

## La tutela contra providencia judicial. Análisis estático de la sentencia t-125 de 2012

---

**Moreno Mosquera, Víctor Julián; Restrepo Tamayo, John Fernando**

La tutela contra providencia judicial. Análisis estático de la sentencia t-125 de 2012

Revista Razón Crítica, núm. 8, 2020

Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Colombia

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=645868985005>

DOI: <https://doi.org/10.21789/25007807.1565>

## La tutela contra providencia judicial. Análisis estático de la sentencia t-125 de 2012

The ?Action for Protection? against judicial order. Static analysis of the sentence t-125 of 2012

A tutela contra providência judicial. Análise estático da sentença T-125 de 2012

*Victor Julián Moreno Mosquera*

*Institución Universitaria de Envigado, Colombia*

*vjmoreno@correo.iue.edu.co*

DOI: <https://doi.org/10.21789/25007807.1565>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=645868985005>

*John Fernando Restrepo Tamayo*

*Universidad de Medellín, Colombia*

*jfrestrepo@udem.edu.co*

Recepción: 08 Octubre 2019

Aprobación: 12 Diciembre 2019

Publicación: 31 Diciembre 2019

### RESUMEN:

El presente artículo ofrece una solución propia de la hermenéutica constitucional al conflicto derivado de la negación de un derecho pensional. Desde la perspectiva de la jurisdicción ordinaria, que entiende los servicios pensionales como un negocio jurídico privado, el derecho pensional es desconocido. Esto significa una afectación a derechos fundamentales básicos como el Devido proceso y el Acceso a la administración de justicia. El artículo analiza la evolución de la doctrina utilizada por la autoridad jurisdiccional colombiana, y como la acción de tutela reinterpreta el control de monitoreo, a través del robustecimiento del sistema de precedentes constitucionales. Para ello, se realiza un estudio de caso basado en la Sentencia T-125 de 2012. Finalmente, se concluye que la tutela contra decisiones judiciales en Colombia es un mecanismo eficaz contra las sentencias sustentadas en criterios rígidos, propios del positivismo legalista.

**PALABRAS CLAVE:** Estado social de derecho, tutela, debido proceso, acceso a la justicia.

### ABSTRACT:

This article offers a hermeneutic solution to the conflict derived from the denial of a pension entitlement. From the perspective of the ordinary jurisdiction, which understand the pension benefits as a private legal business, the pension entitlement is unknown. This represents an affectation to fundamental rights such as due process and access to justice. This paper analyses the evolution of the doctrine in the Colombian jurisdictional authority, and how the action for protection (?acción de tutela?) reinterprets the monitoring control, throughout improvements of the constitutional precedents system. With this aim, a case study was made, based on the Sentence T-125 of 2012. Finally, it was concluded that actions for protection in Colombia are an effective mechanism against sentences based in rigid criteria, commonly used in legalistic positivism.

**KEYWORDS:** Social state under the rule of law, Action for protection (?Acción de tutela?), Due process, Access to justice.

### RESUMO:

O presente artigo oferece uma solução própria da hermenêutica constitucional ao conflito derivado da negação de um direito à aposentadoria. Desde a perspectiva da justiça ordinária, que entende os serviços de aposentadoria como um empreendimento jurídico privado, o direito à aposentadoria é desconhecido. Isto significa uma afetação aos direitos fundamentais básicos como o devido processo e o acesso à administração de justiça. O artigo analisa a evolução da doutrina utilizada pela autoridade jurídica colombiana, e como a ação de tutela reinterpreta o controle de seguimento, através do fortalecimento do sistema de precedentes constitucionais. Para isso, realiza-se um estudo de caso baseado na Sentença T-125 de 2012. Finalmente, conclui-se que a tutela contra decisões judiciais em Colômbia é um mecanismo eficaz contra as sentenças sustentadas em critérios rígidos, próprios do positivismo legalista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado social de derecho, ação detutela, devido processo, aceso à justiça.

## INTRODUCCIÓN

El acto fundacional político de 1991 que estructuró la democracia constitucional colombiana dio origen al conflicto interpretativo entre un sistema reglado y formal, y otro sistema menos formal. Mientras el primero está representado por la Corte Suprema de Justicia, el segundo está sustentado en la hermenéutica principalística en el que se ha inscrito la actuación de la Corte Constitucional<sup>1</sup>.

La contradicción entre la tradición jurídica en materia de fuentes formales con la realidad que impone la acción de tutela frente a derechos fundamentales devela un choque directo entre dos tipos de concepción del derecho. Por un lado, el legalismo abanderado de la máxima *dura lex sed lex* (Anzola, 2014). Y por otro, el constitucionalismo garante que prioriza las reclamaciones de poblaciones minoritarias y sujetos en situación de vulnerabilidad cobijados por el Tribunal Constitucional (Neria y Núñez, 2018; Moreno, Roncancio, Restrepo, y Carvajal, 2016).

Una forma de comprender y ejercer la práctica jurídica actual implica el reconocimiento de las características diferenciadoras del rol del juez, antes y después del dominio de la acción de tutela. En el primer escenario, en clave legalista, el juez es un mero operador atado a la ley cuyo instrumento ideal de resolución de casos es el silogismo jurídico. En estos casos, el juez soslaya la jurisprudencia, relegándola a un eventual uso en situaciones de antinomias o lagunas normativas, sin que sea posible predicar de su labor la función creativa. Sus fallos solo obligan a las partes en juicio, liberándolo así de mantener el mismo criterio frente a situaciones futuras similares. (Tamayo y Jaramillo, 2012; Orunesu, 2012; Iturrealde, 2014; Gómez, 2016; Chiassoni, 2016).

En el segundo escenario el papel del juez se vuelve más activo, ya que se encuentra ahora bajo la matriz del sistema mixto de fuentes formales que amplifica el concepto de ley. La ley es entendida en este caso como ordenamiento jurídico integrador de la jurisprudencia reinterpretada en la sentencia C-836 (Corte Constitucional, 2001). Al separarnos de la idea petrificante de canonicidad que encarna el *civil law*, se demanda del juez una mayor carga argumentativa, orientada a satisfacer los requerimientos de amplitud textual propios del derecho anglosajón, donde el juez se transforma en un edificador del mundo normativo (Olano, 2016; Dworkin, 2007; Neira, 2017; Gil, 2017; López, 2016).

A lo anterior se añade que en una democracia constitucional como la colombiana, el control de la Carta Política de derechos recae sobre el máximo órgano, en cuyo caso se trata de la Corte Constitucional. Esta regulación del acatamiento superior ha vinculado a las autoridades que ejercen función jurisdiccional, en virtud de la doctrina constitucional de las vías de hecho. Según ésta, se incurre en violación del derecho fundamental al debido proceso, por parte de los jueces, cuando no acatan la interpretación legítima orientada por el máximo Tribunal (Restrepo, 2018).

En cuanto al diseño metodológico propuesto para el presente artículo debemos indicar que tiene una estructura cualitativa con un enfoque histórico-hermenéutico. Dentro de las estrategias utilizadas se cuenta con el estudio de caso de la Sentencia T-125 de 2012. La cual, por sus características particulares, en términos de López (2006), permite la aplicación del análisis estático jurisprudencial. Gracias a este método es posible identificar los dispositivos jurídicos suficientes, a manera de precedente judicial, que justifican la procedencia de la acción de tutela como un mecanismo de control constitucional eficiente y necesario frente a la función jurisdiccional en Colombia.

El presente texto se encuentra estructurado en tres apartados u objetivos a desarrollar, así: i) la inclusión de la jurisprudencia de tutela como criterio estructural del sistema de fuentes; ii) la construcción de la doctrina constitucional de la vía de hecho, y por último, iii) un estudio de caso: análisis estático de la Sentencia T-125 de 2012. En este estudio se pretende extractar la razón decisoria de fondo. De este modo, es posible reconocer la subregla constitucional que permite resolver el conflicto que subyace en un negocio jurídico privado que termina afectando derechos fundamentales como el Debido proceso, la Seguridad social y el Mínimo vital.

## DEL POR QUÉ LA REFLEXIÓN SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS JUDICIALES NO ES UNA CUESTIÓN SUPERADA

Una de las manifestaciones relevantes del fenómeno jurídico conocido como constitucionalización del derecho contemporáneo es la interpretación dúctil que realiza la Corte Constitucional en términos de corregir los vicios en que incurre la jurisdicción ordinaria al momento de poner fin a una causa. De esta manera la Corte se aleja de acatar los precedentes judiciales sobre el debido proceso. Esto implica una incidencia directa de los textos constitucionales en la definición de los contenidos posibles del ordenamiento infra constitucional. Se determinan así las acciones judiciales plausibles frente a los enunciados normativos sistemáticamente controlados por la principialística superior ( Suárez- Manrique, 2014).

Muestra de ello es el fallo T-249 ( Corte Constitucional, 2018), surgido a raíz de la reclamación de tutela formulada por dos hermanos mayores edad, uno de los cuales fue declarado en interdicción. En el fallo se interpreta una vulneración al debido proceso bajo el vicio especial de un excesivo ritualismo procedural que no fue detectado por el Tribunal Superior de Bogotá, ni por la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Esta acción de la Corte Constitucional prosperó contra una sentencia proferida hace más de 30 años y un auto interlocutorio de hace más de 15 años. Estas decisiones impidieron conocer la real filiación y la práctica de la prueba de ADN, a la luz de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, al estado civil, a la personalidad jurídica, a tener una familia y formar parte de ella, y a la dignidad humana.

Otro ejemplo es la sentencia T-073 ( Corte Constitucional, 2019), según la cual se permite la acción de tutela contra una providencia de tutela interpuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP contra el Juzgado Primero de Familia de Sincelejo. Este juzgado vulneró el debido proceso por cuanto en instancia incidental de tutela no permitió que la UGPP ejerciera su derecho de defensa y contradicción respecto de un dictamen pericial que arrojó la escandalosa cifra de \$2.574.586.608.06. Por tanto, la viabilidad de la protección de amparo, incluso en sala de tutela se justifica ?Cuando se pretenda revertir o detener situaciones fraudulentas y graves, suscitadas por el cumplimiento de una orden proferida en un proceso de amparo? ( Corte Constitucional, 2019).

Las anteriores providencias ponen en evidencia que la doctrina constitucional en materia de acción de tutela contra decisiones judiciales todavía amerita reflexiones académicas y no es un tema acabado. Desde las tesis del positivismo legalista, por ejemplo, el activismo judicial en esta materia genera varios riesgos en el marco de la constitucionalización del derecho, entre otros: i) la pérdida de la seguridad jurídica <sup>2</sup>; ii) la sobre-interpretación de la Constitución; iii) el debilitamiento del poder legislativo y la democracia; iv) la des-normatización e hipermoralización del Derecho; y v) la prescindencia del silogismo deductivo judicial ( Arrubla, 2010).

Sin embargo, ante la existencia de los citados riesgos, existen diferentes herramientas interpretativas en la principialística constitucional para remediarlos. Esto puede verse en la solución de las lagunas axiológicas propuesta en la sentencia T-122 ( Corte Constitucional, 2017); o en la aplicación de tests de proporcionalidad ( Covarrubias, 2015); o en el test de procedibilidad en la sentencia SU-005 ( Corte Constitucional, 2018). La interpretación jurisprudencial dispone además de diferentes tests y metodologías, sustentados en las relaciones sistemáticas de casos análogamente relacionables ( Güiza y Santamaría, 2015).

### Jurisprudencia como fuente formal

Evidenciada la relevancia y actualidad de la temática abordada, corresponde determinar los criterios legales y constitucionales de obligatoriedad de la jurisprudencia para ser atendida por los jueces colombianos en la resolución de sus fallos. Así pues, a partir del 1º de enero del año 2016, por disposición del Acuerdo

No. PSAA15-10392, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (2015), se reglamentó la entrada en vigencia del Código General del Proceso en todo el territorio nacional. Dicha normativa potenció la figura del precedente judicial, reivindicando el poder de imperio atribuido por la reinterpretación constitucional de la Doctrina Probable, luego de declarar la exequibilidad condicionada del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 en la Sentencia C-836 de 2001<sup>3</sup>.

Se prescribe entonces el deber de obediencia al precedente, sea vertical u horizontal, creándole una carga argumentativa potente al juez de instancia que desee separarse de la doctrina planteada por alguna de las Altas Cortes. ?En una doctrina del precedente adecuadamente balanceada, el respeto *ad intra* del precedente por parte de los mismos jueces constituye (?) la legitimación de la obligación social generalizada *ad extra* de aplicar el derecho conforme a las especificaciones de sentido determinadas por la jurisprudencia? ( López, 2016a, p. 125). Lo anterior significa la existencia de una correlación estrecha entre el control vertical del precedente y el equilibrio decisional que autocontrola a la propia Corte Constitucional. Esto, a su vez, implica el mantenimiento del deber de coherencia como límite al poder interpretativo de la Corte Constitucional, y la garantía del respeto igualitario entre los casos análogamente relacionados<sup>4</sup>.

La superioridad de la ley, comprendida como el resultado del accionar legislativo en relación con las decisiones de tutela proferidas por la Corte Constitucional, constituye un error judicial en la actualidad. A partir de la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 Superiores, el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para ?la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación *prima facie* de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente? ( Corte Constitucional, 2015, consideración 5.2.7.1).

## De las estrategias de control jurisprudencial

Desde la formulación de la Ley 61 de 1886, que introdujo la figura de la Doctrina Legal, se advierte una progresiva evolución de la doctrina del precedente judicial en Colombia. Este proceso pasa por la sentencia C-836 de 2001, los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en 2011, el Código General del Proceso en 2012, hasta la sentencia C-284 ( Corte Constitucional, 2015). Con todo, parte de la judicatura se ha quedado en la tradición positivo-legalista, haciéndola reticente a estos cambios de paradigma interpretativo, bajo la máxima de no comprometer la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la autonomía judicial. Esto ha generado el incremento de instrumentos de control jurisprudencial concretos contra los jueces que vulneraran el debido proceso, al incurrir en vías de hecho cuando arropan de legalidad sus fallos arbitrarios. Existen cuatro mecanismos de control constitucional, a saber:

- **Monitoreo de coherencia:** de conformidad con el artículo 241, No. 9 Superior, en concordancia con el Acuerdo 05 de 1992, dictado por la Sala Plena de la Corte Constitucional y contentivo de su reglamento interno, se faculta la revisión de las sentencias de tutela proferidas en todo el país. El sistema aleatorio utilizado para este control de coherencia fue renovado y actualizado según se advierte en el capítulo XIV, desde el artículo 51 a 58, del Acuerdo No. 2 ( Corte Constitucional, 2015). Esta renovación del sistema aleatorio introdujo principios y criterios para orientar un proceso de revisión ético y transparente, que permita el monitoreo oficioso de las interpretaciones concretas que realizan resalta los casos de incoherencia con los preceptos y doctrinas trazados por la jurisprudencia constitucional, tal como ocurrió en el caso de la sentencia T-418, relativo al derecho fundamental innominado a la Seguridad Personal frente a líderes sociales ( Corte Constitución, 2018).

**Solicitud de Nulidad:** este elemento de autocontrol permite revisar la congruencia *ad intra* de los postulados constitutivos de la doctrina constitucional, en tanto el espectro de los precedentes

horizontales que ella ha formulado podrían modificar una decisión o fallo que aún no se encuentre en firme. Tal es el caso del Auto No.402, proferido por la Sala Plena ( Corte Constitucional, 2015). Esta clase de control se ha robustecido con el paso del tiempo. Mientras en la década comprendida entre 1993 a 2003 se formularon alrededor de 11 peticiones de nulidad, en el periodo de 2006 a 2015 el promedio ascendió a 45.3 ( López, 2016a, p. 77).

**Sanción Penal:** el artículo 413 del Código Penal tipifica el delito de Prevaricato por acción y fue interpretado en la Sentencia C-335 (Corte Constitucional, 2008). Esto permitió sancionar penalmente a los jueces <sup>5</sup> que desconozcan sentencias de unificación o fallos contentivos de subregla constitucional reiterativa. La sanción entiende que estas providencias ?constituyen interpretaciones constantes y uniformes de la Constitución, la ley o un acto administrativo de carácter general, por parte del juez constitucional (?). En los fallos de reiteración, la Corte Constitucional ha acordado un sentido claro y unívoco a la ?ley?? ( Corte Constitucional, 2018).

## DE LA VÍA DE HECHO JUDICIAL

El último de los mecanismos de control constitucional, la acción de tutela contra sentencias judiciales, debe intervenir amparando a los asociados de la interpretación incoherente que algunos jueces ordinarios realizan del ordenamiento. A través de este mecanismo, la Corte Constitucional salvaguarda preceptos tan capitales como el debido proceso. La sentencia C-543 ( Corte Constitucional, 1992) dio cabida excepcional a este tipo de tutela, luego de estudiar la constitucionalidad de los artículos contentivos de la competencia para acciones encaminadas a desconocer el principio de cosa juzgada de una sentencia judicial.

En lo sucesivo, la Corte Constitucional iría construyendo un camino argumentativo que modifica la idea tradicional de la sabiduría del juez y la preponderancia de principios tales como la autonomía judicial y la seguridad jurídica. Por el contrario, elaboraría una línea jurisprudencial que expone los defectos derivados de la condición humana del propio juez, los cuales pueden materializarse en vías de hecho.

Los jueces están atados a la ley, pero la atadura no es completa ni integral. Son seres humanos y no procesadores en ejecución de un software; el derecho los orienta, pero no prescribe la totalidad de acciones que deben emprender ni las consecuencias que sus decisiones desencadenan en el mundo. Con Holmes, podríamos decir que el derecho es experiencia y no lógica, que es una forma de sabiduría abierta, y no necesariamente un saber técnico cerrado. No quiere situarse en el terreno de los pareceres o de la equidad pura; pero tampoco está en el mundo de las deducciones necesarias y apodícticas (?). Los jueces, por tanto, se mueven entre restricciones y espacios de libertad que su prudencia va demarcando. ( López, 2016, p. 84)

En congruencia con lo anterior, la sentencia T-231 ( Corte Constitucional, 1994) fue ejemplar en el amparo al derecho fundamental al debido proceso. La sentencia califica las acciones de un juez como deformadas conforme a las que se suponen adecuadas para una judicatura que debe proveer tutela judicial para todos los asociados. *Contrario sensu*, la sentencia explica como estas acciones terminan arropando de legalidad una conducta evidentemente arbitraria y caprichosa. Para el efecto, fueron consignadas las primeras causales constitutivas de vías de hecho y, posteriormente, se adicionarían otros tipos de defectos que habilitarían la protección constitucional.

En este orden de ideas, la doctrina constitucional de vía de hecho responde a la evolución de la jurisprudencia de tutela contra decisiones judiciales, donde se encuentran las *causales genéricas de procedibilidad*. Estos criterios deben cumplirse en su totalidad, tal y como ocurre en el análisis de saneamiento de un proceso ordinario cuando se consulta por el agotamiento de los presupuestos procesales de una acción típica. Estos requisitos fueron concretados y sistematizados en las Sentencias C-590 y SU-913 ( Corte Constitucional, 2005; 2009). A partir de dichas sentencias, además de los criterios genéricos, es indefectible acreditar, al menos, un carácter específico de defecto de la providencia en pugna.

## De las causales genéricas de procedibilidad o requisitos formales por vía de hecho judicial

Según la Sentencia C-590 (Corte Constitucional, 2005), el estudio de un caso, candidato a postular acción de amparo por violación del derecho fundamental al debido proceso, debe cumplir con los siguientes criterios generales de procedibilidad: i) relevancia constitucional; ii) agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios; iii) immediatez; iv) si se trata de irregularidad procesal, que tenga directa relación con la sentencia atacada; v) identificación de los hechos que generan la violación y el alegato de los mismos en el interior del proceso judicial; y vi) no acción contra sentencia de tutela (Moreno y Hoyos, 2014).

- **Relevancia constitucional.** Es inviable postular casos que evidentemente corresponden a otras jurisdicciones, ordinarias o especiales, evento en el cual se estaría reabriendo un debate judicial frente a un asunto ya resuelto. Por tanto, ante la judicatura constitucional de tutela se debe exponer, concretamente, las razones que hacen al caso meritorio de amparo fundamental.

**Agotar los medios de defensa.** A este respecto, vale la pena indicar que el juez constitucional debe valorar si el accionante tuvo a su alcance, en forma oportuna y efectiva, una defensa técnica que le garantizara una real vía de contradicción en el marco del juicio ordinario. Las partes en el proceso tienen la obligación de acudir a todos los recursos, ordinarios y extraordinarios, pues de lo contrario, la jurisdicción constitucional usuraría las competencias de las distintas autoridades judiciales.

**Inmediatez.** Este aspecto hace referencia a la presentación de la acción en un tiempo prudencial desde que comenzó la afectación del derecho fundamental. Con este límite temporal se busca evitar la crisis de los postulados de cosa juzgada y de seguridad jurídica, ya que sobre todas las decisiones judiciales quedaría una puerta abierta que siempre daría cabida al riesgo de modificación de las sentencias, mutando así en conflictos cílicos sin fin cierto.

**Irregularidad procesal.** Este requisito es contingente, esto es, no siempre será necesario que se cumpla. Su supuesto está descrito para aquellas afectaciones propias del derecho objetivo que contienen formalidades expresas y plenas garantías. Al respecto, Agudelo (2000) sostiene que ?forma y contenido son perfectamente conciliables con la adopción de una teoría procesal-material en la realidad del proceso jurisdiccional, cimentada en los pilares básicos del Estado Constitucional democrático.? (p. 181). Así, las faltas al procedimiento por parte del juez accionado tienen incidencia capital en la providencia final que afecta las garantías superiores de orden constitucional.

**Identidad de hechos alegados.** Con este requisito formal se busca evitar que el actor en tutela introduzca nuevos elementos fácticos que no fueron materia de discusión o debate judicial en la instancia ordinaria. En consecuencia, el accionante debe exponer razonablemente tanto los hechos que generaron la afectación de sus derechos fundamentales, como la estrecha relación de necesidad al momento de impetrar la acción de tutela.

**No tutela contra tutela.** En mérito al valor de los derechos fundamentales, estos no pueden mantenerse en el limbo o en la indefinición. Así, luego de la eventual revisión constitucional, las sentencias de tutela adquieren el carácter de cosa juzgada constitucional. Empero, frente a este criterio genérico de procedencia, la jurisprudencia ha evolucionado incluso a dar cabida a la excepcional fórmula de accionar en tutela contra sentencias de tutela. Conforme se desprende de las razones de fondo formuladas en la Sentencia SU-627 de 2015, esta fórmula puede darse cuando concurren determinados elementos que requieren la actuación inmediata del juez constitucional para revertir o detener situaciones fraudulentas y graves derivadas de una sentencia o incidente de desacato. Al respecto, la Corte puntualiza que:

la cosa juzgada, incluso la constitucional, ?no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el valor de la justicia?, de tal suerte que ?las instituciones del Estado Social de Derecho, establecidas para la promoción de los valores democráticos, basados en la solidaridad y en la vigencia de un orden justo, no pueden permitir que se consoliden situaciones espurias, bajo el argumento

*de la obediencia ciega a las situaciones juzgadas, cuando las mismas son producto de la cosa juzgada fraudulenta?* Por ello, en la Sentencia T-951 de 2013, al identificar la ratio decidendi de la Sentencia T-218 de 2012, precisa que la acción de tutela procede excepcionalmente contra una sentencia de tutela, cuando se satisfacen los siguientes requisitos: (a) La acción de tutela presentada no comparte identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, es decir, que no se está en presencia del fenómeno de cosa juzgada. (b) Debe probarse de manera clara y suficiente que la decisión adoptada en una anterior acción de tutela fue producto de una situación de fraude, que atenta contra el ideal de justicia presente en el derecho (*Fraus omnia corruptit*). (c) No existe otro mecanismo legal para resolver tal situación, esto es, que tiene un carácter residual. ( Corte Constitucional, 2015. Consideración 4.6.)

Con lo anterior, la Corte Constitucional demuestra que los criterios de autocontrol o precedente horizontal trascienden incluso la idea absoluta de cierre definitivo de la discusión jurídica, ante una institución tan relevante como la cosa juzgada constitucional. Esta cede ante las reclamaciones legítimas del derecho al debido proceso incluso en un trámite tan expedito y garantista como el de tutela.

## Requisitos o causales especiales de procedencia

Acorde con lo desarrollado hasta aquí, una vez acreditadas las causales genéricas de procedibilidad, deberá acreditarse al menos uno de los defectos materiales posibles en que puede incurrir un juez en el marco de la doctrina de vía de hecho. En este evento podría establecerse una analogía entre la revisión propia de la jurisdicción constitucional, y la revisión que haría un funcionario con jurisdicción ordinaria al estudiar los presupuestos materiales de una acción que se le invoque para su estudio. Entre los requisitos sustanciales, pueden reconocerse defectos de los funcionarios accionados. Entre otros, se destacan<sup>6</sup>:

- **Desconocimiento del precedente.** Este vicio implica que algunos jueces continúen interpretando en forma exegética el artículo 230 Superior donde se otorga un valor auxiliar a la jurisprudencia, en atención a la estricta y exclusiva sujeción primera a la norma codificada. A través de este mecanismo, la Corte Constitucional protege el proceso de creación y definición del derecho mediante su doctrina. De este modo se evita que, al darle un sentido y un valor a ciertas garantías fundamentales, un juez ordinario de menor jerarquía pueda restringir dicho rango de amparo con su interpretación legalista. Según lo afirmado en acáptes anteriores, esta clase de conducta haría al juez sujeto activo de lo descrito en el artículo 413 del Código Penal: delito de Prevaricato por Acción.

**Violación directa de la Constitución.** Para este particular, el alcance del daño o vulneración denunciado trasciende el escenario propuesto por la doctrina de las vías de hecho judiciales, pues se presenta una absurda transgresión de los postulados directos de la Constitución. El hecho de que estos postulados integren el Bloque de Constitucionalidad hace más compleja la tarea de los jueces, ya que deben reconocer en sus providencias los tratados y los pactos internacionales aprobados por Colombia, y que hacen parte integral prevalente del texto superior.

**Material o sustantivo.** Frente a este defecto, el juez asienta el fundamento de su sentencia en disposiciones derogadas, inexistentes o inexequibles. La ignorancia de las leyes aplicables para el caso en concreto, sea de manera total o incorrecta, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias de constitucionalidad, pueden derivar en los siguientes casos valorados por la jurisprudencia unificada en la Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002:

(i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador; (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y, finalmente; (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva. (Corte Constitucional, 2002. Consideraciones 5.2)

Por último, si bien los jueces podrían aducir la violación del principio de independencia judicial<sup>7</sup> con la admisión de esta clase de control constitucional, la Corte Constitucional ha interpretado que dichas garantías no son absolutas. Por tanto, se entiende que los jueces tienen una responsabilidad de argumentar suficiente y razonadamente el porqué de sus sentencias. Al ser funcionarios públicos que administran justicia, los jueces deben cumplir con el espectro axiológico normativo que se deriva de la condición *social* del Estado colombiano<sup>8</sup>. En el estudio de caso que se analizará a continuación se ampliarán las referencias del significado de esta clase de vulneración.

## ESTUDIO DE CASO: SENTENCIA T-125 DE 2012

A continuación, tomaremos un elemento representativo de la vasta jurisprudencia constitucional de tutela para aplicar los criterios desarrollados hasta ahora. Es decir, se trata de reconocer las sentencias de tutela como verdadero referente de fuente formal en lo atinente a la doctrina de las vías de hecho y frente a la función jurisdiccional. En tal sentido, lo que se busca es aplicar los criterios generales y especiales de procedibilidad de la Acción. Para ello, es menester aplicar el método hermenéutico de precedentes formulado por López (2006). Según éste, en un análisis estático jurisprudencial es necesario reconocer la estructura compleja de la Sentencia para descomponerla y lograr reconocer:

- i) la *ratio decidendi*, o razón decisoria de fondo que contiene los mandatos interpretativos del Juez, Tribunal o Corte. Estos mandatos transcinden las especificidades del caso concreto, generando un espectro gravitacional de atracción para casos similares futuros, los cuales podrán ser definidos en clave de línea jurisprudencial. Esto implicaría otra clase de análisis conocido como dinámico. Los análisis dinámicos atienden a la vinculación sistemática de diversos fallos articulados en una tesis que responde a un problema jurídico postulado con un criterio medio de concreción y cuya resolución debe ser bipolar, es decir, a favor o en contra, sí o no.
- ii) los *obiter dictum*, o dichos de paso, que integran junto con la *ratio decidendi* la parte motivacional de la Sentencia. Su valor está concentrado en la explicación y en la ambientación del tema objeto de debate, pues de allí se articula y se sustenta la tesis final del órgano jurisdiccional. Su relevancia apunta igualmente a ilustrar y a convencer a los destinarios de la validez del argumento central.

El análisis estático que a continuación se realiza de la sentencia T-125 de 2012 tiene por objetivo esencial extraer la *ratio decidendi* que resuelve el problema jurídico que entraña. En este estudio, se presentará una revisión de las tres partes que delimitan y contienen la estructura de toda sentencia, a saber: i) enunciativa o de postulación; ii) motiva o de consideración; y iii) resolutiva o de fallo.

### Enunciación o postulación

El caso versa sobre una acción de tutela instaurada por el señor Fernando Muñoz Sierra en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, el Banco de Bogotá y el Instituto del Seguro Social, correspondiéndole en sala de revisión ante la Corte Constitucional, la presentación de ponencia al magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Según la decisión en apelación surtida ante el Tribunal accionado, el Banco de Bogotá había sido liberado de pagar unas mesadas pensionales en favor del accionante, bajo el argumento de que, para la fecha de las cotizaciones reclamadas, el Instituto del Seguro Social no había asumido el riesgo en materia pensional. La revisión ante la Corte Constitucional se predica del fallo nugatorio de amparo constitucional, emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 6 de julio de 2011, donde se discuten los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital.

El señor Muñoz Sierra trabajó en el cargo de Jefe de Operaciones, para el Banco de Bogotá, durante el período comprendido entre el 16 de enero de 1975 hasta el 30 de agosto de 1994 (18 años y 8 meses). Su empleador no realizó los aportes pensionales por más de 13 años y 7 meses, específicamente, del 16 de enero de 1975 al 30 de junio de 1979 (4 años y 4 meses), y del 1 de agosto de 1981 al 30 de noviembre de 1990 (9 años y 3 meses).

En este contexto, el señor Muñoz Sierra interpuso una demanda laboral en contra del Banco de Bogotá para lograr el reconocimiento de los aportes pensionales, adeudados a su favor al Instituto del Seguro Social. Este juicio terminó con fallo condenatorio para la entidad demandada, según providencia del Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en enero de 2006.

Esta decisión fue revocada el 4 de diciembre de 2008 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, en virtud del recurso de apelación propuesto por Banco de Bogotá. Según el recurso, dicha entidad no tenía el deber legal de afiliar al reclamante, en atención a que la cobertura geográfica del Instituto del Seguro Social solo fue extendida a los municipios de La Mesa y de Tocaima (Cundinamarca), por el Decreto 905 de 1990. Igualmente, sólo hasta 1990, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aprobó el Acuerdo No. 050, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios. Por ello, las contingencias de invalidez, vejez o muerte estaban a cargo del empleado, o de su empleador cuando se configuraran los requisitos derivados de la legislación laboral ordinaria.

Sumado a este revés judicial, al impetrar la acción de tutela, el señor Muñoz Sierra indica que le fue imposible conocer la decisión de segunda instancia, a efectos de promover el recurso extraordinario de casación, habida cuenta de que fue engañado por su abogado, quien incumplió así con su deber de defenderlo. Solo en el mes de mayo de 2010, el señor Muñoz Sierra tuvo acceso al expediente. Con todo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según providencia del 6 de julio de 2011, negó el amparo constitucional por no proceder contra sentencias judiciales, salvo situaciones excepcionales, que en el presente caso no se configuraron. Sumado a ello, el instrumento propuesto de protección de derechos fundamentales no se compadece con el requisito de la inmediatez, el cual exige que la acción constitucional sea presentada en un término cercano a la vulneración alegada. El tiempo de demora fue de 2 años y 4 meses aproximadamente.

## Análisis de la parte motivacional de la providencia

En el caso bajo estudio de la Corte se plantean dos problemas. Uno de ellos relacionado con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en el marco de la esfera de protección del derecho fundamental al debido proceso. El segundo está dirigido al derecho fundamental de la seguridad social y puede plantearse así: ¿la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca afectó la garantía de la seguridad social, al revocar el fallo de primera instancia que condenaba al Banco de Bogotá a pagar la pensión del señor Fernando Muñoz?

En relación con los requisitos de procedibilidad generales y específicos, la Corte Constitucional concluyó que la petición de amparo constitucional del actor cumplía con las exigencias normativas, pues el asunto revestía de *importancia constitucional*, en tanto existe tensión y discusión sobre el debido proceso y el derecho a acceder al reconocimiento y al pago de la pensión de jubilación. Sumado a ello, se dio el *agotamiento de los recursos de contradicción*, ya que se configuró la falta de defensa técnica en desmedro de los intereses del accionante, primero, con la revocatoria del poder otorgado a su representante judicial en el proceso ordinario y, segundo, con la solicitud de desarchivo del expediente ante el Tribunal Superior.

En relación con el presupuesto de *inmediatez*, si bien es cierto que transcurrieron casi dos años y medio después de emitida la providencia laboral controvertida, el derecho pensional es imprescriptible. La afectación frente a dicha prerrogativa es de trato sucesivo, con la causación periódica de cada mesada no percibida por el actor. Esta situación reviste de actualidad la reclamación tutelar del accionante. Sumado a

ello, durante este lapso, el accionante demostró la formulación de varios derechos de petición ante el Banco de Bogotá para reclamar el pago de su derecho pensional. De este modo, se evidenció que, en la medida de sus condiciones y capacidades ciudadanas, hubo actividad y diligencia. Por último, la acción de amparo *no se dirige contra una sentencia de tutela* pues el fallo controvertido se relaciona con el derecho ordinario de orden laboral.

La causal especial de procedibilidad de la doctrina constitucional de las vías de hecho, para el caso en cuestión, es también un *defecto sustantivo*. Se deduce que el Tribunal Superior de Cundinamarca, en su providencia donde libera al Banco de Bogotá de atender las reclamaciones del accionado frente al sistema de seguridad social, interpretó erróneamente el ordenamiento jurídico laboral en materia pensional.

### **Extracción de la ratio decidendi**

A continuación, se recogen las órdenes que reciben tanto el accionado, como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a la interpretación constitucional del ordenamiento jurídico que hace el Alto tribunal. Esta interpretación ampara el derecho fundamental a la seguridad social de quienes se encontraban vinculados laboralmente con anterioridad a la Ley 100, y requerían de aquellas cotizaciones para acceder a la prestación pensional:

En este sentido, la Sentencia T-784 de 2011<sup>9</sup> reiterando lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>10</sup> en relación con el reconocimiento del derecho pensional de conformidad con la Ley 100 de 1993, resaltó que ?el periodo que se ha de tomar, respecto al cual el empleador tenía a su cargo el pago y reconocimientos de pensiones, es todo aquel por el que el trabajador prestó sus servicios al empleador sin que se efectuaran las cotizaciones a una entidad de seguridad social, el mismo que el trabajador tiene derecho a que se le habilite en el Sistema General de Pensiones mediante la contribución a pensiones correspondiente?. (Corte Constitucional, 2012, consideraciones 4.2.)

Como corolario de lo anterior, deviene inviable la justificación del Banco de Bogotá en el sentido de omitir los aportes al señor Fernando Muñoz, por encontrarse en un lugar donde no existía cobertura del Instituto del Seguro Social. En idéntico sentido, el fallo atacado en tutela carece de fundamentos garantistas y constitucionales, lo que amerita un juicio de reproche a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca. Así continúa la Corte Constitucional:

Lo anterior contraría los principios constitucionales de continuidad, solidaridad y seguridad social, por cuanto, si continúa el vínculo laboral debe continuar la afiliación al régimen de seguridad social, no siendo aceptada una interrupción injustificada de la misma. Así, independientemente de que el Seguro Social hubiera asumido el riesgo en pensiones en los municipios a los cuales fue trasladado el señor Fernando Muñoz Sierra, ya se había iniciado la afiliación del accionante al sistema de seguridad social en pensiones, razón por la cual, el mencionado movimiento de personal, no puede generar, en desmedro de las condiciones laborales, la desafiliación a pensiones del accionante. En este orden, la Sala observa que la entidad demandada es responsable del pago de las cotizaciones causadas durante todo el tiempo que duró el vínculo laboral, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En efecto, el Banco de Bogotá debe transferir al Instituto del Seguro Social el valor actualizado - cálculo actuarial, de acuerdo con el salario que devengaba el actor para la época de los aportes para pensión dejados de cancelar, para que así, al actor le sean contabilizadas dentro de su tiempo de cotización para efectos del reconocimiento de su pensión. (Corte Constitucional, 2012, consideraciones 4.3.)

### **Coherencia entre la ratio decidendi extraída y la resolución de la sentencia**

En su parte resolutiva, la Corte Constitucional decide conceder el amparo de tutela por vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital. Esto en razón al defecto sustantivo en que incurrió la Sala Laboral del Tribunal de Cundinamarca al omitir el ordenamiento jurídico constitucional y desconocer el precedente constitucional derivado de la sentencia C-506 de 2001, la cual se pronunció sobre la constitucionalidad del parágrafo 1, literal c, del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, aplicable

para el caso concreto. En consecuencia, fue revocada la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dándole plenos efectos a la providencia del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

## CONCLUSIÓN

Es indiscutible que la Acción de tutela en el ordenamiento jurídico contemporáneo se constituye en un instrumento efectivo de control sobre el ejercicio de la judicatura. Esto en atención a los conflictos hermenéuticos que se desprenden de un sistema mixto de fuentes, como ocurre en el caso colombiano. La jurisprudencia constitucional de tutela funge como límite que potencia el reconocimiento de la justicia social y de la dignidad humana. De este modo, se sobrepone a una visión minimalista, anclada en un legalismo que añora un sistema fisurado y rígido, cifrado de manera exclusiva y excluyente en la seguridad jurídica.

Así, todos los actores del sistema normativo y no solo los jueces deben apropiarse de las implicaciones de las dinámicas del llamado nuevo derecho, el derecho de los jueces, o neoconstitucionalismo. Lo dicho se refleja en los deberes y en las obligaciones derivadas del Código General del Proceso, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente a la materialización de la Doctrina Probable. Estos derechos y deberes recogen a su vez, la Doctrina constitucional de las vías de hecho, fijada desde las Sentencias C-590 de 2005 y SU-913 de 2009. Estos instrumentos permiten corregir la ignorancia, el capricho, la burla, o cualquier otro defecto derivado de la condición errática humana, de la que jamás está exento un juez en su interpretación del ordenamiento.

El constitucionalismo activista de la Corte Constitucional ha descrito en su jurisprudencia que los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, el debido proceso, deben ser protegidos incluso contra los intereses tradicionales de la judicatura. Como evidencia de esta evolución se reconoce la introducción de mecanismos de monitoreo y control, y la posibilidad de denunciar a un funcionario público revestido de jurisdicción, por la comisión de prevaricato por acción, al desconocer las subreglas reiteradas por la Corte Constitucional.

Sumado a esto, se advierte que el fortalecimiento del sistema de precedentes no se circumscribe en forma exclusiva a las órdenes emitidas para casos similares, sino que tienen igual aplicación en el precedente horizontal, en una herramienta de autocorrección. Esto puede verse en la posibilidad de incoar el recurso de nulidad contra las sentencias de la Corte Constitucional o la viabilidad, excepcional en principio, de accionar por vía del amparo contenido en el artículo 86 Superior, contra sentencias de tutela o incidentes de desacato.

Todo lo dicho, permite reconocer en la Corte Constitucional un defensor del derecho viviente y material. Este accionar, en no pocas ocasiones, se constituye en la única esperanza de grupos sociales y sectores minoritarios históricamente marginados por carecer de un peso específico en el entramado político de la democracia. A pesar de que dicha democracia se califique de constitucional, en la realidad acumula serios déficits en sus funciones representativas, participativas e incluyentes. Esto se traduce en que los instrumentos legales sean, en muchas ocasiones, inoperantes e ineeficaces para proteger garantías fundamentales como la salud, la seguridad social, la familia, el medio ambiente, o cualquier otra manifestación de la condición dignificante de todos los asociados y seres vivos. Es decir, todos los individuos que reclaman mediante el derecho, una esfera esencial de protección.

En términos generales, a pesar de las réplicas de los sectores formalistas y conservadores frente a la procedibilidad de la tutela contra sentencias, sigue quedando la sensación de justicia tras cada fallo de tutela que resguarda los derechos esenciales de los ciudadanos. Dichos sectores críticos suelen invocar la crisis que tales procedimientos pudieran infiligr al ordenamiento jurídico al negar el rol de los órganos de cierre, como la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado. Al respecto, estas posturas también resaltan los postulados de independencia y de autonomía judicial. Sin embargo, debe decirse que, cuando la Corte Constitucional controla, monitorea o sanciona en ejercicio de su función como salvaguarda de la

Constitución, está cumpliendo con las expectativas legítimas y sustanciales de un Estado de Derecho que se predica social.

Finalmente, estas intervenciones tienen un límite y un espíritu para habilitar la acción de tutela en contra de una sentencia judicial. Igualmente, tienen cabida en el cumplimiento de los requisitos formales o generales de procedibilidad, la demostración de alguno o varios defectos materiales, y la necesidad de intervención del juez de tutela, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

## REFERENCIAS

- Agudelo, M. (2000). Filosofía del Derecho Procesal. Bogotá: Leyer.
- Anzola, M. (2014). El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: El caso de la inversión extranjera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arrubla, J. (2010). La constitucionalización del derecho privado. Nuevo Derecho, 5(7), 47-73.
- Chiassoni, P. (2011). Técnicas de interpretación jurídica. Madrid: Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2016). El discreto placer del positivismo jurídico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República. (12 de julio de 2012). Artículo 7. Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.
- Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.
- Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa. (2015). Acuerdo PSAA15- 10392. Recuperado de [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/PSAA15-10392%20\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/PSAA15-10392%20(1).pdf)
- Corte Constitucional, Sala Octava. (22 de febrero de 2016) Sentencia T-075. [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional, Sala Octava. (3 de julio de 2018) Sentencia T-249. [MP José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de octubre de 1992) Sentencia C-543. [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de octubre de 2015) Sentencia SU-627. [MP Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de diciembre de 2009) Sentencia SU-913. [MP Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de febrero de 2018) Sentencia SU-005. [MP Carlos Bernal Pulido].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de mayo de 2015) Sentencia C-284. [MP Mauricio González Cuervo].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (24 de agosto de 2011) Sentencia C-634. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional, Sala Segunda. (8 de junio de 2005) Sentencia C-590. [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional, Sala Primera. (25 de febrero de 2019) Sentencia T-073. [MP Carlos Bernal Pulido].
- Corte Constitucional, Sala primera. (5 de junio de 1992) Sentencia T-406. [MP Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional, Sala Segunda. (11 de octubre de 2018) Sentencia T-418. [MP Diana Fajardo Rivera].
- Corte Constitucional, Sala Segunda. (27 de febrero de 2017) Sentencia T-122. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional, Sala Séptima. (23 de febrero de 2012) Sentencia T-125. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional, Sala Tercera. (13 de mayo de 1994) Sentencia T-231. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional, Sala Tercera. (8 de mayo de 2017) Sentencia T-292. [MP Alejandro Linares Cantillo].
- Covarrubias, I. (2015). El test de proporcionalidad que se promueve en la tutela de derechos fundamentales y las premisas a las que se adhiere. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 45, 261-287. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512015000200010>
- Dworkin, R. (2007). La justicia con toga. Madrid: Marcial Pons.
- Gil, R. (2017). Las fuentes del derecho en Colombia y criterios auxiliares de la actividad judicial. Medellín: Universidad de Medellín.
- Gómez, I. (2016). La seguridad jurídica. Vol. II: una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones. Tesis doctoral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Güiza, D., y Santamaría, C. (2015). Test y metodologías de los tribunales constitucionales frente a los derechos de los indígenas sobre la tierra: el caso de Colombia y Estados Unidos. *Pensamiento Jurídico*, 44, 229-258.
- Iturralde, V. (2014). Interpretación literal y significado convencional: una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica. Madrid: Marcial Pons.
- López, D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
- López, D. (2016). Cómo se construyen los derechos: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Bogotá: Legis.
- López, D. (2016a). *Eslabones del derecho*. Bogotá: Legis.
- Moreno, V., Roncancio, A., Restrepo, J., y Carvajal, S. (2016). Línea jurisprudencial constitucional sobre el cambio de modelo jurídico-político familiar en Colombia (1996-2016). En R. Betancourt, J. Restrepo y V. Moreno (Eds.), Auditorio Constitucional. Discusión y reflexión sobre algunos temas de investigación jurídica (pp. 133-208). Envigado: Institución Universitaria de Envigado.
- Moreno, V., y Hoyos, J. (2014). La Acción de Tutela. En P. Garcés (Ed.), *Acciones constitucionales. Una aproximación a la eficacia y efectividad de los derechos* (pp. 59- 105). Envigado: Institución Universitaria de Envigado.
- Neria, M., y Núñez, M. (2018). Función jurisdiccional y tutela judicial efectiva. Mexicali: Universidad Autónoma de la Baja California.
- Olano, H. (2016). Interpretación y Neoconstitucionalismo. México D.F.: Porrúa.
- Orunesu, C. (2012). Positivismo jurídico y sistemas constitucionales. Madrid: Marcial Pons.
- Restrepo, J. (2018). Estructura Constitucional del Estado colombiano. Medellín: Universidad de Medellín.
- Suárez-Manrique, W. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 129, 317-351. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj>
- Tamayo, J., y Jaramillo, C. (2012). El precedente judicial en Colombia: papel y valor asignados a la jurisprudencia. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.

## NOTAS

- 1 Uno de los referentes doctrinales dominantes en esta materia, y que permite dimensionar los vientos de cambio que fueron sembrados con esta discusión fue la obra de López (2006), donde vaticina el protagonismo del derecho jurisprudencial muy a pesar de la preponderancia del derecho canonicista por más de 105 años con la Constitución de 1886. El nuevo derecho implica un cambio de paradigma hermenéutico orientado a las relaciones analógicas del sistema de precedentes judiciales proferidos por los Altos Tribunales, sustentado en la ponderación de principios que buscan alcanzar valores como la dignidad y la justicia social (Chiassoni, 2011).
- 2 La inseguridad jurídica como efecto derivado de una desmedida constitucionalización del derecho es una preocupación que justifica reflexiones académicas en torno a las decisiones que profiere la Corte Constitucional en sala de tutela. En este sentido, se trae a colación, la reflexión planteada por los magistrados Diana Fajardo y Alberto Rojas, en el salvamento de voto elevado en el fallo SU-005: ?En ese sentido, desconocer sin la motivación adecuada la existencia de un precedente jurisprudencial pacífico, como lo ha hecho la Corte en esta sentencia, conlleva en la práctica al debilitamiento institucional generado por la incertidumbre sobre las aplicación de las reglas de juego que han sido reconocidas, implementadas e interiorizadas (?). Esto, sin duda, va en desmedro de la seguridad jurídica (Corte Constitucional, 2018).
- 3 Lo dicho se evidencia en el artículo 7º de la Ley 1564 de 2012, al formular el principio de legalidad, así: ?Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión (precedente vertical). De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos (precedente horizontal)? (Código General del Proceso, 2012). De igual forma, la Ley 1437 de 2011, artículo 10, estableció esta obligación para los jueces administrativos, además de tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado. Con todo, la Sentencia C-634 de 2011 estableció la exequibilidad condicionada de esta norma, en tanto deberán tener en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional. Estas últimas de manera preferente.
- 4 Un ejemplo de vinculatoriedad del precedente, tanto ad intra, como ad extra, está relacionado con los denominados efectos inter comunitis. Ello significa la extensión de los efectos de la decisión a sujetos que no participaron en el proceso de tutela, pues en virtud del derecho de igualdad, estarían vulneradas sus garantías al excluirlos de tal protección. Esta

doctrina se explica en la Sentencia T-075 (Corte Constitucional, 2016). La finalidad de esta figura apunta a sistematizar, armonizar y precisar el alcance de las subreglas, por ejemplo, ratificadas en la sentencia SU-011 (Corte Constitucional, 2018). En esta sentencia se aborda la materialización del derecho a la etnoeducación a partir de un vacío normativo que impide la eficacia plena de esta garantía, a partir de la revisión de tres decisiones de tutela, ante la ausencia de una regulación integral del sistema de nombramiento de docentes en comunidades étnicamente diferenciadas según la sentencia T-292 (Corte Constitucional, 2017).

- 5 Esta conducta de reproche punitivo contra el desacato al precedente judicial, sería ratificada en las Sentencias C-539, C-634 y C-816 de 2011; y también por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en 2012 y 2013, al confirmar condenas por olvidar ?la obligación de observar el precedente para garantizar la coherencia del sistema jurídico y del derecho a la igualdad? (López, 2016, p.93).
- 6 Los otros defectos materiales son: i) el orgánico, cuando no tiene competencia para dictar sentencia; ii) el procedimental absoluto, en tanto desconoce el principio de legalidad al omitir las reglas procesales en su totalidad; iii) el fáctico, cuando se omite el material probatorio que soporte el fallo, y éste se vuelve en una valoración subjetiva del juez; iv) el error inducido, cuando las partes actúan con mala fe y en forma temeraria y, v) la falta de motivación, que en derecho administrativo significa el incumplimiento de esta obligación deslegitimando el ejercicio de la función jurídica.
- 7 Artículo 5 de la Ley 270 de 1996, Ley estatutaria de administración de justicia: ?La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.?
- 8 Señala la Corte Constitucional, según las voces de la sentencia T-406 de 1992, que la partícula ?Social? del Estado social de derecho no es una simple acepción gramatical. Por el contrario, dicha acepción traza unos principios y unos fines que determinan la naturaleza del Estado y sus obligaciones a lo largo y ancho de todo su andamiaje administrativo.
- 9 Sentencia T-784 de 2010. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- 10 Sentencia del 22 de julio de 2009, Exp 32922 y Sentencia del 3 de marzo de 2010, Exp 36268 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.