

DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA JUDICATURA Y TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN COLOMBIA

CARLOS MARIO GARCÍA RAMÍREZ*



POLITICAL DIMENSION OF JUDGEMENTS AGAINST JUDICIARY AND JUDICIAL CUSTODY IN COLOMBIA

RESUMEN

En conflictos que en la práctica tienen más alcance político que jurídico, como el desatado en Colombia a propósito de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, se reconfirma la dimensión política de la judicatura, cuando se sostiene que una decisión judicial definitiva que ha hecho tránsito a cosa juzgada no se puede volver a discutir en un nuevo proceso, porque su inmodificabilidad tiene como finalidad precisamente, preservar la seguridad jurídica, garantía del orden jurídico y condición de la realización de la justicia material.

PALABRAS CLAVE: Tutela, Cosa Juzgada, Providencias Judiciales, Justicia, Seguridad Jurídica, Orden Jurídico.

ABSTRACT

In practice conflicts that are more political than legal scope, as the loose in Colombia regarding the origin of Guardianship against court orders reconfirm the political dimension of the judiciary, when holding a final judicial decision made *res judicata* can not be re-discussed at a new trial because his unchangeable aims precisely to preserve legal certainty, legal and warranty status of the realization of material justice.

* Vicerrector Académico de la Institución Universitaria Colegio Mayor de Antioquia. Líder del Grupo de Investigación *Conocimiento y Sociedad*, de la misma institución. Actualmente, adelanta los cursos del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, *e-mail* [cgarcia5@gmail.com] y [cgarcia5@efit.edu.co].

KEYWORDS: Guardianship, res judicata, Judicial Rulings, Justice, Legal Certainty, Legal Order.

Fecha de presentación: 11 de enero de 2012. Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2012.



*A través de las revoluciones espirituales que exige la invención científica,
el hombre se convierte en una especie mutante o, para expresarlo
aún mejor, en una especie que necesita mutar, que sufre si no cambia.*

GASTÓN BACHELARD

I. PRELIMINARES

El problema que se tratará en perspectiva socio-jurídica, comparte la idea de que la función de los jueces en un Estado democrático de derecho es de orden político, lo que se evidencia de una especial forma para el caso de Colombia, por ejemplo, en el conflicto vigente e irresuelto a propósito de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales desde 1992 cuando la Corte Constitucional profirió la polémica Sentencia C-543 con ponencia de JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

En ella, los magistrados del alto Tribunal que salvaron su voto, se apartaron de la tradicional concepción del principio de la cosa juzgada, en el sentido de que una decisión judicial definitiva no se puede volver a discutir en un nuevo proceso porque al ser inmodificable, se convierte en *conditio sine qua non* para la preservación de la seguridad jurídica como garantía del orden jurídico y, por ende, de la realización de la justicia material. No obstante, en el fondo de esa disputa con tinte también epistemológico, se pretende la defensa de la autonomía de los jueces, convirtiéndose así, en una disputa más política que jurídica.

Y es que en la historia de la ciencia de corte lineal, positivista y acumulativa, se ha creído que cuando una comunidad científica comparte cierto modelo o paradigma para abordar (construir-investigar) un determinado problema u objeto, ha encontrado la forma para su “verdadera” explicación; pero voces como la de THOMAS KUHN (1922-1997), ven en ello lo que se podría nominar parálisis paradigmática que conduce seguramente a la normalización y al estancamiento en

la tradición de un preciso campo del conocimiento por la defensa a ultranza de un modelo de explicación.

Distinto es, el llamado a la ruptura, a la crítica de ese propio modelo o paradigma en perspectiva histórica, haciendo todo el esfuerzo por encontrar en una práctica científica determinada, los inconvenientes que no permiten al saber ser él mismo. Es un llamado a la emancipación del saber en el hombre, a la recurrencia que va al pasado a buscar los errores y los obstáculos que niegan el conocimiento científico, no ya desde la pretensión universalista de las teorías del conocimiento positivistas, sino desde la regionalización epistemológica; puesto que

frente a lo real, lo que cree saberse claramente ofusca lo que debiera saberse. Cuando se presenta ante la cultura científica, el espíritu jamás es joven. Hasta es muy viejo, pues tiene la edad de sus prejuicios. Tener acceso a la ciencia es rejuvenecer espiritualmente, es aceptar una mutación brusca que ha de contradecir a un pasado¹.

GASTÓN BACHELARD (1884-1962) en ese sentido fue radical. Si no se rompe violentamente con la opinión, simple y llanamente, no puede haber conocimiento científico. Ahí ubica el concepto de *obstáculo epistemológico* como la inercia del pensamiento frente a sí mismo, refiriéndose a aquella obstinada resistencia al cambio, a ese absurdo impedimento a la rectificación permanente; porque

es en el acto mismo de conocer, íntimamente, donde aparecen, por una especie de necesidad funcional, los entorpecimientos y las confusiones.

Por ejemplo, si se aplicaran estas ideas al acto político y jurídico de emitir una sentencia, muy seguramente se podrían evidenciar dificultades para asumir la relación ética y política del juez con el conocimiento, esto es, con la verdad; porque parafraseando a ESTANISLAO ZULETA (1935-1990) cuando habla del estudiante,

1 GASTÓN BACHELARD. *La formación del espíritu científico*, México D. F., Siglo XXI, 1976, p. 16.

2 *Ibid.*, p. 15.

desde la primaria al estudiante (*desde la facultad, al estudiante de derecho*) se le educa en función de un examen (*al estudiante de derecho también le pasa*), sin que la enseñanza y el saber le interesen o se relacionen con sus expectativas personales [...] En nuestro sistema educativo la gente adquiere la disciplina desgraciada de hacer lo que no le interesa; de competir por una nota, de estudiar por miedo a perder el año. Más adelante trabaja por miedo a perder el puesto [...] (*de lo que infortunadamente no escapan algunos abogados y jueces*)³. (Itálicas y entre paréntesis, fuera del texto original).

Y dígase lo que se quiera, en la vida científica los problemas no se plantean por sí mismos. Es precisamente este sentido del problema el que vincula el verdadero espíritu científico. Para un espíritu científico todo conocimiento es una respuesta a una pregunta. Si no hubo pregunta, no puede haber conocimiento científico. Nada es espontáneo. Nada está dado. Todo se construye⁴.

Por lo mismo se impone al científico (y el jurista ha de serlo) saber más el cómo llegar a comprobar un determinado hecho que el descubrir verdades. Con razón decía KARL POPPER (1902-1994) que

el conocimiento científico simplemente no es un conocimiento cierto. Está siempre abierto a revisión. Consiste en conjeturas comprobables –en el mejor de los casos–, conjeturas que han sido objeto de las más duras pruebas, conjeturas ciertas. Es conocimiento hipotético, conocimiento conjetural⁵.

Ese mismo acontecer, propio de la dirección del conocimiento hacia la verdad como idea regulativa, como una meta, tiene una connotación ética y política porque la investigación científica no es neutral ni puede serlo (se podría pensar que la judicatura tampoco). Uno de

*los principios éticos más importantes es la idea de la verdad objetiva como principio básico regulativo de todo diálogo racional*⁶.

Esto sirve de mecanismo para controlar las razones que la animan, porque la ciencia (también el derecho y la judicatura) obedece a intereses que no excluyen la responsabilidad social del científico (juris-

3 ESTANISLAO ZULETA. *Educación y democracia*, Bogotá, FEZ, 1995, p. 33.

4 BACHELARD. *La formación del espíritu científico*, cit., p. 16.

5 KARL POPPER. *El conocimiento de la ignorancia*, Medellín, Universidad Nacional, 2001, p. 5.

6 *Ibid.*, p. 12.

ta), al estar el conocimiento, en pos no sólo del bienestar del hombre, sino también de la conservación de la naturaleza y de la cultura y no contra ellos.

Esto se percibe de forma más clara en el concepto de demarcación propuesto por POPPER, entendido como la estrategia para diferenciar la ciencia de la no-ciencia; puesto que para él, una teoría merece el calificativo de científica y/o verdadera, sí y solo si, es falsable, o lo que es lo mismo, refutable empíricamente.

Es ahí, en donde el compromiso racionalista del científico cobra todo su protagonismo, siguiendo tres principios éticos básicos en contra de todo autoritarismo: *el principio de falibilidad* (aceptar que uno puede equivocarse); *el principio del diálogo racional* (revisar las ideas propias) y, por último; *el principio del acercamiento a la verdad con la ayuda del debate* (basarse en lo objetivo, superando los prejuicios).

El principio ético que nos guía deberá ser nuestro compromiso con la búsqueda de la verdad y la noción de una vía para llegar a la verdad y un acercamiento a ella. Sobre todo, deberíamos entender que nunca podremos estar seguros de haber llegado a la verdad; que tenemos que seguir haciendo críticas, autocríticas, de lo que creemos haber encontrado y, por consiguiente, tenemos que seguir poniéndolo a prueba con espíritu crítico; que tenemos que esforzarnos mucho en la crítica y que nunca deberíamos llegar a ser complacientes o dogmáticos. Y también debemos vigilar constantemente nuestra integridad intelectual, que junto con el conocimiento de nuestra falibilidad nos llevará a una actitud de autocrítica y de tolerancia.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como se advirtió, en el debate sobre la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales que violenten un derecho fundamental, subyacen concepciones epistemológicas contrarias respecto de la manera en que es concebida la cosa juzgada, nudo gordiano del mismo. Los magistrados de la Corte Constitucional que en 1992 por mayoría aceptaron tímidamente la posibilidad excepcional de impugnar una sentencia por vía de tutela cuando un juez o tribunal en su actuación violara un derecho fundamental, se mantuvieron en el

7 *Ídem.*

atributo de la cosa juzgada como verdad casi absoluta, inmutable e incuestionable; los disidentes en cambio, creyeron lo contrario. Ella no es ni puede ser una verdad absoluta, inmutable e incuestionable y, por lo mismo, una sentencia ejecutoriada que viole un derecho fundamental por la razón que sea, no sólo por una vía de hecho o por las causales de procedibilidad, podrá ser impugnada por una tutela. No permitirlo, sí que sería un anarquismo lógico y jurídico que conduciría a la inseguridad jurídica.

Aquí entonces la discusión se torna no sólo epistemológica y jurídica, sino también política porque prima el criterio de autoridad, la jerarquía, la instancia de un juez sobre otro y, más si se trata como en Colombia, de que un juez de inferior rango, pueda llegar a revocar la decisión de otro de más alto rango o tribunal.

Ello porque a la luz de la prelación normativa que tienen los derechos fundamentales en un Estado social y democrático de derecho, el argumento de autoridad (criterio ideológico y político) y el de quiebre del principio de la cosa juzgada (postura anclada en la añeja y añorada plenitud hermética del derecho) para oponerse a la tutela contra providencias judiciales ejecutoriadas, no sería necesariamente el más defendible, puesto que como lo dijera MICHEL FOUCAULT (1926-1984) en muchas de sus obras, el poder solo existe en donde hay la posibilidad de resistirlo, porque es un choque de fuerzas⁸.

Al quebrarse mediante tutela una sentencia lesiva de derechos fundamentales, se quiebra no la autonomía del juez –necesaria y obligatoria en un Estado democrático–, sino su actuación arbitraria fundada en razones que pueden ser respetables pero no aceptables; al quebrarse una sentencia dañina de derechos fundamentales, se hace realidad la justicia material ordenada por los principios y valores que inspiran la Constitución; ello todavía es más claro si se asume que una sentencia no es un mero escrito en el que se plasman unos hechos, unos argumentos y se esgrimen unas nomas para sustentar un fallo.

Una sentencia expresa una postura lógica, ética, jurídica y política de quien la promulga; es una creación discursiva para dar respu-

8 Ver el pensamiento de NIETZSCHE (1844-1900) acerca de la idea del poder como fuerza, inspirador de FOUCAULT y DELEUZE, entre otros.

esta a cuestionamientos que se le hacen al derecho desde la realidad; si se quiere, es la respuesta a la tensión entre el deber ser axiológico, jurídico y político y el ser social, planteada en un caso concreto.

De ahí que entre su promulgación y acatamiento pueda haber la posibilidad de resistirla cuando hay razones para hacerlo, mucho más allá de considerar los procesos judiciales como inacabables. Tener la posibilidad de impugnar una sentencia lesiva de derechos fundamentales por vía de tutela, no es ejercer un recurso “superextraordinario”, es un debate político y una obligación ética entre fuerzas contrarias inspiradas en razones e intereses distintos que pulsan por imponerse recíprocamente.

Y a todas estas, de lo que se trata con la cosa juzgada, es precisamente de esa pugna entre fuerzas⁹, entre dos maneras de ver el mundo y también el derecho, con el argumento de fondo de la preservación de la seguridad jurídica.

Para ilustración, el artículo 243 Superior colombiano, consagra que:

los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a *cosa juzgada* constitucional. Ninguna autoridad podrá *reproducir el contenido material* del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, *mientras subsistan en la Carta* las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. (Resaltado fuera del texto original).

Se establece entonces una diferencia entre la cosa juzgada constitucional, absoluta y relativa. Es lo primero, cuando una norma es declarada executable o inexecutable por razones de fondo o de forma y, la razón o razones, por las que se tomó tal decisión, siguen estando en el texto de la Constitución. Lo que equivale a sostener que no pueden ser nuevamente controvertidas con los mismos argumentos, pues según el artículo 241 *ejusdem*, este Tribunal, es el máximo guardián e intérprete de la Carta y debe analizar la norma acusada a la luz de

9 A este respecto la obra de FOUCAULT ha enfatizado en el contenido político del lenguaje a través de su propuesta metodológica y teórica en torno al discurso, aplicable también a la ciencia y práctica jurídicas.

toda la Constitución. Esa primacía como guardián privilegiado de la Carta se la otorga el constituyente y esa, es una decisión política.

De igual modo cabe decir que la cosa juzgada constitucional absoluta, puede ser explícita o implícita, según lo consagró en 1996, el artículo 48 de la Ley 270 o Estatutaria de la Administración de Justicia y lo reafirmó la CConst, C-083/1995, C. GAVIRIA¹⁰, cuando habló de la doctrina constitucional, postulando que es cosa juzgada explícita, la parte resolutive (decisión) de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional en ejercicio del control constitucional, al examinar las normas legales, por vía de acción, de revisión previa o por el control automático. Tienen la característica de ser obligatorias para todos y con efectos *erga omnes*. También, idéntica norma estipula que es cosa juzgada implícita, la parte motiva de las sentencias (argumentos o considerandos) cuando posee una unidad de sentido con la parte resolutive, de tal forma que no pueda entenderse la una sin la otra. Igualmente si la misma Corporación así lo expresa en una sentencia.

Lo anterior, se enmarca dentro de los límites de los conceptos de control constitucional difuso y concentrado, tanto previo como posterior. De igual modo, hay que referirse a la ley, a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y a la doctrina, cuando sostienen que las sentencias de los jueces y tribunales conforme a derecho, tienen el valor de cosa juzgada una vez están ejecutoriadas y que contra las mismas, *por regla general*, no procede la tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Sólo y excepcionalmente, podría invocarse si el fallador incurre en una vía de hecho judicial, considerada como tal por la jurisprudencia de la Corte si se atenta contra derechos fundamentales *por la acción u omisión de cualquier autoridad pública* (incluidos los jueces, obviamente), como lo preceptúa el artículo 86 de la Constitución.

En esa dirección, el Decreto 2591 de 1991, concretamente su artículo 40, estableció las competencias y limitaciones cuando de

10 En adelante, se utilizará la metodología planteada por LÓPEZ (2011, p. 56), en el sentido de citar las sentencias de la Corte Constitucional bajo la siguiente nomenclatura: identificación institucional (CConst.), identificación de la sentencia (C, T, SU), seguido del número y el año de expedición, finalizando con la inicial del nombre de pila y el apellido del magistrado ponente.

tutelas contra decisiones judiciales se trata. No obstante, la Corte Constitucional en la paradigmática sentencia referenciada CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ, que abrió el paso a la polémica entre la cosa juzgada y la posibilidad de atacar por vía de tutela las providencias judiciales en Colombia cuando un juez incurra en una vía de hecho¹¹, declaró inexecutable ese artículo al igual que los artículos 11 y 12 que consagraban los términos para ejercer dicha acción.

Hasta el año 2003 se puede ver una aplicación sistemática y dominante de esta doctrina constitucional, pero es entonces cuando la Corte empieza a contemplar causales adicionales a las previstas en la doctrina de vía de hecho para fallar tutelas contra providencias e introduce los conceptos de causales específicas y causales genéricas de procedibilidad, siendo estas últimas de contenido exclusivamente formal y procedimental. Esta “nueva” doctrina se consolidó con el paso del tiempo y la aplicación reiterada por parte de los magistrados de la Corte Constitucional¹².

Ello abrió el paso a la consolidación de otra *doctrina* desde el máximo tribunal de lo constitucional sobre la procedencia de la tutela contra providencias judiciales en Colombia, ya no sólo porque el juez o tribunal incurran en una vía de hecho. Es una marcada línea garantista que si bien ha tenido no pocos contradictores, incluso al interior de la misma Corte y de otros altos tribunales, se ha ido posicionando lentamente en la órbita de la concepción de un Estado constitucional de derecho, aunque también con el fin político de menguar los enfrentamientos con las otras altas cortes¹³.

... se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido

11 La doctrina constitucional de las vías de hecho será construida por la Corte en sentencias posteriores, como CConst, T-055/1994, E. CIFUENTES; CConst, T-1031/2001. M. G. MONROY; CConst, SU-1185/2001, R. ESCOBAR GIL y CConst, SU-159/02, M. J. CEPEDA.

12 LOZANO. “La Corte bajo la lupa”, Informe n.º 1, *Observatorio Constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009, p. 3.

13 A este respecto, ver por ejemplo, MAURO BARBERIS. *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008; ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ, MARÍA VICTORIA FAMA y MARISA HERRERA. *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010; GERMÁN BIDART CAMPOS. “El constitucionalismo social (esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada de 1994”, En: *Economía, Constitución y Derechos Sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997; ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ. *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado. Por lo anterior, todo pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela respecto de la eventual afectación de los derechos fundamentales con ocasión de la actividad jurisdiccional (afectación de derechos fundamentales por providencias judiciales) es constitucionalmente admisible, solamente, cuando el juez haya determinado de manera previa la configuración de una de las causales de procedibilidad. (CConst, T-949/2003, E. MONTEALEGRE).

En ese orden de ideas, a más de los requisitos establecidos para la procedencia de la tutela contra sentencias por incurrirse en una vía de hecho judicial, esto es, los *defectos orgánico, procedimental, fáctico y sustantivo*, se les sumó, como causales de procedibilidad:

el error inducido, la violación directa de la Constitución, la decisión inmotivada y el desconocimiento del precedente¹⁴.

A esa concepción, si se quiere, contemporánea y que entiende la seguridad jurídica como la adecuada racionalización de las normas a la luz de los valores y principios inspiradores de todo el ordenamiento jurídico; que busca la aplicación razonable y no solamente racional de la ley acorde con los cambios socio-culturales que se van dando, se le antepone la añeja y clásica postura que la entiende como el necesario conocimiento de la existencia de la norma que regula casos análogos y a la cual el juez se debe someter, con la intención de que la ley solucione todos los conflictos jurídicos.

El propio texto constitucional colombiano recoge en varios de sus artículos esta discrepancia conceptual. A guisa de ejemplo, se tiene que los artículos 4.º, 6.º, 29, 95, 121, 122, 150-8 y 230 consagran el concepto clásico de seguridad jurídica. Por su parte, el preámbulo y los artículos 1.º, 2.º, 94 y 228 recogen la tesis contemporánea. No sin razón, esta última tendencia en respuesta al positivismo jurídico

14 LOZANO. "La Corte bajo la lupa", cit., p. 21.

de la postura clásica, pregona la dinamicidad y legitimidad del valor seguridad jurídica.

La clásica es el reconocimiento de la exigencia que se le hace al derecho para que navegue por los cauces de la realidad social con el único propósito de hacer vida la justicia material. La segunda, en cambio, obedece a que cada sujeto destinatario del derecho acate la decisión del juez,

derivada no ya *en forma exclusiva* por su sujeción a la norma legal, sino a los valores a los cuales ésta debe estar sometida. Se busca que la aceptación de la decisión del fallador se cimente no sólo en la coincidencia o no de la misma con la ley, sino, que la obligación impuesta en la decisión judicial sea el motivo del obrar del individuo por guardar la misma coincidencia con los fines, principios y valores constitucionales¹⁵. (Resaltado fuera del texto original).

A. Tensión entre cosa juzgada y tutela contra providencias judiciales

Una tensión como ésta no escapó ni escapa como se dijo, dentro y fuera de la Corte, a disputas de orden epistemológico, ético, político y jurídico, más allá de la aséptica y caduca intención de seguir concibiendo la judicatura como una acción social neutral respecto de la realidad, en la que precisamente, a partir de las propias posturas (en este caso, de quienes *administran justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución y la ley*), se puede construir en cada acto interpretativo, iusfaciente, esa realidad¹⁶, en donde *lo descriptivo* (ejercer de una determinada y personal forma la judicatura) y *lo prescriptivo* (regirse por lo mandado para ese ejercicio en la Constitución y en la ley) se autoimplican.

En el plano *ético*, la tensión entre cosa juzgada y tutela contra providencias judiciales, evidencia un enfrentamiento de los va-

15 (SERGIO IVÁN ESTRADA VÉLEZ. "Hacia un nuevo concepto de seguridad jurídica a la luz de los valores consagrados por la Constitución nacional de 1991", en: Nueva interpretación constitucional, Medellín, Universidad de Antioquia-Diké, 1997, p. 213.

16 Consultar sobre el particular, las posturas de autores como PAUL RICOEUR (1913-2005), JÜRGEN HABERMAS (1929-), HANS-GEORG GADAMER (1900-2002), MICHEL FOUCAULT (1926-1984) y PIERRE BOURDIEU (1930-2002), entre otros.

lores *orden y justicia*. Por ejemplo, en la citada sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ que abrió la posibilidad de atacar por vía de Tutela una sentencia judicial si el juez incurría en una vía de hecho, para la mayoría de magistrados en la ponderación que realizaron, primó el *orden* sobre la *justicia*, al considerar nada más antinómico con la justicia que el vaivén incesante de una decisión que nunca acaba; por el contrario, quienes repararon en tal aserto, es decir, los disidentes, creyeron que por importante que fuera el orden, no se podía sacrificar en su nombre a la justicia con el argumento de que una decisión en tal sentido, sería negar en la práctica la esencia misma del Estado social de derecho.

En el plano jurídico, el interés estriba en dilucidar el papel que ha de cumplir el juez como instrumento *de y para* la justicia en el Estado colombiano. Con todo, se tiene que determinar cuál es el objetivo al aplicar el derecho (lo teleológico), implica brindar certeza a todas las relaciones jurídicas a la vez que se busca proporcionar a los destinatarios de las normas jurídicas, la justicia material, amparada en la seguridad jurídica como medio y no como fin. Por su parte, la interpretación del ordenamiento jurídico (lo hermenéutico) debe partir del análisis literal-sistemático, buscando proferir una sentencia justa.

Por eso, en reiteradas ocasiones la misma Corte ha descrito y construido jurisprudencialmente como la doctrina de las vías de hecho, a aquella actuación judicial manifiestamente contraria a los preceptos constitucionales y legales.

Obsérvese que los defectos calificados como vía de hecho son aquellos que tienen una dimensión superlativa y que, en esa misma medida, agravian el ordenamiento jurídico” (CConst, T-231/1994, E. CIFUENTES).

Empero, no cualquier acción u omisión de los jueces y otros servidores públicos se constituye en una vía de hecho, puesto que como lo ha sostenido este Tribunal, la vía de hecho riñe contra el derecho fundamental del debido proceso. Y tal conducta reprochable se puede presentar siempre y cuando:

1. El juez no sea competente (*defecto orgánico*). La Constitución y la ley son quienes legitiman a los servidores públicos para ejercer sus funciones, porque quienes ostentan este carácter están vinculados a ellas conforme a los postulados del Estado social de derecho. Si un

juez carece de fundamento constitucional o legal en su actuación, ésta no está legitimada y, por lo mismo, tal actuación no es vinculante para el Estado.

2. No se aplique al caso el debido procedimiento (*defecto procedimental*).

3. La prueba no sea valorada adecuadamente a la luz de las normas que así lo exigen (*defecto fáctico*).

4. No se haya aplicado la norma que debió aplicarse, dándose desviación de poder (*defecto sustantivo*).

Alguno de estos defectos puede conducir a que sentencias aparentemente revestidas de legalidad, pasen a no tener tal connotación y pierdan sus efectos jurídicos a través del mecanismo de la tutela.

Así las cosas, se configura una vía de hecho cuando se produce una grave lesión o se amenaza seriamente un derecho fundamental o si en una actuación material se supera la esfera de decisión de quien la asume y, por último, si un juicio pierde su dimensión jurídica. Se infiere pues que es el ámbito de la cosa juzgada, el escenario irremplazable para analizar la tensión radical entre *seguridad y justicia*.

En ese orden de ideas, una sentencia hace tránsito a cosa juzgada cuando de ella se predica que tiene fuerza vinculante al darse finalización al respectivo proceso según el debate probatorio llevado a cabo o porque éste se ha terminado anormalmente, evento en el cual, la ley consagra expresamente cuándo se está ante la cosa juzgada.

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* define la cosa juzgada como

el principal efecto que producen las sentencias judiciales, mediante el cual las mismas se convierten en *inmutables*, invocando para ello como fundamento principal la conveniencia de impedir la revisión de lo que ya resultó en sentencia en firme. (itálicas del fuera del texto).

Por su parte, el alto Tribunal aludido, en sentencia CConst, T-048/1999, J. G. HERNÁNDEZ, dijo sobre este Instituto:

El fenómeno de la cosa juzgada ocurre cuando entre dos procesos judiciales se presenta una serie de identidades procesales que determinan que, en el segundo juicio al juez le resulte vedado pronunciarse sobre aquellas cuestiones sobre las que concurren las anotadas identidades.

En Colombia, los criterios que permiten determinar si, en cierto caso, existe cosa juzgada se encuentran establecidos en los distintos códigos de

procedimiento. Sin embargo, los principios tutelares –como los ha denominado el Consejo de Estado– de esta institución jurídica son los establecidos en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, los cuales son aplicables a otros procedimientos y, en especial, al contencioso administrativo.

La norma señalada indica que existe cosa juzgada entre dos procesos judiciales y ésta puede ser declarada en el juicio posterior cuando: 1. Ambos procesos versan sobre el mismo objeto (*eadem res*); 2. Ambos juicios se fundan en la misma causa (*eadem causa petendi*); y 3. Existe identidad jurídica de partes (*eadem conditio personarum*) entre ambos procesos. La jurisprudencia colombiana ha estimado que, mientras los dos primeros elementos constituyen el límite objetivo de la cosa juzgada y responden, respectivamente, a las preguntas acerca de sobre qué se litiga y por qué se litiga, el último elemento constituye el límite subjetivo de la cosa juzgada.

B. Lo que se infiere de la tensión

Lo que queda claro es que una decisión judicial definitiva no se puede volver a discutir en un nuevo proceso por ser inmodificable y buscar preservar la Seguridad Jurídica, porque ésta garantiza a su vez el orden jurídico, y por ende, la realización de la justicia material.

Frente a esto hay que decir que la cosa juzgada tiene básicamente tres efectos jurídicos: a. Impedir plantear nuevamente las mismas pretensiones ante un juez, excepto en el recurso extraordinario de revisión; b. Prohibir modificar lo decidido en la sentencia, así sea el mismo juez; y c. Imprimir fuerza ejecutiva para el cumplimiento de la sentencia, si la parte obligada se niega a acatarla.

Estas son las razones para que una sentencia no pueda ser modificada posteriormente una vez haya causado ejecutoria y se convierta en cosa juzgada. Ni siquiera la tutela puede modificarla, a menos que se haya incurrido en vías de hecho por parte del funcionario que la profirió, caso en el cual, por ser una decisión arbitraria, no constituye cosa juzgada¹⁷.

No sobra aclarar que las sentencias proferidas en procesos de jurisdicción voluntaria, las que deciden situaciones que pueden ser modi-

17 LEÓN DARÍO MEDINA OROZCO. *La acción de tutela frente a las decisiones penales por vías de hecho*, Bogotá, Ibáñez, 1999, p. 75.

ficadas por proceso ulterior autorizadas legalmente y las sentencias inhibitorias, no constituyen cosa juzgada.

Está aquí entonces el problema de la verdad material y la verdad formal a la que pertenece propiamente la cosa juzgada, puesto que para la inmensa mayoría de juristas, la verdad formal de un proceso es la verdad probada. Aunque

la seguridad jurídica no es un término antitético ni en tensión dialéctica con la justicia, supone por el contrario, una dimensión de ésta, es la justicia formal o procedimental. En la interpretación y aplicación del derecho vivo, e incluso en sus propias normas aparece esta integración¹⁸.

La Corte Constitucional incluso planteó que la cosa juzgada da certeza interpartes en tanto que la seguridad jurídica la da al colectivo social.

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. (Sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

Así cabe la pregunta sobre cómo habría de solucionarse la aparente contradicción entre seguridad y justicia. Según cierto sector de la doctrina, se da en el discurrir histórico del derecho, en el que se trata de menguar el enfrentamiento entre la justicia como seguridad y la justicia como verdad, porque el fin perseguido es el de hacer justicia de la forma “menos injusta”. Este es el sentido que tiene el recurso extraordinario de revisión para quebrar la cosa juzgada cuando surgen nuevos datos, desconocidos a la hora de fallar y que hacen que la sentencia ejecutoriada pueda ser reformada o incluso anulada. Tal recurso procede contra cualquier sentencia proferida desde la Corte Suprema de Justicia hasta el más modesto juez municipal, excepto las que éste dicta en procesos de única instancia, porque su objetivo primordial es que cesen los efectos de una sentencia en firme

18 GREGORIO PECES-BARBA. “La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, 1990, p. 229.

al surgir nuevos hechos ignorados en el proceso y que determinan que si se hubieren conocido, otra hubiese sido la decisión, tornándose entonces la sentencia como injusta.

No obstante, la revisión es un recurso de tipo legal y opera para todo tipo de procesos, por lo que ante la vulneración de un derecho debe hacerse uso no sólo de éste, sino de cualquier otro recurso dentro del respectivo proceso, excepto si la persona que sufre el perjuicio no lo pudo ejercer dentro de los términos establecidos por razones ajenas a su voluntad, caso en el cual, cabe la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el proceso ya ha terminado y se incurrió en una vía de hecho por parte del juez.

Por esa razón, la tutela no es un recurso extraordinario o una vía simultánea, adicional o complementaria para exigir pretensiones o tampoco una instancia más; es una garantía para hacer efectivos los derechos fundamentales cuando han sido violados por una actuación o decisión arbitrarias y por fuera de todo esquema de legalidad.

Se advierte con la Corte, en la misma sentencia referenciada que,

el principio de especialidad que sirvió de base a la creación y perfeccionamiento de las distintas jurisdicciones (*entiéndase competencia especializada*), estaría igualmente siendo amenazado toda vez que al permitirse el ejercicio de la acción de tutela en forma indiscriminada contra cualquier tipo de sentencias judiciales, llegaría el momento en que el mecanismo subsidiario se convertiría en principal medio para ser interpuesto no sólo en diferentes instancias del proceso, sino a cambio de éste, viniendo así a suplir todos los medios que permiten acceder normalmente a la administración de justicia y, lo que es más grave, se ha convertido en instrumento único de petición ante los jueces, con menoscabo de la estructura judicial. (Sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ). (Resaltado fuera del texto, puesto que la jurisdicción es una y sus porciones son las competencias).

El problema político y jurídico de la procedencia o no de la tutela contra providencias judiciales ha generado toda clase de controversias. Quienes la desestiman, esgrimen fundamentalmente que:

– Toda sentencia debe ser justa y tener las características de cosa juzgada formal y material con carácter vinculante;

– De la cosa juzgada se desprende la seguridad jurídica, manifestada a través de la certidumbre no sólo para las partes sino para

todos de que un proceso ya fallado no se podrá seguir ventilando indefinidamente;

– No es posible revisar un proceso concluido por un juez de tutela, así se trate de la violación de un derecho fundamental, cuando lo que se pretende es hacer interminable el proceso, convirtiendo así la tutela en un recurso excepcional;

– La tutela no puede suplir los recursos ordinarios o extraordinarios para impugnar decisiones judiciales;

– Cuando la tutela es invocada contra sentencias, atenta contra la autonomía e independencia de los jueces; y

– Toda tutela debe ser fallada por jueces especialistas en el tema correspondiente.

Por su parte, quienes la ven con buen recibo y la exigen, argumentan que:

– No se requiere especialidad en el tema, puesto que en el ámbito del derecho contemporáneo, el juez es quien da el contenido social y de justicia a las normas jurídicas, buscando realizar la primacía de la dignidad humana;

– La cosa juzgada no puede ser absoluta cuando la sentencia proferida violenta un derecho fundamental.

En este caso, no se puede invocar la seguridad jurídica, para mantenerse incólume la sentencia injusta, y acá la cosa juzgada debe ser una cuestión meramente formal, debiendo privilegiarse el paradigma de la justicia real, que en esencia es el reconocimiento de los derechos sustanciales de los asociados¹⁹.

– Los derechos fundamentales no son sólo ideales, sino la vida misma, siendo obligación de todos los jueces (incluidos las altas cortes y los tribunales), garantizar que la administración de justicia esté al servicio de la dignidad humana y no en contra de ella;

– La idea errónea de que la tutela contra sentencias origina un desorden jurídico no puede ser admitida, puesto que en un Estado social de derecho es imperativo para los jueces superar el mero formalismo y darle a la Constitución su carácter realista y dinámico en pos de la justicia material.

19 MEDINA OROZCO. *La acción de tutela frente a las decisiones penales*, cit.

Queda planteado entonces que en este tipo de Estado y como lo consagra el Preámbulo de la Constitución colombiana, el pueblo como titular del poder y en ejercicio soberano del mismo, pretendió *asegurar* a todos los integrantes del Estado los valores superiores por los que opta la Carta; de ahí que a la seguridad jurídica, aunque más política que jurídica, se le impone garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución según la dirección finalista que definió el constituyente de 1991, en el sentido de que la consagración y la protección de los derechos fundamentales de los asociados son la razón de la existencia del Estado.

Se colige de lo expuesto, que la seguridad como valor del ordenamiento jurídico es la que garantiza la concreción misma de la Justicia como un deber moral para con el constituyente primario que quiso proteger especialmente ciertos valores. Por lo mismo, seguridad jurídica y justicia, más que contrapuestos son concomitantes porque sin seguridad jurídica no podría darse la justicia, ya que a través de ella se exige que tanto los órganos del poder público, como excepcionalmente los particulares, se ciñan a la inspiración axiológica por la que optó la Constitución.

Desde ahí no sea extraño apreciar cómo efectivamente la judicatura es en esencia una práctica más política que jurídica, máxime que las posturas objetivistas absolutas heredadas del positivismo se han ido afortunadamente superando en la actualidad, pues los jueces en sus fallos o sentencias, en definitiva lo que hacen, es expresar un juicio de valor político, ético, jurídico y hasta epistemológico sobre un determinado asunto sometido a su conocimiento.

Que los jueces creen o recreen en sus fallos la realidad no es un asunto para sorprenderse, solo falta reconocerlo más a menudo; a la vista salta, que eso es lo que realmente hacen. Piénsese por ejemplo, si cuando en un fallo se condena a muerte o a pena de prisión o se absuelve a una persona no se le está cambiando a ella y a su entorno familiar y fraternal para siempre su vida; si cuando se condena a alguien que ha poseído por un determinado lapso de tiempo un inmueble a que lo devuelva por haber sido vencido en un proceso reivindicatorio; si cuando un político o gobernante es absuelto aun contra todas las evidencias o cuando es condenado aun en contra de todas las evidencias a favor se está afectando no sólo su vida, sino la de su

familias, allegados y amigos y la credibilidad de la administración de justicia por parte de toda la sociedad.

Eso bien puede entenderse desde la delimitación que hace, por ejemplo, GERMÁN SILVA del objeto de investigación sociojurídica, cuando expresa que:

la observación de las instituciones sociales, limitada a aquellas que guardan relación con el control jurídico, significa contemplar no solo los sistemas normativos establecidos, de manera formal o informal, o instituciones, sociales estrechamente relacionadas con los operadores del derecho y la aplicación de las normas [...] (profesión jurídica, estructura judicial, ideologías profesionales, etc.) sino instituciones sociales de igual o mayor complejidad como la cultura, la economía, la organización estatal, la familia, etc., que según el caso y el aspecto involucrado, también repercuten sobre el control jurídico, mientras que las prácticas sociales, vistas en su relación con el control jurídico, implican no apenas advertir como se aplica el derecho en la realidad (lo que ocurre, muchas veces, de modo distinto a como aparece consignado en los estatutos legales, sino también examinar las actitudes y actuaciones de la población frente a los dispositivos de control²⁰.

III. DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA JUDICATURA EN LA TENSIÓN ENTRE COSA JUZGADA Y TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

En la tradición jurídica anglosajona, basada en el precedente (*stare decisis*), la jurisprudencia es ciertamente fuente del derecho. Y en ella, los jueces son verdaderos protagonistas, pues al fin y al cabo, como “lectores” de la realidad social, crean el derecho. Allí prima el jurista sociólogo sobre el jurista dogmático.

Privilegiar lo sociológico respecto de lo dogmático, es hacerlo tanto desde lo metodológico como desde lo epistemológico, por carecer de rigor y basarse en la estructura verbal de segundo grado (descripción de normas) ajenas a la experiencia jurídica inmediata.

Los conceptos y categorías dogmáticas no se elaboran en base a datos verificables. Son, más bien, entidades metafísicas particulares (“voluntad”, “causa”, “acción”, “facultad...”), que se organizan sistemáticamente en función de

20 GERMÁN SILVA GARCÍA. “El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia”, en *Diálogos de Saberes*, n.º 15, abril-junio, Bogotá, Universidad Libre, 2002, p. 11.

otras entidades metafísicas generales (“soberanía”, “rule of law”, “jurisdicción”, “orden público”). De ahí que esa actitud metodológica deba ser reemplazada por instrumentos de análisis sociológico que permitan identificar los actos y los hechos jurídicamente relevantes y, en consecuencia, prever el comportamiento de los jueces. Dicho comportamiento no consiste en la aplicación mecánica de normas o precedentes, sino en una actividad que tiende a satisfacer determinados intereses sociales²⁰.

Ello se sustenta en la incuestionable interacción real y fáctica entre derecho y sociedad, con un énfasis más descriptivo que prescriptivo. De ahí que la investigación socio-jurídica deba partir preguntándose sobre cuál es el sentido del “derecho” que configura su objeto de estudio. Y ello daría pie para que se concreten las tres caracterizaciones sociológicas del derecho, según COTTERRELL: 1. Estatal coercitiva: el derecho es un mandato del poder del Estado; 2. Pluralista: el derecho expresa las formas de vida social; y 3. Institucional: las normas se interpretan desde los parámetros institucionales.

Como lo plantea el mismo autor británico, a partir de la idea del juez HOLMES de la Suprema Corte de Estados Unidos de que el derecho son las profecías de lo que decidirán los jueces, se instauró desde el inicio del siglo XX, la corriente realista, según la cual, el derecho se entiende más como práctica que como forma de reglas²¹.

La veneración por los oráculos judiciales será llevada a sus últimas consecuencias por el profesor americano JOHN CHIPMAN GRAY, para quien los preceptos establecidos por el legislador no son Derecho, sino una fuente del mismo, pues su significado y efectos jurídicos solamente quedan determinados cuando se han considerado en casos especiales sometidos a los tribunales; las decisiones judiciales constituyen el Derecho propiamente dicho²³.

En el caso concreto de Colombia, un país marcadamente dogmático en su tradición jurídica, con la promulgación de la nueva Carta Política en 1991, la Corte Constitucional fue creada para que fuera el intérprete y guardián de la primacía de la Constitución. Y para ese

21 ROGER COTTERRELL. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 7.

22 *Ibid.*, p. 177.

23 *Ídem.*, citando a GREY, 1921, p. 125.

mandato del constituyente, en sus sentencias de constitucionalidad, tutela o unificación, se adscribió a la tradición del *Common Law*: los jueces crean derecho.

En esa concepción jurídica, la condición básica del juez es su independencia o autonomía, lo que se puede apreciar con claridad, *verbi gracia*, en la procedencia de la tutela contra providencias judiciales consideradas lesivas de derechos fundamentales porque el respectivo fallador, incurre en una vía de hecho o por tratarse de causales de procedibilidad genéricas o específicas.

Según el jurista americano LUMMIS,

... en el momento en que una decisión esté controlada o determinada por la opinión de otros, o por cualquier forma externa de influencia o presión, en tal momento deja de existir el juez. Quien pronuncia una sentencia a la que han llegado otros, aunque sea en parte, no es juez [...] los tribunales están por encima de la intimidación, control o influencia, o dejan de ser tribunales²⁴.

La complejidad del asunto es mayor si se analiza desde el plano político²⁵, porque la relación entre el juez y el Estado es básica para entender en esa interacción, cómo el juez alcanza y conserva su autonomía. De ahí deviene el concepto de “objetividad judicial”, presupuesto *sine qua non* para entender el rol de los tribunales respecto del orden político.

Tratándose de la cosa juzgada, la tradición más conservadora ha sostenido y se resiste a declinar en ello, que efectivamente en un proceso terminado por una sentencia ejecutoriada se ha resuelto un conflicto. Cuestionar tal aserto, es dar pie para que un conflicto no tenga fin; pero se pasa por alto un elemento importante: que efectivamente los conflictos no se terminan, no se resuelven, solo se

24 *Ibid.*, p. 179, citando a BECKER, 1970, p. 143.

25 En Colombia, a más de políticas, muchas decisiones judiciales han cobrado notoriedad no tanto por el objeto jurídico que las inspira, sino por el despliegue mediático que han tenido, en lo que se evidencia una justicia marcada por la presión de los medios de comunicación y ciertas organizaciones que terminan, a la postre, imponiendo sobre un juez o tribunal sus posturas, así no fueran, por lo menos en principio, consideradas para la decisión final.

transforman. Esa es la ruta de los estudios sobre el tema realizados por MARTÍN SHAPIRO²⁶, 1981, citado por COTTERRELL.

De ahí que:

en la medida en que el trabajo de los tribunales se centra en la adjudicación, y el rol de los jueces es decidir los “aciertos” y “errores” de las partes, y dar solución dicotómica al conflicto, en que una parte lleva la razón y la otra está equivocada, los jueces y tribunales se sitúan en el extremo final de un continuo de seguimiento de conflictos, que parte de la mediación o negociación mediante un intermediario, precisamente en el extremo en que el consenso de ambas partes a la solución impuesta por el tercero (el juez) es menos probable, por lo que la resolución del tribunal probablemente no es una auténtica resolución del conflicto, una solución aceptada por las partes, pues la dicotomía acierto/error (*right/wrong*) de la solución judicial puede aparecer como solución impuesta de dos-contra-uno, que puede hacer difíciles o imposibles las subsiguientes relaciones entre los litigantes.

En esa línea de actuación, la Corte Constitucional desde 1992, con la polémica y conocida sentencia de tutela contra sentencias en la que los dos bandos de la época (conservador y progresista) se enfrentaron, inauguró, aunque tímidamente, una nueva visión en Colombia del principio de la cosa juzgada. Visión anclada a su vez, en la concepción contemporánea de la seguridad jurídica como valor político, al cual está anclado, aquel principio. No para insistir en cómo era concebida la cosa juzgada y sobre ella, resueltos los conflictos llevados a un proceso judicial.

Con la instauración de esa postura, dinámica, pluralista y abierta, básicamente en cabeza de los magistrados que conformaron la mayoría, se permitió de alguna manera superar cierto formalismo. Se fijó que una providencia arbitraria, así esté ejecutoriada, podía ser atacada por vía de tutela si el juez incurría en una vía de hecho o en causales de procedibilidad tanto genéricas como específicas. En cambio, los disidentes no consideraron acertado colocar condiciones, pues creían que la tutela debe proceder siempre contra sentencias groseras y violatorias de un derecho fundamental por la razón que sea.

26 Ver su concepto de “Tríada”. Dos personas recurren a otra, un tercero neutral, con la firme intención de presentarle un conflicto para su resolución.

27 COTTERRELL. *Introducción a la sociología del derecho*, cit., pp. 181 y 182.

Eso tiene como explicación probable, que simple y llanamente, esa primera generación de la Corte, aunque dividida en dos bandos, se tomó bastante en serio su papel de forjar la línea de pensamiento que fue abriendo paso a toda la tradición jurisprudencial posterior, no sólo en este tema, sino en otros igualmente complejos y sensibles jurídica y políticamente y que basan su sustento en la concepción de un Estado constitucional de derecho. Ello máxime que como lo sostiene también COTTERRELL, la función de los tribunales ha ido pasando de resolver conflictos a ocuparse de procesos administrativos de rutina.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN CRÍTICA DE UN PROBLEMA IRRESUELTO

Se reitera, esta polémica sentencia ilustra el enfrentamiento epistemológico, político, jurídico y ético de los magistrados que conformaban en ese entonces la Corte Constitucional y que se mantiene en los de hoy, a través de argumentos conservadores o moderados que esgrimieron tanto por la mayoría o por los disidentes en no pocas sentencias a partir de 1992.

Antes se creía que era verdad era la adecuación entre la realidad y la idea que se tenía de ella, si se profesaba una postura materialista o, lo contrario, si se era idealista. Actualmente, las ideas de teóricos tan solventes como HABERMAS y FOUCAULT, afirman que la verdad es una construcción a partir de las prácticas sociales no sólo al interior mismo de la ciencia sino a partir de las reglas de juego y de poder subjetivas que la imponen.

En este último caso, se ubicarían las sentencias de los jueces, puesto que, las prácticas judiciales –la manera en que, entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de alguna de sus acciones y el castigo de oras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas regulares modificadas sin cesar a lo largo de la historia– creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas²⁸.

28 MICHAEL FOUCAULT. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, p. 17.

La mayoría de magistrados en 1992 creyó que la cosa juzgada era una verdad legal que no podía prestarse al vaivén incesante al que estarían sometidas las sentencias judiciales en firme, cuando por cualquier motivo y no habiendo utilizado los recursos legales, se pretenda atacar su inmodificabilidad. Se tiene entonces que la justicia material sea sacrificada en aras de una seguridad jurídica inmaculada e intocable.

En este orden de ideas y tratándose de la procedencia de la tutela contra sentencias ejecutoriadas, la Corte considera que:

Al tener ésta una doble connotación como lo son la subsidiariedad y la inmediatez: la primera por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción de tutela en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (art. 86, inc. 3.º, Constitución); la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. (Sentencia CConst, T-01/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

Es claro concluir que la tutela bajo ninguna circunstancia puede suplir los procesos ordinarios o especiales, ni menos convertirse en una supra-instancia, ya que la Constitución sólo la consagra como mecanismo de protección efectiva de los derechos, lo que implica que si éstos son vulnerados en un proceso, es en él en donde deben hacerse valer.

Por excepción, se permitió su procedencia cuando no haya otro mecanismo legalmente consagrado para defenderse o, habiéndolo, se pretenda evitar un perjuicio irremediable. Con tal razón, la tutela no es el último recurso con el que cuentan las personas, sino el único para llenar las falencias del ordenamiento jurídico cuando de proteger los derechos fundamentales se trata.

Aquí los magistrados que salvan su voto (CIRO ANGARITA BARÓN, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO), manifiestan su total desacuerdo frente a esta postura, al considerar acertadamente, que la procedencia de la tutela frente a sentencias no constituye una justicia paralela, violatoria de la autonomía de los jueces, sino por el contrario, su presupuesto; puesto que, si no existi-

eran procesos judiciales, “no se producirían sentencias y aquella caería de objeto”. Además, insisten en que la tutela es contra el juez y no contra el proceso, por estar llamado a respetar como ningún otro los derechos fundamentales; porque como supremo director del proceso, con sus conductas puede vulnerar los derechos, acorde con el tenor del artículo 86 Superior, para quien es el juez la autoridad pública y no el proceso. Dicen es su discrepancia estos magistrados que:

Olvida la mayoría que la acción de tutela contra sentencias es ante todo un contencioso constitucional de la conducta del juez y que éste no puede confundirse con el proceso ni servirse del mismo como refugio para eludir su responsabilidad frente al respeto de los derechos fundamentales. En todo caso resulta trágico que sean los guardianes de la Constitución los que con base en tan fingida argumentación ayuden a franquear a los jueces la puerta de la impunidad constitucional.

Además la tutela no tiene la vocación de llenar vacíos del ordenamiento jurídico, porque el hecho de que exista un proceso no es garantía de que exista respeto por los derechos. En tal propósito, lo que se hace es desfigurar la tutela, reduciéndola solamente a las vías de hecho por acción u omisión que amenace un derecho fundamental, negándose la posibilidad de que proceda contra sentencias y actos administrativos groseros, porque creen que en un Estado de derecho no se viola con las decisiones judiciales ningún derecho fundamental. Van por lo mismo, en contravía de la realidad. Por ejemplo, si esto fuera así, no se podría hablar de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. (Sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

Nada obsta para entablar una coacción en el sentido de que quienes asumen la posición mayoritaria parten del supuesto de que en todo proceso, las partes tienen la posibilidad real y efectiva de ejercer sus derechos, olvidando que de nada sirve tenerlos si no se pueden ejercer o hacer valer.

A lo que la mayoría sostuvo, en cambio:

Quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado ni puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no

ejerció recurso, constituya trasgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propicia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal. (Sentencia CConst, T-520/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

Por lo mismo, no es osado sostener, además de entendible, que con esta concepción, la Corte pretenda salvaguardar la autonomía judicial; pero lo cuestionable no es el fin sino el medio, ya que el juez de tutela en ningún momento puede ni debe inmiscuirse en la decisión que ha de tomar el juez de conocimiento; su actuación se limita a decirle no cómo resolver el asunto de fondo, sino a hacerle caer en la cuenta sobre la conculcación del derecho fundamental de que se trate.

Esto es bueno advertirlo porque tal intromisión es una de las fuentes de duda para que la Corte acepte sin condiciones la procedencia de la tutela contra sentencias; convencida como está, de que el orden jurídico justo como suprema aspiración de la Carta Política no debe ser expuesto a situaciones de inseguridad, ya que cuando se administra justicia se debe estar plenamente convencido y consciente de que tal deber comporta la certeza de la cosa juzgada como presupuesto de la Seguridad Jurídica, que es la que garantiza la justicia.

Ya COUTURE sostenía –sin reparar en los alcances de sus palabras– que “donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe jurisdicción”. Aquí los magistrados se atreven a sostener que la cosa juzgada es la razón de ser de la jurisdicción. Postura que es criticable al reducir o hacer depender la jurisdicción de la cosa juzgada sin importar si en nombre de ésta se administra justicia adecuadamente, esto es, de manera justa. Porque otra cosa bien distinta es que se pretenda preservar un principio a toda costa; ahí sí sería dable aceptar que sin cosa juzgada no pueda existir jurisdicción.

Olvidan quienes así piensan –sostuvieron en su momento los disidentes– que la persona es el fin esencial del Estado y que protegerle sus derechos, no puede estar supeditado en ninguna circunstancia a que tenga medios de defensa ordinarios porque se estaría violando el mandato Superior que ordena salvaguardarla siempre. Todo, indiscutiblemente a la luz del artículo 86, por lo que

el medio judicial ordinario prevalece sobre la acción de tutela sólo si y sólo si por su conducto se garantiza una eficiente y eficaz defensa a la persona afectada que, de no ser así, tendría siempre derecho a ejercer la acción de tutela. (Sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

Se infiere, como ya se ha expresado, que criterios como la eficacia y la efectividad priman por encima de los propios valores Superiores, todo por mantener incólumes las decisiones, sobre todo de las altas cortes, en el sentido de perpetuar sus privilegios. Situación que fue fácilmente perceptible en la sentencia que realizó en 1996, el análisis de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando hizo inmunes de responsabilidad a los magistrados de las altas cortes por sus errores o violaciones a derechos, con el pretexto de que admitirla, sería quebrar el propio orden jurídico.

Una preocupación sentida del alto Tribunal fue salvaguardar la autonomía funcional del juez, porque admitir la posibilidad de atacar mediante tutela sus providencias, es dar por hecho que se va a equivocar, violándole la presunción de buena fe consagrada en la Constitución. No es que un magistrado no se pueda equivocar, sino que en un Estado que consagra un derecho de estirpe garantista que privilegia la dignidad humana, dotar a las personas de mecanismos de defensa no es sacrificar la independencia del juez, sino ser fiel a los postulados que lo inspiran, porque en nombre de ella no se pueden conculcar derechos. Máxime que la misma Corporación en el análisis de constitucionalidad de los artículos 65 a 74 de Ley 270 de 1996, señaló que los jueces solo deben responder disciplinaria, patrimonial y penalmente cuando dictan una sentencia contraria a la ley, por incurrir en un error jurisdiccional, en una defectuosa administración de justicia o en la privación injusta de la libertad de las personas.

Empero, solamente responden los jueces y magistrados de tribunales, pero no los de las altas Cortes, puesto que ello equivaldría a quebrar el orden jurídico al no tener un superior jerárquico que revise sus decisiones.

Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público. (Sentencia CConst, C-037/1996, V. NARANJO).

Es claro deducir como los altos magistrados son inmunes a la responsabilidad disciplinaria, patrimonial y penal ante sus errores jurisdiccionales, violándose de soslayo el principio de igualdad, puesto que no quebrar el orden jurídico, no puede ser excusa para violentar los derechos y garantías de los ciudadanos, en donde se ve más un problema de poder que de justicia.

Desde esa óptica entonces, se establece la relación entre cosa juzgada, seguridad jurídica y orden justo. La primera, para la mayoría de magistrados, es un derecho meta-positivo, que aunque no se haya explícitamente consagrado en el texto Constitucional, si se desprende del preámbulo, artículos 1.º, 2.º, 29 y 243, con lo que se cree que toda persona tiene. Dice en la sentencia comentada: “un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada”. Pero si el funcionario judicial incurre en una vía de hecho, procede la tutela no por atentar contra la Seguridad Jurídica, sino por la obligación de administrar justicia.

De igual modo prosigue que:

no procede la 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.

Tratándose de procesos en curso, porque si ya terminaron y la sentencia se encuentra ejecutoriada, solamente procede por vías de hecho, es decir, cuando la decisión obedece a los caprichos subjetivos del fallador y no a lo mandado por la Constitución o la ley.

No obstante, en contrario, se expresaron los disidentes:

La Constitución tiene pleno valor normativo y se postula ella misma norma de normas (art. 4.º C. P.), las sentencias firmes pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental, y no ser objeto de control constitucional representado por la acción de tutela. La cosa juzgada así entraña una flagrante inconstitucionalidad, se sitúa más allá del derecho y se impone, ella y el juez que profiere la sentencia, sobre la misma Constitución. La sentencia adquiere un valor supranormativo y supraconstitucional y el juez un poder mayor que el propio del Constituyente, pues así las sentencias riñan con la Constitución, la cosa juzgada las inmuniza de cualquier ataque y garantiza su intangibilidad. (Sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

En este punto la mayoría sostuvo la existencia de un derecho absoluto yendo en contravía de sus propios pronunciamientos al respecto y violando de paso los artículos 2.º, 5.º y 228.

Superiores, al prohiar el carácter casi mítico de la cosa juzgada olvidando que la verdad absoluta no existe, sólo existe conocimiento conjetural, que por lo mismo, puede ser refutado en cualquier momento. La cosa juzgada solo tiene entonces un carácter normativo que obedece no a su génesis connatural al hombre, sino a una decisión política que busca garantizar “la certeza jurídica y la paz social”, dice el fallo reiteradamente citado. Su estirpe es legal, no constitucional, como lo consagran los distintos códigos sustantivos y de procedimiento, caso distinto a la cosa juzgada constitucional consagrada en el artículo 243 *ibídem*, desarrollado por el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

De lo que se trataba y no se hizo por parte de la mayoría, era conciliar la cosa juzgada con los derechos fundamentales, cuyo respeto puede exigirse a través de la tutela, porque siguiendo la Carta Superior, una sentencia debe buscar la justicia material y no la seguridad jurídica simplemente.

La idea subyacente, no era discutir si las sentencias, para salvaguardar los valores superiores del ordenamiento jurídico tienen el efecto de cosa juzgada, sino y sobre todo, el sacrificio que en su nombre se hace de la justicia, porque si se es consecuente con los postulados que inspiran el ordenamiento jurídico colombiano, nada más acorde con la seguridad jurídica que una sentencia firme y justa, pero no por la simple decisión, sino por hacer realidad el valor justicia. Si este existe, si es tangible, habrá orden, seguridad y paz. Máxime que la misma Corte sostiene que la ley debe interpretarse desde la Constitución y la cosa juzgada como institución legal que es, no puede sustraerse a ello.

Lo anterior es vislumbrado nítidamente por los que reparan el fallo en el sentido de que si la propia ley le coloca límites a la cosa juzgada, consagrando cuáles sentencias hacen tránsito a ella, o en qué casos se puede revisar o anular una sentencia injusta, con mayor razón la Constitución lo puede hacer a través de la acción de tutela contra sentencias. Dicen quienes así piensan:

en este caso el límite de la cosa juzgada se desplaza hacia adelante y sólo 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. (Sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

Si esto ocurre, se estará ante la justicia material con la cosa juzgada a su servicio, la que a su vez, posibilita la seguridad jurídica como garante de los valores superiores.

Así queda claro que en Colombia no es nuevo el conflicto político o “choque de trenes” entre los altos tribunales que conforman la rama jurisdiccional del poder público (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura), sobre todo a partir de la vigencia de la nueva Constitución de 1991.

Estos tribunales han protagonizado fuertes debates en donde cada cual, según sus posturas y conveniencias, reclama para sí la fuerza de la verdad, en paradigmáticos fallos que gestaron los choques, como las sentencias CConst, SU-640/1998, E. CIFUENTES MUÑOZ, sobre el período de los alcaldes, en donde se enfrentaron el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en torno a la cosa juzgada constitucional, como efecto inmediato y obligatorio para toda autoridad pública o los particulares de las sentencias que la Corte profiera en el ejercicio del control de constitucionalidad de una ley o reglamento y; CConst, SU-047/1999, C. GAVIRIA y A. MARTÍNEZ, en la que el debate lo protagonizan las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia acerca de la inviolabilidad de las opiniones de los congresistas, así estos actuaran como jueces.

En los primeros meses de 1992 la Corte Constitucional revisó y concedió por primera vez una tutela contra la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ordenando la revocatoria del fallo en una votación de 2 contra 1²⁹.

Esta vez la alarma la prendió la editorial del diario *El Tiempo*: “Tal sentencia obligaría a la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia a revisar un proceso contra dos estafadores cuyo caso ya fue objeto de un juicioso análisis y de un debate en la sala penal de la misma Corporación. El que una medida de tal magnitud pueda convertirse en doctrina de la Corte Constitucional causaría, por sus implicaciones, gran conmoción en círculos judiciales...”

29 Ver la sentencia CConst, T-006/1992, E. CIFUENTES MUÑOZ.

No solamente se precipitaría un desequilibrio en la estructura misma del sistema judicial colombiano, sino que enfrentaría a la Corte Constitucional con la Corte Suprema y el Consejo de Estado. Equivale a agregar un nuevo ingrediente de inquietud y desasosiego a una situación ya por sí convulsionada.

El escenario, de prosperar en la Corte la absurda tesis, sería el de una justicia desinstitucionalizada. Es decir que y no se trata de una conclusión anticipada si una persona no se siente satisfecha con la decisión de los jueces, podrá acudir de inmediato a la tutela. Cuántos abogados estarán listos para ver de abrir las puertas de las cárceles a tantos delincuentes con extensos prontuarios que tendrían en un nuevo recurso constitucional la forma de evadir la Justicia³⁰.

Infortunadamente, no se esgrime con la misma contundencia la posibilidad de responsabilidad de los altos magistrados cuando vulneran un derecho por aplicación deficiente de la justicia (error jurisdiccional), bajo el argumento de que consentir en tal responsabilidad, sería quebrar de tajo el orden constitucional, al permitir que la decisión del máximo Tribunal de la correspondiente jurisdicción pudiese ser revisada, vulnerándose la independencia judicial y la tridivisión de los poderes. Se tiene pues que sólo los jueces responderán por sus errores porque los tienen a ellos como superiores.

Ante tal situación, los magistrados disidentes plantearon –hoy está viva la posibilidad– que como la Corte negó la procedencia de la acción de tutela contra sentencias violatorias de los derechos fundamentales (excepto si se incurre en una vía de hecho o se presentan causales de procedibilidad genéricas o específicas, luego de agotadas todas las vías judiciales internas, las personas afectadas pueden acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conseguir su amparo, puesto que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, priman en el ordenamiento jurídico interno; es decir, la propia Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia tienen en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un superior que

30 “Contra Sentencia”. En: *El Tiempo*, Opinión-Editorial, 17 de mayo de 1992. Disponible en: [www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-116461], consultado el 1.º de mayo de 2009]. Citado por LOZANO. “La Corte bajo la lupa”, cit., p. 7.

puede revisar supranacionalmente sus fallos en esa materia. Y si eso es así, también tendrían que responder por sus actos u omisiones ante la incorrecta administración de justicia.

Lo dicho solo ratifica la concepción contemporánea de la Seguridad Jurídica sobre su carácter relativo y político, más no absoluto y ontológico como lo pretendió hacer ver la mayoría de magistrados en 1992. Si la relatividad caracteriza hoy a la seguridad jurídica, la cosa juzgada también es relativa, haciendo que las viejas concepciones conservaduristas cedan ante los cambios que el conocimiento de lo social y de lo jurídico como su regulador, comporta.

Terminan los disidentes diciendo que:

Todo sistema jurídico debe mantener un delicado balance entre justicia y seguridad so pena de caer en el oscurantismo de las formas insulsas o en la incertidumbre de las soluciones políticas. Cada época, con su concepción de los valores y su apreciación del derecho, establece dicho balance. La acusación histórica contra la decisión tomada por la Corte no proviene del hecho de querer proteger la Seguridad Jurídica, ello es perfectamente legítimo; proviene del hecho de querer proteger una idea anacrónica e indolente de la seguridad jurídica.

El valor de la seguridad jurídica como el valor de la dignidad de la persona ha cambiado con el tiempo y no existe duda alguna sobre el sentido de la evolución que han tenido ambos valores [...] El trayecto recorrido puede ser descrito como un paulatino abandono de formas tozudas y míticas en beneficio de formas racionales y de contenidos humanitarios [...] Si la seguridad Jurídica fuese un principio metapositivo, como lo afirma la sentencia –sin aportar prueba de su aserto–, es decir si estuviese por encima de las contingencias propias del derecho creado por los hombres, nada de la evolución descrita habría tenido lugar. (Sentencia CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ).

BIBLIOGRAFÍA

- BACHELARD, GASTÓN. *La formación del espíritu científico*, México D. F., Siglo XXI, 1976.
- BARBERIS, MAURO. *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN. “El constitucionalismo social (esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada de 1994)”, en: *Economía, Constitución y derechos sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- CConst, C-543/1992, J. G. HERNÁNDEZ; CConst, T-055/1994, E. CIFUENTES; CConst, C-083/1995, C. GAVIRIA; CConst, C-037/1996, V. NARANJO; CConst, T-1031/2001, M.

G. MONROY; CConst, SU-159/02, M. J. CEPEDA; CConst, T-949/2003, E. MONTEALEGRE; CConst, C-522/2009, N. PINILLA; M. G. MONROY; CConst, SU-1185/2001, R. ESCOBAR GIL.

- COTTERRELL, ROGER. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- ESTRADA Vélez, SERGIO IVÁN. “Hacia un nuevo concepto de seguridad jurídica a la luz de los valores consagrados por la Constitución nacional de 1991”, en: *Nueva interpretación constitucional*, Medellín, Universidad de Antioquia-Diké, 1997.
- FOUCAULT, MICHAEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS. *Aborto voluntario, vida humana y Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; MARÍA VICTORIA FAMA y MARISA HERRERA. *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- LOZANO, L. “La Corte bajo la lupa”, informe n.º 1, *Observatorio Constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.
- MEDINA OROZCO, LEÓN DARÍO. *La acción de tutela frente a las decisiones penales por vías de hecho*, Bogotá, Ibáñez, 1999.
- PECES-BARBA, GREGORIO. “La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, 1990.
- POPPER, KARL. *El conocimiento de la ignorancia*, Medellín, Universidad Nacional, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia”, en *Diálogos de Saberes*, n.º 15, abril-junio, Bogotá, Universidad Libre, 2002.
- ZULETA, ESTANISLAO. *Educación y democracia*, Bogotá, FEZ, 1995.
- ZULUAGA GIL, RICARDO. *El valor normativo de la Constitución de 1991*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 1995.

