

¿Tutela contra tutela?

Análisis a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional

INTRODUCCIÓN

A pesar de la controversia doctrinal y jurisprudencial frente a la procedencia de tutela contra sentencias –la cual consiste, aunada a la autonomía que debe caracterizar la labor judicial, en contraposición a la búsqueda del respeto de las garantías del debido proceso que conlleve una decisión judicial formal y materialmente correcta sobre la mera apariencia de validez jurídica que tiene un fallo constitutivo de una vía de hecho, utilizando como medio de solución la tutela– hasta el momento ha sido aceptada por la Corte Constitucional¹ la procedencia de la tutela contra providencias judiciales en caso de que éstas configuren una vía de hecho.

Los autos y sentencias proferidos durante el trámite de la acción de tutela pertenecen al género de las providencias de naturaleza judicial en la cuales también podría llegar a existir una vía de hecho. Frente a tal afirmación, es posible preguntarse si cabe la interposición de tutela contra tutela para la protección del debido proceso de partes y terceros afectados con el proceso, problema jurídico que atraviesa el presente trabajo.

El propósito de este texto es exponer el desarrollo jurisprudencial² que ha tenido

este problema jurídico en la Corte Constitucional y analizarlo bajo una perspectiva crítica. Para tal fin, el artículo se dividirá en dos partes: i. los argumentos inicialmente esbozados por la Corte para aceptar la procedencia de tutela contra tutela, y ii. las razones que desde la sentencia SU-1219 de 2001 sustentan la imposibilidad de interponer tutela contra tutela.

I. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA TUTELA (PRIMERA ETAPA DEL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL)

Con anterioridad a la SU-1219 de 2001, la Corte Constitucional sostuvo en dos de sus salas de revisión que, en caso de encontrarse una vía de hecho en el proceso de la acción de tutela, era procedente la tutela contra la misma para la protección del debido proceso como derecho fundamental.

Tanto en la sentencia T-162 de 1997, como en el fallo T-1009 de 1999, la Corporación sostuvo, siguiendo los parámetros generales de la doctrina constitucional de tutela contra sentencias, que si durante el trámite de una tutela el juez incurría en una vía de hecho, se podría interponer una acción de tutela.

En la T-162 de 1997, M. P. CARLOS GAVIRIA, se analizaron los siguientes hechos: la compañía Surco Ltda. interpuso tutela contra la Alcaldía del municipio de Tarazá, Antioquia, por considerar que en el contrato existente entre el municipio y la compañía, el cual se venía ejecutando hacía un año, se venía presentando una vulneración al debido proceso administrativo. La tutela fue concedida en primera instancia por el juez promiscuo municipal de Tarazá; la Alcaldía, a través de apoderado, impugnó la sentencia. Sin embargo, el juez de tutela no concedió la impugnación por considerar que no se había probado debidamente la autenticidad del poder otorgado a la apoderada para impugnar. La Alcaldía incumplió la orden de tutela por considerar que su impugnación era válida. Por tal motivo, se inició incidente de desacato, el cual prosperó. Frente a las dos decisiones del *a quo*, la Alcaldía interpuso acción de tutela por considerar que la informalidad de la tutela no permitía las exigencias que el juez tenía para admitir como válido el poder, y que no había desacato porque aún no existía sentencia en firme. El juez penal de circuito de Cauca, quien conoció en primera instancia de la segunda acción, concedió la tutela por considerar que la interpretación hecha por el accionado del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 era incorrecta, puesto que la tutela era de naturaleza informal y lo único que exigía el Decreto para que se admitiera el recurso es que este fuera interpuesto dentro del término. Por tanto, ordenó que se permitiera la impugnación y suspendió el incidente de desacato mientras se surtía la segunda instancia en la primera tutela.

El Tribunal Superior de Antioquia, *ad quem* en el segundo proceso, revocó tal decisión por estimar que no había existido vía de hecho, puesto que la afirmación del

juez demandado era razonable y basada en una interpretación válida del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. Además, en el caso concreto no procedía la tutela contra tutela puesto que al ser ésta un mecanismo subsidiario, se debería agotar primero el recurso existente en el Código de Procedimiento Civil para atacar la decisión que niega la impugnación, lo cual no se había dado. La segunda tutela instaurada fue seleccionada para revisión por la Corte Constitucional.

La Corte estimó que «el juez de tutela, al igual que cualquier otro funcionario judicial, puede realizar una actuación que viole o ponga en peligro un derecho fundamental; es decir, una de aquellas actuaciones contra las cuales procede la acción de tutela».

Al analizar el caso en particular, la Corporación juzgó que en virtud de la celeridad e informalidad que debería caracterizar la tutela, el recurso de queja que consagraba el Código de Procedimiento Civil para atacar la negativa del recurso de apelación no era un mecanismo eficaz para la protección del derecho al debido proceso. Concluyó la Corte que «la decisión de un juez de negar la impugnación de un fallo de tutela sí puede ser cuestionada mediante otra acción de tutela».

Además, el hecho de exigir rigurosos requisitos para tener como auténtico un poder otorgado para la impugnación de una tutela constituía una vía de hecho de carácter sustantivo, porque en ninguna de las normas que regulan la tutela existía el requisito de probar la autenticidad del poder aportado. Según la Corte, la vía de hecho en la que incurrió el juez de Tarazá consistió en desconocer la regla de interpretación del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, según la cual *los poderes se presumirán auténticos*.

Por otro lado, consideró que no configuraba una grave vulneración al debido proceso el hecho de tramitar un incidente de desacato no estando aún en firme la sentencia de tutela, ya que el efecto con que se concede la impugnación del fallo de tutela es devolutivo y, en consecuencia, se hubiera tenido que cumplir la sentencia de cualquier modo. Por tanto, concedió la tutela interpuesta contra la providencia judicial que había negado la impugnación por motivos que contrariaban la naturaleza informal de la tutela.

Con posterioridad, en la sentencia T-1009 de 1999, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, se estudió el siguiente caso: en un proceso ejecutivo interpuesto contra la sociedad Nutritec Ltda., representada por ANTONIO JOSÉ SOTO VERGARA e ISAAC SOTO RENGIFO, se presentó desistimiento del proceso contra la sociedad, pero se solicitó se continuara contra ISAAC SOTO RENGIFO. El juez del proceso ejecutivo estimó que el desistimiento terminaba el proceso y, en consecuencia, éste no se podía continuar contra el señor SOTO RENGIFO. La sociedad Solla S. A., ejecutante en el proceso, interpuso tutela contra esta decisión, la cual fue rechazada en primera instancia por el Tribunal Superior de Buga, Sala Familia, y revocada y concedida en segunda por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sin que se hubiera vinculado al proceso de tutela al señor SOTO RENGIFO. Su apoderado presentó escrito de solicitud de insistencia ante la Corte Constitucional por considerar que la no notificación a un afectado configuraba vía de hecho si el no notificado era afectado con la providencia. Sin embargo, la tutela no fue seleccionada para revisión³. Posteriormente, el apoderado del señor Soto Rengifo interpuso tutela contra la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la cual no prosperó ni en pri-

mera ni en segunda instancia. Tal proceso sí fue seleccionado para revisión por la Corte.

Esta Corporación partió de la afirmación de que «en principio, no hay tutela contra tutela. Salvo que en la primera acción de tutela hubiera existido una ostensible vía de hecho que implicaría al igual que con cualquier providencia judicial la violación al debido proceso o al derecho de defensa. Pero, se debe ser muy cuidadoso en el análisis de si se ha incurrido o no en vía de hecho porque es de carácter excepcional la acción de tutela contra providencias judiciales».

Posteriormente, estimó que no notificar a un tercero que se veía afectado con la providencia judicial constituía vía de hecho por defecto procedimental, según lo había determinado la jurisprudencia de la Corporación. Por tanto, debía prosperar la tutela contra la tutela que no cumpliera este requisito. En consecuencia, la Corte ordenó la nulidad de los procesos de tutela que no vincularon al tercero afectado para que se surtieran en debida forma las notificaciones a todos los eventualmente afectados con el fallo.

Con estos fallos se aceptan, tácitamente, varios aspectos: el primero, el juez de tutela, como cualquier otro, puede incurrir en vía de hecho; el segundo, para remediar esto procede la tutela frente a la inexistencia de otro mecanismo de protección del derecho fundamental al debido proceso; una nueva tutela sí es mecanismo idóneo para resguardar el debido proceso en las providencias judiciales de tutela; y, por último, el hecho de que una tutela no sea seleccionada para revisión por la Corte Constitucional no impide que si en ésta existe una vía de hecho se pueda interponer una tutela contra la misma.

De esta manera se observa que el problema jurídico medular de este artículo fue

resuelto afirmativamente por la Corporación solo hasta 1999. No obstante, como se verá a continuación, la Sentencia de Unificación del año 2001 dio un giro considerable a estas afirmaciones.

II. LA IMPROCEDENCIA DE TUTELA CONTRA TUTELA (SEGUNDA ETAPA DEL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL)

Por ser esta la sentencia hito en la resolución del problema jurídico planteado en la introducción, el desarrollo de este numeral se hará en varios pasos, a saber: A. una primera parte conformada por la sentencia y su salvamento; B. una segunda parte en la cual haré una descripción del desarrollo que ha tenido el criterio de la Sentencia de Unificación en lo que va corrido de 2002; y C. una tercera y última parte donde realizaré un análisis crítico de la actual posición de la Corte Constitucional de la procedencia de tutela contra tutela.

A. LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN 1219 DE 2001⁴

El estudio de la sentencia se dividirá en: 1. breve exposición de los hechos, 2. exposición de los argumentos para considerar improcedente la tutela contra sentencias de tutela, 3. corta descripción de la solución del caso concreto, y 4. síntesis del salvamento de voto.

1. El accionante consideraba vulnerado su derecho al mínimo vital en virtud de que laboraba como médico de la entidad accionada y al cambiarse al horario nocturno no se le había modificado el salario de acuerdo con las disposiciones laborales referentes al pago de horas nocturnas, y le habían incluido una cláusula según la cual el salario pactado ya comprendía las horas

extras por él trabajadas. Con tales circunstancias salariales, le era imposible cubrir sus obligaciones y las de su familia.

El *a quo* consideró improcedente la tutela porque la entidad accionada había venido pagando los salarios según lo pactado por las partes. Además, estimó que la controversia sobre los términos del salario debía ser solucionada en la vía ordinaria laboral.

No obstante, el *ad quem* concedió la tutela por estimar probada la amenaza de perjuicio irremediable del derecho al mínimo vital del accionante al no pagar los recargos por hora de trabajo nocturnos y no reconocer las horas extra. Estimó este juez que la cláusula que establecía que no se tendrían en cuenta estos factores en el salario era ineficaz y ordenó el pago de lo debido según lo estipulado por las normas laborales colombianas, con la respectiva indexación.

Posteriormente, la empleadora, accionada en la primera tutela, interpuso tutela contra el *ad quem* al considerar que éste había incurrido en una vía de hecho al ignorar que la jurisdicción competente para el conocimiento de dicho asunto era la ordinaria laboral.

El *a quo* de la segunda tutela negó la protección por juzgar imposible debatir los hechos de la anterior tutela en virtud de que ya se había dado la cosa juzgada. El *ad quem*, por su parte, revocó la sentencia al estimar que la tutela inicialmente instaurada debió haber sido declarada improcedente por la existencia de otro mecanismo de protección judicial y, en consecuencia, al haberla concedido se incurrió en vía de hecho.

Esta tutela fue seleccionada por la Corte y, con el argumento de la existencia de unidad de materia, la primera tutela fue igualmente elegida para revisión a pesar de que inicialmente había sido excluida de la misma.

2. Correspondía entonces a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si era posible interponer tutela contra sentencia de tutela frente a la existencia de una vía de hecho. La Corte estimó que no, por las siguientes razones: a) si bien la principal finalidad de la tutela es la guarda de los derechos fundamentales, lo que implica la aplicación y análisis directo de la Constitución, los jueces de tutela también pueden incurrir en vías de hecho; b) para controlar las eventuales vías de hecho en materia de tutela, existe un mecanismo constitucional particular, el cual es el proceso de selección para revisión por parte de la Corte Constitucional; c) una vez la tutela es excluida de la selección para revisión se surte el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, el cual cierra de manera definitiva el proceso de tutela; y d) con este límite se evita la prolongación indefinida del asunto objeto de estudio en la tutela. A continuación, procederé a desarrollar los puntos mencionados.

a) Los jueces ordinarios tienen como base directa de sus providencias la ley y no la Constitución. En el desarrollo de las mismas, éstos pueden ignorar los derechos fundamentales e incurrir en vías de hecho. Frente a éstas procede la tutela como mecanismo de protección del debido proceso y búsqueda de la aplicación de la ley en armonía con la Constitución.

Por otro lado, los jueces de tutela sí tienen como referente directo la Constitución y su misión principal es la guarda de los derechos fundamentales⁵. No obstante, en el cumplimiento de esta tarea, estos jueces no están exentos de incurrir en vías de hecho que vulneren el derecho fundamental al debido proceso⁶.

b) A diferencia de las vías de hecho en las que incurrir los jueces ordinarios, frente a las providencias de los jueces de tutela

no procede la tutela. En efecto, la Constitución contempló en el artículo 86 inciso 2.º el mecanismo de la selección para revisión mediante el cual se pueden subsanar los errores de los jueces de instancia⁷ en los siguientes términos: “el fallo [...] podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión».

Afirma la sentencia que la revisión es un proceso especial «contra cualquier falta de protección de los derechos fundamentales», lo cual incluye, por tanto, y de manera especial, las vías de hecho. Esta afirmación la sustenta con tres argumentos:

1) Todos los fallos de tutela deben ser remitidos a la Corte Constitucional para su eventual revisión⁸. Es este “órgano centralizado” el encargado de determinar en qué caso un fallo no protege correctamente los derechos fundamentales⁹ para proceder a seleccionarlo si existe violación de los mismos. Frente a todos y cada uno de los casos, la Corte debe tomar una decisión: seleccionar o no.

2) Como herramienta complementaria al proceso de selección, se puede presentar ante la Corte un escrito de solicitud de revisión en el cual se expongan los motivos por los cuales el fallo de instancia es errático¹⁰, por ejemplo, por incurrir en vía de hecho, lo que lo califica como seleccionable.

3) El mecanismo de revisión, constitucionalmente consagrado, y los efectos que éste tiene para la corrección de vías de hecho en tutela deben ser respetados porque emanan de la Constitución que es norma de normas (art. 4.º CP), y están implícitos en las funciones que la Corte Constitucional debe cumplir como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241 CP).

c) En caso de que un asunto no sea seleccionado, se surte el fenómeno de la cosa

juzgada constitucional —«inmutable y definitiva»— quedando ejecutoriada formal y materialmente la sentencia. Frente a esta situación, en materia de tutela, la Corte adquiere la naturaleza de «órgano de cierre»¹¹.

Según la opinión mayoritaria de la Corte, la cosa juzgada constitucional (numeral 1, art. 243 CP¹²) opera una vez es decidido el caso por la sala de revisión, si el caso fue seleccionado, o una vez precluida la oportunidad para insistir en la selección para revisión¹³, en caso contrario. Frente a esta cosa juzgada de naturaleza inmutable sería errado permitir la tutela contra tutela so pena de vulnerar la seguridad jurídica al reabrir un debate concluido. La Corte aclara que este tipo de cosa juzgada se da en materia de tutela por la existencia del proceso de selección, pero no frente a los demás tipos de procesos, en los cuales se surte la cosa juzgada ordinaria. De esta manera, la Corte respeta su posición general de procedencia de tutela contra sentencias por vía de hecho.

La posible tensión entre seguridad jurídica y protección de derechos fundamentales que puede presentarse en los procesos ordinarios no tiene cabida en materia de tutela, porque una vez la sentencia de tutela hace tránsito a cosa juzgada constitucional no es dable hablar de remediar una vulneración de derechos fundamentales, puesto que de existir, ésta debió ser detectada en el proceso de selección para revisión. De esta forma la Corte, además de defensora de derechos fundamentales, se configura simultáneamente en garante de la seguridad jurídica.

Frente a los posibles errores de la Corte en el proceso de selección para revisión, la Sala —después de ponderar el perjuicio en un caso puntual por un error en la selección con las ventajas del planteamiento hasta ahora expuesto— mantiene una categórica impro-

cedencia de la tutela contra tutela. Para suavizar los posibles problemas que conlleva la afirmación radical frente a los errores en la selección, la Sala Plena se cura en salud afirmando que el proceso de selección para revisión es susceptible de mejorar.

Después de haber establecido los argumentos para resolver el problema jurídico, la Corte enfatiza el carácter imperativo que tienen los mismos en virtud de que son emanados de la Sala Plena del órgano supremo de quien proviene la interpretación con autoridad en materia constitucional. Añade posteriormente que la *ratio decidendi*¹⁴ del caso está configurada por la exclusión de tutela contra sentencias de tutela en virtud de la actuación del órgano de cierre en materia de derechos fundamentales a través del proceso de selección para revisión, lo cual también busca el respeto de la seguridad jurídica en materia de protección de derechos fundamentales.

d) El último argumento de la Corte para no permitir la tutela contra tutela es que con este límite se evita la prolongación indefinida del asunto objeto de estudio. Afirma la Sala que de permitirse una nueva tutela, so pretexto de la protección del debido proceso, la resolución del conflicto se vería indefinidamente prolongada, lo cual generaría un perjuicio a la seguridad jurídica y a los derechos fundamentales que buscaban ser protegidos con la primera tutela interpuesta.

Además, aduce la Sala, la tutela fue diseñada como un mecanismo célere por excelencia y permitir un ciclo interminable de tutelas contradeciría abiertamente esta característica. Se busca, por tanto, una protección inmediata de los derechos fundamentales, no una indefinida lucha de razones.

Frente a la posibilidad de que los peticionarios se ensañaran en el ejercicio de la tutela, una tras de otra, hasta lograr la pro-

tección de sus intereses, la Corte con su *ratio decidendi* cierra esa posibilidad. Tal idea se conecta con la posible denegación de justicia que se podría generar frente a la postergación indefinida de la resolución definitiva del conflicto. Además, la Sala Plena añade que con la posible cadena de tutelas, se podría llegar, incluso, a un colapso del sistema constitucional en materia de tutela.

Como se puede observar, son numerosos y serios los argumentos traídos por la Corte para sustentar la solución al problema jurídico inicialmente planteado, lo que no significa, desde una perspectiva crítica, que tal pronunciamiento esté exento de cuestionamientos.

Antes de entrar a estudiar el análisis del caso específico hecho por la Corte, considero oportuno señalar lo dicho por esta Corporación con respecto a los casos reseñados como primera etapa del desarrollo jurisprudencial en la materia. La Corporación, estudiando las sentencias T-162/97 y T-1009/99, afirma que en ellas se admitió tutela contra actuaciones judiciales de tipo arbitrario dentro del proceso de tutela, asunto diferente a la tutela contra sentencias de tutela.

3. Tomando como fundamento las consideraciones reseñadas con anterioridad, el caso concreto se decide de la siguiente manera: a) frente a la primigenia tutela –la interpuesta por el empleado contra la empleadora–, la cual fue concedida en segunda instancia, la Corte considera que es imposible entrar a estudiar el asunto de fondo ante a la imposibilidad de procedencia de tutela contra sentencia de tutela, lo que a su vez conlleva una «sustracción de materia» para el caso. b) En lo tocante a la segunda tutela interpuesta –la tutela contra tutela–, la Corte concluye que debe ser revocada por el argumento medular del fallo

y, además, porque en ningún momento el *ad quem* logró demostrar con propiedad la existencia de una vía de hecho ni demostró la existencia de otro mecanismo de protección de los derechos fundamentales en el asunto estudiado¹⁵ y su eficacia frente al caso concreto. En cuanto a la alegada vulneración al derecho de defensa al no poder impugnar el fallo de segunda instancia, argumentada por la empleadora, la Sala Plena estima que no es válida, porque ésta omitió la posibilidad de presentar escritos de solicitud de revisión o solicitud de insistencia, único mecanismo en caso de inconformidad con lo fallado.

4. No obstante la aceptación mayoritaria de la improcedencia de la tutela contra tutela, en el seno de la Corte existe una posición disidente. La magistrada CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ se apartó de la mayoría por estimar que: a) es claro que por la falibilidad de los jueces de tutela, éstos pueden incurrir en vía de hecho; b) si bien existe el mecanismo de selección para revisión, éste no constituye el cierre de la jurisdicción constitucional; y c) la decisión de no selección para revisión no tiene efecto de cosa juzgada constitucional. Estos puntos serán desarrollados a continuación, para culminar con: d) una sucinta exposición de la posición del salvamento frente al caso concreto.

a) Al igual que la decisión mayoritaria, el salvamento de voto recuerda la existencia de procedencia excepcional de tutela contra sentencias en caso de que éstas constituyan una vía de hecho, ya que este tipo de decisiones sólo tiene apariencia de validez, pero, para respetar el ordenamiento jurídico, se hace indispensable la cabida de la tutela que deje sin efectos tal tipo de providencias judiciales. Dentro de las sentencias constitutivas de vías de hecho también pueden estar algunos fallos de tutela.

b) En virtud de tal falencia, se hace necesaria la corrección por parte de la jurisdicción constitucional en quien reside la defensa de los derechos fundamentales. Esta defensa, si bien incluye a la Corte Constitucional, no se radica de manera exclusiva en cabeza de la mencionada Corporación.

Dentro de las posibilidades de corrección de las vías de hecho en materia de tutela uno de los mecanismos de protección del debido proceso es la eventual revisión por parte de la Corte. Sin embargo, ya que «no pueden existir autoridades que dispongan de poderes ilimitados», las vías de hecho que no se solucionen mediante este mecanismo pueden ser atacadas mediante una nueva tutela. Entra la magistrada a preocuparse de manera seria por el futuro de esos casos que contienen vías de hecho y han sido excluidos de la selección, pero no por esto deben quedar desprotegidos.

Para afirmar que si bien la selección es uno de los mecanismos mas no el único, la opinión disidente se fundamenta en criterios de tipo jurídico y práctico:

1) La selección para revisión de una tutela no es de carácter obligatorio. Esta afirmación la hace la magistrada en virtud de que el artículo 86 de la Carta la consagra como «eventual». Además, según el Decreto 2591 de 1991, la decisión de la Sala de Selección se da según el criterio de ésta y sin motivación expresa.

Continuando con el desarrollo normativo de la figura, la magistrada encuentra que los fines de la selección según el mencionado decreto son la unificación de jurisprudencia y la determinación del alcance de los derechos fundamentales. No obstante, así no esté consagrado en esta norma, el proceso de selección también tiene como fin la protección de los derechos fundamentales, dentro de estos el debido proceso, y consecuentemente las vías de hecho.

El carácter eventual y no motivado de la decisión de seleccionar o no, puede llevar a que los dos magistrados que conformen la sala, a pesar de la existencia de solicitud de insistencia, según su criterio no seleccionen un caso que deba ser seleccionado para ajustarse al respeto del ordenamiento jurídico en general o al desarrollo dado por la Corte Constitucional en su labor de fijación y unificación del alcance de los derechos fundamentales.

2) A esta naturaleza jurídica de la selección que puede llevar a la exclusión de un caso digno de revisión, la magistrada añade las vicisitudes de carácter práctico que presenta el proceso de selección para revisión. Primero, nota cómo el alto volumen de procesos que son estudiados para su eventual selección puede llevar a que involuntariamente no se seleccione un proceso en el que existe una vía de hecho. Con esta posición, el salvamento acepta la posibilidad de error no sólo de los jueces de tutela en general, sino de la Corte en particular y frente a esto, como lo dije anteriormente, asume una posición que se preocupa más por el caso concreto que pueda escaparse del filtro de la Corte que por el desbordado uso de la tutela contra tutela que puede llevar a colapsar el sistema. Frente a esta posibilidad, afirma el salvamento que anteriormente se había permitido la tutela contra tutela y hasta el momento de la sentencia de unificación no se había desbordado el sistema¹⁶.

El segundo problema de tipo práctico, el cual no es desarrollado de una manera muy amplia, está constituido por la diversidad de asuntos que son estudiados en la sala de selección.

c) Frente a la falibilidad del proceso, afirma el salvamento que la decisión de no selección no tiene efecto de cosa juzgada constitucional. Afirmarlo no sólo implica-

ría que con la no selección la Corte le estaría dando aval a una decisión claramente contraria a derecho convirtiendo lo inconstitucional en constitucional, sino que también se estaría afirmando que de una u otra manera se acepta un cambio de jurisprudencia cuando no se seleccionan casos que, si bien no constituyen vía de hecho, sí se separan de la posición unificada de la Corte en determinada materia¹⁷.

Como resultado de los argumentos expuestos, la magistrada concluye de manera categórica que debe proceder excepcionalmente la tutela contra tutela para «garantizar en todo momento la protección de los derechos fundamentales, los cuales en ningún caso pueden quedar vulnerados so pretexto de la seguridad jurídica...».

d) Frente al caso concreto, la magistrada encuentra la existencia de una vía de hecho, porque se suplantó la jurisdicción ordinaria laboral competente para el conocimiento del caso, puesto que por reiterada jurisprudencia de la Corte se ha determinado que no procede la tutela para reconocimiento de prestaciones laborales como primas, cesantías, aumentos salariales u otros emolumentos diferentes al salario. Y, por último, no estaba probado el perjuicio irremediable causado por el no reconocimiento de horas nocturnas y extras; es más, el accionante venía recibiendo cumplidamente su salario.

Cierra la magistrada afirmando que la mayoría no dejó claro cuál debía ser el exacto proceder de los jueces de tutela cuando conocieran de tutela contra tutela¹⁸.

B. CREACIÓN DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CLARA DE IMPROCEDENCIA DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE TUTELA

La sentencia de unificación ha dado paso a una serie de fallos de revisión de tutela

por parte de la Corte. En estos, si bien las circunstancias procesales son diferentes a las del caso concreto estudiado por la SU-1219/01, se ha reiterado de manera textual el contenido del fallo unificador sosteniéndose la improcedencia de tutela contra tutela para la solución de cada caso bajo estudio.

Para una mayor ilustración del desarrollo de la línea jurisprudencial analizaré seis casos cuyas consideraciones jurídicas han sido reiteración de la SU-1219/01. Los casos se pueden dividir en grupos¹⁹. El primero encierra las tutelas frente a las cuales, después de la no selección de la tutela, se interpone acción de tutela contra ésta. El segundo contiene las tutelas interpuestas contra acciones de tutela que no han sido objeto de selección para revisión, no habiéndose decidido de manera definitiva si el caso se seleccionaba o no. Y, por último, el tercero²⁰ incluye la tutela interpuesta en virtud de que se piensa que existieron hechos nuevos, con posterioridad a una tutela ya fallada, que justifican una nueva tutela²¹.

1. Cuatro sentencias de tutela son ejemplo del primer tipo de casos. La T-021/02, M. P. ALVARO TAFUR GALVIS, la T-192/02, M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, y la T-217/02, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, tienen por factor común el hecho de que la Corte, a pesar de no haber seleccionado la primera tutela interpuesta, entra a hacer un análisis del caso no seleccionado para demostrar que no existió vía de hecho y por tanto no hubo error en la no selección del caso. Por otro lado, existe otra tutela que causa especial curiosidad. La T-174/02, M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL, a pesar de tener en común el hecho de la interposición de una tutela contra tutela, no entra a justificarse como válida la decisión del juez de instancia. Teniendo en cuenta la particularidad

del caso, me atrevo a afirmar que no se hace mención alguna de la primera tutela, porque la Sala evidencia que hubo un error en la no selección del asunto por parte de la Corte. Frente a eso, la Sala de Revisión sólo reitera la jurisprudencia que niega la posibilidad de tutela contra tutela, pero deja un sinsabor al dejar en firme un grave defecto orgánico que se había presentado en la tutela.

2. El segundo tipo de casos se puede ejemplificar con la sentencia T-047/02, M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS; en esta ocasión se interpuso una tutela contra un proceso de tutela que no había pasado la etapa de selección para revisión. La Corte, llegado el turno de estudio de la primera tutela, seleccionó el fallo cuestionado, entró a estudiarlo de fondo y revocó las sentencias de primera y segunda instancia por no encontrar probada la vulneración de ningún derecho fundamental. Igualmente, seleccionó la tutela contra tutela para confirmar las sentencias de instancia que habían negado el amparo por encontrarse pendiente el estudio por parte de la Corte.

3. El tercer caso constituye, en mi opinión, un error conceptual de la Corte. En la sentencia T-444/02, M. P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, se interpuso tutela contra una comunidad que ya había sido accionada en la sentencia T-030/00, M. P. FABIO MORÓN DÍAZ, por considerar que existían hechos nuevos que ameritaban un nuevo pronunciamiento del juez de tutela. La Corte seleccionó el caso y lo consideró como una tutela contra tutela a pesar de que en ningún momento se estaba cuestionando la validez de la tutela inicial, sino se estaba argumentando que existían hechos nuevos que constituían a su vez base para un nuevo pronunciamiento sobre el caso. Por otro lado, la Sala de Revisión realizó un análisis según el cual los hechos que se planteaban

como nuevos no cambiaban las circunstancias del caso original, motivo por el cual no era procedente la interposición de una nueva tutela.

C. CONSIDERACIONES PERSONALES FRENTE A LA IMPOSIBILIDAD DE INTERPONER TUTELA CONTRA TUTELA

Para elaborar este literal de una manera coordinada con la estructura de la segunda parte del trabajo, 1) realizaré un comentario a las tesis y argumentos de la sentencia de unificación y, 2) me referiré al desarrollo de la línea jurisprudencial a partir de la SU.

1) Comentarios a la SU 1219/01

Analizando el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte en materia de selección para revisión, y fijando mi posición frente al tema, puedo afirmar que el proceso de selección por su naturaleza discrecional, compleja e imperfecta no puede ser catalogado como mecanismo de cierre.

– Si bien la Sala Plena trata de darle apariencia de perfección al proceso de selección en materia de protección de derechos fundamentales, puesto que afirma que la Corte como órgano central *procede a seleccionar los casos*²² en que existe violación de derechos fundamentales, esto no es posible porque la naturaleza discrecional²³ del mecanismo no lo permite ni garantiza. El hecho de que la Corte *pueda seleccionar los casos* en que haya vulneraciones de derechos fundamentales *no implica que esté obligada a hacerlo*, y por tanto sí conlleva la posible perpetuación de la vulneración de los derechos fundamentales que no protege la Corte si se afirma que el proceso de selección es el mecanismo de cierre en materia de tutela.

Al afirmar la sentencia que la Corte tiene el proceso de selección «contra cualquier falta de protección de los derechos fundamentales», va más allá de lo puramente discrecional que conlleva el término «eventual» (art. 86 CP). Es cierto que la Corte ha sobrepasado los fines trazados para el proceso de selección en el Decreto 2591 de 1991 (unificación de jurisprudencia y determinación del alcance de los derechos fundamentales) lo cual se demuestra, por ejemplo, con la existencia de una Unidad de Reiteración en la Corte a la cual van casos seleccionados sólo por la constatación de la existencia de vulneración de un derecho fundamental, así no se trate de casos nuevos o de necesidad de unificar jurisprudencia, esto hace objetivo-subjetivo²⁴ el proceso de selección, pero no llega a garantizar la total protección de los derechos²⁵. Es decir, ni la afirmación absoluta hecha en la sentencia ni la realidad del proceso de selección hacen que éste tenga la idoneidad suficiente para poder ser un mecanismo de cierre «contra cualquier falta de protección de los derechos fundamentales».

– Frente a la imperfección del proceso de selección para revisión vale la pena preguntarse si este apelativo de “órgano de cierre” es aplicable en términos genéricos mas no absolutos. Es decir, si se aplica a las sentencias seleccionadas y falladas y frente a los temas de éstas y no frente a toda sentencia que llega a la Corte para su eventual revisión. Si se afirma que es órgano de cierre de todas las sentencias cabría afirmar –lo cual sería incorrecto– que son equiparables en sus efectos y en su naturaleza a un auto de Sala de Selección el cual carece de toda motivación²⁶ y a una sentencia de Sala de Revisión la cual por obvias razones debe ser motivada. Equiparar tales conceptos sería como afirmar que al no seleccionar confirma y por tanto

está de acuerdo con todos los argumentos que tuvo para fallar el juez que conoció la tutela, lo cual sería falso puesto que en muchas ocasiones además de no estar de acuerdo con el fallo, según la línea jurisprudencial de la Corte, se puede estar de acuerdo con la parte resolutive mas no con los argumentos de la motiva.

– Según la opinión mayoritaria de la Corte, la cosa juzgada constitucional (num. 1, art. 243 CP) opera una vez es decidido el caso por la Sala de Revisión, si el caso fue seleccionado, o una vez precluida la oportunidad para insistir en la selección para revisión. De esta afirmación se desprende que la cosa juzgada constitucional se configura en el momento que la Sala de Selección decide no seleccionar un caso o en el que, habiéndose presentado insistencia ante la Sala, ésta no la acepta.

Estimo que ni la no aceptación de solicitud de insistencia (presentada por el ciudadano ante cualquier magistrado), ni la no aceptación de la insistencia (presentada por un magistrado ante la Sala de Selección) se pueden tener como momento de configuración de la cosa juzgada constitucional. Lo anterior, puesto que ni en la primera ni en la segunda existe un pronunciamiento de fondo sobre el asunto. La no aceptación de la solicitud de insistencia o de la insistencia no es motivada; es más, si bien se debe responder a toda solicitud de insistencia presentada, el contenido de respuesta puede ser únicamente un breve escrito que diga: después de estudiada su solicitud, se decidió no insistir porque lo decidido en su caso se ajusta a la doctrina de esta Corporación.

Por tanto, mal estaría aceptar que se asimilara a la cosa juzgada constitucional. El hecho de que la aceptación de insistencia tenga los mismos efectos que la selección hecha *motu proprio* por la Sala de Selección –es decir que conlleve necesariamen-

te un pronunciamiento de fondo sobre el asunto por parte de la Sala de Revisión—no le da en ningún momento naturaleza de cosa juzgada a la negativa de aceptación de la solicitud de insistencia presentada por el ciudadano interesado o por el magistrado que decide insistir.

— Afirma la Corte en su sentencia de unificación que los casos no seleccionados hacen tránsito a cosa juzgada *constitucional*. Considero que los casos no seleccionados hacen tránsito a cosa juzgada, mas no constitucional. Ahora bien, si llega a existir una vía de hecho en un caso no seleccionado, como en la teoría general de la vía de hecho en providencias judiciales, no estaríamos frente a una cosa juzgada real sino aparente, puesto que la providencia judicial en la cual se configura una vía de hecho pierde la naturaleza de tal, es como si el fallo no tuviera efecto jurídico alguno. Cuando se declara una vía de hecho no se agrega una instancia más, sino que se revisa si las instancias existentes deben o no permanecer incólumes; por eso la parte resolutive de la tutela por vía de hecho no revoca el fallo, sino lo deja sin efectos. Desde ese punto de vista, la doctrina de la vía de hecho no contraría la cosa juzgada y no se configura como una nueva instancia.

— En lo referente a la protección del debido proceso en materia de tutela vale la pena precisar que es muy difícil que los magistrados que están en Sala de Selección puedan tener evidencia de la vulneración de este derecho fundamental. En efecto, el conocimiento de los procesos, por su elevado número, se da a través de una “reseña esquemática” del expediente. En ésta se incluyen datos como: juez de primera instancia, juez de segunda instancia, demandante, demandado, derecho fundamental invocado, hechos de la demanda, pretensión, consideraciones de los jueces

de instancia y parte resolutive de los fallos. Por tanto, con los datos contenidos en estas fichas no se puede detectar un grave defecto fáctico, porque los magistrados no conocen el acervo probatorio; tampoco un grave defecto procedimental, porque no se reseñan los autos de sustanciación y trámite que se profieren dentro del proceso y por tanto no se puede corroborar el respeto de términos o de notificaciones; un defecto sustancial puede pasarse por alto si la calidad de la reseña no es muy buena y, por ejemplo, no incluye información importante en esta materia; el defecto orgánico, el cual es poco frecuente, es el único que se puede detectar de fácil manera con los datos contenidos en la reseña²⁷.

Siendo esto así, considero necesario que el proceso de selección no se tenga como un mecanismo de cierre en el proceso de tutela y que, por tanto, es necesario permitir la procedencia de tutela contra tutela en caso de que la primera presente una vía de hecho.

— La existencia del proceso de selección para revisión, en caso de que un juez conozca de una tutela contra tutela, hace que, respetando el principio de subsidiariedad de la tutela según el cual ésta sólo procede en ausencia de otros mecanismos de protección, si se interpone una tutela contra tutela y aún no ha pasado el proceso por la Corte Constitucional, se deba negar el amparo. Por otro lado, en caso de que el proceso ya haya pasado por la Corte, considero que la existencia de la posibilidad de solicitar insistencia hace que la utilización, que no el éxito, de ésta se constituya como requisito para que pueda prosperar la tutela. Por tanto, estimo que dentro del análisis de la tutela contra tutela se debe revisar, como requisito para que prospere, el agotamiento de esos recursos. Esto, porque la tutela no puede entrar a suplir la inactividad de las partes.

– En el estado actual del proceso de selección para revisión no es dable afirmar que es imposible hablar de existencia de una vulneración del derecho al debido proceso en un proceso de tutela después de que el caso ha pasado por el proceso de selección para revisión. En virtud de la discrecionalidad existente, dentro de la cual no se niega que la Corte seleccione varios de los casos en los cuales existe una vulneración al debido proceso en una tutela que llega a sede de revisión, la Sala de Selección puede, bien por falta de percepción del mismo, bien porque no lo considera muy grave o bien porque no hay acuerdo entre los magistrados de turno, no seleccionar un caso en el cual exista una vía de hecho en tutela. Esto, como acertadamente lo afirma el salvamento de voto, en ningún momento hace que la vulneración al debido proceso deje de existir. Lo único que se puede afirmar dentro de una verdad real es que si tal error existe, la Corte, dentro del ejercicio legítimo de una facultad discrecional, no lo seleccionó. Afirmar que no es dable hablar de una vulneración de derechos fundamentales después de la no selección de un caso –como lo asevera la Sala Plena– por ser una afirmación falsa podría juzgarse como temeraria.

– Teniendo en cuenta la posible denegación de justicia que se podría dar si una persona interpone tutela contra tutela de manera caprichosa una y otra vez, considero que la solución correcta sería la sanción por el ejercicio temerario de ese mecanismo de protección. Esta solución es eficaz desde mi perspectiva y no hace más que utilizar los mecanismos existentes en la normatividad de tutela y retomar iniciativas que aunque inexistentes en el ordenamiento jurídico actual, podrían ser utilizadas, generando soluciones más razonables e igualmente eficaces para evitar los peligros denunciados por la Sala Plena.

En referencia a normatividad existente se podrían aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil por actuaciones temerarias (art. 74, en sus numerales 1 (manifiesta carencia de fundamento legal para interposición de la acción) y 2 (alegato de hechos contrarios a la realidad)) y como mecanismo que existió en algún momento se podría retomar el parágrafo 2.º del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que contemplaba que «El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte del apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente».

– La Corporación, estudiando las sentencias T-162/97 y T-1009/99, afirma que en ellas se admitió tutela contra actuaciones judiciales de tipo arbitrario dentro del proceso de tutela, asunto diferente a la tutela contra sentencias de tutela. Personalmente, considero más preciso hablar de un cambio de jurisprudencia frente a la procedencia de tutela contra sentencias de tutela que diferenciar la tutela contra sentencia de tutela de la tutela contra actuaciones arbitrarias dentro del proceso de tutela.

En efecto, la tutela contra sentencia de tutela se puede dar por actuaciones arbitrarias dentro del proceso, que terminen haciendo contraria a derecho la sentencia; los graves defectos procesales terminan reflejándose en la imposibilidad de validar una sentencia o todo acto codependiente y posterior a la actuación arbitraria. Por otro lado, las causales genéricas de tutela contra sentencia siempre han visto el proceso como un todo en el cual puede haber grave defecto orgánico, sustantivo, procedimental o fáctico que configure vía de hecho. Es por esto que se vuelve artificiosa la diferencia entre tutela contra sentencia de tutela y tutela contra actuación arbitraria en el proce-

so de tutela. Por último, parece peligrosa la diferenciación hecha por la Corte porque sin mayor esfuerzo se podría desprender de ésta la posibilidad de interponer tutela contra lo denominado por la Sala Plena actuaciones arbitrarias dentro del proceso de tutela asunto que, siendo coherentes con el alcance de la selección para revisión, también debe ser analizado por la Corte para la selección en caso de constatarse.

– Afirma la Sala que de permitirse una nueva tutela, so pretexto de la protección del debido proceso, la resolución del conflicto se vería indefinidamente prolongada, lo cual generaría un perjuicio a la seguridad jurídica y a los derechos fundamentales que buscaban ser protegidos con la primera tutela interpuesta. Si bien este sería un problema real que se evitaría con la posición adoptada por la Corte, vale la pena anotar que este argumento es un retroceso a la postura acogida por la Corporación en materia de vía de hecho. La Corte ya ha sostenido que cuando existe una vía de hecho y hay necesidad de reconocerla a través de tutela la protección del derecho fundamental al debido proceso prevalece sobre la seguridad jurídica de una sentencia en firme. Este derecho fundamental se garantiza con la protección a través de la tutela y no con el respeto del criterio restringido de cosa juzgada.

– Haciendo una pausa, quiero dejar planteada mi posición frente a la validez de la solicitud de insistencia. Si bien ya se dejó establecido que, según el desarrollo jurisprudencial de la Corte, el proceso de selección ha ido más allá de lo puramente discrecional²⁸, no se puede asegurar lo mismo frente al estudio de las solicitudes de insistencia. Ésta ha mantenido hasta el momento un alto grado de discrecionalidad tanto por parte del magistrado ante quien se presentan –porque él, si bien tiene obli-

gación de dar una respuesta, no debe tramitarla como si se tratase de un recurso, no teniendo siquiera que explicar el por qué de su no insistencia–, como por parte de la Sala ante la cual el magistrado insiste frente al caso.

En mi concepto, la solicitud de insistencia si bien no puede alcanzar la naturaleza de recurso, sí debe garantizar un plus de garantía de estudio en profundidad del caso para descartar de manera definitiva la selección y en caso de presentarse insistencia frente a la Sala de Selección de turno, la no aceptación de ésta debe tener una carga argumentativa mayor a la mera discrecionalidad de los magistrados de turno²⁹. Se daría entonces una presunción de necesidad de revisión que debe ser desvirtuada con argumentos fuertes por parte de la Sala; tales argumentos deben quedar consagrados en el auto de Sala de Selección respectivo. Sólo así se puede llegar a tener como mecanismo de cierre a la Corte Constitucional.

Si se toma con la seriedad planteada anteriormente, el ciudadano para ese momento del trámite procesal debe estar más convencido de la improcedencia de una nueva tutela, puesto que ha escuchado de parte del máximo órgano de lo constitucional una serie de razones puntuales pero fuertes para no seleccionar su caso. El hecho de que la decisión de no insistir deba ser motivada aunque sea de manera sucinta, permite afirmar con mayor credibilidad que la Corte ya dio el paso de la mera discrecional a la posición de garante de los derechos fundamentales.

– Por otro lado, considero válido rescatar que para la mayor garantía de los derechos de las personas que acuden a la tutela, existe la posibilidad de que la Defensoría del Pueblo, garante de los derechos fundamentales, presente insistencia de manera

directa ante la Sala de Selección, sin necesidad de que ésta sea presentada a través de un magistrado. Tal facultad también está en cabeza del Procurador. No obstante, este argumento no es lo suficientemente fuerte como para afirmar que no se puede interponer tutela contra tutela.

2) *Comentarios a la línea jurisprudencial creada a partir de la sentencia de unificación*

– Algo que llama la atención en la gran mayoría de los casos arriba mencionados es el hecho de que los magistrados, tratando de desvirtuar la existencia de un posible error en el proceso de selección, hayan entrado a estudiar de fondo el asunto estudiado por la segunda tutela para llegar a la conclusión de que en la primera tutela no existía vía de hecho alguna, contrariando de esta manera el modelo de análisis propuesto por la SU-1219/01, la cual, como se vio, no se preocupó por desvirtuar la existencia de una vía de hecho en la primera tutela. Este es un argumento para afirmar que la pauta señalada por la sentencia de unificación es impracticable porque si, como se vio anteriormente, lo que la Corte dispuso fue negar la tutela pero no estudiar el asunto de fondo, esto iría en contra de la carga de motivación que le corresponde al juez al momento de fallar.

– Otro aspecto que genera interés –y preocupación– es el hecho de que en uno de seis procesos no seleccionados frente a los cuales se interpuso tutela sí haya existido una clara vía de hecho por defecto orgánico, lo cual demuestra que el sistema de selección para revisión, si bien ha avanzado, tiene un largo camino por recorrer para proclamarse legítimamente como mecanismo de cierre del sistema constitucional.

– Con respecto a la sentencia T-444/02, la cual aplicó de manera deformada el concepto de tutela contra tutela, considero que ampliar de esa manera el concepto no sólo es errado, sino contrario a la protección de los derechos fundamentales de los accionantes.

CONCLUSIÓN

Finalizado el estudio de la tutela contra tutela, puedo resaltar los siguientes aspectos que dan una vista panorámica pero completa del asunto. Si bien se llegó a admitir por la Corte la procedencia de tutela contra tutela, desde la SU-1219/01 se cerró tal vía de garantía del debido proceso en materia de tutela al analizar la particularidad que tiene el proceso de tutela frente a los procesos ordinarios, la cual es el proceso de selección para revisión.

Según la sentencia de unificación, este mecanismo es la herramienta mediante la cual la Corte puede actuar como garante de los derechos fundamentales en todas las situaciones frente a las cuales se acude a la tutela, que incluye el respeto al debido proceso en el trámite de la tutela. De este proceso hace parte la posibilidad de presentar solicitud de insistencia si se considera que la Corte dejó de seleccionar un caso que sí debía haberse escogido; al final, algunos procesos serán seleccionados, otros no, según el estudio de cada caso, pero frente a unos y otros su paso por la Corte constituye el mecanismo de cierre que conlleva la cosa juzgada constitucional.

No obstante lo afirmado por la Sala, el proceso de selección en mi opinión no puede ser el mecanismo de cierre de todos los procesos de tutela. Primero, porque no se puede hablar de cosa juzgada constitucional cuando no existe un pronunciamiento

de fondo frente al caso: un auto de Sala de Selección, que no contiene motivación, no puede ser equiparado a un fallo de Sala de Revisión. Segundo, porque existen casos en los que la Corte no selecciona asuntos en los que se presentan graves vulneraciones al debido proceso en materia de tutela. Tercero, el medio por el cual los magistrados en Sala de Selección conocen de los procesos (reseña esquemática) carece de elementos importantes para detectar una vía de hecho en una tutela. Cuarto, porque la solicitud de insistencia (como funciona en la actualidad) no es un mecanismo idóneo para que sean escogidos todos los casos en los que hay vías de hecho en tutela, porque esta herramienta sí es marcadamente discrecional y, por tanto, en muy pocas ocasiones prospera.

La gran consecuencia de las anteriores afirmaciones es que *se debe aceptar la tutela contra tutela*. Esto garantizaría la posibilidad de sanear vías de hecho en los procesos no seleccionados por la Corte.

No es razón suficiente para su prohibición el eventual abuso del mecanismo de tutela, porque en caso de que esto se presente existe la posibilidad por parte del juez que conozca de la tutela de declarar temeraria la actuación.

Por otro lado, considero que frente a la reconocida posibilidad de error de la Corte Constitucional toda solicitud de insistencia debe ser tomada con mayor seriedad haciendo un cuidadoso estudio del expediente correspondiente y en caso de que algún magistrado o el ministerio público decida insistir, la revisionalidad del caso se debe presumir por parte de la Sala de selección y, en consecuencia, de estimarse lo contrario, se deben presentar argumentos fuertes que la desvirtúen.

NELCY LÓPEZ CUÉLLAR
Maestría en Derecho Público
Universidad Externado de Colombia

1. La sentencia C-543/92, M. P. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, a pesar de declarar inexecutable la norma que consagraba la tutela contra sentencias, contempló la procedencia de tutela contra sentencias en caso de vía de hecho. Posteriormente, la Corte ha retomado con fuerza y excepcionalidad, la procedencia de tutela contra fallos que configuren vías de hecho. Dentro de las sentencias en materia de vía de hecho judicial se encuentra la T-008/98, M. P. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, la cual sistematizó las causales de vía de hecho en grave defecto sustantivo, grave defecto fáctico, grave defecto orgánico y grave defecto procedimental.

2. Para hacer una citación responsable de los criterios jurisprudenciales, expondré en cada sentencia mencionada, de manera breve, los hechos en virtud de los cuales se dieron las consideraciones jurídicas respectivas.

3. Vale la pena tener en cuenta que en esta ocasión el hecho de que la tutela no hubiera sido seleccionada para revisión no fue óbice para que se considerara válida la interposición de una tutela para subsanar una actuación vulneratoria del debido proceso no subsanada en sede de revisión, tanto así que la Corte selecciona la segunda tutela, revoca los fallos de instancia y concede la protección al derecho fundamental. Tal línea cambiará 180° con la sentencia de unificación 1219 de 2001.

4. M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA.

5. Esta afirmación, desde mi perspectiva, es inválida en la actualidad puesto que todo juez está directamente sometido a la Constitución. De otra manera, se estaría ignorando la disposición del artículo 4.º constitucional.

6. Considero que la denominación de jueces ordinarios y jueces de tutela como si se trataran de funcionarios judiciales diferentes es algo artificiosa. En efecto, son todos los jueces los que por mandato de la Constitución pueden conocer de tutela de manera simultánea con el conocimiento de procesos ordinarios.

7. La Sentencia de Unificación refuerza ese argumento trayendo a colación la voluntad del legislador plasmada en el parágrafo 4.º del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que consagraba: «no procederá la tutela contra fallos de tutela». A pesar de que este numeral se declaró inexecutable en la sentencia C-534 de 1992, la Sala Plena aclara que esto sucedió en virtud de la integración normativa que se había llevado a cabo, sin que la Corte se hubiera pronunciado a favor de la procedencia de tutela contra fallos de tutela. Ahora bien, este argumento no tie-

ne mayor fuerza jurídica. Así la Corte no se haya pronunciado de fondo sobre el mismo, caso en el cual, siguiendo la línea argumentativa de ese fallo, muy seguramente el concepto habría sido en pro de la exequibilidad, lo cierto es que la norma fue declarada inexecutable y por tanto dejó de ser parte del ordenamiento jurídico. En esa medida, no es muy atinado acudir a la voluntad del legislador con respecto a normas no existentes.

8. El conjunto de normas que rige el proceso de selección para revisión está conformado por los siguientes artículos: de la Constitución Política, 86 y 241, numeral 9; del Decreto 2591 de 1991, 32 y 33; del Reglamento Interno de la Corte, 49, 51 y 52; y del Decreto 262 de 2000, 7.º, numeral 12. Es recomendable la lectura de los mismos para aquel que quiera ahondar en el proceso de selección para revisión. Por no ser el objeto del presente artículo, y debido a su extensión, las mencionadas normas no se transcribirán en este texto.

9. La Sala hace énfasis en el hecho de que la selección no sólo se da frente a las vías de hecho, sino que también busca escoger tutelas que contengan temas aún no estudiados por la Corte, para que ésta fije el alcance e interpretación de los derechos fundamentales para las nuevas situaciones, e igualmente se seleccionan tutelas en que el pronunciamiento del juez no da una correcta interpretación o protección de los derechos fundamentales, así éstas no constituyan una vía de hecho. Es de resaltar cómo el fallo fija de manera especial la función de defensa de los derechos fundamentales en cabeza de la Corte a través del proceso de selección para revisión.

10. El término para presentar estos escritos de solicitud de selección o solicitud de insistencia para selección es a más tardar quince días calendario posteriores a la desfijación del edicto que notifica la no selección de la tutela, como lo dispone el artículo 51 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

11. Otro de los motivos que según la Sala Plena constituye a la Corte Constitucional como órgano de cierre es el hecho de que de ella emana la interpretación unificada y autorizada de la Constitución, la cual sujeta a los demás jueces de la República. Esto particularmente cuando la decisión es tomada en Sala Plena.

12. La citación del artículo 243 constitucional por la Corte, referente a la cosa juzgada constitucional, es imprecisa y desatinada. Si nos atenemos a los términos de la Carta veremos como ésta sólo le atribu-

ye el carácter de cosa juzgada constitucional a los fallos, así: «Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución». (Valga aclarar de paso que aunque la Corte se refiere al numeral 1 del artículo, en realidad se está haciendo mención al inciso 1.º).

13. Artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional. Pueden insistir los magistrados de la Corte Constitucional, el Defensor del Pueblo y el Procurador General de la Nación. La oportunidad para insistir precluye dentro de los quince días calendario posteriores a la comunicación de la Secretaría General de la Corte al despacho del magistrado sobre la decisión negativa de la Sala de Selección o el recibo de esta información por el Defensor del Pueblo o el Procurador.

14. La Sala Plena recuerda que la *ratio decidendi*, la cual contiene los fundamentos determinantes del *decisum*, sin las cuales la parte resolutive carecería de sentido, tiene carácter vinculante –par al de la ley en sentido formal– más allá del caso concreto, respetando el principio de igualdad para los jueces que fallen casos semejantes.

15. A pesar de que la Sala no lo menciona expresamente, creo que es dable afirmar que el otro mecanismo de protección existente es el proceso de selección para revisión. Sostener esto dentro del contexto del problema jurídico analizado es muy atinado en la medida en que la tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales.

16. Argumento interesante, en la medida que confronta los temores de la mayoría con resultados tangibles. Además, no obstante los varios casos que se puedan presentar –como se comprobará a continuación en este escrito– el número no es tan alto si se le compara, por ejemplo, con el alto número de tutelas contra sentencias diferentes a las de tutela. Esto implica que frente a un perjuicio menor se toma una medida desproporcionada.

17. Acepta el salvamento que la no selección de un caso se puede deber a que los dos magistrados que integran la Sala de Selección no están de acuerdo con la posición mayoritaria de la Corte.

18. Al contrario de lo afirmado por la magistrada, la Sala sí fijó en la sentencia qué debería hacer el juez cuando ante él interponen una tutela contra tutela.

Si en la parte resolutive de la sentencia confirman la sentencia que conoció en primera instancia de la tutela contra tutela y ésta había decidido negar la tutela, es fácil inferir que lo que la Sala estima se debe hacer es negar la tutela.

19. Para un mayor análisis de los casos que a continuación voy a enunciar, recomiendo remitirse al anexo del presente artículo donde se da una explicación de los hechos de las tutelas acá señaladas.

20. Como se analizará más adelante, este caso constituye una incorrecta aplicación del concepto de tutela contra tutela.

21. Otra de las posibles situaciones que se podrían presentar sería la procedencia de tutela contra tutela seleccionada y revisada por la Corte Constitucional, frente a la cual sólo se ha permitido la interposición de solicitud de nulidad. Esta se configura únicamente por haberse vulnerado el debido proceso en materia de tutela (para un mayor acercamiento a las causales de nulidad, ver el auto de 13 de febrero de 2002 que estudiaba la nulidad de la sentencia SU-1300 de 2001). Considero que a pesar de no haberse presentado un caso de este tipo con posterioridad a la sentencia de unificación, es claro que se debe dar por descartada la imposibilidad de cuestionamiento de las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, porque frente a éstas existe la posibilidad de solicitar su nulidad ante la misma Corporación. De no prosperar ésta, nos encontraremos frente a una sentencia plenamente ejecutoriada formal y materialmente.

22. En el fallo se hace esta afirmación de manera absoluta. Con «los casos» la sentencia se refiere a todos los casos. Por ser discrecional la decisión de selección, bien cabría no seleccionar un asunto en el que no se protegen correctamente los derechos fundamentales sin motivación alguna, como de hecho sucede.

23. La Constitución Política en su artículo 86 consagra la revisión de las tutelas por parte de la Corte como eventual. El Decreto-Ley 2591 de 1991 a su turno, aunque de la Constitución no se deriva, cualificó de discrecional al establecer que la Corte designará dos de sus magistrados para que seleccionen sin motivación expresa y según su criterio las tutelas que serán revisadas. En su libro *Tutela y amparo: Derechos protegidos* (Universidad Externado de Colombia, 1998), NÉSTOR OSUNA PATIÑO, además de reconocer lo anteriormente dicho, le atribuye una naturaleza objetiva a la selección de procesos en sede de revisión. Es decir que, según su criterio, los procesos no son seleccionados por el interés de proteger los derechos fundamentales del caso con-

creto (función subjetiva de la tutela), sino para que la Corte Constitucional determine el alcance de los derechos fundamentales en abstracto a través de su jurisprudencia (función objetiva de la tutela) contrariando así la naturaleza claramente subjetiva que corresponde a la tutela. Al ser objetiva la función y no trascender el factor subjetivo, la selección sería «un trámite procesal sin partes que opera a discreción del juez, en el que se decide, en instancia suprema sin atención a principios de congruencia procesal, sobre las pretensiones invocadas por los ciudadanos ante otros jueces inferiores, para la defensa de sus derechos fundamentales» (p. 63). Afirmar que este proceso es un trámite procesal sin partes implica, de manera tácita, negar totalmente la eficacia de la solicitud de insistencia. Del alcance de la selección planteado por esta posición doctrinaria se puede deducir que las afirmaciones de la Sala Plena son incorrectas y temerarias.

24. Es a su vez un instrumento de protección de derechos fundamentales y un recurso en interés de la armonización judicial de alcance de los derechos fundamentales. OSCAR JOSÉ DUEÑAS RUIZ afirma en su libro *Acción y procedimiento en la tutela* (Librería del Profesional, 1998) que se escogen los casos «que ofrezcan un mayor interés jurídico» (aspecto objetivo) pero añade que también se escogen los que «requieran de ratificación jurisprudencial por el ostensible desconocimiento en que pudieron incurrir los jueces, o que contengan una manifiesta injusticia» (aspecto subjetivo del proceso de selección) (p. 295). En el mismo sentido, afirma JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA en *La selección de tutelas o el fortín de la incertidumbre* (próximo a ser publicado en el Observatorio de Justicia Constitucional, de la Universidad de los Andes): «No obstante, es un hecho irrefutable que las providencias de la Corte Constitucional no sólo fijan la jurisprudencia de la Corporación. Si la Corte reconociera que esa es su función exclusiva, la producción de sentencias en el terreno de la tutela debió haberse reducido drásticamente con el paso de los años. Si se admitiera que la única motivación que tiene la Corte para seleccionar acciones de tutela es la unificación de la jurisprudencia constitucional, es un hecho que la curva de producción de los fallos correspondientes habría sido abruptamente ascendente en los primeros años, cuando la labor de afianzamiento del nuevo repertorio de derechos fundamentales requirió de una prolijidad poco menos que titánica por parte de los magistrados de la Corte, e inferior en los años siguientes, cuando no sólo la

jurisprudencia ha decantado muchos de los principios y reglas que actualmente operan en el ordenamiento jurídico—haciendo innecesaria su reiteración—, sino cuando los jueces de la República y los tribunales han absorbido dicha doctrina, acogéndola en sus providencias».

25. Afirma JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA, abogado sustanciador de la Corte Constitucional, en su escrito arriba mencionado que, «No obstante [la apreciación según la cual la Corte Constitucional logra enmendar todos los errores que se presenten en materia de tutela] resultaría errada por lo menos en dos aspectos: el primero es que la Corte no es un tribunal de instancia y por esa razón no puede asumir la función de rectificación universal de los fallos de los jueces de tutela. Lo segundo, porque el proceso de selección de los expedientes de tutela que se hace ante la Corte Constitucional presenta—en su actual diseño— deficiencias prácticas que hacen ilusoria una labor de tales magnitudes.

Aunque las consideraciones de la Corte [en la SU-1219/01] acerca de los efectos del proceso de selección gozan de una indudable ponderación y persiguen la realización del principio de la seguridad jurídica en armonía con el de la defensa de los derechos fundamentales, es claro que la visión que aquella tiene de dicho trámite peca de cándido optimismo. La breve descripción del proceso de selección que fue expuesta párrafos atrás demuestra que los supuestos errores cometidos en este trámite no son “ocasionales” ni “excepcionales” como lo sostiene la providencia y que, en cambio, ocurren con mayor frecuencia de la permisible».

26. Refiriéndose a ausencia de motivación de la decisión de los magistrados de Sala de Selección afirma JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA en su artículo “La selección de tutelas o el fortín de la incertidumbre”: «El criterio de la Sala de Selección no está fijado en la Ley o reglamento. Y no podría estarlo porque—por definición— no es al legislador o al productor del reglamento a quienes les compete decidir sobre el asunto, sino a los magistrados que integran la respectiva Sala de Selección, ello en relación con el caso concreto, de conformidad con las variables del expediente y según consideraciones de orden interno que permanecen y permanecerán *in pectore*, pues los Autos de Selección no son motivados. Así que es necesario acogerse al criterio personal-profesional de esa dupla y no a otro».

27. No obstante, como se vio en la sentencia T-174/02, es posible que a la Corte también se le pase por alto un defecto de este tipo.

28. Para determinar la naturaleza que en los inicios de la Corte se le dio a la eventual revisión vale la pena remitirnos a la sentencia C-018/93, M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO en la cual se declaró exequible el término “eventual” consagrado en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1997. En esta sentencia se precisó: «es más importante, en razón de su contenido y alcances, la revisión eventual que la obligatoria, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional, todo lo cual se logra más eficientemente con unos *fallos preseleccionados por su importancia y su carácter paradigmático*, que con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias». De esto se desprende el hecho de que los términos en que se estableció la revisión no llevaban implícitos, como parece darlo a entender la sentencia de unificación bajo estudio, la obligatoriedad de la búsqueda de justicia real en todos los casos que fueran remitidos a la Corte. El afirmar esto no implica que el hecho de que la Corte a través de su desarrollo se haya atribuido la labor de garante de los derechos fundamentales de todos los casos que llegan para su eventual revisión deje de ser una tarea loable que a su vez imprime obligaciones a su cargo, pero la mera afirmación hecha por la Sala Plena no cambia la realidad imperfecta del proceso.

29. Para que la posibilidad de insistir sea una mayor garantía del respeto al debido proceso en materia de tutela, vale la pena aclarar que deben estar legitimados para presentarla no sólo las partes del proceso, sino también, como en el caso estudiado en la sentencia T-1009/00, los terceros vinculados o afectados con la misma.

ANEXO

Los casos serán expuestos cronológicamente.

1. En la sentencia T-021/02, M. P. ÁLVARO TAFUR GALVIS, inicialmente se interpuso una tutela por los siguientes hechos: en un proceso de entrega del tradente al adquirente, el cual fue ganado por este último, se solicitó la entrega del bien inmueble. Frente a ésta se dio oposición por posesión pacífica la cual no prosperó, ni fue aceptada mediante recurso de reposición, motivo por el cual los habitantes fue-

ron desalojados. Sin embargo, sí prosperó el recurso de apelación con efecto devolutivo, motivo por el cual la oposición fue tenida como válida. No obstante, el inmueble ya había sido vendido y ocupado por los nuevos adquirentes y frente a la solicitud del apoderado de los poseedores de entregar el bien a éstos, en virtud de la oposición tenida como válida, el juez del proceso se negó aduciendo que la oposición no implicaba la orden de entrega y si deseaba podía iniciar un proceso posesorio; esta decisión fue apelada, pero no prosperó.

Frente a esta decisión se interpuso acción de tutela, porque por la decisión judicial la poseedora y sus hijos se encontraban sin un lugar para vivir. El amparo procedió en primera y segunda instancia y se ordenó entregar el inmueble a la señora y sus hijos.

Sin embargo, frente a esta decisión se interpuso una nueva tutela por parte de los compradores del inmueble por presunta vulneración del derecho al debido proceso concediéndose el amparo en primera y segunda instancia. Por su parte, el adquirente que inició el proceso de entrega del tradente al adquirente ya había interpuesto tutela contra la providencia que había admitido la oposición, no habiendo prosperado.

La Corte seleccionó para revisión los tres asuntos centrándose en el estudio de la tutela de la poseedora para que se le entregara el bien (esta tutela no había sido seleccionada inicialmente) y la interpuesta por los segundos adquirentes para que el bien fuera entregado. La Corte entró a estudiar de fondo el asunto considerado y encontró que el actuar de los jueces de instancia había sido conforme a derecho; lo anterior, desde mi punto de vista, tratando de dejar claro que no había existido error al no seleccionar inicialmente la primera tutela interpuesta.

2. Posteriormente, en la sentencia T-047/02, M. P. ALVARO TAFUR GALVIS, se estudió la improcedencia de tutela contra tutela a la luz de los siguientes hechos: Varios empleados del municipio de Cali interpusieron tutela por considerar que después de la reestructuración habían asumido cargos con mayores responsabilidades lo que implicaba la obligación de un aumento salarial y la necesidad de equiparar sus salarios a funcionarios que desempeñaran las mismas tareas. De igual manera, pedían el reconocimiento de prima extralegal.

La primera instancia concedió la tutela al encontrar vulnerados los derechos a la igualdad y al mínimo vital. El *ad quem* confirmó con iguales argumentos. Contra esas decisiones fue interpuesta

tutela por parte del municipio de Cali, por presunta vía de hecho. La primera instancia negó la protección porque era posible que la Corte seleccionara el proceso cuestionado; el juez de segunda instancia confirmó la decisión porque el caso ya había sido seleccionado por la Corte.

La Corte Constitucional, después de haber seleccionado la primera tutela, seleccionó también la interpuesta contra ésta. La primera tutela fue revocada por no ser procedente este mecanismo de protección al no estar probada la vulneración del mínimo vital, ni la pretendida desigualdad y además existir otros mecanismos eficaces para proteger los derechos eventualmente vulnerados. Frente a la tutela interpuesta contra tutela, la Corte reiteró su improcedencia según los argumentos expuestos en la SU-1219/01.

Considero que en esta ocasión la Corte entró a estudiar la tutela, contra la cual se había interpuesto tutela no por el hecho de haberse interpuesto tutela contra ésta, sino porque la encontró mal fallada. Por este motivo se encontraba plenamente legitimada para revocar, después de un estudio de fondo, la primera tutela. En efecto, frente a ésta no existía aún cosa juzgada constitucional según los parámetros de la sentencia unificada. Por otro lado, estimo, apoyando el criterio de la Corte, que la segunda tutela era claramente improcedente porque al momento de interponerla no se había agotado el mecanismo de la selección para revisión.

3. Otro caso se estudió en la sentencia T-174/02, M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL. El asunto aquí estudiado tiene particularidades que lo diferencian sustancialmente de los anteriores. Analizó la Corte la procedencia de una tutela contra una sentencia de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal –quien conoció en única instancia del asunto– en la cual no se encontró vulnerado el debido proceso del accionante en un proceso penal que se adelantaba en contra del señor LUIS ALFONSO CAÑÓN BOLAÑO. La segunda tutela había sido interpuesta no por argumentos de fondo de la sentencia, lo que según la sentencia de unificación sería una tutela contra sentencia de tutela, sino por falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer del asunto. En efecto, la Corte Suprema había asumido conocimiento como única instancia en virtud de la aplicación del Decreto 1382 de 2000 que modifica la competencia de los jueces en materia de tutela. Además, consideraba el accionante de las dos tutelas, la impugnación por él interpuesta había sido imposible de surtir. La segunda tutela

fue negada ya que el juez de tutela estimó que no hubo vía de hecho en la actuación de la Corte Suprema ya que el Decreto 1382/00 estaba vigente hasta el momento.

La Corte Constitucional sólo seleccionó la segunda tutela para declarar su improcedencia en virtud de la reiteración de la sentencia unificada y por tanto confirmó la sentencia de la segunda tutela. Sin embargo, no seleccionó la primera tutela que, en mi parecer, contemplaba una nulidad según los criterios pluralmente reiterados por la Corte frente a la inconstitucionalidad del Decreto 1382/00 y la invalidez de las tutelas que se tramitaran con base en éste.

(Se puede corroborar esta afirmación en los autos 172/01, M. P.: MARCO GERARDO MONROY, A-281/01, del mismo magistrado, en los cuales se seleccionaron los procesos de tutela para declarar su nulidad por haberse aplicado el Decreto 1382/00 y se ordenó surtir de nuevo el trámite de acuerdo a la competencia señalada en el Decreto 2591/91 y el artículo 86 de la Constitución, y, principalmente, el Auto ICC-171/01 en el cual se decretó efectos *inter pares* a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al Decreto 1382/00. A pesar de que con posterioridad el Consejo de Estado declaró infundados los cargos presentados contra el artículo 1.º del Decreto 1382 de 2000, exceptuando el inciso cuarto del numeral 1 del artículo 1.º, y la Corte Constitucional respetó dicho pronunciamiento y por tanto la validez del Decreto 1382, se debe tener en cuenta que para el momento de selección de la tutela en mención, tal norma era contraria a la Constitución a la luz de los criterios de la Corte).

Quizá por el conocimiento del error en el que había incurrido en el proceso de selección, en esta ocasión, a diferencia de los casos antes seleccionados, la Corte calló frente a la validez de la tutela fallada por la Corte Suprema. Me atrevo a afirmar que se trataba de una actuación arbitraria del juez de tutela y no de una tutela contra sentencia de tutela, en términos de la SU-1219/01 (vale la pena recordar que en la sentencia de unificación la Corte no encontró mayor objeción al hecho de que con anterioridad se hubiera concedido tutela contra actuaciones judiciales arbitrarias en el proceso de tutela, siempre y cuando no se tratara del fallo en sí mismo), la cual evidencia la debilidad de la distinción hecha por la Corte Constitucional entre estas dos situaciones, y muestra el cambio de criterio que frente a este tipo de casos tuvo que asumir la Corte, al aceptar que se trata de la misma situación gené-

rica de tutela contra tutela, sin hacer diferencias sutiles y artificiosas.

Asumiendo el papel de juez, considero que la Corte debió haber seleccionado el primer proceso y declarar la nulidad del fallo por grave defecto orgánico y en la misma sentencia decir que no procedía la tutela contra sentencia de tutela ya que el defecto podía ser corregido por el máximo tribunal en materia de derechos fundamentales.

4. En la sentencia T-192/02, M. P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, la Corte falló con base en los siguientes antecedentes: en el municipio de Fresno, Tolima, se suprimieron todos los cargos de la Contraloría Municipal, menos el de contralor municipal, porque éste tenía periodo fijo. Sin embargo, el contralor presentó renuncia por su cuenta. Paralelamente, se presentó al Concejo Municipal un proyecto de supresión de la Contraloría por ser este municipio de primera categoría y, por tanto, no deber tener esa entidad. Paradójicamente, el Concejo nombró un nuevo contralor a pesar de haber autorizado previamente que el dinero destinado a la Contraloría se trasladara al presupuesto de la Alcaldía. El acto de nombramiento fue atacado por vía contenciosa y se logró su anulación.

El contralor nombrado por el Concejo acudió a la acción de tutela para pedir el pago de los salarios dejados de percibir desde su nombramiento hasta el momento de la suspensión del cargo. La tutela fue concedida en segunda instancia porque el no pago de las prestaciones vulneraba el mínimo vital del accionante.

Frente a esta decisión, la Alcaldía interpuso acción de tutela por existir un defecto fáctico en el fallo constituido por la no apreciación de las pruebas de la invalidez del nombramiento hecho por el Concejo. En primera instancia se negó por no ser procedente la tutela contra providencias judiciales; la segunda instancia estudió de fondo el asunto no encontrando configurada la vía de hecho.

La Corte Constitucional seleccionó la segunda tutela y reiteró la improcedencia de tutela contra sentencia de tutela. No obstante, y a pesar de no haber seleccionado la primera tutela, entra a estudiar de fondo el asunto determinando que no existió vía de hecho porque sí se analizaron, por parte del juez de tutela, todas las pruebas aportadas al proceso. (En esa ocasión la magistrada VARGAS aclaró el voto por estimar que si bien no se configuraba una vía de hecho en la primera sentencia, en términos genéricos, sí podría proceder tutela contra tutela).

Aquí se evidencia el mismo deseo de la Corte de

dejar en claro que ella no se equivoca en el proceso de selección motivo por el cual entran a estudiar de fondo el primer asunto, a diferencia de lo hecho por la SU-1219/01.

5. Posteriormente fue proferida la sentencia T-217/02, M. P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, en la cual se analizaron los siguientes antecedentes: inicialmente, se interpuso una tutela contra el Banco Cafetero porque los accionantes consideraban arbitrario el hecho de que, después de reliquidar unilateralmente el crédito de vivienda—según el pronunciamiento de la Corte Constitucional—, la entidad reversó la reliquidación hecha por ella volviendo la deuda al monto original. La tutela se concedió en segunda instancia porque, según el juez de tutela, se había ignorado el trámite especial para reversión de reliquidación de crédito. Esta tutela no fue seleccionada por la Corte.

Frente a esta tutela se interpuso una nueva tutela por parte del Banco por supuesta vía de hecho, ya que la actuación de la entidad financiera se había dado en virtud de que después de la reliquidación observaron que el crédito otorgado no había sido para vivienda, sino para compra de oficina. La tutela se denegó en las dos instancias por encontrar suficientemente argumentada la posición del juez de tutela accionado.

La Corte seleccionó esta última tutela y reiteró la jurisprudencia de improcedencia de tutela contra sentencia de tutela. No obstante, entró a estudiar de fondo el caso determinando que no existió vía de hecho asumiendo la ya detectada actitud justificadora para confirmar su actuar correcto al no seleccionar.

6. Por último, la sentencia T-444/02, M. P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA, estudió los siguientes hechos: en sentencia de tutela T-030/00, M. P. FABIO MORÓN DÍAZ, se ordenó el reintegro de dos gemelos U'wa a su comunidad natal después de observar que la misma se encontraba en proceso de reconsideración de sus tradiciones ancestrales, dentro de las cuales estaba el repudio y abandono a la naturaleza de todo gemelo nacido, por considerarlo una maldición. Tal reintegro se daría cuando un Comité especialmente señalado para este fin determinara que se cumplían los requisitos necesarios para que los gemelos retornaran a su lugar de origen.

La directora de la casa de la madre y el niño interpuso de nuevo una tutela contra la comunidad U'wa

por considerar que de devolverse los menores a ésta, se atentaría contra su derecho a la vida, ya que estaba probado a través de varios casos de menores abandonados por nacer gemelos o con defectos congénitos, que la comunidad no había cambiado sus costumbres y creencias. La tutela fue concedida en primera instancia y revocada por el *ad quem* quien encontró que el caso ya había sido objeto de fallo por parte de la Corte.

El caso fue seleccionado por la Corte y la Sala de Revisión estimó que se trataba de un caso de tutela contra sentencia de tutela en el cual se debería aplicar la doctrina establecida por la sentencia de unificación varias veces citada. Además, estimó que no había existencia de hechos nuevos, porque los casos de niños de la comunidad U'wa que habían sido abandonados con posterioridad a la sentencia T-030/00 no demostraban un cambio de circunstancias frente al caso de los gemelos que se intenta proteger a través de esta tutela lo que hace improcedente la acción de amparo. Sin embargo, recordó la Corte que para la devolución de los menores a su comunidad fue fijado un Comité, el cual es responsable de determinar el preciso momento en el que los menores puedan ser devueltos a su comunidad sin atentar contra alguno de sus derechos.

Frente a esta tutela vale la pena anotar que, si bien ya existía un pronunciamiento de la Corte en el cual se había estudiado del caso, la Sala de Revisión deformó el concepto de tutela contra sentencia de tutela, porque en ningún momento se cuestionaba la validez del pronunciamiento de la Corte como tal—lo cual se demuestra en que el demandado no haya sido la Corporación, sino la comunidad U'wa— encontrándose en él algún defecto fáctico, orgánico, sustantivo o procedimental. Es decir, el fallo no fue cuestionado en cuanto tal. Se trataba de una nueva tutela por la existencia de hechos nuevos, figura que se distancia de la tutela contra sentencia de tutela y cuyo estudio se debe dirigir a la determinación de una eventual tutela temeraria, mas no a la existencia de tutela contra tutela, en virtud de que la nueva acción no plantea vía de hecho en actuación judicial alguna. Valdría la pena que la Corte Constitucional, debido al particular carácter de la figura estudiada en el presente artículo, fuera prudente y precisa en sus afirmaciones de connotaciones jurídicas.