaria, so pretexto de ejercer una competencia constitucional y legal, se había vulnerado el ordenamiento jurídico, configurándose así una típica vía de hecho.

La Corte Constitucional (sentencia T-249/95) confirmó la decisión que concedió la tutela, al verificar la toma de una decisión sin competencia alguna. Allí se recordó que la configuración de la vía de hecho exige “que la conducta del juez debe ser de tal magnitud que estructuralmente pueda calificarse como vía de hecho, lo que ocurre cuando el funcionario decide o actúa con falta de competencia.”

Y tal fue el caso; por ello La Corte afirmó que con fundamento en su jurisprudencia “expuesta tanto en relación con las atribuciones que corresponden a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, como respecto a las vías de hecho, es claro para esta Corporación la configuración de la misma”. Es decir, para la Corte no hay duda que en aquella decisión disciplinaria, el Consejo Superior de la Judicatura actuó sin competencia. A pesar de ello, nada hizo respecto a la posible configuración de falta disciplinaria del juez que actúa sin competencia.

En sentido semejante, la Corte considera la existencia de vía de hecho cuando la misma Sala del Consejo Superior de la Judicatura considera vigente y especial el D. 1888/89, lo que lo habilita para imponer una sanción disciplinaria a un juez aplicándole dicha norma y desestimando la aplicación de la Ley 200/95. La Corte justificó por qué ésta ley dejó sin piso aquella norma y advirtió que fue con base en ella que debió tomarse la decisión disciplinaria, por cierto más favorable. Al no hacerlo, el Consejo Superior de la Judicatura-Sala Jurisdiccional Disciplinaria, incurrió en una vía de hecho (sentencia SU-637/96).

Estos podrían ser también ejemplos de casos trágicos en el sentido antes expresado y que coincide con aquella distinción hecha por Atienza en donde el conflicto se presenta entre la moral del juez –que decide no propiciar una investigación adicional de carácter disciplinario y hasta penal– y el deber jurídico que le impone hacerlo.

V. Algunas conclusiones y proyecciones

1. La importante adición hecha por Atienza –casos trágicos– a la distinción ya clásica de casos fáciles y difíciles

propicia la reflexión con perspectivas distintas en tópicos de la filosofía del derecho cuyo trabajo analítico suele ser escéptico en algunos puntos. Así, nuevas reflexiones habrá que hacer, tomando en consideración el elemento trágico en el derecho, en torno a temáticas como el de la justificación de las decisiones jurídicas, la función de la teoría crítica del derecho, la caracterización de la metodología jurídica, el concepto y validez del derecho, el redimensionamiento de las relaciones entre derecho, moral y política, e incluso la redefinición de la temática propia de la filosofía del derecho.

2. La existencia del elemento trágico en el derecho no debe llamar al escepticismo jurídico ni ético. Por el contrario, como afirma Atienza en el último de sus textos aquí analizados, "la conciencia de lo trágico -y el sentimiento de malestar que lo acompaña- puede muy bien servir de revulsivo para incitar al juez a cumplir con sus deberes como ciudadano, esto es, con su deber de contribuir a modificar el mundo social de manera que disminuya lo trágico en el derecho" (p. 36/37).

3. Parece pertinente, por razones formales, mantener la categoría sugerida por Atienza de manera separada a la de casos difíciles. Así, el trabajo que en el futuro lleve a la ampliación de la base teórica de los casos trágicos resultará más fácilmente aprehensible. Ello no obsta para que en un mismo evento se esté ante un caso difícil y a la vez trágico.

4. Esa base teórica, seguramente, deba incluir el análisis del actuar inconsciente y no solo consciente del juez cuando se halle ante el dilema. En especial cuando el resultado de dicho actuar inconsciente -como ocurriría en no pocas ocasiones- lleve a consecuencias que puedan causar traumatismos no solo a las partes directamente involucradas en el caso, sino también altere la práctica judicial misma, la ciencia jurídica y el carácter racional y razonable de la decisión.

5. Así mismo, pareciera necesario ampliar la explicación sobre la viabilidad de los casos trágicos en la perspectiva positivista del derecho. Como el planteamiento de Atienza tiene como base su perspectiva no positivista del derecho, le caben parcialmente críticas como las

realizadas por Liborio Hierro ("Las huellas de la desigualdad en la Constitución", en M. Reyes Mate (ed), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Argentario/Visor, Madrid, 1995) en cuanto que la experiencia trágica del derecho es moral y no jurídica⁴¹.

6. Queda abierto el debate que lleve a admitir o no dentro de la categoría de casos trágicos, en la primera modalidad planteada por Atienza, la subclase aquí sugerida de casos trágicos consecuenciales.

7. La doctrina de las vías de hecho construida en nuestra jurisprudencia constitucional, son un una inagotable fuente ejemplificativa de casos difíciles y trágicos. Los pocos casos que se tuvieron en cuenta, son una muestra ilustrativa.

8. Como quiera que en el centro de la discusión de los casos trágicos está, como lo precisa Atienza, la postura frente (o solución) de un dilema, además del apoyo de la filosofía moral que para su análisis se pueda incorporar, existe también una vía de apoyo no explorada por Atienza y que vale la pena tomar en consideración; se trata de los aportes de la lógica paraconsistente y de la paraconsistencia misma.

La ciencia y la filosofía en general han admitido las bondades de la paraconsistencia para resolver (también replantear) muchas de las preguntas cuya estructura se encontraba anclada en la consistencia del mundo y en paradigmas como la no contradicción del mismo, que hacían en muchos casos difícil su solución, especialmente a partir de la formulación de paradojas -como lo hizo B. Russell-. La tolerancia de la lógica paraconsistente con las contradicciones, permite barruntar la importancia de su análisis como ayuda en la solución de dilemas propios de los casos trágicos en derecho.

41. Si bien las críticas de Hierro son ampliamente debatidas por Atienza (*Los límites... cit.*, p. 24 a 32), hay que admitir que éste argumento del carácter moral y no jurídico de lo trágico no es suficientemente rebatido.