

La Acción de Tutela como tercera instancia

Carolina Solano Vélez

Asesor
Lina Marcela Montoya

Universidad Pontificia Bolivariana
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín
2018

La Acción de Tutela como tercera instancia

Action of protection as a third instance

Carolina Solano Vélez¹

Resumen

El tema sobre el cual versa este artículo, ha sido realmente discutido por muchos juristas que han comparado el “ser” del derecho con el “deber ser” del mismo. Ello es así porque en la realidad jurídica en que vivimos se han ido presentando fenómenos que han deformado las figuras jurídicas creadas para un fin en específico y se han convertido en indispensables para todos los procedimientos. Es así como la Acción de Tutela ha pasado de ser un mecanismo para la protección de derechos fundamentales y se ha convertido en una especie de tercera instancia para muchos de los procesos que hoy circulan en el aparato judicial.

Para una mejor comprensión, este artículo explicará a grandes rasgos el nacimiento del derecho y así mismo la creación de normas generales (entiéndase dirigidas a persona indeterminada) y normas individualizadas (dirigidas a persona determinada). Lo anterior permitirá no desviarnos del cauce del texto y así poder entender el por qué de este fenómeno.

Palabras clave: Derecho, Norma individualizada, segunda instancia, proceso y Acción de tutela.

¹ Estudiante de la facultad de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Correo electrónico: carolinasolano27@hotmail.com

Abstract

The subject of the present article has been debated by many jurist that have compared the reality of Law with what it is expected to be thanks to the legal reality we live in: we have witnessed different situations that have deform legal figures that were created with an specific aim and have turned essential for every procedure. In that order of ideas, that is how action for the protection of rights went form being an action that protects the fundamental rights to become a sort of a third instance for many existent process in our juridical system.

For a better understanding, the article will explain the basic concepts of the birth of Law and the creation of general (address to an indeterminate person) and individualized norms (address to a determinate person). With that being stablished, the present article will maintain an specific order and will allow the reasons of those situations.

Key words: Law, individualized norm, second instance, process, action for the protection of rights.

Introducción

La Acción de tutela como tercera instancia es un tema de mucha curiosidad para los estudiosos del derecho, pues esta figura ha sido tratada, entre otras cosas, como una última alternativa para la revisión de decisiones tomadas por el juez natural.

Este documento pretende hacer visible una situación que se ha venido generando a lo largo de los años en la práctica del derecho. En mi concepto, hay que ver este fenómeno jurídico desde dos aspectos. El primero es verlo como una deformación de la tutela y de su objetivo principal, pues ha permitido que nuestro sistema procesal y procedimental sufra de una grave inseguridad jurídica, dejando desprotegidas a las gentes, al ciudadano de a pie que se rige por nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, visto desde otra perspectiva, esta figura nos permite defendernos de una decisión tomada por el juez natural que haya podido violar algún derecho fundamental por un incumplimiento del respectivo procedimiento jurídico.

Dicho lo anterior, para poder contextualizar de una forma acertada este fenómeno jurídico, es necesario aclarar conceptos tales como: debido proceso, primera y segunda instancia y acción de tutela.

Dichos conceptos se irán entrelazando a lo largo del escrito y nos permitirá tener una visión más objetiva para ahondar, reflexionar y evaluar acerca de la seguridad o inseguridad jurídica que se vive hoy en la justicia colombiana.

El Doctor Solano (2012), guiándose por los conocimientos del filósofo Ortega y Gasset (1945) ha explicado que todo aquello que compone el universo es lo que se denomina la “realidad”:

la realidad radical es, pues, la vida humana apreciada esta como la vida de cada cual, mas no como la vida en abstracto. Es en la vida de cada cual, precisamente, en la que aparecen los árboles y las montañas (realidad natural) y los números y las figuras geométricas (realidad ideal), la música y la poesía (realidad cultural), Dios y el ser (realidad metafísica)
con todo, la vida humana es un drama, es el producto de una dinámica relación existente entre dos elementos a saber: el “yo” de cada cual y su circunstancia. (Solano, 2012, p. 27-28).

El ser humano, por el solo hecho de serlo, necesita de normas que le puedan permitir la coexistencia con el otro para que la esfera de libertad del “Yo” no sobre pase la esfera de libertad del “otro”. Pero también como seres humanos, seres finitos e imperfectos, es sabido que, a pesar de tener unas normas básicas para sobrevivir con el otro, dichas normas suelen sufrir de ambigüedades y pueden tener diversas interpretaciones. Lo anterior, por el simple hecho de que aquellas normas son expresadas a través del lenguaje, herramienta de comunicación que es, en si misma, imperfecta.

Ahora bien, como no bastan las normas generales², para la coexistencia entre los seres humanos, es allí donde la norma individualizada cumple un rol determinante, pues esta puede darle solución a una situación en particular.

Dicha norma individualizada es creada por un juez natural en el ejercicio y desarrollo de una potestad pública, que es la llamada potestad jurisdiccional, pero dicha potestad jurisdiccional es limitada, puesto que solo puede crear una norma jurídica individualizada si esta se corresponde con el ordenamiento jurídico vigente. Aquella norma individualizada es la que conocemos como “sentencia”.

² Entiéndase normas generales como normas dirigidas a sujetos indeterminados.

Es preciso hacer esta aclaración, en vista de la infinidad de clasificaciones de la norma jurídica que tiene el derecho para su comprensión.

En el caso de los jueces, esa función de reconstrucción del derecho, se realiza, no en forma abierta, sino en forma encubierta, utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo, a veces misterioso, del derecho positivo. (Nino, 2003, p. 326-327).

Existen, según Nino (2003) una serie de técnicas que “cumplen en general, la importante misión de ajustar el derecho a ciertos ideales racionales y axiológicos, a la vez que dan la sensación de preservar la seguridad jurídica al permitir sostener que las soluciones propuestas no suponen modificación alguna del derecho positivo, sino que derivan implícitamente de él.” (p. 327)

Ahora bien, contextualizada la norma individualizada, haremos énfasis en la debida creación de la misma.

Para poder obtener una sentencia, es necesario que el juez natural respete algunos parámetros establecidos para crear dicha norma, pues de no ser así, esta carecerá de legitimación. Esos parámetros establecidos es a lo que llamamos “debido proceso” que es el producto de esa dogmática jurídica llamada derecho procesal. Es este el momento exacto para hacer uso de la frase famosa “el derecho procesal es el derecho para producir derecho”.

Con todo lo anterior y para una mejor comprensión, ¿qué es el proceso?. El Doctor Devis Echandía nos da una breve definición.

En un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin; así hablamos del proceso de producción de un material o de construcción de un edificio. Ya dentro del terreno jurídico, pero en sentido general, entendemos por proceso una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico (...).

Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, defensa, o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o

públicas, en vista de su incertidumbre o de su conocimiento o de su insatisfacción o para la investigación, prevención y represión de los delitos y contravenciones, y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y de la dignidad de las personas en todos los casos (Echandía, 1981, p. 161).

El debido proceso, es pues, el conjunto de lineamientos por el cual debe pasar el conflicto de intereses que se expresa en un principio como una pretensión del sujeto que tenga el derecho de acción, que es indispensable para poder exigirle al titular de la potestad pública, es decir, el juez natural, una decisión que será una norma jurídica individualizada, que como se dijo anteriormente, es la sentencia. Dichos lineamientos son indispensables para proteger los derechos fundamentales de las personas, titulares de ese derecho de acción que utilizan el aparato jurisdiccional para solucionar sus conflictos de intereses y voluntades.

Según el Doctor Alejandro Ochoa, en sus clases magistrales, los estudiosos del derecho procesal dicen que solo puede calificarse un proceso como “debido” cuando este se desarrolla ante un juez competente, cuando se respete la bilateralidad de la audiencia y la forma de los actos procesales y procedimentales.

Por todo lo anterior, el debido proceso es conocido en nuestra jurisdicción como un derecho fundamental. Consagrado en el artículo 29 de la Constitución política:

Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Constitución política de Colombia 1991, art. 29).

Otra definición del debido proceso la encontramos en la sentencia C-980/10 de la Corte constitucional: “(...)la jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (...)”.

En este sentido, y teniendo como base el concepto de debido proceso, es preciso hablar en este momento de las instancias procesales.

En la mayoría de los procedimientos administrativos y judiciales, si el titular del derecho de acción, no se encuentra conforme con la norma individualizada proferida por el juez natural, este puede acudir a la segunda instancia por medio de uno de los recursos ordinarios de mayor importancia, la apelación. Esta permite que un juez de mayor jerarquía pueda revisar la sentencia y cada uno de los requisitos y principios a cumplir en la primera instancia para impartir justicia jurídica.

Decía el viejo precepto que la apelación era una forma de sustituir el alzarse por sublevarse por el alzarse por apelar. La apelación es un impulso instintivo, dominado por el derecho; una protesta volcada en moldes jurídicos; un “pega pero escucha” de quien se siente poseído de razón y privado de asistencia. En su mismo nombre castizo, “alzada”, la apelación es una forma de clamor y de rebeldía; es el grito de los que creyéndose agraviados, acuden a mayor juez. Por supuesto que esta manera de mirar las cosas no omite el hecho de que hay apelaciones infundadas y hasta maliciosas; pero a este mal atiende el derecho con otros remedios. Lo sustancial es dar al justiciable, mientras la justicia sea hecha por otros hombres, la seguridad de que al proclamarse su sinrazón, ha sido luego de habersele escuchado en su protesta...la historia de la apelación se halla, así ligada a la historia de la libertad. (Couture, 1950, p. 3-4)

En este punto del camino, es importante adentrarnos en una figura jurídica que se enlazará más adelante con el tema tratado anteriormente. Esta figura es La Acción de Tutela.

Esta acción se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia:

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

Tomando como referencia el artículo anterior, no sería una falacia decir que la acción de tutela es el mecanismo mas efectivo que tiene nuestro ordenamiento jurídico para la protección de los derechos fundamentales.

Dice el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, Magistrado de la Corte Constitucional de la República de Colombia: “El objeto de la acción de tutela consiste en la protección inmediata de los derechos fundamentales, ante las acciones u omisiones de las autoridades o de los particulares - en los casos en que determine la ley - que los vulneren o amenacen. Inclusive bajos los estados de excepción, resulta procedente la acción de tutela.”

Teniendo estos conceptos claros, es el momento de recordar que el debido proceso es un derecho fundamental y en este sentido, se puede hacer uso de la acción de tutela en caso de que este derecho se vea vulnerado, esto quiere decir que si el juez natural, es decir, el juez competente, no respeta los lineamientos, el respectivo procedimiento y crea una norma individualizada, las partes tendrán la

oportunidad de instaurar una acción de tutela impugnando el fallo y de esta forma hacer inoponible dicha sentencia.

La tutela contra providencias judiciales. La diferencia entre los conceptos de validez y de vigencia permite dar una explicación técnica, rigurosa de un fenómeno jurídico que no ha sido debidamente fundamentado; se trata del fenómeno de la tutela contra providencias judiciales, entendiendo por providencia judicial no el documento, sino la decisión expresada a través de este.

La Corte Constitucional ha elaborado toda una teoría que ha ido modificando, para explicar el porqué la acción de tutela puede proceder en contra de una providencia judicial. Ha dicho la Corte que la tutela procede en contra de las providencias judiciales en aquellos casos en los cuales estas, o, mejor, lo en ellas decidido, configura una vía de hecho, por presentarse un manifiesto defecto sustancial, procedimental, orgánico o fáctico. Es necesario advertir que la Corte ha venido ampliando los casos en los cuales es procedente la tutela, refiriéndose, por ejemplo, a aquellos en los que el fallo carece de motivación (Quinche, 2015, pp. 220 y ss.).

El defecto sustancial, pues, consiste, según la Corte, en que se aplica en el caso concreto una norma sustancial que manifiestamente resultaba ser inaplicable para el caso; el procedimental, en que, en forma burda, ostensible, manifiesta el proceso judicial discurrió por un procedimiento, por un trámite que no era el que le correspondía; el orgánico, en que, en forma ostensible, manifiesta el funcionario que profirió la decisión no era el competente para ello; el fáctico, en que, en forma burda manifiesta se fundó la decisión en pruebas inexistentes o en pruebas que no servían para fundamentar dicha decisión. (Solano, 2016, p. 205-206).

Ahora bien, muchos individuos que han ejercido su derecho a la tutela judicial efectiva, y han obtenido como resultado una sentencia desfavorable y confirmación de la sentencia en segunda instancia, han optado por interponer una acción de tutela que les permitirá que la sentencia sea reevaluada por el juez competente de la acción. Dicha actuación ha sido criticada por algunos estudiosos del derecho y defendida por otros.

Una de esas posturas afirma que éste fenómeno, mas que desgastar el aparato judicial, lo que produce es una enorme inseguridad jurídica, puesto que se

sale del cauce procedimental establecido para el desglose de las pretensiones iniciales.

En virtud de lo anterior, siguiendo el libro “Introducción al estudio del derecho” del Dr. Henry Solano, esta postura cobra sentido desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales, ello es así, basándonos en la inconstitucionalidad por omisión, pues esto sugiere que el legislador, tanto de normas generales como específicas, ha incurrido en omisiones que pueden causar violaciones de derechos ya adquiridos.

Explicado todo lo anterior, esa inconstitucionalidad por omisión, causa, en nuestro ordenamiento jurídico un desplazamiento de potestades entre jueces. Esa, en estricto sentido, es el núcleo, el epicentro de la inseguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico para normas individualizadas.

No son pocos los estudiosos del derecho que han dado su opinión sobre este tema, para algunos, la omisión del legislador debería traer como consecuencia un proceso sancionatorio al juez natural, que permita sentar precedentes entre los legisladores, no un desplazamiento de competencias, pues lo único que esto provoca es inseguridad jurídica, desgaste del aparato judicial y procesos activos infinitos en el tiempo.

También, desde el punto de vista de la “potestad” se podría afirmar que “la consecuencia de dicha omisión debería consistir en que el legislador debería ser sancionado, mas no en que dicha omisión provocase un desplazamiento de la competencia al tribunal constitucional para que este “legislase positivamente” (Solano, 2016. p.264).

Otra de las posturas sobre este tema afirma que el problema radica en la incomprensión y desconocimiento que han tenido los jueces y la corte constitucional sobre la teoría general del derecho, pues al momento de haber agotado todos los

recursos pertinentes para la revisión de la sentencia de primera instancia y tener que acudir a una Acción de tutela, lo que significa realmente es que no se ha puesto en firme una norma individualizada, es decir, todavía no ha sido cosa juzgada. Ahora bien, lo que va a evaluar realmente el juez natural de la acción, es precisamente la validez o no de esa norma particular:

Con todo, el fenómeno de la tutela contra providencias judiciales ha sido muy criticado porque posibilita, supuestamente, que la jurisdicción constitucional se convierta en una especie de nueva instancia en todos los procesos judiciales. Al respecto, podemos decir que la crítica es infundada, pues el que se abuse del instrumento no desdice de este. Lo que sí puede plausiblemente criticarse es que los constitucionalistas y la Corte Constitucional no han sabido explicar el instrumento, debido a su desconocimiento de la teoría general del derecho.

Así las cosas, el fenómeno debería explicarse y fundamentarse de la siguiente manera: la validez formal y material de la norma jurídica particular y concreta creada por el juez en su respectiva decisión judicial solo puede ser cuestionada por vía de los recursos ordinarios y extraordinarios señalados en la respectiva legislación procesal. Por el contrario, hay casos en los cuales es tan manifiestamente equivocada la decisión judicial, por alguno de los defectos mencionados, que el juez, por vía de dicha decisión, no logró siquiera crear la norma jurídica particular y concreta. De allí que se hable de una “vía de hecho” y no de derecho. Por tanto, la tutela contra providencias judiciales no provoca una nueva instancia para discutir sobre la validez formal y material de la norma. Por vía de la tutela, simplemente, se está cuestionando la vigencia, la existencia de la norma jurídica particular y concreta.

El particular, por vía de la tutela contra la providencia judicial, no está, en estricto sentido, reclamándole al Estado la creación de una norma jurídica que tenga un contenido favorable para él; está, sí, reclamándole la creación de la norma jurídica particular y concreta, por vía de la cual se resuelva el litigio, aun cuando el contenido de esa norma sea contrario a sus intereses. Así entendido el fenómeno, en modo alguno se compromete la cosa juzgada (*res iudicata*), pues, en tales casos, precisamente, “la cosa” aún no ha sido “juzgada”. La providencia judicial constitutiva de una vía de hecho es un “documento hueco”, un puro lenguaje que no expresa un pensamiento imperativo objetivado. (Solano, 2016, p. 206-207)

Como ejemplo de este fenómeno jurídico tenemos varios procesos que han utilizado la Acción de Tutela y que han logrado hacer un cambio en la decisión tomada por el juez natural y por el juez de mayor jerarquía encargado de hacer la revisión pertinente en virtud del recurso de apelación interpuesto por alguna de las partes del proceso al momento de conocer la motivación y decisión en la sentencia.

Uno de estos ejemplos es la Acción de Tutela instaurada por Nancy Eugenia Ovalle Quintana contra el Juzgado segundo civil del circuito de oralidad en Ocaña por violación del derecho fundamental del debido proceso en el proceso cuyo radicado es 2013-00291, Y la Acción de tutela instaurada por el Sindicato de Empresas Varias de Medellín S.A. E.S.P. también por violación al debido proceso, dicha sentencia se identifica con el número T 568-99, que busca la revisión de la norma individualizada para obtener un resultado favorable para los trabajadores sindicalizados. Este último proceso me permitió ahondar en muchos conocimientos jurídicos que dan paso al cuestionamiento de las diversas formas en las que todos los ciudadanos utilizan diariamente este mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

Conclusión

Las autoridades judiciales han sido permisivas al dejar deformar la figura de la Acción de Tutela por falta de conocimientos sobre la teoría general del derecho; pues los nuevos juristas han pasado de estudiar a fondo el derecho en su totalidad, en su generalidad y se han dedicado al estudio minucioso de las dogmáticas jurídicas. Es tal la deformación de dicha acción, que se ha llegado al punto de convertirla en una tercera instancia de todos los procesos que ingresen al aparato judicial, lo que provoca una inseguridad jurídica que perjudica, no solo a las partes del proceso, sino también a todos aquellos individuos que encuentran respaldo en precedentes judiciales, que pueden, en un futuro, carecer de legitimidad y eficacia, siendo ya cosa juzgada.

Bibliografía

Cifuentes Muñoz, E. (1997). 9. *La acción de tutela en Colombia*. Ius et Praxis, 3 (1).

Consejo de Estado. (2015) Bogotá 2015-00660. Consejera ponente: Rocío Araujo Oñate.

Constitución política de Colombia. Bogotá. 4 de Julio de 1991

Corte Constitucional. (1999) Bogotá. T-568-10. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (2010) Bogotá. C-980-10. Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Couture, E. J. (1950) en prólogo a la obra póstuma de Agustín A. Costa "*El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*". Buenos Aires : Asociación de Abogados.

Echandía, D. (1981) *Compendio de derecho procesal*. Bogotá: ABC.

Nino, C. S. (2003) *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.

Ochoa, A. (2014) *Derecho procesal general*. Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

Ortega y Gasset, J. (1945) *El espectador*. Madrid: Biblioteca Nueva.

Quinche, M. F. (2015) *La acción de tutela. El amparo en Colombia*. Bogotá: Temis.

Solano Vélez, H. R. (2012) *Pulimento Raciocionalista del Concepto de Derecho*. Medellín: Dike.

Solano Vélez, H. R. (2016) *Introducción al estudio del derecho*. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.

Tribunal superior del distrito judicial de Cúcuta. Sala Civil familia. (2017) Cúcuta. 2017-00181. Magistrada sustanciadora: María Clara Ocampo Correa.