

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Rectificación jurisprudencial. Se unifica jurisprudencia sobre procedencia cuando la providencia judicial resulte violatoria de derechos fundamentales.

De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia con aclaración de voto de los Consejeros STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO, DANILO ROJAS BETANCOURTH y ALBERTO YEPES BARREIRO, y salvamentos de voto de las Consejeras BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ y MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Sobre las causales generales y específicas de procedencia de la acción de tutela, ver, Corte Constitucional sentencia C-590 de 2005.

DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Vulneración por rechazo de la demanda por no haber agotado la etapa de conciliación extrajudicial, cuando no era exigible dada la naturaleza de la pretensión / CONCILIACION PREJUDICIAL EN ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARACTER LABORAL - No es requisito de procedibilidad para reajuste de pensión de jubilación. Derechos ciertos. Principio de irrenunciabilidad

Fue con la expedición de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009, "Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia", que se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuyo artículo 28 dispuso que dicha exigencia regía a partir de su promulgación y de ello se sigue que surte efectos inmediatos, pues, según lo dispone el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, las normas procesales son de orden público y, por ende, de aplicación inmediata y obligatorio cumplimiento. Es preciso resaltar que cuando entró a regir la Ley 1285 de 2009, esto es, el 22 de enero de ese año, aún estaba vigente el Decreto 2511 de 10 de diciembre de 1998, el que, como ya se anotó, reguló el procedimiento para la conciliación extrajudicial, en sus artículos 1° a 14, señalando en el artículo 6° los requisitos que debía contener la petición de conciliación extrajudicial... Así pues, tanto la interpretación que hace la Sección Segunda, como la de la Sección Primera, no resulta arbitraria o caprichosa. Empero, estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el pluricitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio... Conforme quedó reseñado anteriormente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO solicitó la nulidad parcial de la Resolución núm. 7156 de 14 de mayo de 2008 y del auto núm. 00038 de 18 de diciembre de 2008, por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales,

reconoció una pensión de vejez y resolvió la solicitud de reliquidación de la misma. De tal manera que bien puede afirmarse que en este caso, en principio, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 - ARTICULO 13 / DECRETO 1716 DE 2009

NOTA DE RELATORIA: Ver, Sección Segunda, sentencia de 28 de enero de 2010, expediente: 2009-00804-01, Consejero ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial. Corte Constitucional

La sentencia C-543 de 1992, que bien puede considerarse como un hito, en la cual se consagró la procedencia “excepcional” de la acción de tutela contra sentencias para los casos en que se configurara una evidente vía de hecho (...) la sentencia SU-1031 de 27 de septiembre de 2001 (...) la Corte Constitucional amplió la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial para las decisiones judiciales que se aparten de los precedentes sin motivación alguna (...) En el fallo SU-1184 de 13 de noviembre 2001 (...) la Corte discurre sobre el alcance del juez natural, para concluir, que el mismo comprende, entre otros, el derecho de acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales; y que dicho derecho, en el caso que fue materia de estudio, (...) En la sentencia SU-1219 de 21 de noviembre de 2001, (...), el Tribunal Supremo Constitucional, ratifica la improcedencia de tutela contra tutela, aún en el evento de una nueva acción de tutela basada exclusivamente en el argumento de que al concederla se incurrió en una vía de hecho porque la tutela era desde el principio improcedente. Igualmente, resaltó la diferencia entre el obiter dicta y la ratio decidendi, para enfatizar en los efectos vinculantes de esta última. En la sentencia SU-159 de 6 de marzo de 2002 (Expediente núm. 426353, Magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa), se precisaron los presupuestos para configurar la vía de hecho (...) En el fallo C-590 de 8 de junio de 2005 (...), que también puede considerarse como un hito, señaló la Corte los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se pueden las providencias: C-543 de 1992, SU-1031, 1184 y 1219 de 2001, SU-159 de 2002 y C-590 de 2005.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial. Consejo de Estado en su Sala Plena

Al aplicar el artículo 86 de la Carta tenga que inadmitir la acción de tutela incoada contra la sentencia judicial en firme, que falló el proceso contencioso administrativo promovido por el mismo accionante para obtener el restablecimiento del derecho cuya tutela, hoy reclama (...)La acción se dirige contra una providencia judicial, lo cual es improcedente de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación y especialmente debido a la declaratoria de inexecutable de los artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que consagraban la posibilidad de ejercer la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales, producida mediante Sentencia número C-543 del 1o de octubre de 1992 de la honorable Corte Constitucional. (...) En el año 2004,

la Sala plena de esta Corporación en sentencia de 29 de junio (...) sostuvo que la acción de tutela es absolutamente improcedente contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a lo anterior, consultar: fallos: AC-009 de 29 de enero de 1992; 14 de octubre de 1993, exp. AC-1247; y 29 de junio de 2004, exp. IJ-2004-0270.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial. Consejo de Estado en su Sección Primera

La Sección Primera, (...) admitió la posibilidad de estudiar la acción de tutela contra providencia judicial, siempre y cuando se estuviera en presencia de una vía de hecho, (...) reiteró, con apoyo en la sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, que la acción de tutela contra providencias judiciales sólo es procedente ante la existencia de una vía de hecho, esto es, cuando obedece al capricho o arbitrariedad de quien la profirió.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a lo anterior, consultar: Sección Primera, sentencia de 23 de enero de 1997, exp. AC-4329.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial. Consejo de Estado en su Sección Segunda

La Sección Segunda, en sentencia de 16 de agosto de 2001 (...) accedió a la tutela instaurada por considerar que la sentencia cuestionada constituía una vía de hecho. (...) la sentencia de 14 de mayo de 2002 (...) a partir de este fallo cambió su posición y negó la posibilidad de acciones de tutela frente a providencias judiciales.

NOTA DE RELATORIA: Expediente núm. AC-2001-0519, Consejero ponente doctor Alejandro Ordoñez Maldonado.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial. Consejo de Estado en su Sección Tercera / TUTELA - Exclusión de su conocimiento a la Sección Tercera del Consejo de Estado. Acuerdo número 55 de 5 de agosto de 2003

La Sección Tercera, en sentencia de 28 de agosto de 1997 (...), confirmó el fallo de primer grado, que había denegado por improcedente la acción de tutela frente a providencias judiciales dictadas en un proceso penal, previo análisis del acervo probatorio y el contenido de aquéllas, del que concluyó que las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales involucradas en las decisiones cuestionadas, no evidenciaban vía de hecho alguna que ameritara la protección. Así mismo, (...) en sentencia de 9 de agosto de 2001 (...) concedió la acción de tutela por configurarse una vía de hecho. (...) A partir de la expedición del Acuerdo núm. 55 de 5 de agosto de 2003, "Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado", la Sala Plena de la Corporación excluyó del conocimiento de las acciones de tutela a la Sección Tercera.

FUENTE FORMAL: ACUERDO NUMERO 55 DE 5 DE AGOSTO DE 2003 - REGLAMENTO INTERNO

NOTA DE RELATORIA: Ver los fallos: 28 de agosto de 199, exp. AC-5007; 11 de septiembre de 2000, exp. AC-11980; 9 de agosto de 2001, exp. AC-241

**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial.
Consejo de Estado en su Sección Cuarta**

La Sección Cuarta, en sentencia de 27 de marzo de 1998 (...), no obstante que denegó la tutela instaurada, efectuó el análisis de fondo para descartar la configuración de la vía de hecho, causal que consideró viable frente a tutelas contra providencias judiciales.

NOTA DE RELATORIA: Ver, sentencia de 27 de marzo de 1998, exp. AC-5670.

**TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Evolución jurisprudencial.
Consejo de Estado en su Sección Quinta**

La Sección Quinta, en sentencia de 12 de diciembre de 2002 (...) accedió a la tutela contra la sentencia objeto de la misma y dispuso: (...) TUTELANSE los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y principio de las dos instancias”.

NOTA DE RELATORIA: Ver, sentencia de 12 de diciembre de 2002, exp. 2002-0954.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ)

Actor: NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO

Demandado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE CORDOBA; SALA SEGUNDA DE DECISION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA

Por importancia jurídica y con miras a la unificación de su jurisprudencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97, numeral 5°, del C.C.A., corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocer de los asuntos que, por importancia jurídica o trascendencia social, le remitan las Secciones.

La Sección Primera presentó, **en principio**, el asunto de la referencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en orden a unificar la

jurisprudencia, en lo relativo a determinar el momento a partir del cual se había de exigir el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, toda vez que sobre este punto la Sección Segunda - Subsección "A"- de esta Corporación expresó un criterio diferente en la sentencia de 28 de enero de 2010, (Expediente núm. 2009-00804-01, Actora: Rubiela Delgado Escobar, Consejero ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren).

Al acometer la Sala el estudio del proyecto sometido a su consideración, **estimó de mayor relevancia referirse, en primer término,** al tema concerniente a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, también involucrado en la controversia inicial y frente al cual no ha habido un criterio unificado en las distintas Secciones ni entre éstas y la Sala Plena.

Por tal razón habrá de abordarse el mismo, de la siguiente manera:

EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991, dispuso:

“... Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. ...”.

En virtud de la norma transcrita se expidió el Decreto Ley 2591 de 19 de noviembre de 1991, que en lo pertinente, precisó:

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.”

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 vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

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.

PARAGRAFO 1º-La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de éstas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive, 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 precedente.

Quien hubiere interpuesto un recurso, o disponga de defensa judicial, podrá solicitar también la tutela si ésta es utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También podrá hacerla 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.

PARAGRAFO 2º-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.

PARAGRAFO 3º-La presentación de la solicitud de tutela no suspende la ejecución de la sentencia o de la providencia que puso fin al proceso.

PARAGRAFO 4º-No procederá la tutela contra fallos de tutela.”.

Bien puede decirse que los dos artículos transcritos abrieron la posibilidad, debidamente regulada, de interponer acción de tutela en contra de providencias judiciales.

Fue así como en virtud de una acción de tutela instaurada contra providencia judicial, la Corte Constitucional en sentencia T-006 de 12 de mayo de 1992 (Expediente núm. T-221, Magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz), amparó el debido proceso, ordenando que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, procediera a fallar de fondo el asunto sometido a su consideración, pues, entre otros aspectos, analizó que en un Estado de Derecho, las autoridades, **incluidas las judiciales**, no pueden tener poderes ilimitados y que los actos jurisdiccionales violatorios de los derechos constitucionales de las personas carecen de legitimidad y no pueden merecer acatamiento.

Con posterioridad a la mencionada sentencia, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-501 de 21 de agosto de 1992 (Expediente núm. T-2506, Magistrado

ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo), de la cual se destacó el papel que debe cumplir el juez de tutela en la determinación del derecho posiblemente violado, que no puede ser idéntico al que cumple ordinariamente en los asuntos judiciales propios de los demás procesos, para insistir en la necesidad de no negar de plano una tutela precaria en su contenido, sino en el deber de investigar a fin de garantizar el derecho de Acceso a la Administración de Justicia.

Con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12 y 40 del Decreto Ley 2591 de 19 de noviembre 1991, la Corte Constitucional profirió el 1o. de octubre de 1992 (Expedientes núms. D-056 y D-092, Magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo), **la sentencia C-543 de 1992, que bien puede considerarse como un hito**, en la cual se consagró la procedencia “excepcional” de la acción de tutela contra sentencias para los casos en que se configurara una evidente vía de hecho, así:

*“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. **Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.***

Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en

curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales (artículos 228 y 230 de la Carta), a los cuales ya se ha hecho referencia.

De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.

No puede, por tanto, proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, ni modificar providencias por él dictadas, no solamente por cuanto ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia (artículo 228 C.N.), sino porque, al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso. Lo anterior sin tener en cuenta la ostensible falta de competencia que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales.

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

Al proferir la mencionada providencia, la intención de la Corte no fue la de excluir la tutela contra decisiones judiciales, sino suprimir del ordenamiento jurídico unos preceptos normativos que afirmaban la procedencia de ese mecanismo contra las sentencias **como regla general y no como excepción.**

En la sentencia **SU-1031 de 27 de septiembre de 2001** (Expediente núm. 454716, Magistrado ponente doctor Eduardo Montealegre Lynett), la **Corte Constitucional amplió la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial para las decisiones judiciales que se aparten de los**

precedentes sin motivación alguna, ya que no se trata sólo de casos en que el Juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).

En el fallo **SU-1184 de 13 de noviembre 2001** (Expediente núm. T-282730, Magistrado ponente doctor Eduardo Montealegre Lynett), la Corte discurrió sobre el alcance del juez natural, para concluir, que el mismo comprende, entre otros, el derecho de acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales; y que dicho derecho, en el caso que fue materia de estudio, **“existirá violación del juez natural cuando (i) se desconoce la regla general de competencia para la investigación de delitos fijada en la Constitución, como ocurre con la Fiscalía General de la Nación; las excepciones a este principio están expresamente señaladas en la Carta; (ii), cuando se violan prohibiciones constitucionales, como aquella que proscribe el juzgamiento de civiles por militares o el juzgamiento de hechos punibles por parte de autoridades administrativas; (iii) cuando no se investiga por jurisdicciones especiales definidas en la Carta, como sería el caso de indígenas o menores; (iv) cuando se desconoce el fuero constitucional (y el legal); (v) cuando se realizan juicios *ex-post* con tribunales *ad-hoc*; y, (vi) cuando se desconoce el derecho a ser juzgado por una autoridad judicial ordinaria. ...”**. (negrilla fuera de texto).

En la sentencia **SU-1219 de 21 de noviembre de 2001**, (Expediente núm. T-388435, Magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa), el Tribunal Supremo Constitucional, ratifica la improcedencia de tutela contra tutela, aún en el evento de una nueva acción de tutela basada exclusivamente en el argumento de

que al concederla se incurrió en una vía de hecho porque la tutela era desde el principio improcedente. Igualmente, resaltó la diferencia entre el obiter dicta y la ratio decidendi, para enfatizar en los efectos vinculantes de esta última.

En la sentencia **SU-159 de 6 de marzo de 2002** (Expediente núm. 426353, Magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa), se precisaron los presupuestos para configurar la vía de hecho, así: “(1.) la utilización de un poder concedido al juez por el derecho para un fin no previsto en las disposiciones legales (defecto sustantivo), (2.) en el ejercicio de una atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), (3.) en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas (defecto fáctico), o (4.) en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)^[10]. Esta carencia sustancial de poder o de desviación del otorgado por la ley, revelan (i.) una manifiesta desconexión entre lo establecido en el ordenamiento y la voluntad del funcionario judicial (que aparejará su descalificación como acto judicial)^[11] y (ii.) una clara violación de los derechos fundamentales de quien sufre las consecuencias del acto arbitrario^[12]”.

En el fallo **C-590 de 8 de junio de 2005** (Expediente núm. D-5428, Magistrado ponente doctor Jaime Córdoba Triviño), **que también puede considerarse como un hito**, señaló la Corte los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, así:

“...a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.....”

“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iustfundamental* irremediable[...”

“c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez”

“d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora....”

“e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible...”

“f. Que no se trate de sentencias de tutela...”.

...” acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas.....”.

“...La procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales está legitimada también por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos....”

EVOLUCION DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN EL CONSEJO DE ESTADO.

Cabe advertir que inicialmente el conocimiento de la acción de tutela fue radicado en cabeza de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, hasta que mediante Acuerdo núm. 4 de 8 de febrero de 1994, se dispuso que las impugnaciones y demás asuntos relacionados con aquella serían resueltos por la Sección de la cual hiciera parte el Consejero a quien le hubiese correspondido en reparto y el trámite se haría a través de la Secretaría General de la Corporación.

Como providencia relevante se trae a colación la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 29 de enero de 1992 (Expediente núm. AC-009, Consejera ponente doctora Dolly Pedraza de Arenas), en la cual se sostuvo, en síntesis, lo siguiente:

“... CONSIDERACIONES:

De conformidad con los hechos relatados en el libelo y en la copia que se aportó de la sentencia impugnada, el accionante interpuso acción contencioso administrativa con el objeto de obtener la nulidad del Decreto 224 de 18 de noviembre de 1981 por medio del cual se le destituyó del cargo que desempeñaba entonces en la Tesorería Distrital y, como restablecimiento del derecho, su reintegro, el pago de todos los emolumentos dejados de percibir, la declaración de que no ha existido solución de continuidad entre la destitución y el reintegro, y el pago de los perjuicios morales sufridos por razón de la destitución.

Situado el proceso, el Tribunal falló en única instancia declarando fundada la excepción propuesta de ineptitud sustantiva de la demanda e inhibiéndose de resolver en el fondo la cuestión planteada.

Dice el accionante que como lamentablemente por razón de la cuantía el negocio no podía ser llevado ante el Consejo de Estado, se acoge a la acción de tutela y pide sean restablecidos sus derechos injustamente negados, para lo cual formula las mismas pretensiones de su fallida demanda.

Como puede observarse, el accionante hace uso de la acción de tutela ante el fracaso de la acción contencioso administrativa que había intentado, o sea como un recurso que reemplace el de alzada que legalmente no procede por ser un negocio de única instancia.

Por tratarse de una institución nueva y de jerarquía constitucional, la Sala debe tener sumo cuidado en examinar si la acción así interpuesta reúne los elementos esenciales señalados por la propia Constitución.

Esta precisión es pertinente ab initio, porque examinado el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta el artículo 86 de la Carta y consagra expresamente la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen término a un proceso (arts. 11 y 40) encuentra la Sala que sus prescripciones contrarían el precepto constitucional como a continuación se demuestra.

Desde la ponencia presentada a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente para primer debate, se señalaron los elementos esenciales de la nueva figura en los siguientes términos:

"Para evitar equívocos y erróneas referencias interpretativas a otras legislaciones, hemos preferido hablar de acción o derecho de tutela para conformar una figura específica para el caso colombiano, que complemente y perfeccione nuestro modelo de control de constitucionalidad, legalidad y defensa de los derechos...

"Así concebida, la tutela se presenta como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual. Sólo procede en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública...

Debe recalcar el carácter transitorio de la decisión del juez y el hecho de que en la misma no se defina el fondo del asunto. Estamos

frente a un mecanismo excepcional y sumario para una protección inmediata de los derechos, dejando a salvo la posibilidad que tienen las partes para recurrir a las vías ordinarias cuando ello sea necesario para la definición del derecho controvertido...

"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 de la institución y no requieren por lo tanto enunciarse expresamente; tal el caso de la no procedencia de la acción frente a las situaciones consumadas o frente a las cuales se haya producido sentencia con fuerza de cosa juzgada...

"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 competente sobre la materia objeto de la 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 este inciso se suprimió simplemente para simplificar el artículo pero su precepto es parte consustancial de la figura que se propone y se mantiene implícitamente en la norma tal como se aprobó en la Comisión". (Gaceta constitucional No. 77, 20 de mayo de 1991, pág. 9 y 10).

Con estas explicaciones fue aprobado el artículo 86 de la Carta y se consagró la tutela como una ACCION JUDICIAL tendiente a obtener protección INMEDIATA de derechos constitucionales fundamentales, a través de un PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO, procedente SOLO cuando el afectado NO DISPONGA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL, salvo que se utilice como medio para precaver un perjuicio irreparable, en cuyo caso debe utilizarse únicamente como MECANISMO TRANSITORIO.

Para el caso que ocupa a la Sala debe destacarse la condición que impone el precepto de carencia de otro medio judicial de defensa, que es lo que hace que sea una acción subsidiaria y residual, es decir, que solamente procede a falta de otro medio de defensa y siempre que el derecho fundamental no esté protegido por acción judicial diferente.

También debe destacarse que cuando excepcionalmente puede salvarse esta condición de procedibilidad para evitar un perjuicio irremediable, la tutela es simplemente preventiva, provisional y eminentemente transitoria, lo que quiere decir que procede MIENTRAS se pone en movimiento el medio de defensa judicial ordinario.

Las características destacadas que la norma constitucional otorga a la nueva institución pertenecen a su esencia y son desconocidas por el legislador extraordinario al instituir la tutela contra las sentencias y providencias judiciales en firme o con medio de impugnación pendiente (arts. 11 y 40).

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 ejercitó efectivamente bien como demandante o como impugnante hasta agotarlo, o sea que no se da la condición exigida por el artículo 86 de la Constitución para la procedencia de la acción de tutela.

Por otra parte, tampoco resulta viable constitucionalmente interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio, conjuntamente con los recursos ordinarios o con otros medios de defensa judicial, (art. 40 párrafo lo, inc. 2o.), porque aún cuando todavía no se haya dictado providencia definitiva, la existencia del proceso en curso hace inoperante el instrumento transitorio que, como anteriormente se anotó, dentro de los lineamientos constitucionales no es paralelo y sólo es viable hasta cuando asume el conocimiento el juez ordinario.

En este orden de ideas cabe concluir que el Decreto 2591 al establecer la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que pongan término a un proceso, contraría el artículo 86 de la Constitución Política, pues convierte lo que en esencia se instituyó como un mecanismo subsidiario y residual en un instrumento adicional y subsiguiente a las acciones judiciales ordinarias, en una instancia más a la que puede acudir quien haya fracasado en su pretensión.

Igualmente desborda el precepto constitucional al reglamentar la tutela como mecanismo transitorio, toda vez que al prolongar sus efectos hasta la decisión de fondo del proceso ordinario (art. 8o.) y al permitir que se utilice contra providencias judiciales cuando el proceso aún se encuentra en curso (art. 40), transforma lo que se concibió como una medida cautelar, provisional y limitada en el tiempo, en una institución paralela y concurrente con las acciones ordinarias.

La acción de tutela tal como aparece desarrollada en el Decreto 2591 no corresponde al Estado de derecho que consagra el artículo 1o. de la Constitución Nacional, pues desinstitucionaliza la administración de justicia duplicando las jurisdicciones, permitiendo la reapertura indefinida de litigios y socavando así uno de sus más firmes pilares: la certeza que imprimen las decisiones judiciales.

Vista la contrariedad del Decreto 2591 de 1991 con el precepto constitucional en cuanto consagra la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que ponen término a un proceso (arts. 11 y 40), debe la Sala dar aplicación al artículo 4o. de la Constitución Política que le obliga en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley a aplicar las disposiciones constitucionales.

Ello implica que al aplicar el artículo 86 de la Carta tenga que inadmitir la acción de tutela incoada contra la sentencia judicial en firme, que falló el proceso contencioso administrativo promovido por el mismo accionante para obtener el restablecimiento del derecho cuya tutela, hoy reclama.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

INADMITESE la acción de tutela interpuesta por JESUS MARIA MORENO RODRIGUEZ contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca...”.

Esta posición jurisprudencial se reiteró, entre otras, en providencia de 3 de febrero del mismo año, con ponencia del Consejero doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía (Expediente AC-015), en la que se adujo:

“... Como la acción de tutela es una figura de creación constitucional (artículo 86) y 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, no puede el decreto reglamentario sin excederse, consagrarla contra dichas providencias, y al haberlo hecho en los artículos 11 y 40 es procedente darle aplicación a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4o. de la Constitución Nacional y con base en ella no aplicar el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991.

Si la Constitución Nacional no consagró dicha acción contra las citadas providencias, no puede el Ejecutivo con base en unas facultades que le confería el artículo 5 transitorio de la Carta, señalar su aplicación respecto a actuaciones no autorizadas constitucionalmente.

Además, para inaplicar el artículo 40 del Decreto 2591, en lo relativo a la revisión de las sentencias judiciales ejecutoriadas y que han dado tránsito a cosa juzgada, se impone una interpretación rigurosa del Art. 86 de la C.N., con el fin de desentrañar la intención del constituyente. Pues bien: la norma está conformada por una concatenación de oraciones. El sujeto de la primera es "toda persona", como titular de la acción. Esta se ejercitará "ante los Jueces mediante un procedimiento preferente sumario". ¿Qué reclama ante los jueces este sujeto? "La protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados". ¿Cuál es el sujeto agente de la acción u omisión que produce el daño? En la última oración se expresa: "Cualquier autoridad pública". Aquí el concepto "autoridad pública" se refiere a cualquier funcionario distinto de los jueces, quienes son los competentes para administrar la justicia, en los términos previstos en el título VIH de la C.N.

En el segundo inciso de la norma se dice que la protección consiste en una orden para que "cualquier autoridad pública" actúe o se abstenga de hacerlo". ¿Cuál es el funcionario a quien compete dar la orden? El Juez que conoce de la acción de tutela. Sería inconcebible que un Juez de la República ordene a otro Juez que se abstenga de hacer o no hacer lo relativo a su cargo. Pero sí puede un Juez de la República ordenar a una autoridad administrativa, por ejemplo, que se abstenga

de hacer o no hacer para proteger los derechos de una persona. Pensar lo contrario es ir a contrapelo de la disposición constitucional y de la organización jurídica de la Nación, con consecuencias impredecibles contra la paz pública.

Por lo anotado y al no ser procedente darle aplicación en este caso al artículo 40 del mentado Decreto, es por lo que estima la Sala que la acción de tutela ejercitada contra la sentencia del Tribunal de Nariño no es procedente ...”.

En proveído de 14 de octubre de 1993 (Expediente núm. AC-1247, Consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez), actuando en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sala Unitaria, se dispuso:

“... IV CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Una vez estudiado el contenido del escrito contentivo de la acción instaurada, de la providencia recurrida y del escrito de impugnación, el Despacho comparte las consideraciones del tribunal a quo, por las siguientes razones:

La acción se dirige contra una providencia judicial, lo cual es improcedente de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación y especialmente debido a la declaratoria de inexecutable de los artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que consagraban la posibilidad de ejercer la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales, producida mediante Sentencia número C-543 del 1o de octubre de 1992 de la honorable Corte Constitucional (Expedientes D-056 y D-092, Actores: Luis Eduardo Marino Ochoa y Alvaro Palacios Sánchez, Magistrado ponente: doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Si bien es cierto que en la parte motiva de la citada sentencia la Corte Constitucional ha dejado abierta la posibilidad de que pueda proceder la acción de tutela cuando la providencia judicial por sus características de arbitrariedad manifiesta constituya propiamente una vía de hecho que permita afirmar que se trata apenas de una apariencia de decisión judicial, no lo es menos, como lo expresa el tribunal, que en el presente caso la acción ha sido ejercida para pretender que el juez de tutela revise la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, controvirtiendo sus fundamentos, sin que se vislumbre por ninguna parte la arbitrariedad que pudiera dar lugar a considerar tal decisión como una vía de hecho, que pudiera llegar a constituir una violación del derecho al debido proceso, ni mucho menos de los derechos a la honra y al trabajo alegados por el actor.

El Despacho hace notar que en casos como el presente la posible vía de hecho debe aparecer ostensible y manifiesta a los ojos del juez de tutela, sin que sea necesario que éste proceda al análisis detallado de cada uno de los argumentos del actor que, como en este caso, pretenden controvertir las consideraciones del juez que adoptó la providencia que es objeto de la acción.

Concordante con lo anterior, el Despacho procederá a revocar la decisión del Tribunal que denegó la tutela para, en su lugar, rechazarla por improcedente.....”.

A nivel de las Secciones, la postura jurisprudencial frente a la tutela contra providencias judiciales, se puede extraer de los pronunciamientos que a continuación se reseñan:

La **Sección Primera**, en sentencia de 23 de enero de 1997 (Expediente núm. AC-4329, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), con apoyo en la sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, admitió la posibilidad de estudiar la acción de tutela contra providencia judicial, **siempre y cuando se estuviera en presencia de una vía de hecho**, circunstancia esta que no halló demostrada en el caso analizado, razón por la cual confirmó la sentencia de primer grado que rechazó por improcedente la tutela instaurada.

Igualmente, en sentencia de 13 de diciembre de 1999, (Expediente AC-9183, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), reiteró, con apoyo en la sentencia C-543 de 1º de octubre de 1992, que **la acción de tutela contra providencias judiciales sólo es procedente ante la existencia de una vía de hecho**, esto es, cuando obedece al capricho o arbitrariedad de quien la profirió, aspecto este que, luego de analizar la providencia judicial sometida a estudio, no halló configurada.

Cabe resaltar que en sentencia de 7 de septiembre de 2000 (Expediente núm. AC- 12045, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Sección Primera **tuteló el debido proceso** en una acción instaurada contra una sentencia de la Sección Segunda -Subsección "B"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Al efecto, se precisó lo siguiente:

"... Frente a dicho fallo la actora aduce que constituye una vía de hecho por cuanto no tuvo en cuenta el estado de gravidez en que ella se encontraba cuando se produjo su desvinculación del servicio a través del Decreto 069 de 5 de febrero de 1997, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C..

Del análisis detenido de la demanda presentada por la actora en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el citado acto administrativo, advierte la Sala, que si bien en la misma no se hizo mención a dicho estado de gravidez, en la adición de la demanda sí se formuló la pretensión relacionada con indemnización por haber sido desvinculada del servicio encontrándose en estado de embarazo, la cual fue admitida mediante proveído de 6 de noviembre de 1998.

De tal manera que al no haberse pronunciado la sentencia sobre el aspecto a que alude la actora, contravino, inopinadamente y de manera flagrante, lo dispuesto en el artículo 170 de. C.C.A., que ordena al juzgador analizar los argumentos de las partes con el objeto de resolver todas las peticiones y, por contera, se violó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política como derecho fundamental.

Así las cosas, se concederá la tutela impetrada y, con base en las orientaciones del artículo 311 del C. de P.C., conforme al cual cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que deba ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria. Con el objeto de que lo anterior tenga lugar se dejará sin efecto la ejecutoria de la providencia que dirimió la instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

TUTELASE el derecho al debido proceso de la actora. En consecuencia, se ordena a la Sección Segunda - Subsección "B" - del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contado a partir de la notificación de esta

providencia, dicte sentencia complementaria, decidiendo la pretensión irresoluta...”.

Con ponencia del mismo Consejero, también se accedió a la tutela en fallo de 13 de junio de 2002 (Expediente núm. AC-1124), al encontrar que las decisiones objeto de la misma desconocieron el alcance de la sentencia C-470 de 25 de septiembre de 1997 (Magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero), que se refirió a la protección constitucional a la maternidad y estabilidad del empleo, disponiendo que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo o en los tres meses siguientes posteriores al parto sin autorización previa del funcionario del trabajo competente, que debe verificar la justa causa para el despido.

Dicha decisión también se fundamentó en la sentencia T-842 de 2001 (Magistrado ponente doctor Alvaro Tafur Galvis), según la cual se configura vía de hecho por el no acatamiento de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional.

Igualmente, en sentencia de 19 de julio de 2002 (Expediente núm. 2002-00358, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Sección Primera estudió un asunto desde la perspectiva de la vía de hecho en un proceso de única instancia en el que el fallo fue inhibitorio.

En esta ocasión la decisión se fundamentó en la sentencia T-1017 de 13 de diciembre de 1999 de la Corte Constitucional, que considera que se configura tal causal cuando el Juez tenía dentro del ordenamiento jurídico una oportunidad clara y objetiva de proferir pronunciamiento de fondo. De tal manera que se vulnera el debido proceso -el derecho fundamental de Acceso a la Administración

de Justicia- en tanto que la Constitución Política exige al Juzgador adoptar, en principio, decisiones de fondo, al imponerle una participación activa en la búsqueda de la genuina realización de la justicia, la seguridad jurídica y la equidad.

Por resultar pertinente, es preciso mencionar que la sentencia de 18 de julio de 2002 (Expedientes núms. 2000-6414-6424-6447-6452-6453-6522-6523-6693-6714-7057, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), proferida por la Sección Primera, en el numeral tercero de la parte resolutive de dicho fallo denegó las súplicas de la demanda relacionadas con el Decreto 1382 de 12 de julio de 2000 “**Por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela**”, expedido por el Gobierno Nacional, Decreto este que en el numeral 2 del artículo 1° reguló la acción de tutela contra providencias judiciales. Se lee en la parte motiva de dicha sentencia que el artículo 86 de la Constitución Política consagra que la solicitud de tutela procede frente a una acción u omisión de cualquier autoridad, acepción ésta dentro de la cual se incluye a la Rama Judicial y aún a sus órganos supremos.

La **Sección Segunda**, en sentencia de 16 de agosto de 2001 (Expediente núm. AC-2001-0519, Consejero ponente doctor Alejandro Ordoñez Maldonado), accedió a la tutela instaurada por considerar que la sentencia cuestionada constituía una vía de hecho, por cuanto el Juzgado Laboral y el Tribunal Superior actuaron al margen del acervo probatorio, al librar el mandamiento ejecutivo, que no era procedente.

Conforme a la sentencia de 14 de mayo de 2002 (Expediente núm. AC-2931, Consejero ponente doctor Alberto Arango Mantilla), **la Sección Segunda** venía aceptando la acción de tutela contra providencias judiciales, constitutivas de vías

de hecho. Sin embargo, a partir de este fallo cambió su posición y negó la posibilidad de acciones de tutela frente a providencias judiciales. Al efecto señaló:

“... Modifica la Sala su posición sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, en relación con la viabilidad que le había venido reconociendo cuando quiera que en estas se incurriera en vías de hecho. Estudiaba la Sala el fondo del asunto; analizaba los cargos del actor contra tales providencias por presuntas vías de hecho y profería el fallo correspondiente.

A partir de hoy y en relación con este caso la Sala cambia su criterio y niega la posibilidad de acciones de tutela contra providencias judiciales; no las reconoce viables y no admite excepciones en su nueva postura, por las siguientes razones:

1.- La norma sustancial que permitía acciones de tutela contra providencias judiciales desapareció del ordenamiento jurídico. En efecto, mediante sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 11 del decreto 2591 de 1991 que establecía:

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

La posibilidad que esta Sala, lo mismo que otras del Consejo de Estado y algunas diferentes instancias de la rama jurisdiccional, que, inclusive, aún parece que continúan haciéndolo, había venido admitiendo para la acción de tutela contra providencias judiciales por presuntas vías de hecho, después de tal declaratoria, tuvo como fundamento un criterio jurisprudencial posterior de la propia Corte Constitucional que ni al Consejo de Estado ni a jueces y magistrados obliga y que en su exacta medida constituye criterio auxiliar y orientador para interpretación de normas y situaciones -nada más-, del que en cualquier momento pueden apartarse la Sala y los funcionarios judiciales.

2.- La acción de tutela contra providencias judiciales puede quebrantar en materia grave principios como el de la cosa juzgada, el de la firmeza de las providencias judiciales y, en general, el de la seguridad jurídica, pilares fundamentales de una recta, oportuna y eficaz administración de justicia que, por encima de cualquier consideración, deben preservarse. Garantizan ellos la vigencia de la norma jurídica como base insustituible de la vida civilizada.

3.- Si se acepta o se continúa aceptando la acción de tutela contra providencias judiciales abundarán, sin duda, casos insólitos de usurpación de jurisdicción y aún, en ocasiones, de desconocimiento de normas sobre competencia que los jueces en manera alguna pueden permitir y a toda costa han de evitar.

4.- Admitiendo la tutela contra providencias judiciales puede llegarse al aberrante caso de acción de tutela contra sentencias de tutela en las que presuntamente también pudo haberse incurrido en vías de hecho.

5.- Todo parece indicar que con la acción de tutela contra providencias judiciales se llega y se llegará más temprano que tarde al desorden jurídico o, mejor, al desquiciamiento del orden jurídico que conduce a la ineficacia de las normas y del derecho mismo y, como consecuencia, a la negación de justicia, que es la barbarie.

Casos de reciente y lamentable ocurrencia, aparte de otros que con características alarmantes ha tenido que enfrentar el propio Consejo de Estado, le asignan fundamento cabal a las anteriores afirmaciones de la Sala. Lo expuesto en los numerales anteriores es suficiente para que la Sala cambie de criterio y para que, en bien de la vigencia y conservación de valores superiores no admita excepciones de índole alguna en relación con la no viabilidad de la acción de tutela contra decisiones de los jueces ...”.

La **Sección Tercera**, en sentencia de 28 de agosto de 1997 (Expediente núm. AC-5007, Consejero ponente doctor Ricardo Hoyos Duque), accedió al estudio de la sentencia cuestionada, con miras a determinar la ocurrencia de una vía de hecho. Confirmó el fallo de primer grado, que había denegado por improcedente la acción de tutela, dado que en el proceso penal, previo análisis del acervo probatorio y del contenido de aquella, concluyó que las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales involucradas no evidenciaban tal vía de hecho que ameritara la protección reclamada.

Igual estudio se efectuó para proferir, entre otros, los fallos de 21 de febrero de 2002 (AC-2219, Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros) y de 6 de febrero de 2003 (Expediente núm. AC-346, Consejero ponente doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez), en los que también se confirmó la decisión impugnada denegatoria de la tutela, ante la ausencia de vías de hecho.

La misma Sección, en fallo de 11 de septiembre de 2000 (Expediente AC-11980, Consejera ponente doctora María Elena Giraldo Gómez), accedió a la tutela instaurada por considerar que la providencia cuestionada constituía una vía de hecho.

Así mismo, **la Sección Tercera**, en sentencia de 9 de agosto de 2001 (AC-241, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), concedió la acción de tutela por considerar que se configuraba una vía de hecho, argumentando para ello que “La Sala Civil-Familia-Laboral-Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal evidentemente incurrió en una irregularidad, toda vez que el fallo de segunda instancia **es incongruente**, ya que, si bien es cierto esa Corporación era y es competente para conocer del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por acción de reintegro según el artículo 2º de la ley 362 de 1997, en ese momento al declararse incompetente por estimar que el asunto era competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, no debió confirmar el fallo, **y menos aún sin motivar su decisión, al punto que la sentencia de primer grado fué confirmada sin que el superior profiriera ni una sola razón para fundamentar su decisión, lo cual, por supuesto, pone de presente una vía de hecho por inmotivación de la sentencia...**”.

A partir de la expedición del Acuerdo núm. 55 de 5 de agosto de 2003, “**Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado**”, la Sala Plena de la Corporación excluyó del conocimiento de las acciones de tutela a la Sección Tercera.

Por su parte, la **Sección Cuarta**, en sentencia de 27 de marzo de 1998 (Expediente núm. AC-5670, Consejero ponente doctor Daniel Manrique Guzmán), no obstante que denegó la tutela instaurada, efectuó el análisis de fondo para descartar la configuración de la vía de hecho, causal que consideró viable frente a tutelas contra providencias judiciales.

En fallo de 4 de diciembre de 2003 (Expediente núm. 2003-00953, Consejera ponente doctora Ligia López Díaz), dicha Sección reitera tal postura, y señala que la vía de hecho se configura cuando: a) la conducta del operador jurídico carece de fundamento legal; b) la acción obedece a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial; c) tenga como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales, de manera grave e inminente; d) no exista otra vía de defensa judicial o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a menos que el medio resulte ineficaz, para proteger el derecho fundamental violado o amenazado. También por **defecto orgánico** (falta de competencia); **defecto sustantivo** (la decisión se fundamenta en norma inaplicable por falta de vigencia, por declaratoria de inconstitucionalidad o porque no guarda relación de conexidad material con los presupuestos de hecho a los cuales se ha aplicado); **defecto fáctico** (las pruebas tenidas en cuenta eran inadecuadas para tomar la decisión o insuficientes desde el punto de vista material); y **defectos procedimentales** (se originan en una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo).

La misma Sección en fallo de 22 de enero de 2004 (Expediente núm. 2003-1103, Consejero ponente doctor Juan Angel Palacio Hincapie), tuteló el debido proceso en un incidente de desacato dentro de una acción popular, por cuanto se dejaron de valorar las pruebas aportadas, lo cual crea un desequilibrio procesal grave que afecta el derecho de defensa.

La **Sección Quinta**, en sentencia de 12 de diciembre de 2002 (Expediente 2002-0954, Consejero ponente doctor Reinaldo Chavarro Buriticá), accedió a la tutela contra la sentencia objeto de la misma y dispuso:

“... **PRIMERO. - TUTELANSE** los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia y principio de las dos instancias de la señora María Orfilia Arango Martínez, para cuyo efecto se dispone:

DECLARANSE sin valor ni efecto todas las providencias dictadas en el proceso de reparación directa N°960823077 de María Orfilia Arango Martínez y otros contra la Nación - Departamento de Caldas - Instituto Nacional de Vías, a partir del auto del 26 de abril de 2001 por medio del cual el Tribunal Administrativo de Caldas declaró desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del 13 de octubre de 2000.

ORDENASE al Tribunal Administrativo de Caldas que, en el término de 48 horas, siguientes a la notificación de esta providencia, señale a la demandante la suma necesaria para cubrir el valor del envío del expediente a fin de que se surta ante el Consejo de Estado, el recurso de apelación contra la referida sentencia ...”.

Igualmente, dicha Sección, con ponencia del mismo Consejero, en sentencia de 27 de junio de 2003 (Expediente núm. AC-2002-1177), tuteló el debido proceso frente a una sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la cual revocó, y, en su lugar, ordenó que en el término de cinco días, contado a partir de la notificación de dicha providencia, dictara un nuevo fallo, atendiendo la orientación expuesta en las consideraciones.

En el año 2004, la Sala plena de esta Corporación, en sentencia de **29 de junio** (Expediente AC-10203, Consejero ponente doctor Nicolás Pájaro Peñaranda), sostuvo que la acción de tutela es **absolutamente improcedente contra providencias judiciales que pongan fin a un proceso o actuación.**

En providencia de 9 de noviembre de 2004 (Expediente IJ-2004-0270, Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta), la Sala Plena de esta Corporación, reiteró la prohibición anterior, precisando que habiendo desaparecido del ordenamiento jurídico la normativa con la que el legislador trató de incluir las providencias judiciales en los actos susceptibles de la acción de tutela, y

existiendo claras y precisas razones axiológicas y jurídicas de rango constitucional que las sustraen imperativamente de dicha acción, expuestas por la Corte Constitucional de manera contundente, enfática y coherente en la sentencia C-593 de 2002, es claro e indudable que con fuerza de cosa juzgada constitucional la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, pues en palabras de esa sentencia "...la misma idea de justicia sugiere la de un punto definitivo a partir del cual la sentencia no pueda ser modificada. Habiéndose llegado a él, una vez agotados todos los momentos procesales, concluidas las instancias de verificación jurídica sobre lo actuado y surtido, si eran procedentes, los recursos extraordinarios previstos en la ley, no puede haber nuevas opciones de revisión del proceso, en cuanto la posibilidad de que así suceda compromete en alto grado la prevalencia del interés general (artículo 1º C.N.), representado en la necesaria certidumbre de las decisiones judiciales...".

Que, además de resultar temeraria por lo claramente infundada y contraria a la cosa juzgada constitucional, insistir en cobijar las providencias judiciales con la acción de tutela utilizando el atajo irregular e inadecuado de la vía de hecho, era introducir inconstitucionalmente una circunstancia que no sólo derogaría la característica fundamental de la función jurisdiccional: la cosa juzgada¹ y la consecuente seguridad jurídica, sino que también amenazaría la estabilidad y confianza judicial, en la medida en que podía originar una desconfianza ciudadana generalizada en las decisiones judiciales de los procesos ordinarios y en la actuación de los respectivos jueces, pues en lugar de vérselos como los dispensadores de justicia y protectores de los derechos de las personas, y quienes ponen fin o deciden con carácter de verdad y de forma definitiva los litigios jurídicos entre ellas, haría que se les mirara como potenciales vulneradores de los derechos fundamentales y como dispensadores precarios o provisionales de

¹ "La cosa juzgada es, en este orden de elementos, la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional", dice la obra de Eduardo J. Couture, "ELEMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL", 16ª reimpresión de la 3ª edición, póstuma, ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1990, pág.43.

justicia, erosionando de esa forma la autoridad de los órganos judiciales, amén de que con la ilusión de revertir la situación jurídica adversa que le ha sido definida y el afán de acudir a todos los medios a su alcance, más aún si no le genera costo alguno, la parte vencida no pararía en mientes para hacer uso de la acción de tutela, como la práctica lo ha demostrado, pretendiendo tornarla incluso en una instancia más del proceso respectivo, en condiciones procesales que no están pensadas ni diseñadas para examinar controversias jurídicas y administrar justicia en condiciones normales, y que en manera alguna garantizan que la decisión del juez de tutela pueda ser mejor o más acertada que la del juez natural del asunto.

A título de conclusiones, señaló:

“... Es posición mayoritaria de la Sala:

Que en virtud de la cosa juzgada constitucional originada en la sentencia C-543 de 1992, las providencias judiciales no son susceptibles de acción de tutela, pues están protegidas por el principio de la cosa juzgada y por la independencia y autonomía de los jueces que la Constitución Política, como pilar del Estado de Derecho y de la democracia, les otorga al someterlos sólo al imperio de la Constitución y la Ley.

Que la jurisprudencia contencioso administrativa unificada únicamente la profiere la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, como autoridad suprema de dicha jurisdicción, y que en virtud de su independencia tiene autonomía plena para interpretar la ley en el marco de la Constitución y de las normas que le sean superiores.

Que reitera la posición jurisprudencial que mayoritariamente ha venido sosteniendo sobre el control judicial de los actos administrativos particulares, por cuanto contiene una interpretación razonada y sistemática de las normas que regulan las acciones contencioso administrativas y que se aviene con el contenido de la función jurisdiccional, la eficacia de dichas normas y los asuntos a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa, en especial los relativos a los actos administrativos, en aras de preservar la estabilidad de los mismos, y por ende la seguridad jurídica y los derechos reconocidos mediante ellos cuando crean situaciones jurídicas particulares o subjetivas.

Con base en lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARASE que la sentencia de tutela de 1 de septiembre de 2004, proferida por la Corte Constitucional en Sala Sexta de Revisión, dentro del expediente T-927.827, que invalida lo actuado dentro del expediente de acción de nulidad identificado con radicación Núm.: 25000 2324 000 **2003 00557** 01, actor fundación **PRO NIÑOS POBRES**, y ordena que se le dé trámite a la demanda de dicha acción, carece de validez por haberse producido en contravía de los mandatos de la Carta Política, sin competencia constitucional alguna, suplantando al Consejo de Estado y a los demás órganos de la jurisdicción contencioso administrativa en el ejercicio de su función como jueces naturales en materia de acciones contencioso administrativas y con desconocimiento de la cosa juzgada constitucional. Por consiguiente no produce ningún efecto sobre el auto de cinco (5) de febrero de dos mil cuatro (2004), proferida en por la Sección Primera de esta Sala, mediante el cual confirmó el auto de primera instancia que rechazó dicha demanda.

SEGUNDO. DECLARASE, en consecuencia, que el referido auto de cinco (5) de febrero de dos mil cuatro (2004), proferido por la Sección Primera de esta Sala sigue incólume e hizo tránsito a cosa juzgada material, razón por la cual es inmodificable, inimpugnable y definitivo en cuanto confirmó el auto de primera instancia que rechazó dicha demanda, y sus efectos no pueden suprimirse mediante fallo de tutela.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los Anales y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia, archívese **definitivamente** el expediente. ...”.

Con posteridad a la sentencia de la **Sala Plena de lo Contencioso Administrativo** de 29 de junio de 2004, antes citada, la **Sección Primera** en providencia de 9 de julio de 2004 (Expediente núm. 2004-00308), con ponencia del Consejero doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta, abrió la posibilidad de acceder a la acción de tutela contra providencias judiciales, precisando que el principio de la seguridad jurídica no es absoluto, de manera que no pueden desconocerse, en un Estado Social de Derecho, otros de similar importancia, como la paz, la convivencia pacífica o la existencia de un orden social justo, de ahí que deba protegerse a quien no tuvo siquiera la oportunidad de ingresar al proceso, pues en ese evento no se quebranta la cosa juzgada ni la seguridad jurídica que caracteriza a las providencias judiciales que han puesto fin a un proceso, criterio que se ha venido aplicando hasta la fecha.

Precisamente, con base en dicho criterio, en múltiples ocasiones, la Sección Primera ha accedido a la solicitud de tutela frente a providencias judiciales, cuando ha encontrado acreditada la vulneración del derecho de Acceso a la Administración de Justicia.

En efecto, entre otras, en sentencia de 14 de julio de 2005 (Expediente núm. 2005-00501, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), se tuteló el Acceso a la Administración de Justicia de los actores, dejando sin efecto los proveídos que rechazaron la demanda y el recurso de apelación proferidos dentro de un proceso de reparación directa y, en su lugar, se dispuso que se rehiciera la actuación “teniendo en cuenta que se trataba de un proceso de única instancia en el que la admisión o el rechazo de la demanda (que no resuelve la suspensión provisional) debe resolverlo el ponente”, y de esta forma garantizar la prevalencia del derecho sustancial a que alude el artículo 228 Constitucional.

En sentencia de 3 de mayo de 2007 (Expediente núm. 2006-00815), siendo ponente el mismo Consejero, también se accedió a proteger el Acceso a la Administración de Justicia de dos menores, en un proceso de reparación directa, pese a que frente a la providencia judicial cuestionada se contó con medios de defensa y no se observó el principio de inmediatez para la interposición de la acción constitucional. Para tal efecto, la Sección Primera argumentó:

“... observa la Sala que pese a que el apoderado de la actora allegó los registros civiles de nacimiento de las menores Yurany Lizeth y Sammy Madelyn Escobar Oliva, los que certifican que son hijas del occiso y de la actora, en la parte motiva de la sentencia controvertida, no se hizo alusión alguna respecto de la solicitud de reparación directa en relación con aquéllas por el fallecimiento del señor Campo Elías Escobar Quintanchala.

Lo anterior pone de manifiesto que el Despacho Judicial demandado omitió, sin justa causa, pronunciarse respecto de dicha pretensión,

bien fuera para negar el derecho o para reconocerlo, pues no mediaba ningún obstáculo jurídico que lo impidiese.

Cabe señalar que frente a esta omisión quien actúa como demandante en representación de sus menores hijas, mediante apoderado, bien pudo solicitar se adicionara la sentencia para incluir en ella el pronunciamiento correspondiente respecto de las pretensiones irresolutas, y tal posibilidad tornaría improcedente la acción de tutela pues, como bien se sabe, ésta sólo tiene cabida cuando se carece de recurso o medio de defensa judicial. Sin embargo, ha sido criterio de esta Corporación que la no formulación de una solicitud de adición de una providencia judicial no excusa ni hace nugatoria el deber que le asiste al juez de subsanar oficiosamente esa irregularidad, máxime cuando este último es el mayor responsable de que sus providencias resuelvan adecuadamente todos los extremos de la litis.

No puede la Sala desconocer el tiempo transcurrido desde cuando se profirió el auto que negó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la cual se predica la vía de hecho (20 de febrero de 2001) y el momento en que se presentó la demanda de tutela (6 de julio de 2006), esto es, que entre una y otra fecha se cuentan cinco (5) años y cuatro (4) meses, lo cual conduce a la consideración de que el ejercicio de la acción no resultó oportuno.

Sin embargo, la Sala no puede perder de vista que en el sub lite están en juego los intereses de dos menores, **SAMMY MADELYN y YURANY LIZETH ESCOBAR OLIVA**, quienes se encuentran en estado de indefensión, respecto del derecho de acceso a la administración de justicia por no haber obtenido una decisión del juez con respecto a sus pretensiones y si se enfrenta esa situación con la necesidad de actuar oportunamente en el reclamo de los derechos fundamentales (principio de inmediatez), necesariamente, habría que darle prelación a la primera, es decir, a la protección del derecho de acceso a la administración de justicia de las menores.

Si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la acción de tutela no puede tornarse en instrumento para suplir las deficiencias, errores y descuidos de quien ha dejado vencer términos o permitido la expiración de sus propias oportunidades de defensa judicial, también ha sostenido que ello no impide reconocer **que en determinadas situaciones la absoluta imposibilidad en que se halla el sujeto perjudicado por la omisión procesal para evitarla, o para ejercer los recursos que permitan sus defensa, lo libera plenamente de responsabilidad por la conducta omisiva**, atendiendo la prevalencia del derecho sustancial, se atempere la rigidez de la exigencia expuesta y se otorgue la posibilidad del amparo judicial extraordinario, máxime si los intereses corresponden a menores, quienes no pueden resultar sacrificados en sus derechos, por la omisión de quienes los representaron en el juicio ordinario.

En efecto, en sentencia T-329 de 25 de julio de 1996, en un asunto similar, en el que se vieron comprometidos los derechos de un menor, la Corte Constitucional accedió a la tutela, a pesar de que se tuvieron medios de defensa judicial para controvertir la sentencia controvertida y al efecto discurrió la Corte:

“...Procedencia de la tutela no obstante haber omitido el ejercicio de recursos cuando las consecuencias de la omisión afectan a menores.

... Tal ocurre, por ejemplo, cuando los intereses en juego corresponden a menores, cuya indefensión se presume según el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en especial si esos intereses corresponden a derechos fundamentales que pueden quedar vulnerados o amenazados en la hipótesis de una tutela denegada por no haber hecho su abogado uso oportuno de los recursos que los favorecían en el proceso ordinario.

Un principio de elemental justicia indica que en dichas circunstancias no debe ser sancionado el niño con la eliminación de toda posibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales y que, mereciendo él la protección especial del Estado impuesta por el artículo 44 de la Constitución, procede la tutela, siendo imperativo, en cambio, que se promueva la investigación y sanción de la conducta omisiva del apoderado judicial.

Estas situaciones son, desde luego, extraordinarias y deben ser apreciadas en concreto por el juez, con el objeto de verificar si en realidad la circunstancia del afectado reviste las indicadas características, evento en el cual, no habiendo sido su culpa, descuido o negligencia la causa de que las decisiones en su contra hubieran quedado en firme por falta de los oportunos recursos, carece de justificación concreta la eliminación del único medio de defensa judicial a su alcance...”

Atendiendo la jurisprudencia transcrita, sin lugar a dubitación alguna, en el caso sub examine la Corporación demandada, esto es, el Tribunal Administrativo del Cauca, quebrantó los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de las menores, al no haber resuelto la pretensión encaminada a que el INPEC les reconociera los perjuicios morales y materiales como resultado del fallecimiento del señor Campo Elías Escobar Quistanchal, progenitor de aquellas.

En este orden de ideas, se dispondrá que el Tribunal Administrativo del Cauca, adicione la providencia objeto de tutela, en el sentido de que se pronuncie sobre todos los extremos de la litis, esto es, frente a la pretensión de las menores que como hijas del señor Campo Elías Escobar Quistanchal, reclaman del INPEC el reconocimiento de los perjuicios morales y materiales por el fallecimiento de su padre, de acuerdo con los documentos aportados al proceso ...”.

Igualmente, dicha Sección amparó el derecho de Acceso a la Administración de Justicia en las sentencias de 23 de junio de 2005 (Expediente núm. AC-2005-00476, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), 26 de

octubre de 2006 (Expediente núm. AC-2006-00792, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón), 1o. de febrero de 2007 (Expediente núm. AC-2006-01475, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), 12 de julio de 2007 (Expediente núm. AC-2007-00156, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), 21 de febrero de 2008 (Expediente núm. AC-2007-01345, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), 4 de febrero de 2010 (Expediente núm. AC-2009-00852, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), 11 de noviembre de 2010 (Expediente núm. AC-2010-00889, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso) y 31 de marzo de 2011 (Expediente núm. AC-2010-01381, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), al encontrar configurada vías de hecho en las providencias objeto de tutela.

La **Sección Segunda, Sala Plena**, en sentencia de 19 de mayo de 2005 (Expediente AC-00329, Consejera ponente doctora Margarita Olaya Forero), estudió de fondo la sentencia objeto de la acción de tutela desde la perspectiva de la vía de hecho.

En sentencia de 3 de febrero de 2009 (Expediente núm. 2009-01268, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve), la Sección Segunda -Subsección "B"- dispuso en la parte resolutive:

“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del señor Galvis Antonio Bolaño Daza, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS las sentencia del 6 de noviembre de 2008 y del 27 de agosto de 2009 proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar y el Tribunal Administrativo del Cesar respectivamente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 2004-01183.

TERCERO: ORDENAR al Juzgado Segundo Administrativo de Valledupar, que en el término de un mes a partir de la notificación del

presente fallo, profiera una nueva sentencia en la que analice de forma integral la totalidad de las pruebas documentales y testimoniales practicadas y trasladadas al proceso de nulidad y restablecimiento promovido por el accionante, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia, y los principios que inspiran la sana crítica ...”.

Así mismo, en sentencia de 27 de mayo de 2010 (Expediente AC-2010-00559, Consejero ponente doctor Alfonso Vargas Rincón), la Sección Segunda sostuvo:

“... Tratándose de tutela contra providencia judicial, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación viene afirmando su improcedencia² fundada tanto en la declaratoria de inexecutable que de los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991 hiciera la Corte Constitucional en sentencia C- 543 del 1º de octubre de 1992, como en el hecho de que la existencia de una providencia, presupone que quien intenta la acción, ya hizo uso del otro medio de defensa judicial ordinario o especial con el que contaba y en el cual dispuso de recursos e incidentes a través de los cuales pudo hacer valer sus derechos.

De aceptar la procedencia, afirma la Sala, se quebrantarían pilares fundamentales del Estado Social de Derecho tales como la firmeza de la cosa juzgada de las sentencias, el principio de la seguridad jurídica y hasta se correría el riesgo de incurrir en usurpación de jurisdicción y desnaturalizar la institución de la tutela.

Los anteriores argumentos son compartidos en su integridad por esta Subsección, no obstante, cuando con la providencia se haya vulnerado el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia ha declarado procedente la acción y ha tutelado los derechos fundamentales vulnerados siempre que aparezca clara su trasgresión.

Lo anterior teniendo en cuenta que en tales casos, los pilares que se pretenden defender, no se ven afectados, pues el proceso jamás se adelantó y no es posible hablar de cosa juzgada, seguridad jurídica etc.

En atención a lo expuesto por la Sala Plena, y dado el carácter excepcionalísimo de la acción de tutela como mecanismo para infirmar una providencia judicial, estima la Sala necesario precisar que la procedencia de la misma, en estos particulares casos, resulta viable sólo si los alegatos de la demanda se encuentran sustentados en la violación de derechos fundamentales constitucionales relacionados con el debido proceso y el derecho de defensa (art. 29) o con el acceso a la administración de justicia (art. 238), por tratarse precisamente de garantías esenciales de un proceso de tal naturaleza.

² Sentencia del 29 de marzo de 2007, Exp. No. 00859-01, Sala Plena del Consejo de Estado.

En el asunto bajo, estima la sala que se configuró la vulneración de los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia, por lo siguiente:

En la decisión impugnada a través de la presente acción, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla no accedió a fijar una nueva fecha para la diligencia de declaración y dio por surtida la misma al no llenarse los requisitos previstos en el artículo 225-2 del C.P.C.

De acuerdo con los documentos allegados al expediente y de los hechos narrados en el escrito de tutela, se acreditó que en efecto la señora ROSIBEL FIGUEROA JIMENEZ no asistió a la diligencia de recepción de testimonio programada para el 20 de febrero de 2008 a las 9 A.M., sin embargo, se observa que era su intención cumplir con la orden judicial, pues el mismo día siendo las 10:18 de la mañana allegó un escrito en el que consignó las razones por las cuales no asistió a la misma.

Sobre el particular, el artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

“En caso de que el testigo desatienda la citación, se procederá así:

1. Si dentro de los tres días siguientes a la audiencia, no acredita siquiera sumariamente causa justificativa, se le impondrá una multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales, quedando siempre con la obligación de rendir el testimonio, para lo cual se señalará nueva audiencia.

2. Si en el término mencionado el testigo acredita siquiera sumariamente un hecho justificativo de su inasistencia, el juez lo exonerará de sanción y señalará audiencia para oírlo, sin que sea necesaria nueva citación.

3. El interesado podrá pedir que se ordene a la policía la conducción del testigo a la nueva audiencia; igual medida podrá adoptar el juez de oficio, cuando lo considere conveniente.

4. Cuando se trate de alguna de las personas mencionadas en el artículo 222, la desobediencia la hará incurrir en la misma sanción, que será impuesta por el funcionario encargado de juzgarla disciplinariamente, a solicitud del juez.”.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la inasistencia justificada o no del testigo a la diligencia de testimonio, no lo libera de la obligación de rendir declaración, ni al juez de señalar una nueva audiencia para oírlo.

Nótese que justificada o no la ausencia del testigo, siempre deberá darse una nueva oportunidad.

En el presente asunto, si bien la señora FIGUEROA JIMENEZ, no allegó prueba sumaria de su inasistencia, lo cierto es que asistió el día en que estaba programada la diligencia explicando las razones de su retraso, argumentos que el Juez no tuvo en cuenta y dio por surtida la

diligencia programada, siendo que su obligación de declarar no se ha extinguido es decir, el funcionario judicial pretermi6 una etapa dentro del tr6mite del proceso.

La decisi6n proferida es vulneradora del derecho fundamental de acceso a la administraci6n de justicia, pues le impide a los interesados acudir a los medios de prueba que consideran pertinentes para demostrar los hechos que generaron la interposici6n de la acci6n de reparaci6n directa.

Por lo anterior, la Sala decretar6 el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administraci6n de justicia, en consecuencia le ordenar6 al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla que profiera una nueva decisi6n ordenando la pr6ctica de la diligencia de recepci6n de testimonio solicitada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secci6n Segunda, Subsecci6n "A", administrando justicia en nombre de la Rep6blica y por autoridad de la ley,

FALLA:

DECRETASE el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administraci6n de justicia invocados por los se6ores CIRO JIMENEZ LOPEZ y LUCIA FIGUEROA JIMENEZ.

En consecuencia, ORDENASE al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Barranquilla que, dentro de los 10 d6as h6biles siguientes a la notificaci6n de esta providencia, profiera un nueva providencia dentro del proceso # 080013331002200700109-00, promovido por los se6ores CIRO JIMENEZ LOPEZ y LUCIA FIGUEROA JIMENEZ, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia ...".

La **Secci6n Cuarta** en sentencia de 28 de enero de 2010 (Expediente n6m. AC-2009-00778, Consejero ponente doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenaz), precis6:

"... La Secci6n Cuarta, al igual que la Secci6n Quinta, ha considerado que la acci6n de tutela contra providencias judiciales no procede en ning6n caso. El argumento central de esta postura tiene que ver con la defensa de los principios de seguridad jur6dica, autonom6a judicial y cosa juzgada. Sin embargo, se han presentado excepciones a esa regla. En efecto, en algunos casos, sin entrar a estudiar el contenido del fallo objeto de la acci6n, se han amparado los derechos fundamentales de acceso a la administraci6n de justicia, debido proceso e igualdad, cuando ha sido evidente la vulneraci6n de esos

principios³ en el desarrollo del trámite que dio lugar a la sentencia cuestionada, empero, se ha evitado hacer una revisión de fondo de la decisión judicial ...”

Considera la Sala que los principios de seguridad jurídica, autonomía judicial y cosa juzgada son principios absolutamente indispensables para mantener en correcto funcionamiento el Estado de Derecho. Sin embargo, una reflexión sobre la necesidad de que ese Estado de Derecho asegure la justicia material en el sentido de proteger los derechos fundamentales de las personas y la comprobación de que las autoridades judiciales no están exentas de error, lleva a la Sala a recoger la tesis de que en ningún caso habría lugar a la tutela contra providencias judiciales para adoptar el criterio de que, muy excepcionalmente, cabría ese mecanismo judicial extraordinario previsto para defender los derechos que fundamentan el modelo de convivencia previsto en la Constitución de 1991.

En consonancia con lo expuesto, la Sala adopta la tesis sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Este cambio, además, se sustenta en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, en la defensa del contenido del Estado Social de Derecho y en el hecho de que los principios de autonomía judicial y primacía de los derechos fundamentales no son excluyentes. Por el contrario, advierte la Corte Constitucional que *“la estructura abierta de tales preceptos vincula al operador jurídico con la obligación, no de encontrar una única solución al caso concreto como conclusión necesaria de una deducción, sino de realizar una labor hermenéutica de ponderación entre los contenidos normativos en conflicto y justificar, mediante la fundamentación razonable de la decisión, cómo se concilian aquellos preceptos o cómo con la solución propuesta se menoscaba en menor medida el principio que resulta derrotado”*⁴.

“...En razón a las anteriores consideraciones, esta Sección rectifica su jurisprudencia en relación con la procedencia de la tutela contra providencias judiciales y confirma lo dispuesto por el juez de primera instancia, que amparó los derechos fundamentales del debido proceso y defensa del actor ...”. (Resalta la Sala fuera de texto).

La misma Sección, en fallo de 10 de febrero de 2011 (Expediente AC-2010-01239, Consejera ponente doctora Martha Teresa Briceño de Valencia),

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Exp. AC-01032. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; AC-00774. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁴ Corte Constitucional, sentencias T-179 de 2003, T-620 de 2002, T-999 de 2001, T-968 de 2001, T-875 de 2001, T-037 de 1997, entre otras.

accedió a la tutela por encontrar que la providencia cuestionada constituía una vía de hecho.

En sentencia de 3 de marzo de 2011 (Expediente núm. 2010-01271, Consejero ponente doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenás), dicha Sección confirmó el fallo de 9 de diciembre de 2010, proferido por la Sección Segunda -Subsección "B"- del Consejo de Estado, que amparó, entre otros, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia y, en consecuencia, dejó sin efectos la providencia de 5 de mayo de 2010, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida contra el Municipio de Soledad y, en su lugar, dispuso que se profiriera nueva decisión de fondo, la que debía ceñirse a resolver los fundamentos del recurso de apelación presentado por la entidad demandada, por cuanto en la sentencia cuestionada se decidieron de oficio aspectos que no fueron planteados en la alzada.

Por su parte, la **Sección Quinta**, mediante **sentencia de 13 de noviembre de 2008** (Expediente AC-00912, Consejero ponente doctor Filemón Jiménez Ochoa), hizo énfasis en que no obstante que la Corte Constitucional abrió paso a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, a través de la existencia de la vía de hecho, no le da curso a la misma en consideración a que en un Estado Social de Derecho, se debe salvaguardar el orden y la seguridad jurídica.

En sentencia de 13 de mayo de 2010 (Expediente AC-2010-00051, Consejera ponente doctora Susana Buitrago Valencia), la Sección Quinta expresó:

“... 3. La acción de tutela contra providencia judicial

Por regla general, en la inmensa mayoría de los casos, la Sala rechaza por improcedente la tutela cuando se propone para dejar sin efectos o para modificar providencias judiciales porque, como primera y esencial razón, este instrumento constitucional no existe en el ordenamiento jurídico colombiano desde que se expidió por la Corte Constitucional la sentencia C-543 de 1992 declarando inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que admitían su viabilidad.

Otros argumentos que sustentan esta postura tienen que ver con la causal legal de improcedencia de esta acción cuando existe otro medio de defensa judicial, en el entendido que precisamente, este medio estuvo presente y operó a favor del accionante al tener acceso a la justicia y obtener definición de su controversia.

Igualmente, que para el juez de tutela se impone preservar valores superiores de la justicia: la certeza y seguridad jurídica derivadas de la cosa juzgada y de la inmutabilidad de la sentencia, así como respetar la autonomía del fallador. Anudado a todo ello está la consideración de que no es admisible, a la luz de la misma lógica, que un juez de tutela en el breve lapso que la ley le otorga para decidirla, pueda inmiscuirse en el examen y en la definición sobre el fondo de una controversia de la especialidad propia del juez natural al cual, resolverla le reportó un complejo y profundo análisis, para el que tuvo que invertir un término de tiempo muy superior.

Fundada en estos razonamientos, solo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidencie de manera superlativa que la providencia judicial padece un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, la Sala ha admitido que la acción de tutela constituye el remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos, procediendo en tales casos a ampararlos porque considera que prevalecen sobre los mencionados valores de seguridad jurídica y de cosa juzgada en tanto de nada sirve privilegiarlos, si no se ha garantizado al individuo como ser humano la justicia material en tan especialísimos derechos inherentes a su misma dignidad... ." (Negrilla fuera de texto).

En sentencia de 24 de marzo de 2011 (Expediente AC-01016, Consejero ponente doctor Mauricio Torres Cuervo), la Sección Quinta de esta Corporación reiteró la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, en casos excepcionales.

Mediante sentencia de 27 de enero de 2011 (Expediente núm. AC-2010-00365, Consejera ponente doctora María Nohemi Hernández Pinzón), la Sección Quinta tuteló el derecho de defensa, al debido proceso y al Acceso a la Administración de Justicia del actor, por cuanto no fue vinculado a una acción popular, no obstante tener interés directo en los resultados del proceso.

De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203)**, han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Por lo anterior, corresponde a la Sala abordar el segundo aspecto que es objeto de estudio, relacionado con una tutela contra providencia judicial, con miras a determinar el momento a partir del cual se hace exigible el presupuesto de procedibilidad de la conciliación extrajudicial en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y, por ende, establecer si se vulneró o no el debido proceso de la actora y el Acceso a la Administración de Justicia.

Para el efecto, es preciso traer a colación los antecedentes del proceso de la referencia:

I. LA SOLICITUD DE TUTELA.

I.1.- La ciudadana **NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO**, obrando a través de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al proferir, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el núm. 2009-00104, los autos de 18 de mayo y 13 de agosto de 2009, mediante los cuales se rechazó la demanda, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

I.2.- Las violaciones antes enunciadas las infiere la actora, en síntesis, de los siguientes hechos:

Manifestó que ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.), con el objeto de que se efectuara la reliquidación de su pensión.

Adujo que mediante auto de 18 de mayo de 2009, el citado Despacho Judicial, rechazó la demanda *“por no haber agotado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad.”*

Señaló que interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el citado auto, ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, aduciendo al efecto, lo siguiente:

- Que la institución de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa ha sido regulada en varias ocasiones por las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1285 de 2009, y por el Decreto 1716 de 2009.

- Que el artículo 34 de la Ley 640 de 2001 fijó, como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la conciliación para las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código de Contencioso Administrativo; y en el artículo 42, ibídem, determinó que las normas del capítulo relativo al requisito de procedibilidad entrarían a regir de forma gradual, situación que fue reglamentada por el Decreto 2771 de 2001, afirmación soportada en jurisprudencia del Consejo de Estado⁵.

- Que la Ley 1285 de 2009, *“por medio de la cual se reformó la Ley Estatutaria 270 de 1996”*, estableció en su artículo 13 que *“A partir de la vigencia de esta Ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.”*, la que fue declarada exequible por la Corte Constitucional⁶, por considerar que la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad para acudir a la administración de justicia, es un requisito previo y necesario que garantiza el derecho a la administración de justicia.

- Que la Corte Constitucional no se refirió de manera expresa en cuanto a la vigencia de la norma de que trata el artículo anterior, pero sí lo hizo respecto del artículo 30 de la misma, lo que significa que el trámite de la conciliación extrajudicial para las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A. es

⁵CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA C.P: MAURICIO FAJARDO GOMEZ AUTO INTERLOCUTORIO. RAD. 27001-23-31-000-2005-01007-01 -

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-713 DE 2008 M.P CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

válido, pero es necesario examinar si se encuentra implementado y desde cuándo se hace obligatorio para acudir ante la administración de justicia.

- Que sabido es que las normas rigen a partir de su promulgación, y que en este caso la Ley Estatutaria se limitó a señalar la obligatoriedad de la conciliación pero guardó silencio sobre su aplicación, razón por la cual, el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1716 de 14 mayo de 2009, reglamentó los artículos 13 de la Ley 1285 de 2009, 75 de la Ley 446 de 1998 y el Capítulo V de la Ley 640 de 2001, con el propósito de adoptar un procedimiento para el trámite del requisito de procedibilidad, en el que dispuso la aplicación desde la fecha de su expedición, por lo que la carga se imponía desde su publicación.

- Que por lo anterior no podía exigirse el cumplimiento del requisito de procedibilidad de manera inmediata, dado que, como ya se indicó, hubo una modificación a la Ley Estatutaria de Administración de la Justicia a través de la Ley 1285 de 2009, y ante la necesidad de que se tuviera precisión de la forma de implementación y aplicación de dicho requisito, se expidió el Decreto 1716 de 2009, el que fijó las condiciones y el procedimiento respectivo.

Concluyó que en su caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se interpuso el día 21 de abril de 2009, antes de la expedición del Decreto Reglamentario 1716 de 2009, por lo que no era necesario el agotamiento del trámite de la conciliación extrajudicial, razones que no compartió el Tribunal Administrativo de Córdoba, que mediante auto de 13 de agosto de 2009 confirmó la providencia apelada.

Por lo anterior, solicitó amparar sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, se dejen sin efectos

jurídicos las providencias 18 de mayo y de 13 de agosto de 2009, proferidas por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería y la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, respectivamente; y que en el término improrrogable de 48 horas, a partir de la notificación de la decisión tomada, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería admita la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por ella formulada contra el Instituto de Seguro Social -I.S.S.-.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

II.1.- El Juez Primero Administrativo del Circuito de Montería, solicitó rechazar la tutela, por improcedente, para lo cual adujo, en resumen, lo siguiente:

Manifestó que la actora fundamenta la vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, con el argumento de que para la fecha de la demanda no era exigible la conciliación como requisito de procedibilidad prevista en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en razón de que para entonces no había sido expedido el Decreto Reglamentario 1716 de 2009, motivo por el cual se deben revocar las providencias judiciales objeto de tutela y, en su lugar, se admita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señaló que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sostenido que de manera excepcional puede proceder la acción de tutela frente a providencias judiciales, esto es, cuando opere una vía de hecho, situación que no se presenta en el caso sub examine, dado que las providencias cuya invalidez solicita la demandante, no son configurativas de vías de hecho ya que se dictaron con estricta observancia de la ley.

Indicó que la vulneración al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, es infundada porque la nulidad del acto administrativo que pretende es de aquellos relativos a pensiones y se entiende que por constituir prestaciones periódicas no están sometidas a término de caducidad alguno.

Sostuvo que a la actora no se le ha desconocido el acceso a la administración de justicia, ya que está habilitada para presentar nuevamente su demanda, sin necesidad de alterar el orden jurídico al pretender que por vía de tutela se revoquen providencias judiciales.

Concluyó que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, que señaló la exigencia de la conciliación extrajudicial para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no dispuso ningún condicionamiento para su entrada en vigencia a partir de su promulgación, por lo que, a su juicio, carece de sustento lo expuesto por la demandante acerca del condicionamiento de dicha ley a la expedición del Decreto Reglamentario 1716 de 2009.

II.2.- El Tribunal Administrativo de Córdoba y el Instituto de Seguros Sociales no hicieron manifestación alguna, no obstante haber sido notificados.

III.- FALLO IMPUGNADO.

La Sección Quinta del Consejo de Estado rechazó por improcedente la acción de tutela, por las razones que a continuación se exponen:

Señaló que la acción de tutela ha sido ejercida para que se dejen sin valor dos providencias judiciales a las cuales la actora atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales, por contener una decisión que le es adversa.

Indicó que el ejercicio de la acción de tutela con tal propósito ha sido rechazado por la Jurisprudencia de esta Corporación, habida cuenta de que el proceso en el cual fueron proferidas las providencias censuradas, constituye otro medio de defensa judicial al que acudió el interesado y fue decidido en su oportunidad. Por ello cuando una persona desfavorecida por una providencia judicial acude a la tutela para que el juez revise su legalidad, se presenta siempre la causal prevista en el inciso primero del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991.

Agregó que, además de configurar improcedencia, aceptar la acción de tutela para revocar o dejar sin efectos providencias judiciales es ir contra la jurisprudencia de la Corte Constitucional,⁷ pese a que la misma Corte abrió nuevamente el camino para dicha acción contra providencias judiciales, pero de manera excepcional cuando se manifieste una vía de hecho.⁸

Concluyó que las providencias judiciales no pueden controvertirse dentro del proceso breve y sumario establecido para la acción de tutela, dada la autonomía de los jueces que las profieren y los procedimientos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico.

IV.- IMPUGNACION.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-543 DE 1992 “Se declararon inexecutable los artículos 11 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA T-162 DE 1999

La actora, además de reiterar los argumentos expuestos en la solicitud de tutela, insiste en que el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, desconoció que la acción constitucional bajo examen está encaminada a proteger su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, de manera que al rechazarla está incurriendo en la vulneración del citado derecho.

Sostuvo que la acción de tutela ejercida tiene fundamento legal y debe ser decidida a su favor, apoyando su petición en jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia⁹.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La actora en el proceso de la referencia plantea la vulneración de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, como consecuencia del rechazo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho por ella instaurada, al no haber agotado la etapa de conciliación extrajudicial.

La Sección Segunda -Subsección "A"- de esta Corporación, en sentencia de 28 de enero de 2010 (Expediente núm. 2009-00804-01, Actora: Rubiela Delgado Escobar, Consejero ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren), señaló lo siguiente:

“... Como lo precisa el apoderado de la actora en su escrito de impugnación, esta Subsección en sentencia de primero (1) de septiembre del año dos mil nueve (2009), concluyó que las personas en condiciones de vulnerabilidad manifiesta que solicitan la protección de un derecho laboral irrenunciable, pueden ejercer directamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para defenderlo ante los jueces competentes, sin mayores

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIAS C-426 DE 2002 Y T-096 DE 2008.

condicionamientos a los definidos por el Legislador en los artículos 137 y siguientes del Código Contencioso Administrativo:

“La Carta Política (artículo 53), ordena al Congreso que al expedir el Estatuto de Trabajo, tenga en cuenta principios mínimos fundamentales. De ellos se destacan el de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y la facultad para conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.

Por su parte, la Ley 1285 de 2009, reformó y adicionó algunas disposiciones de la Ley estatutaria de la administración de justicia. En el artículo 13 adoptó una nueva disposición así:

“...Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, **cuando los asuntos sean conciliables**, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial...”

Armonizados los preceptos citados, para efectos de decidir sobre el trámite de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, es indispensable no perder de vista que son materia de conciliación, derechos que tengan el carácter de “inciertos y discutibles” estos son los autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito “... **cuando los asuntos sean conciliables...**”

Cuando una persona considera que ha causado el derecho a la pensión, por cumplir los requisitos señalados en la ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho. El, como se sabe, es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su reconocimiento están señaladas en la ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público.

La anterior, es la razón de ser del condicionamiento señalado en la ley, para exigir la conciliación extrajudicial, como requisito de procedibilidad del contencioso administrativo laboral “...**cuando los asuntos sean conciliables...**” de lo contrario el legislador no hubiera consignado dicha frase.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 1716 de 14 de mayo de 2009, del cual, a pesar de haber sido expedido con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda que motiva la presente acción de tutela, conviene hacer referencia a sus criterios sobre los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en lo Contencioso Administrativo.

De ellos se destaca la responsabilidad de velar porque no se menoscaben derechos ciertos e indiscutibles. Como antes se precisó, los presupuestos de la pensión en los términos reclamados en la demanda no pueden ser objeto de conciliación.”

Aunque en el caso objeto de análisis no es evidente, *a priori*, que la accionante pretenda obtener el amparo de un derecho laboral irrenunciable, ni que se encuentre en un estado de manifiesta vulnerabilidad que le hiciera imposible el agotamiento del requisito de la conciliación, es imperativo señalar que este presupuesto procesal aún no había sido reglamentado por parte del Ejecutivo para la fecha en que la actora instauró la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez accionado, aspecto que modifica sustancialmente la decisión de primer grado, y que conmina a la Sala a proteger el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia de la parte impugnante.

En efecto, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, cuando señala que la conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa, “siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan”, no consagra, por sí solo, una regulación básica o materialidad esencial a partir de la cual los ciudadanos conocieran de antemano si su proceso podía ser objeto de conciliación en materia administrativa y en dado caso, cuál funcionario del Ministerio Público es competente para conocer la solicitud conciliatoria, las oportunidades para postular y pedir pruebas en la audiencia, o el término de duración de la misma.

Cabe destacar que tal vacío sólo fue colmado con la expedición del Decreto 1716 de mayo 14 de 2009, en donde el Ejecutivo estableció los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso-administrativa, el contenido de la petición de conciliación, las audiencias, las pruebas, entre otros aspectos. De manera que, a juicio de la Sala, es a partir de la expedición de este Decreto, que a los ciudadanos se les debe exigir el agotamiento de este requisito, so pena de quebrantar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Así las cosas, concluye la Sala que en situaciones como la presente, en donde se instauraron acciones de nulidad y restablecimiento del derecho con anterioridad a la reglamentación de la conciliación prejudicial, se les debe garantizar a los ciudadanos el acceso pleno a la administración de justicia. En consecuencia, revocará el Auto No. 261 de fecha 27 de marzo de 2009 proferido por el Juez Dieciséis (16) Administrativo del Circuito de Cali y el Auto No. 247 de 21 de julio de 2009, emitido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca confirmó el proveído anterior. En su lugar, se ordenará al titular del juzgado dieciséis para que en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, profiera el correspondiente auto de admisión de la demanda y le otorgue el trámite respectivo ...”.

Se observa entonces que en el caso que dio lugar a la sentencia transcrita, la Sección Segunda -Subsección "A"- sostiene que es exigible la conciliación judicial y extrajudicial, en materia contencioso-administrativa, como requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, **a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1716 de 2009, esto es, el 14 de mayo del mismo año**, mediante el cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, so pena de quebrantar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

De otra parte, la misma Sección, en la Subsección "B" (Expediente núm. 2010-00609, Actor: Edgar Raúl Viveros Gaviria, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve, con salvamento de voto de la Consejera doctora Bertha Lucia Ramírez de Páez), ha admitido que "... La Sala reitera que no puede someterse la vigencia de la Ley 1285 de 2009 a su reglamentación cuando la conciliación prejudicial, era un requisito exigible desde su promulgación...", obviamente haciendo énfasis en la exigibilidad del presupuesto de conciliación prejudicial de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, en las controversias que giran en torno a derechos inciertos y discutibles; énfasis éste que también se hizo en la sentencia de 11 de marzo de 2010 (Expediente núm. 2009-00130, Actora: Fondo de Previsión Social del Congreso) con ponencia del mismo Consejero, en la cual se desechó la exigencia del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, precisamente porque la pretensión reclamada tenía carácter de irrenunciable e indiscutible.

Por su parte, **la Sección Primera ha indicado, que la Ley 1285 de 2009 es aplicable desde el 22 de enero de 2009, fecha de su promulgación;** y que, a partir de ese momento, la conciliación extrajudicial, conforme al artículo 13, es

requisito de procedibilidad para demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de las acciones allí consagradas, siempre que el asunto a tratar sea conciliable.

Para sostener este criterio, la Sección Primera tiene en cuenta que el operador jurídico está obligado a dar estricta observancia al principio constitucional de respeto a la jerarquía normativa y, en consecuencia, a optar por la interpretación que preserve el rango de Ley Estatutaria que tiene la Ley 1285 de 2009, reformativa de la Ley 270 de 1996, a la que pertenece el artículo 13, que a partir de su vigencia hizo obligatoria la conciliación como requisito de procedibilidad de las acciones contencioso administrativas y que supeditar la aplicación de este mandato al reglamento, desvirtuaría su jerarquía superior, inclusive respecto de la ley ordinaria, pues implicaría conferirle a aquél un rango preeminente, amén de que equivaldría a afirmar que la Ley Estatutaria no es susceptible de aplicación directa. Además, cabe observar que el instituto de la conciliación extrajudicial ha sido objeto de una detallada y completa regulación normativa que forma parte del ordenamiento jurídico vigente.

En efecto, la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto núm. 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto núm. 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto Ley núm. 2282 de 1989.

Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001, se extendió a los procesos contencioso administrativos para los conflictos de carácter particular y de contenido económico,

es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

En dicha Ley, se previó que la conciliación en asuntos contencioso administrativos, podría ser prejudicial. Para tal fin, no constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

Por su parte, la Ley 446 de 7 de julio de 1998, que modificó la Ley 23 de 21 de marzo de 1991, estableció en su artículo 70, que el artículo 59 de la anterior Ley quedaría así:

“Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, **sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.**

Parágrafo 1º. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese momento, la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción; y sólo era viable para los asuntos ***de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en asuntos de carácter tributario***, según se infiere del texto transcrito.

A través del Decreto núm. 2511 de 10 de diciembre de 1998¹⁰, se reglamentó “**la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y en materia laboral previstas en la Parte III, Título I, capítulos 1, 2 y 3, Secciones 1, 2 y 3 de la Ley 446 de 1998, y en los artículos 19, 21 y 22 del Código Procesal del Trabajo**”, el que empezó a regir el 15 de diciembre de 1998. En su artículo 1° indicó el campo de aplicación, en el 2° los asuntos susceptibles de conciliación, en el 3° el término de caducidad, en el 6° ante quién debía presentarse la solicitud de conciliación extrajudicial y los requisitos que debía contener ésta y en las disposiciones subsiguientes, esto es, de los artículos 7 a 14, señaló el trámite a seguir en la audiencia de conciliación, oportunidad para aportar pruebas, la suspensión y culminación de ésta, etc..

Con la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, publicada en el Diario Oficial núm. 44.303 de 24 de enero de 2001, en cumplimiento del Decreto 131 de 2001 y según la corrección que le hizo el artículo 2° de éste, fue que se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo. Allí se estableció:

“ARTICULO 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”.¹¹

¹⁰ Este Decreto derogó el Decreto 173 de 1993, mediante el cual se reglamentó la conciliación prejudicial de que trataba el Capítulo V de la Ley 23 de 1991.

¹¹ El motivo de la corrección reseñada se presentó en la parte considerativa del citado Decreto 131 de 2001, así: “Que en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 86 y 87 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000”. El artículo 2° del mismo, que dispuso tal corrección, fue encontrado ajustado a derecho por esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 2004, expediente núm. 6914, consejero ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad que se interpuso contra el mismo.

En dicho momento legislativo, la conciliación como requisito de procedibilidad sólo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales. (artículos 86 y 87 del C.C.A.)

De tal forma, que fue con la expedición de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009¹², **“Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia”**, que se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuyo artículo 28 dispuso que dicha exigencia regía a partir de su promulgación y de ello se sigue que surte efectos inmediatos¹³, pues, según lo dispone el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil, las normas procesales son de orden público y, por ende, de aplicación inmediata y obligatorio cumplimiento.

Al respecto señala este último artículo:

“Artículo 6. Modificado por el art. 2, Ley 794 de 2003 Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas.”

Es preciso resaltar que cuando entró a regir la Ley 1285 de 2009, esto es, el 22 de enero de ese año, aún estaba vigente el Decreto 2511 de 10 de diciembre de 1998, el que, como ya se anotó, reguló el procedimiento para la conciliación

¹² El artículo 13 de la citada ley, prevé: **Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:** “Artículo **42A**. *Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa.* A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos **85**, **86** y **87** del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.

¹³ Artículo 11 Código Civil. La ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación.

extrajudicial, en sus artículos 1° a 14, señalando en el artículo 6° los requisitos que debía contener la petición de conciliación extrajudicial, así:

“De la petición de conciliación extrajudicial. La solicitud de conciliación extrajudicial podrá presentarse en forma individual o conjunta, por los interesados, ante el Agente del Ministerio Público (Reparto) Correspondiente, ante los Centros de Conciliación o cualquier otra autoridad facultada para ello.

La solicitud deberá contener los siguientes requisitos:

- a) La designación del funcionario o del Centro de Conciliación a quien se dirige;
- b) La individualización de las partes y de sus representantes si fuere el caso;
- c) Las diferencias que se quieren conciliar y los hechos en que se fundamentan;
- d) La relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso;
- e) La demostración del agotamiento de la vía gubernativa, a través del acto expreso o presunto, cuando ello fuere necesario;
- f) La estimación razonada de la cuantía de las aspiraciones;
- g) La manifestación, bajo la gravedad del juramento, de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos;
- h) La indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, y (sic)
- i) La firma del solicitante o solicitantes;

Parágrafo. En todo caso no se podrá rechazar inicialmente, la solicitud por ausencia de cualquiera de los requisitos anteriores.

En este evento, el conciliador informará al interesado sobre la falta de alguno de ellos, para que subsane la omisión a más tardar el día de la audiencia, si no lo hiciere se citará para nueva audiencia.

Si durante el trámite de la audiencia se observare que no es procedente la conciliación, se dejará constancia en el acta, y se devolverán los documentos aportados por los interesados...”.

De igual manera, el artículo 2° del mencionado Decreto preveía que eran conciliables los conflictos de carácter particular y de contenido económico.

No puede perder de vista la Sala que el Decreto núm. 1716 de 14 de mayo de 2009, **“por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009...”**, derogó los artículos 1° a 14 del Decreto núm. 2511 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1214 de 2000¹⁴, y precisó los lineamientos a seguir para dar cumplimiento al requisito de conciliación extrajudicial exigido por la nueva norma. De tal manera que si bien es cierto que existía un procedimiento anterior para el trámite de la conciliación extrajudicial y que al mismo bien podían acudir los interesados antes de la expedición del Decreto, no lo es menos que éste, dada su característica de reglamentario, reguló en detalle la materia haciendo explícito lo que estaba implícito en la Ley 1285 de 2009, y está amparado por la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos.

Así pues, tanto la interpretación que hace la Sección Segunda, como la de la Sección Primera, no resulta arbitraria o caprichosa. Empero, estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el pluricitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio.

De otra parte, cuando como en este caso existen dos interpretaciones igualmente válidas debe privilegiarse la que garantice de mejor manera el acceso a la administración de justicia.

En efecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que cuando exista una norma cuya interpretación razonable admita al menos dos sentidos diferentes, el intérprete debe optar por la interpretación que se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, de tal forma que se produzcan resultados proporcionados, razonables, equitativos y

¹⁴ “Por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

verdaderamente justos, de preferencia sobre el principio jurídico (entre otras, en sentencia T-191 de 20 de marzo de 2009, Magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva).

Conforme quedó reseñado anteriormente, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora **NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO** solicitó la nulidad parcial de la Resolución núm. 7156 de 14 de mayo de 2008 y del auto núm. 00038 de 18 de diciembre de 2008, por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales, **reconoció una pensión de vejez y resolvió la solicitud de reliquidación de la misma.**

De tal manera que bien puede afirmarse que en este caso, en principio, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional.

Así las cosas, la Sala Plena revocará el fallo de primera instancia, en cuanto denegó la acción de tutela instaurada, para disponer, en su lugar, el amparo de los derechos invocados por la actora en su solicitud, debiendo ordenar al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería, que provea sobre la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

DECLARASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.

REVOCASE el fallo de primera instancia en cuanto denegó la acción de tutela y en su lugar, se dispone:

AMPARANSE los derechos invocados por la actora en su solicitud, y, en consecuencia, se ordena al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería, que provea sobre la admisión de la demanda.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Ejecutoriada esta providencia, **REMITASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala Plena en la sesión del día 31 de julio de 2012.

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN
Presidente

HERNAN ANDRADE RINCON

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Aclara voto

MAURICIO FAJARDO GOMEZ
Ausente con excusa

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
Salva voto

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Aclara voto

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Salva voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Ausente con excusa

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

**ALFONSO VARGAS RINCON
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA
Ausente con excusa

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

ALBERTO YEPES BARREIRO
Aclara voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ)

Actor: NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO

Demandado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE CORDOBA; SALA SEGUNDA DE DECISION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA

Referencia: ACLARACION DE VOTO - CONSEJEROS STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO Y DANILO ROJAS BETANCOURTH

Coincidimos con la mayoría de la Sala en relación con que en el proceso de la referencia la acción de tutela es procedente para proteger los derechos constitucionales fundamentales cuyo amparo se solicitó y, a grandes rasgos, también estamos de acuerdo con la argumentación desarrollada en la ponencia que obtuvo apoyo mayoritario.

No obstante, encontramos pertinente hacer algunas precisiones en relación con ciertos puntos sobre los cuales consideramos que la ponencia ha debido detener su análisis. Lo anterior, por cuanto el objetivo de la unificación jurisprudencial no puede desligarse de ofrecer a la judicatura y a la ciudadanía herramientas pedagógicas que amplíen los conocimientos y fortalezcan la posibilidad de participar de manera activa en los asuntos concernientes al interés general y a la defensa de los derechos constitucionales.

Adicionalmente, entre las ideas que subyacen al propósito de unificación jurisprudencial se encuentra la de trazar los criterios que habrán de orientar las decisiones que se adopten dentro de la propia jurisdicción, así que en la medida en que se comprendan de manera más clara los pormenores de los asuntos debatidos y se cobre conciencia acerca de su importancia jurídica, la observancia del precedente fluirá con mayor facilidad.

La ponencia aborda, en primer lugar, la evolución que en la jurisprudencia constitucional ha presentado el tema de la acción de tutela contra providencias judiciales y resalta, en ese orden, cómo desde sus inicios y, pese a ser una figura ciertamente desconocida en el medio judicial colombiano, la preocupación central fue la necesidad de garantizar el derecho constitucional fundamental de acceso a la administración de justicia.

En esa línea de pensamiento, ilustra los pasos gruesos de esta evolución y muestra los avances que fueron dándose, desde la primera decisión hito contenida en la sentencia C-543 de 1992 respecto de la cual exalta cómo *“la intención de la Corte no fue excluir la tutela contra decisiones judiciales, sino suprimir del ordenamiento jurídico unos preceptos normativos que afirmaba la procedencia de ese mecanismo contra las sentencias como regla general y no como excepción”*. Muestra cómo a partir de este momento siguieron un conjunto de pronunciamientos que contribuyeron a perfilar el tema de la tutela contra sentencias e incluso aumentaron los motivos que la hacen procedente.

Con todo nos parece que, si bien ese recorrido histórico resulta en efecto muy ilustrativo, se echa de menos una exposición más detallada y didáctica. La ponencia se limita a referir lo que cada decisión representativa en la materia aporta, pero se circunscribe a una enumeración deshilvanada sin explicar realmente en qué consisten los adelantos jurisprudenciales. Dicho brevemente, de cada sentencia mencionada se cita un aparte sin explicar en qué consisten los progresos.

En general, se echa de menos una consideración más detallada de las precisiones que en los últimos años ha realizado la Corte Constitucional sobre el punto y, especialmente, de los esfuerzos encaminados a garantizar un delicado equilibrio entre el derecho de acceso a la administración de justicia; el principio de seguridad jurídica y la necesidad de asegurar la efectiva garantía de los derechos constitucionales fundamentales.

Por ejemplo, la ponencia se refiere a la sentencia C-590 de 2005 y le confiere el apelativo de sentencia hito. Sin embargo, se restringe a citar un aparte de la providencia –desde luego importante–, pero que por sí solo resulta inútil para explicar cuál fue la trascendencia del fallo y los motivos que tuvo la Corte Constitucional para introducir en su jurisprudencia un nuevo concepto que denominó *causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales*. Y es que con esta decisión, por primera vez desde la creación del mecanismo tutelar de los derechos constitucionales fundamentales, el alto tribunal abordó la problemática de manera sistemática y señaló la existencia de dos tipos de causales de procedibilidad: i) las genéricas y ii) las específicas. Todo ello, con el fin de ordenar la materia y de trazar unas fronteras más nítidas a la vez que razonables.

La ponencia aborda también la evolución de la acción de tutela contra providencias judiciales en el Consejo de Estado. En este acápite ocurre algo parecido a lo que sucede con el anterior. Se citan en extenso las providencias que han marcado un hito en la historia de este mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales en sede contencioso administrativa, aunque no se explica cuál fue el problema concreto que se abordó en cada uno de los citados pronunciamientos ni se deja claro en qué han consistido exactamente los avances. Citar en extenso los fallos sin que preceda una explicación introductoria o suceda un comentario a manera de conclusión, no es suficiente para aportar la claridad necesaria en este ámbito.

Insistimos, las sentencias de unificación jurisprudencial deben tener un valor pedagógico agregado; esto no depende, en manera alguna, de la extensión de las sentencias; radica en una exposición de los temas más didáctica que facilite la comprensión y sea, en consecuencia, más fácil de seguir.

Esperamos que lo dicho hasta este lugar resulte suficiente para exponer los motivos que nos llevaron a aclarar el voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría con la cual –como ya atrás lo mencionamos–, estamos completamente de acuerdo.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ)

Actor: NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO

Demandado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE CORDOBA; SALA SEGUNDA DE DECISION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA

Referencia: ACLARACION DE VOTO - CONSEJERO ALBERTO YEPES BARREIRO

Debidamente autorizado por la Sala Plena de esta Corporación (Acta No 18 de fecha 31 de julio de 2012) para intervenir en la discusión y aprobación de la providencia del vocativo referenciado, procedo a continuación a refrendar mi voto aprobatorio de la misma, únicamente y en razón de las discusiones que sobre su alcance e implicaciones ésta ha suscitado.

En efecto, considero importante y necesario efectuar esta ratificación de mi voto a título de aclaración, en virtud a que si bien es de meridiana claridad que esta trascendental sentencia de unificación acoge la doctrina de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y, en especial, los requisitos de procedibilidad para su prosperidad; respetabilísimos conceptos de algunos de mis colegas han expresado dudas sobre esta conclusión.

En este orden, debo expresar, así sea de perogrullo, pero para mayor puntualidad y en aras de salvaguardar principios constitucionales como el de seguridad jurídica, que la Sala Plena en dicha sentencia: **i)** modifica y unifica la posición de esta Corporación en lo que hace a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, **ii)** acoge la doctrina de la Corte Constitucional sobre los requisitos de procedibilidad que se encuentran resumidos en la sentencia C-590 de 2005 de ese tribunal, en consecuencia, **iii)** se impone su observancia por todas las secciones. Veamos:

i) Unificación de jurisprudencia por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

La sentencia de la referencia se adoptó, según se lee en ella, por la **necesidad de unificar el criterio en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**¹⁵, en razón de las diversas y encontradas posiciones que sobre este tema se venían generando en cada una de las secciones de la Corporación y en la Sala Plena.

Justamente, el fallo cita numerosas decisiones de las cinco secciones como de la Sala Plena¹⁶ que, precisamente, dan cuenta de los diversos discernimientos que existen en la Corporación sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial para demostrar que, a la fecha de la decisión, no había una línea homogénea en el Consejo de Estado sobre este particular.

En efecto, en unas secciones se habla de la improcedencia en forma general y sin excepción de este amparo constitucional frente a decisiones judiciales; en otras, se admite, pero de forma excepcionalísima frente a determinados derechos fundamentales. Todos estos enfoques como un fundamento común: la garantía de los principios de seguridad jurídica, autonomía e independencia judicial.

Ese recuento de las diversas posiciones de las secciones y la Plena sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales sólo permite una conclusión: desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el Consejo de Estado ha mantenido una pluralidad de enfoques sobre la procedencia del amparo constitucional frente a providencias judiciales, en donde ha primado la idea de negarlo.

Es, en ese universo de criterios dispares y contradictorios, que la Sala Plena expresamente decide **modificar en concreto** el criterio radical de este tribunal sobre la improcedencia del amparo constitucional frente a las actuaciones de la judicatura, como se expone en la página 50 del fallo, para admitir **que en todos los casos** y de acuerdo con los requisitos expuestos por la Corte Constitucional, específicamente en la sentencia **C-590 de 2005**, procede un estudio de fondo del

¹⁵ Ver página 2.

¹⁶ Ver páginas 12 a 50.

asunto sometido a su conocimiento para determinar la procedencia o no del amparo constitucional.

A partir de esta decisión de la Sala Plena, entonces, no basta con afirmar la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales sino que se impone un estudio de las circunstancias del caso para determinar si las mismas se ajustan o no los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción.

Entender la decisión de Sala en forma diversa a la expuesta, situaría a la Corporación en un escenario peor al que venía transitando, con las posturas contradictorias de cada una de las secciones y en contra del principio de seguridad jurídica, desvirtuando por demás, la filosofía de unificación que inspira este tipo de sentencias.

Es por lo expuesto que la providencia de la referencia no puede entenderse en otro sentido, pues no hay criterio o razonamiento diferente que explique el sentido del fallo de la Plena. Aventurar criterios diversos al expuesto, desvirtuaría la razón de ser de la providencia –*su ratio decidendi*-¹⁷ y haría inocua la disposición de declarar la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se advierte no sólo en la parte motiva de la sentencia, página 50, sino en la resolutive.

Por tanto, debe asumirse que con la decisión de Sala Plena se impartió una directriz de forzoso cumplimiento para las secciones que componen la Corporación, pues con este fallo, el plenario, en ejercicio de las competencias a él atribuidas en el artículo 97 numerales 5 y 7 del Decreto 01 de 1984, **fijó** su criterio en el sentido según el cual **no se podrá decretar la improcedencia de la acción de tutela por el solo hecho de dirigirse contra providencia judicial.**

El carácter unificador del fallo en comento, por si existe duda, no solo se deduce de su texto literal, sino de la aplicación del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, hoy vigente, que expresamente señala que se tendrán como sentencias de

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional. sentencias C-037 de 1996 y SU-047 de 1999, según las cuales la *ratio decidendi* en los fallos corresponde a aquellas razones de la parte motiva “.. que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico. Es decir, es la “formulación, del principio, regla o razón general [de la sentencia] que constituye la base de la decisión judicial. (...) La *ratio decidendi* está conformada, se decía antes en las sentencias de la Corte, por “los conceptos consignados en esta parte [motiva de una sentencia], que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”, sin los cuales “la determinación final [del fallo] no sería comprensible o carecería de fundamento”.

unificación jurisprudencial las que profiera o hubiera proferido el Consejo de Estado por **importancia jurídica o por necesidad de sentar o unificar jurisprudencia, entre otras**. Se recuerda, la Sala Plena decidió fallar el proceso de la referencia no solo por su importancia jurídica sino por la necesidad de **unificar el tema de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial**, como textualmente lo indica el fallo de la referencia.

Así, ¿cómo debe entenderse la manifestación que se hace en la providencia en comento cuando afirma que el estudio de fondo de las acciones de tutela contra providencia judicial debe hacerse “observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”?

ii) Los requisitos de procedibilidad que se encuentran resumidos en la sentencia C-590 de 2005 y la metodología para hacerlo son los parámetros jurisprudenciales a los que hace referencia el fallo en comento

Lo primero que se advierte es que el fallo de la Sala Plena se limita a señalar que el estudio de fondo en los casos de providencia judicial se hará “observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”. Esa afirmación de la sentencia solo puede tener una interpretación posible: el análisis de los casos de tutela contra providencia judicial sometidos a conocimiento del Consejo de Estado tendrán que seguir la doctrina constitucional que, a la fecha, ha fijado la Corte Constitucional.

La razón de este aserto se funda en que es palmario que en el Consejo de Estado no hay jurisprudencia sobre la materia, precisamente porque siempre ha prevalecido la tesis según la cual no hay tutela contra providencia judicial. Por sustracción de materia, entonces, es imposible que la sentencia de la Sala Plena se refiera a unos parámetros jurisprudenciales que no existen en la Corporación, hecho que se quiso dejar claramente expuesto en el recuento que hizo el fallo en el capítulo sobre evolución de la acción de tutela en el Consejo de Estado.

En síntesis, la única interpretación válida del texto de la sentencia es que los parámetros a los que ella se refiere, no son otros que aquellos que ha venido fijando la Corte Constitucional en la materia. En otros términos, la alusión se hace a esa construcción de criterios que desde el año 1992 empezó a elaborar el

máximo tribunal de lo constitucional hasta llegar a unas reglas claras y precisas según las cuales existen unos requisitos generales y específicos para la procedencia del amparo constitucional frente a providencias judiciales, lineamientos que actualmente se encuentran sintetizados en la sentencia **C-590 de 2005**.

Los requisitos expuestos por la Corte Constitucional permiten, además, garantizar la objetividad en la revisión del fondo de los asuntos sometidos al conocimiento del juez constitucional, pues no queda al criterio de cada uno de ellos la concesión o no del amparo, hecho que permite no solo la protección del derecho al debido proceso sino del principio de igualdad porque todos los casos serán analizados bajo un mismo modelo metodológico, lo que garantiza una mayor objetividad en la decisión.

En ese orden, a partir de la fecha, todas las acciones de tutela contra providencia judicial deben agotar el estudio de los requisitos de procedibilidad expuestos por la Corte Constitucional.

iii) El carácter obligatorio de esos parámetros para toda la judicatura

En casi todos los sistemas jurídicos que cuentan con un tribunal constitucional, éstos ejercen no solo el control de constitucionalidad sobre las leyes, sino también **sobre las providencias** emanadas de los jueces, ya se trate de los llamados modelos de control externo, interno o mixto de constitucionalidad de dichas sentencias judiciales¹⁸. Esta tendencia a nivel internacional, obedece al propósito casi unánime de otorgar verdadera fuerza normativa a la Constitución, que ocupa el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho y el carácter vinculante que tienen en ellas los derechos fundamentales.

En otros términos, el carácter normativo de la Constitución y el efecto de irradiación que producen los derechos fundamentales sobre el ordenamiento jurídico como un todo considerado, se desprende su prevalencia y la obligatoriedad de su garantía y respeto.

¹⁸ Eduardo Cifuentes Muñoz “Control de constitucionalidad de las sentencias en el derecho comparado”, en: V.V. A.A. “Constitución y constitucionalismo”, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000.

La importancia de los derechos fundamentales y su garantía en un Estado Social de Derecho, impone a todas las autoridades –incluidas las judiciales- subordinar su actuación a ellos, hecho que explica la necesidad de un control sobre todos los actos del Estado. En ese sentido, la acción de tutela es una forma de garantizar esa protección en lo que hace a los derechos fundamentales como la necesidad de reconocer el carácter vinculante de la interpretación que sobre esos derechos efectúan los tribunales constitucionales como órganos de cierre en la materia y llamados a dar directrices sobre su protección.

El Constituyente de 1991 no fue ajeno a esa tendencia y en el artículo 241 de la Carta Política indicó que la Corte Constitucional es el máximo órgano en la interpretación de los derechos fundamentales y, obviamente de los mecanismos para su protección¹⁹. La consecuencia de ese reconocimiento, no es otra que aceptar que las decisiones de ese tribunal tienen un carácter obligatorio y vinculante en todo el ordenamiento, asunto que el legislador estatutario ratificó en el artículo 48 de la Ley 270 de 2006²⁰ cuando le asignó un carácter obligatorio a la interpretación que hace la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad.

Lo anterior significa que cuando desde la sentencia **C-543 de 1992** se aceptó la procedencia de la tutela contra providencia judicial bajo el cumplimiento de unos requisitos, posición que se reiteró en la sentencia **C-590 de 2005**, con todos sus desarrollos en los diversos fallos de tutela, los jueces constitucionales sin ningún tipo de excepción, están en la obligación de acatar las reglas consignadas allí, para determinar la procedencia del amparo constitucional contra providencias judiciales que, por ser doctrina constitucional, en la medida que interpreta el artículo 86 de la Constitución Política, vincula a la judicatura aún frente al principio de autonomía judicial²¹, amén de las razones expuestas por el suscrito en reiterados salvamentos suscritos en la sección a la que pertenezco²².

¹⁹ Véase, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-1092 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-656 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

²⁰ Ley 270 de 1996, artículo 48, relativo al alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional.

²¹ Cfr. Corte Constitucional sentencia T-827 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

²² Sección Quinta. Acciones de Tutela 11001-03-15-000-2012-00835-00. Accionante: Helber Joel Mosquera Abadía contra Tribunal Administrativo del Chocó; Consejero Ponente, doctor Mauricio Torres Cuervo. Expediente: 11001-03-15-000-2012-00063-00. Accionante: Heberto Caballero Baena. Accionado: Tribunal Administrativo del Magdalena, entre otras.

En suma, frente a acciones de tutela contra providencias judiciales, el juez constitucional, cualquiera que sea su jerarquía, debe examinar el cumplimiento de los requisitos genéricos de procedibilidad, tras cuya verificación, se impone realizar el estudio de fondo, con el fin de determinar si la autoridad judicial atacada incurrió en alguno de los criterios enumerados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como específicos, pues sólo así se garantiza, entre otros, el principio de la seguridad jurídica aquel que, precisamente, buscan salvaguardar aquellos que se oponen a reconocer la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

Lo expuesto hasta aquí, me permite concluir que a partir de la fecha ninguna de las Secciones de esta Corporación podrá negarse a estudiar las acciones de tutela contra providencia judicial bajo el argumento de su improcedencia. De seguir haciéndolo no solo se estará contrariando la decisión de la Sala Plena sino la doctrina constitucional, con los efectos que ese desacato genera frente a los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano.

En los anteriores términos dejo expuestas brevemente las razones de mi voto en relación con el fallo de la referencia y mi complacencia con el mismo.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ)

Actor: NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO

Demandado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE CORDOBA; SALA SEGUNDA DE DECISION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO - CONSEJERA MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

A continuación me permito consignar con todo respeto las razones de mi disenso con la decisión mayoritaria que ha tomado la Sala Plena de esta Corporación en cuanto tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Reiteradamente he manifestado mi posición en contra de la procedencia de la tutela contra sentencias entendiendo que ella debe ser absolutamente **excepcional** y no puede constituir una tercera instancia que deje en manos del juez constitucional la definición final de asuntos que corresponden a distintas jurisdicciones, sustituyendo la especialidad, el principio del juez natural consagrado en tratados internacionales suscritos por Colombia y desconociendo la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la autonomía y la independencia de los jueces que han proferido los fallos cuestionados.

Dentro de este contexto, en muy contadas ocasiones he aceptado la tutela contra sentencias dentro del marco restrictivo que consagró la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que permitían la acción de tutela contra providencias judiciales. Allí se consignó expresamente que sólo procedería en casos excepcionales en los que se configurara una "vía de hecho".

En efecto, en la sentencia citada se consignó:

*“Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones **de hecho** imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8° del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.*

Pero, en cambio, no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales (artículos 228 y 230 de la Carta), a los cuales ya se ha hecho referencia.

De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.

No puede, por tanto, proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, ni modificar providencias por él dictadas, no solamente por cuanto ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia (artículo 228 C.N.), sino porque, al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso. Lo anterior sin tener en cuenta la ostensible falta de competencia que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales.

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

La Corte Constitucional con el paso del tiempo ha venido decantando este concepto de “vía de hecho” y es así como en sentencias T-118 de 1995, T-492 de 1995, T-567 de 1998, SU-542 de 1999, fue introduciendo criterios como el de “defecto sustantivo”, “defecto fáctico”, “defecto orgánico” y “defecto procedimental”, entre otros. En la sentencia SU-542 de 1999 se afirma que *“Las vías de hecho son aquellas “actuaciones de hecho, caracterizadas por el capricho del funcionario judicial, por su falta de fundamento objetivo y por vulnerar los derechos fundamentales”*.

En la sentencia T-949 de 2003, se reemplaza el concepto de vía de hecho por el de “causales genéricas de procedibilidad”, hasta llegar a la sentencia C-590 de 2005 que recoge ocho causales de procedibilidad. No obstante al ampliar el espectro de procedencia de la tutela contra sentencias, en esta sentencia la Corte precisó el carácter **restringido y excepcional** de esta figura y estableció unas condiciones mínimas para que pueda operar:

Se dijo en esta sentencia:

*“Sin embargo, el panorama es claro ya que **como regla general la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales** y esto por varios motivos. Entre ellos, en primer lugar, el hecho que las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales proferidos por funcionarios profesionalmente formados para aplicar la Constitución y la ley; en segundo lugar, el valor de cosa juzgada de las sentencias a través de las cuales se resuelven las controversias planteadas ante ellos y la garantía del principio de seguridad jurídica y, en tercer lugar, la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público inherente a un régimen democrático.*

(...)

22. *Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos*

sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.

23. En ese marco, los casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. **En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad.** Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.

24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones^[4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable^[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración^[6]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora^[7]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales

derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible^[8]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela^[9]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

Además de estos requisitos generales, la misma sentencia consagra otros requisitos específicos, además de los generales antes anotados, que son los siguientes:

“(…)

25. Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado^[11].

*i. Violación directa de la Constitución.
(...)"*

Esta sentencia C-590 de 2005 es la que finalmente marca la pauta que ha trazado la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En el fallo del cual me aparto, después de hacer un recuento de las disímiles posiciones que en esta materia han asumido a lo largo de los años las distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en relación con este punto, concluye:

"De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 /expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.(...)"

En la parte resolutive del fallo se consignó:

“Declárase la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia”.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha proferido una decisión ambigua, imprecisa y abstracta que hará muy difícil el respeto por las pautas señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia anotada y permitirá el desbordamiento de los cauces establecidos para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

En efecto, entre las páginas 2 a 50 del fallo del cual discrepo, se hace un recuento del desarrollo de la jurisprudencia en materia de tutela contra sentencias, tanto en la Corte Constitucional como en las Secciones y en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, resaltando las posiciones divergentes, en la gran mayoría de los casos rechazando las acciones de tutela contra sentencias y, en otros, en algunas Secciones, protegiendo derechos fundamentales cuando se ha configurado la denominada “vía de hecho” y, muy excepcionalmente, por las causales de procedibilidad consignadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Si en adelante el Consejo de Estado consagra la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales “de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia”, cuando en la parte motiva se afirma que ella procederá “observando los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente”, se generará un verdadero caos pues los parámetros jurisprudenciales han sido disímiles y el único límite será el establecido en la página 50 relativo a que se haya “advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales”, sin ninguna otra consideración adicional, llevándose de bulto principios tan trascendentales como la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces y el respeto por el precedente judicial, plasmado en la sentencia C-590 de 2005.

No basta la vulneración de algún derecho constitucional fundamental para que proceda la acción de tutela contra una sentencia. Es necesario que además de ello se configuren los presupuestos generales y específicos de procedibilidad en respeto del orden y la seguridad jurídica que debe

garantizar unas decisiones definitivas a cargo del juez natural como garantía del debido proceso.

En estos términos dejo consignada mi posición frente a la decisión que ha tomado recientemente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Fecha ut supra

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ)

Actor: NERY GERMANIA ALVAREZ BELLO

Demandado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE CORDOBA; SALA SEGUNDA DE DECISION DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO - CONSEJERA BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Con mi acostumbrado respeto por la posición mayoritaria me aparto de la tesis acogida en la sentencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que declaró la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, revocó el fallo de primera instancia que denegó la acción de tutela, amparó los derechos invocados por la actora y en consecuencia le ordenó al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería que provea sobre la admisión de la demanda, por las siguientes razones:

La decisión de tutela giró en torno a la exigibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad para incoar la acción ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y si el rechazo de la demanda por falta de dicho requisito constituye una violación del derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

Previo al estudio del caso concreto, la Sala realizó un análisis de la evolución jurisprudencial de la acción de tutela contra providencias judiciales en razón a que no existía un criterio unificado de la Corporación en esa materia.

*Luego de las citas jurisprudenciales concluyó que si bien la Sala Plena consideró que la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales, las diferentes Secciones que la componen **“han abierto paso a dicha acción***

constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia”.

Al realizar el estudio del caso concreto, la Sala se refirió a las tesis que han manejado las Secciones Primera y Segunda de esta Corporación respecto de la exigibilidad del requisito de procedibilidad concluyendo que las dos interpretaciones son válidas.

“Empero, estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el pluritado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio.”.

Tal decisión me lleva a reiterar que la acción de tutela contra providencias judiciales es improcedente por las siguientes razones:

La tutela se tramitó excepcionalmente en los casos en que se demostraba la existencia de una vía de hecho por defecto sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental o cuando, a pesar de que el interesado contaba con otro medio o recurso de defensa judicial, se probaba la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En la actualidad, las causales antes mencionadas dejaron de ser excepcionales y se convirtieron en regla general para atacar providencias judiciales desnaturalizando la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política hasta el punto de quebrantar el orden jurídico por falta de seguridad y desconocimiento del principio de la cosa juzgada.

Las razones por las cuales la acción de tutela debería proceder de manera excepcional para controvertir decisiones judiciales son las siguientes:

Es al Juez al que le corresponde resolver en forma definitiva las controversias ya que si los conflictos no encuentran una instancia definitiva de solución derivan en litigios interminables que no permiten tener certeza sobre los derechos e intereses.

Previendo la falibilidad de las decisiones judiciales se han establecido mecanismos ordinarios y extraordinarios que permiten su revisión dentro de sus

propias jurisdicciones. El artículo 31 de la Constitución Política establece que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, es decir, que, como regla general, las sentencias judiciales, esto es, las providencias que ponen término a un proceso, pueden ser objeto de revisión por otro Juez superior funcional del que las emitió; existen, además, los recursos extraordinarios de súplica²³, casación y revisión, en los términos previstos por la ley, que se confían a los Tribunales Supremos de cada Jurisdicción, o sea, a los Jueces con mayor calificación profesional y experiencia.

Un nuevo examen judicial de las providencias de los Jueces no tiene, en principio, justificación alguna porque se entiende que éstos actúan de acuerdo a la ley y en defensa de los derechos constitucionales y legales de los asociados que, además, cuentan con todas las garantías para su defensa.

Por seguridad jurídica y por respeto al debido proceso no se puede permitir la interinidad de las decisiones judiciales ni la existencia de la tutela como instancia última de todos los procesos y acciones. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones, conforme a los artículos 34 y 237, numeral 1, de la Constitución Política y en tal sentido, sus providencias son definitivas, intangibles o inmodificables.

Según el artículo 228 de la Constitución Política, la Administración de Justicia es independiente en sus decisiones y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 230 ibidem, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Por consiguiente, intervenir en el sentido de la interpretación y aplicación que hace el Juez Natural viola sus atributos esenciales, a la vez que desconoce que la interpretación de las normas depende de la concepción política, social y jurídica del juzgador, de su criterio de lo justo y de su apreciación de la realidad, lo cual es igualmente válido respecto del Juez Constitucional, razón por la cual no puede aceptarse que este por el hecho de serlo, no incurra en errores o posea una visión o una interpretación de naturaleza superior.

Pretender que por la vía de la tutela se controlen las providencias judiciales contraría el artículo 86 de la Constitución Política pues la acción fue instituida

²³ Derogado por la Ley 954 de 2005

como mecanismo subsidiario y residual y no como una instancia más para el accionante vencido en un proceso judicial.

Atentamente,

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ