

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO O TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Jaime ARAUJO RENTERÍA *

¡No es la seguridad o el bien común, el fin supremo del derecho, sino la justicia!

SUMARIO: I. *Los derechos fundamentales vinculan a todas las ramas del poder público y demás órganos del Estado.* II. *La justicia como supremo bien prevalece sobre los demás fines del derecho.* III. *Los argumentos contra el amparo o la tutela frente a providencias judiciales no son más que falacias.* IV. *La acción de tutela contra providencias judiciales.* V. *La protección de los derechos ante el mismo juez que los viola.* VI. *Un tema de psicología judicial y competencias normativas.* VII. *Síntesis.* VIII. *Bibliografía.*

Si tuviéramos que sintetizar las competencias que tienen hoy los tribunales constitucionales, tendríamos que reducirlas a dos grandes funciones:

1. Garantizar la supremacía de la Constitución frente a actos de inferior jerarquía que pretendan violarla (leyes, decretos leyes, reglamentos, o reformas de la propia Constitución, tema de mucha polémica).
2. La protección de los derechos fundamentales de las personas, que se hace no sólo ante particulares, sino también frente al Estado.

La protección ante el Estado se ha hecho tradicionalmente ante el gobierno o rama ejecutiva del poder público. Después de la Segunda Gue-

* Magistrado de la Corte Constitucional.

rra Mundial quedó claro que debía hacerse también frente a la rama legislativa del poder público; dicho de otra manera, también los parlamentarios podían vulnerar derechos fundamentales al expedir las leyes. Sin embargo, poco se ha avanzado en la protección de los derechos fundamentales ante las decisiones de la tercera rama del poder público, esto es, la Rama Judicial. ¿Pueden defenderse los derechos fundamentales de los ciudadanos ante las decisiones de los jueces?, y más concretamente, ¿se pueden defender los derechos de los ciudadanos frente a las sentencias judiciales?

Los argumentos que siguen a continuación tratan de demostrar por qué es necesario que exista un recurso de amparo (o tutela, como decimos en Colombia) contra las sentencias de los jueces que violen los derechos fundamentales.

Estas reflexiones parten de las “tentativas recientes” del gobierno colombiano de eliminar la “acción de tutela” contra providencias judiciales, a fin de preservar el principio de “la seguridad jurídica”.

Tentativa que a la luz de la filosofía o de la teoría constitucional resulta insostenible debido a que todas las ramas del poder público —legislativa, ejecutiva o judicial— pueden vulnerar los derechos fundamentales.

Debemos advertir que el fin primordial de la seguridad jurídica no puede ser otro que los ciudadanos conozcan sus derechos. Es esencial que haya un órgano de cierre del sistema de derechos. Sólo de esta manera los ciudadanos tendrán certeza de sus derechos, de qué pueden hacer y qué no pueden hacer.

La procedencia de la tutela contra providencias judiciales se basa en que la Constitución es la máxima norma del orden jurídico, que tiene la máxima eficacia jurídica; que todos los poderes públicos deben respetar los derechos fundamentales y que el supremo interprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional.

En este orden, las razones que justifican la conservación de la acción de amparo constitucional en la hipótesis referida se pueden enunciar así:

- a) Los derechos fundamentales vinculan por igual a todas las ramas del poder público y demás órganos del Estado.
- b) La justicia prevalece sobre los demás fines del derecho, incluida la seguridad jurídica.
- c) La acción de tutela procede contra todas las autoridades públicas. A continuación desarrollaremos estos y otros aspectos.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULAN A TODAS LAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO Y DEMÁS ÓRGANOS DEL ESTADO

La vinculación del Estado a los derechos fundamentales deriva de una doble consideración. La primera, es que el Estado, a través de sus órganos, puede desconocer tales derechos, pues es una realidad evidente que quien ejerce el poder político tiene una tendencia natural a su abuso. Montesquieu dejó en claro que “todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quien lo diría! La misma virtud necesita límites”.¹ Loewenstein sostiene, por su parte, que “sólo los santos entre los detentadores del poder —¿y dónde se pueden encontrar?— serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder”,² y Lord Acton había sentenciado que “el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente. Si la naturaleza del hombre dista de ser la de los santos, hay que limitar a todos los hombres investidos de poder, obligándolos a respetar los derechos fundamentales”.

Por tanto, todas las autoridades públicas, por estar en la posibilidad de abusar del poder, deben estar sujetas a la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Esta regla no admite excepción. Aceptarlo implicaría admitir que los derechos pueden ser vulnerados; lo que representaría la negación de los presupuestos del Estado constitucional, debido a que su naturaleza dimana del aseguramiento de esos derechos. El día en que se diga que los derechos fundamentales no puedan contra todo el Estado, o una parte de él (la rama judicial) ese día se marchitará y desaparecerán los derechos fundamentales, y por ese mismo camino desaparecerá el Estado social de derecho. Los derechos hay que asegurarlos frente a todos aquéllos que están en la eventualidad de cercenarlos; el legislador, el Ejecutivo o los mismos jueces, todos por igual, pueden vulnerarlos.

Ya los revolucionarios franceses habían señalado que para la existencia del Estado constitucional no bastaba con tener una Constitución escrita (o consuetudinaria), era necesario, además, que el poder estuviera separado y los derechos garantizados, como se estipuló en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.³

¹ *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Tecnos, 1987, p. 114.

² *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 28.

³ Artículo 16. Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.

De ahí nació la diferencia que existe entre Constitución y constitucionalismo, pues todo orden constitucional tiene una constitución, empero, no toda Constitución implica, necesariamente, un orden constitucional.

El constitucionalismo es, en pocas palabras, la limitación del poder del gobernante para garantizar la libertad del individuo.

Con el fin de alcanzar este propósito, la Constitución escrita se constituye en un instrumento por medio del cual se garantiza a las personas sus derechos individuales y, al mismo tiempo, el gobernante, es colocado en posición de no poder violarlos; de modo que todo gobierno constitucional es por definición un gobierno limitado.

La Constitución escrita es normalmente el documento donde se consagran estos principios, y el instrumento para limitar el gobierno y garantizar la libertad de los ciudadanos, que además tiene un procedimiento especial de reforma y un guardián judicial que controla que ninguna autoridad o norma viole la Constitución.

Sobre el tema que nos ocupa, la Corte constitucional mediante sentencia T-1127 de 2001 dijo:

Ahora bien, los derechos del hombre, su existencia y su defensa han hecho modificar el sentido de varias relaciones del hombre: 1. La relación entre el poder y la libertad; 2. La relación entre el derecho y el deber, y 3. la relación entre el individuo y la sociedad (o el Estado). Antes se le daba la primacía al poder sobre la libertad, y sólo cuando se dio precedencia a la libertad sobre el poder surgieron los derechos y se pudieron garantizar; en el Estado despótico los individuos no tienen derechos sino deberes; en el Estado absoluto los individuos frente al soberano únicamente tienen derechos privados, y sólo en el Estado de derecho el individuo tiene ante el Estado no sólo derechos privados sino también derechos públicos, son entonces los denominados derechos públicos subjetivos los que caracterizan el Estado de derecho, que por lo demás le permiten al súbdito transformarse en ciudadano; el Estado de derecho es entonces el Estado de los ciudadanos.

Respecto de la relación entre individuo y sociedad (o Estado), es necesario recordar lo que dice Norberto Bobbio en su escrito intitulado “La revolución francesa y los derechos del hombre”:

Es necesario desconfiar de quien sostiene una concepción antiindividualista de la sociedad. A través del antiindividualismo han pasado todas las doctrinas reaccionarias. Burke decía: “los individuos desaparecen como som-

bras; sólo la comunidad es fija y estable”. De Maistre decía: “someter el gobierno a la discusión individual significa destruirlo”. Lamennais decía: “El individualismo destruye la idea de obediencia y del deber, destruye el poder y la ley”. No sería muy difícil encontrar similares citas en la parte de la izquierda antidemocrática. Al contrario, no hay ninguna constitución democrática, comenzando por la de la República italiana que no presuponga la existencia de individuos singulares, que tienen derechos en cuanto tales. Y cómo se podría afirmar que son “inviolables”, sino se presupone que, ¿axiológicamente, el individuo es superior a la sociedad de la cual viene a ser parte?⁴

En otro escrito de Norberto Bobbio, denominado *La herencia de la gran revolución*, refiriéndose al mismo problema dice:

Se trata nada menos de dar cuenta del nacimiento de la concepción individualista de la sociedad y de la historia, que es la antítesis radical de la concepción organicista, según la cual repitiendo una afirmación de Aristóteles, que sería repetida por Hegel, el todo (la sociedad) es anterior a sus partes. Volviendo al revés esta relación entre el todo y las partes, según la concepción individualista de la sociedad y de la historia, el individuo viene primero, la sociedad viene después. La sociedad es para el individuo, no el individuo para la sociedad... En una concepción orgánica de la sociedad, el objetivo de la organización política es la conservación del todo. No hay en ella puesto para los derechos que no sólo la preceden sino que pretenden directamente mantenerse fuera de ella y hasta de someterla a las propias exigencias... En una concepción orgánica de la sociedad las partes son en función del todo; en una concepción individualista el todo es el resultado de la libre voluntad de las partes.⁵

La segunda consideración por la cual las autoridades públicas están vinculadas por los derechos fundamentales es la de que el Estado moderno fue instituido para garantizarlos y protegerlos. Estos mandatos quedaron registrados en las declaraciones de independencia, en las Constituciones y en las cartas de derechos de las democracias constitucionales, como muestra de la victoria de éstas sobre los regímenes despóticos. Dos

⁴ Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, p. 116.

⁵ *Ibidem*, pp. 126 y 127.

ejemplos de la tradición constitucional norteamericana y francesa⁶ bastan para sustentar esta afirmación. Así, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, se dijo:

Nosotros abrazamos como verdades evidentes en sí mismas el que todos los hombres son creados iguales, que el Creador los dota con derechos inalienables, entre los cuales se hallan el derecho a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad [Que para asegurar estos derechos se instituyen los gobiernos entre los hombres],... que, cuando cualquier forma de gobierno se convierte en destructiva de esos fines, el pueblo tiene el derecho de alterarlo o abolirlo e instituir un nuevo gobierno, sustentando su fundación en principios, y organizando sus poderes de la forma que consideren más adecuada para su seguridad y felicidad.

Por su parte, en el artículo 2o. de la Declaración francesa del 26 de agosto de 1789, se consagró el mismo principio; veamos: “el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

De estas declaraciones pasaron a las Constituciones modernas. La Constitución colombiana de 1991 recoge, entre sus principios fundamentales, ese pilar de la democracia constitucional. Así, su artículo 2o. preceptúa que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”. Lo que se refuerza con el mandato instituido en el artículo 5o. de la carta, en el sentido de que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona.

Consideraciones que permiten concluir que la legitimidad de las autoridades públicas, y por ende del Estado, deriva del cumplimiento de estos mandatos, y que el respeto, cumplimiento y realización de los derechos fundamentales es un deber no sólo del legislador, del gobierno y de los jueces, sino de todas las autoridades.

⁶ Los textos completos en versión española de estos documentos pueden encontrarse en la página en internet de la Universidad de Oviedo: www.constitucion.rediris.es.

II. LA JUSTICIA COMO SUPREMO BIEN PREVALECE SOBRE LOS DEMÁS FINES DEL DERECHO

Según el jurista Gustav Radbruch,⁷ los fines del derecho son el bien común, la justicia y la seguridad jurídica. Lo ideal es que estos tres valores se den al mismo tiempo y que estén en permanente armonía. Estos fines no se encuentran, sin embargo, en una perfecta armonía, sino por el contrario, en un antagonismo muy acentuado, donde reinan fuertes antinomias. La preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros, no puede ser determinada por una norma superior —tal norma no existe— sino únicamente por la decisión libre y responsable de los hombres de cada época. Según este autor, el Estado de policía atribuía la preeminencia al bien común, y que nuevas épocas, al lado del bien común, reconocerán a la justicia un valor más grande que el que les atribuye el tiempo presente.

Para Radbruch la seguridad no es un valor absoluto, primordial como la justicia. Pues la primera sólo busca evitar la incertidumbre del derecho en vigor, es decir, la seguridad contra las modificaciones del derecho arbitrarias. Por esa razón, por ejemplo, a menudo lo que en interés de la seguridad es *summum ius*, bajo el ángulo del bien común, es *summa injuria*. La justicia en cambio —y aquí el autor sigue a Aristóteles—⁸ exige que en derecho los hombres y los hechos agrupados, según categorías más o menos vastas, sean tratados sobre un pie de igualdad.

Por ello, estima el autor de “los fines del derecho” que una cosa “introduce el desorden en sociedad porque es injusta”.⁹ De manera que para que haya seguridad primero debe reinar la justicia, que es justamente la condición *sine qua non* para la seguridad. ¿Qué pasa si la justicia y la seguridad no están en armonía; si chocan? ¿Qué debe hacer el jurista si encuentra la justicia está en conflicto con la seguridad? Radbruch no duda en afirmar que se debe salvar la justicia y sacrificar la seguridad de suer-

⁷ Al respecto pueden consultarse sus obras: *Los fines del derecho*, México, UNAM, p. 65, y *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis.

⁸ En efecto, sobre este aspecto estima este pensador que: “...parece que la justicia es igualdad, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales. Y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”. *Cfr. Política*, Madrid, Gredos, 1988, p. 174.

⁹ Radbruch, G., *op. cit.*, nota 7, p. 60.

te que al presentarse una antinomia entre la justicia y la seguridad debe dársele primacía a la justicia. Varios son los ejemplos que pueden encontrarse en nuestro orden jurídico, tema que desarrollaremos en el siguiente apartado.

Quiebre de la seguridad jurídica en aras de mantener la justicia

La quiebra del principio de la seguridad jurídica o de una de sus modalidades, como es la cosa juzgada, se produce en el derecho con el fin de salvaguardar otros valores como la justicia o la paz. Algunos ejemplos nos permiten demostrar la verdad de nuestro aserto. En efecto, el recurso extraordinario de revisión, la favorabilidad en materia penal, así como la existencia de la Corte Penal Internacional son ejemplo de ello, tal como se explica a continuación.

Respecto a la procedencia del recurso —ahora acción— extraordinario de revisión contra sentencias ejecutoriadas, es evidente que se enfrenta contra el principio de la cosa juzgada, que implica la intangibilidad de los fallos judiciales. Pero como quiera que estas decisiones pueden edificarse sobre errores, por la naturaleza falible de los jueces, que riñen con la justicia, se ha contemplado que la seguridad jurídica, en este evento representada por la cosa juzgada, ceda ante la consecución de un fin más elevado, como es la justicia.

A nadie se le ocurriría que debe seguir condenada y presa una persona acusada de homicidio cuando aparece viva la persona a quien se creía muerta, por la única razón de que contra el presunto homicida existe ya una sentencia ejecutoriada, con la fuerza de cosa juzgada. Para todos es claro que se debe romper la cosa juzgada y hacer primar la justicia sobre la cosa juzgada.

Si una persona se encuentra condenada mediante sentencia definitiva y está pagando la pena y luego sale una ley posterior que dice que esa conducta ya no está considerada como delito; el condenado recupera inmediatamente su libertad, en aplicación del principio de favorabilidad (artículo 29 del CP) que no es más que una modalidad del valor justicia, y ninguna persona sostendría la tesis de que como ya estaba condenada y existía la cosa juzgada debe seguir en prisión, pues lo justo es que si la sociedad ha considerado que eso ya no es delito, también el condenado recupere su libertad. Aquí la justicia se impone a la seguridad jurídica.

Igual sucede con la Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma.¹⁰ La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. Así, la Corte tendrá competencia, de conformidad con su Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio.
- b) Los crímenes de lesa humanidad.
- c) Los crímenes de guerra.
- d) El crimen de agresión.

Como lo dijo la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia en que se estudió la constitucionalidad de la Ley aprobatoria del Estatuto de Roma (ER), cuando a pesar de que en la jurisdicción interna exista cosa juzgada sobre el asunto denunciado ante la Corte Penal Internacional, y tal circunstancia se haya presentado con el propósito de sustraer al responsable de la competencia de la Corte (artículo 17. 1, literal c), en concordancia con el artículo 20.3 del ER, mediante un proceso aparente, o por un procedimiento interno adelantado por un tribunal que no cumple con los requisitos de imparcialidad e independencia y que “bajo las circunstancias” actuó de manera inconsistente con el deber de traer a la persona de que se trate ante la justicia, la Corte Penal Internacional podrá ejercer su jurisdicción sobre dicho asunto, y declarar la admisibilidad del caso.

Ante la gravedad de los crímenes investigados y las irregularidades cometidas para investigarlos y juzgarlos, la cosa juzgada así obtenida no puede aspirar al amparo del orden jurídico, tanto interno como internacional, pues la conciencia de la humanidad repudia esas actuaciones. De suerte, que es preciso que las sentencias así obtenidas, bien por que se absolvió a los culpables o se condenó a los inocentes, sean desechadas o modificadas con el objeto de hacer realidad, por un lado, el juzgamiento y condena de los responsables de esos crímenes atroces y, por otro, la efectividad y realización de la justicia.

¹⁰ Fue hecho en esta ciudad el 17 de julio de 1998. El cual fue aprobado e incorporado al derecho interno colombiano por la Ley 742 del 5 de junio de 2002. La Corte Constitucional ejerció el control previo de constitucionalidad mediante la Sentencia C-578 de 2002, MP: doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

Todos los eventos que hemos señalado muestran como el género seguridad jurídica y su especie, la cosa juzgada, deben ceder ante otros valores como la justicia y si esto es así ¿no deben ceder también ante los derechos fundamentales?

III. LOS ARGUMENTOS CONTRA EL AMPARO O LA TUTELA FRENTE A PROVIDENCIAS JUDICIALES NO SON MÁS QUE FALACIAS

En la lógica existe una diferencia entre sofisma y falacia; el primero es un razonamiento equivocado por no conocer las reglas del correcto pensar, la falacia es también un razonamiento errado hecho con la intención de engañar al contradictor o al receptor del mensaje.

1. *El argumento de la seguridad jurídica*

Ya hemos demostrado como la filosofía del derecho lo desmiente, y si fuéramos a extender sus consecuencias tendríamos que concluir que todos los procesos deberían ser de única instancia, pues no se debería romper la sentencia de primera instancia. Tampoco deberían existir recursos extraordinarios como la revisión o la casación, porque rompen la cosa juzgada, y, en consecuencia, debería desaparecer el tribunal de casación.

2. *El argumento de la jerarquía*

¿Qué juez de inferior jerarquía osa romper una sentencia de la Corte Suprema? En la rama judicial no hay jueces de superior e inferior jerarquía, no hay relación de jerarquía, lo que existe es diversidad de competencias. Lo que caracteriza la rama judicial es precisamente que no puede haber órdenes o instrucciones de un juez sobre otro; es la independencia de los jueces. En la rama judicial no hay jerarquías lo que existe son competencias diversas.

IV. LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Consecuente con los principios que establecen la efectividad y primacía de los derechos fundamentales, el Constituyente Colombiano de 1991

instauró la acción de tutela. Así, el artículo 86 de la carta señala que toda persona tendrá acción de tutela para solicitar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Este concepto de “autoridad pública” comprende todas las ramas del poder público y demás órganos que integran el Estado. La Constitución no contempla excepción alguna. De ahí que no sea válido entrar a diferenciar donde no lo hizo el Constituyente. Es más, conforme los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente queda claro que su voluntad estuvo dirigida a que la tutela procediera contra las actuaciones de todas las autoridades públicas.

Así, al interior de dicha Asamblea fue negada reiteradamente la propuesta que buscaba restringir la expresión “autoridades públicas”, que aparece en el texto del artículo 86 de la Constitución, de manera que sólo cobijara a las “autoridades administrativas”. En el proyecto de articulado presentado por la Comisión I a la Plenaria¹¹ no se acogió la pretendida limitación del alcance del derecho de amparo o de la acción de tutela a las autoridades administrativas y, por el contrario, adoptó la fórmula amplia de incluir como sujeto pasivo de dicha acción a cualquier autoridad pública, incluidos los jueces. Igualmente, en el curso del segundo debate en Plenaria, se presentó una propuesta sustitutiva en el sentido de restringir a las acciones u omisiones de las autoridades administrativas la interposición de la acción de tutela cuando éstas vulneren o amenacen vulnerar los derechos fundamentales, la cual fue nuevamente derrotada al aprobarse definitivamente el actual artículo 86 de la Constitución Política.¹²

Esta postura es consecuente con la búsqueda de la protección plena de los derechos fundamentales. Porque es evidente que si todas las autoridades pueden vulnerarlos, entonces la acción de tutela debe proceder contra todas ellas para corregir las actuaciones que los amenazan o vulneran.

¹¹ *Gaceta Constitucional*, núm. 23; proyecto núm. 67, artículo 62; constituyentes Misael Pastrana Borrero, Augusto Ramírez Ocampo, Carlos Rodado Noriega, Hernando Yepes Alzate y Mariano Ospina Hernández.

¹² Propuesta sustitutiva presentada por los honorables constituyentes Hernando Yepes Arcila, Rodrigo Llorente Martínez, Carlos Rodado Noriega, Mariano Ospina Hernández y María Garcés Lloreda. *Gaceta Constitucional*, núm. 142, p. 18.

1. *Breve reseña de la protección de los derechos fundamentales*

Durante mucho tiempo se consideró que sólo el gobierno podía violar los derechos fundamentales; *a contrario sensu* ni los jueces ni los legisladores podían dañar o atentar contra los derechos fundamentales.

La Segunda Guerra Mundial y la experiencia nazi-fascista demostraron a la humanidad que también los legisladores, los parlamentos podían violar los derechos fundamentales. Muchas de las leyes de estos regímenes, como las leyes racistas u otras, demostraron que los congresos podían expedir leyes violatorias de los derechos humanos, suprimirlos o anularlos. Cuando Hitler impedía que el miembro de la raza aria se casara con la mujer judía de la “raza inferior”, no era sólo producto de su concepción equivocada de la sociedad y del Estado sino también en aplicación de una ley que prohibía esos matrimonios.

Después de la Segunda Guerra Mundial fue claro que también el legislador podía violar los derechos de los hombres, y desde entonces se le dio a los tribunales constitucionales el poder para anular la ley que los suprimiera.

Definir un derecho como fundamental implica ponerle un límite al legislador, de tal manera que ni siquiera el legislador puede tocar su núcleo esencial. El núcleo esencial de un derecho fundamental no puede ser tocado por el legislador, y si lo hace, el tribunal constitucional puede y debe declarar inconstitucional esa ley. En términos breves, se define como núcleo esencial de un derecho aquello que lo caracteriza y lo hace tal, y sin lo cual deja de serlo o se convierte en otra cosa distinta.

Otro avance en materia de protección de los derechos fundamentales, después de la Segunda Guerra Mundial fue que estos derechos podían protegerse no sólo frente al estado sino también ante los particulares; dicho de otra manera, también los particulares podían violar los derechos fundamentales y era necesario garantizarlos, asimismo, frente a ellos. Esta protección se refiere, en primer lugar, al propio legislador y, en segundo lugar, a los jueces, cuando el primero no lo ha hecho. Esto es lo que explica que la tutela procede igualmente contra particulares.

Definido que los gobiernos pueden quebrantar los derechos fundamentales, que el legislador puede transgredirlos, así como los particulares y que es deber del tribunal constitucional protegerlos, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿pueden los jueces violarlos y deben garanti-

zarse frente a los jueces? La respuesta es que sí pueden conculcarlos y que deben protegerse frente a ellos.

Si aceptamos que los derechos fundamentales no pueden contra las providencias de los jueces, debemos concluir que no pueden contra todo el Estado, que los derechos de los ciudadanos no valen ante los jueces, y que el Estado no está al servicio del individuo, sino que éste está sometido a aquel; que el núcleo esencial de los derechos puede ser infringido por los jueces.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se llegó a la conclusión de que también los jueces podían quebrantar los derechos inalienables de las personas. La experiencia constitucional alemana española así lo atestiguan, conforme se explicará a continuación.

2. *En Alemania y España la acción de amparo de los derechos fundamentales procede contra las providencias judiciales*

La ley fundamental de la República Federal de Alemania¹³ ordena que “toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial...”, (artículo 19-4o.). Como puede observarse, la norma se refiere en general al “poder público”, sin hacer distingo alguno. Lo que no ha generado ningún desacuerdo en ese país, pues es de común aceptación que todos los órganos del Estado en cuanto están investidos de autoridad pueden desconocer los derechos fundamentales. El profesor Hans Peter Schneider¹⁴ no deja duda al respecto, veamos.

[D]ado que por consiguiente los derechos fundamentales pueden ser vulnerados por resoluciones del poder judicial, se le concede al particular incluso el recurso de amparo contra decisiones judiciales una vez agotadas todas las vías jurídicas.¹⁵

Según esto los tribunales concretamente tienen que tener en cuenta, en la interpretación y aplicación del derecho común, especialmente en la de

¹³ La Constitución alemana fue acogida en la ciudad de Bonn el 23 de mayo de 1949.

¹⁴ *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Citado en el Boletín Jurisprudencial Séptimo: Vía de Hecho. *Trabajo de compilación realizado por el doctor Iván Humberto Escrucería Mayolo*, relator de constitucionalidad de la Corte Constitucional.

¹⁵ Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 81, 134, 139.

las cláusulas generales, los contenidos normativos de los derechos fundamentales. Si un tribunal no sigue estas directrices viola, como órgano estatal y sujeto del poder público, la ley fundamental, su sentencia debe ser revocada por el Tribunal Constitucional Federal a través de un recurso de amparo.

[P]uesto que también la jurisdicción, al igual que todo poder público, esta sometida directamente a los derechos fundamentales, como consecuencia obligada de este efecto vinculante se puede iniciar el camino de Karlsruhe (recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal) incluso contra las más elevadas sentencias judiciales, de modo que al Tribunal Constitucional Federal le coresponde prácticamente el papel de una “súper instancia de revisión.

En Alemania el recurso de amparo puede interponerse contra todo acto del poder público que viole un derecho fundamental (ley, acto administrativo o sentencia judicial). Como existe, igual que en Colombia el principio de subsidiaridad de la tutela, el ciudadano debe agotar la vía judicial dentro de la jurisdicción respectiva (civil, penal, laboral, contenciosa administrativa), antes de acudir a la corte constitucional. Agotada esa posibilidad puede tutelar ante la Corte en el plazo de un mes, contado desde la notificación de la sentencia de última instancia. Excepcionalmente es posible tutelar sin agotar la vía judicial cuando el asunto tiene trascendencia general o la remisión a la vía judicial implique un perjuicio grave e irremediable.

En el caso español, la Constitución de 1978, siguiendo la Ley Fundamental de Bonn, empieza por establecer que “[l]os derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Presente Título (se refiere a los derechos libertades de que tratan los artículos 14 al 52 de la CE) vinculan a todos los poderes públicos” (artículo 54-1). En el siguiente numeral se establece la tutela y la acción de amparo, para que toda persona pueda recabar la protección de sus libertades y derechos, cuando sean desconocidos por cualquier autoridad pública. De manera que en el orden jurídico español la acción de amparo constitucional procede contra las decisiones de los jueces, pues ellos también están vinculados por los derechos fundamentales.

Como puede apreciarse en estos dos ordenamientos existe la acción de amparo o de tutela para la protección de los derechos fundamentales, a fin de asegurar su garantía efectiva, conforme lo establecen sus textos constitucionales.

V. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ANTE EL MISMO JUEZ QUE LOS VIOLA

Como la tutela o recurso de amparo ante la Corte Constitucional es subsidiaria, es necesario agotar previamente la vía judicial correspondiente (civil, penal, etcétera). Existe, por otro lado, el deber de cada juez, dentro de cada proceso ordinario, de velar por la observancia y protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, es posible que el juez ordinario no garantice, dentro del proceso correspondiente, los derechos fundamentales o, lo que es más grave, que sea el propio juez quien en el proceso ordinario los viole.

Quien no ha protegido un derecho fundamental o lo ha violado, es muy difícil que confiese su violación, pues nadie confiesa que no protegió o vulneró un derecho, y mucho menos en un incidente especial decidido por el mismo juez que los vulneró.

El hecho de que los jueces, dentro de los procesos ordinarios, no siempre garanticen y respeten los derechos fundamentales, es una realidad no sólo en Colombia sino también en países con más tradición jurídica como es el caso de Alemania.

Por lo tanto, los tribunales contencioso-administrativos, los tribunales civiles, los tribunales penales, etcétera, tienen mucho más que hacer que limitarse a la tutela de los derechos fundamentales, lo que ha supuesto que en la práctica los tribunales “específicos” se hayan concentrado intensamente en el derecho ordinario (por debajo del rango constitucional), o que no hayan conseguido diferenciar claramente entre derecho ordinario y derecho constitucional, en particular en lo que respecta a los derechos fundamentales. En realidad, los tribunales “específicos” se concentran en sus correspondientes ramas del derecho, es decir, en la tutela jurídica del derecho administrativo, del derecho penal, del derecho civil, del derecho social, del derecho fiscal, etcétera. La consecuencia práctica es que los tribunales “específicos” no siempre han prestado la necesaria atención a los derechos fundamentales.

Por lo anterior, debe garantizarse, a pesar de todo, una conveniente protección de los derechos fundamentales en su más amplio sentido. A tal fin, el Constituyente ha creado la Corte Constitucional Federal, declarando que la tutela de los derechos fundamentales es su función primordial, y disponiendo del recurso de amparo como procedimiento requerido para invocar dicha tutela. La Corte Constitucional Federal intenta cumplir su co-

metido protegiendo directamente los derechos fundamentales cuando, a su parecer, los tribunales “específicos” no lo hayan hecho adecuadamente.¹⁶

Se establece una importante diferencia entre la Corte Constitucional Federal y los tribunales específicos, a saber: las distintas escalas de control jurisdiccional. La escala del control de los tribunales específicos, cuyo cometido es la tutela de los derechos fundamentales y de los derechos subjetivos “simples” del derecho ordinario, se circunscribe a ambos niveles jerárquicos: el derecho constitucional y derecho ordinario. Por el contrario, la Corte Constitucional Federal establece la distinción entre derecho ordinario y derecho constitucional, con el fin de eliminar el primero de dichos niveles jerárquicos y, así, hacer de la constitucional su única escala de control.¹⁷

Para garantizar una protección de los derechos fundamentales de alta calidad, la Corte Constitucional Federal ha declarado el principio fundamental de proporcionalidad o principio de prohibición del exceso (de poder), como parte de los principios informadores del Estado de derecho y de los derechos fundamentales. Así, pues, el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional y se incluye en la escala del control judicial de la Corte Constitucional Federal. De este modo, la Corte puede examinar en cada acto en cuestión, si ese acto administrativo persigue un fin legítimo, si es idóneo para alcanzar dicho fin, si esa acción es imprescindible (o si hay otra acción igualmente válida pero que afecte menos al sujeto titular de los derechos fundamentales), y si la acción estatal es adecuada, es decir, si es equitativa la ponderación entre la intensidad de la carga para el titular del derecho fundamental, por un lado, y el peso del beneficio jurídico que pretende preservar el Estado con su actuación, por otro.¹⁸

El ejemplo anterior muestra como la protección ante los jueces ordinarios no es suficiente y se hace necesaria la del tribunal constitucional.

VI. UN TEMA DE PSICOLOGÍA JUDICIAL Y COMPETENCIAS NORMATIVAS

Los juristas tenemos varios principios para resolver antinomias normativas: la norma de superior jerarquía se impone a la de inferior jerarquía (principio de jerarquía); la norma especial prima sobre la general

¹⁶ Ibler, Martín, “La protección de los derechos fundamentales por los tribunales federales «específicos» y por la Corte Constitucional Federal”, *Memorias del Seminario Internacional de Derecho Alemán*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, p. 114.

¹⁷ *Ibidem*, p. 115.

¹⁸ *Ibidem*, p. 117.

(principio de la especialidad); la norma posterior deroga la anterior (*lex posterior deroga lex anterior*).

Otra de las maneras de resolver antinomias es mediante el principio de la competencia; esto aparece claro en sistemas jurídicos como el federal, donde el poder central tiene unas competencias diversas a las que tienen los estados miembros, de modo que si un estado miembro tiene una competencia que no tiene la Federación y dicta una norma jurídica en desarrollo de esa competencia y, por otro lado, el Congreso Federal dicta una ley federal sobre el mismo tema respecto del cual no tiene competencia, se debe aplicar la norma del estado y no la ley federal. A pesar de que la ley federal es de mayor jerarquía, sin embargo hay que aplicar la norma de inferior jerarquía, pues la dicto el órgano competente. El principio de la competencia rompe muchas veces el principio de jerarquía.

Lo mismo sucede en materia de derechos humanos: quien tiene la competencia para proteger y definir en última instancia (y como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional) los derechos fundamentales es la Corte Constitucional y no la Corte Suprema o el Consejo de Estado; esa competencia se la dio el constituyente, como se la dio el constituyente alemán o español a sus respectivos tribunales constitucionales. En esos dos países es claro que la competencia última en materia de protección de los derechos fundamentales es del tribunal constitucional, y así es aceptado pacíficamente por los otros órganos judiciales, por todo el Estado y todos los ciudadanos sin que genere ningún conflicto.

En nuestro país, de manera equivocada, el tema se ha planteado como un tema de jerarquía, lo que genera el rechazo de quienes se sienten en la “cúspide del Poder Judicial”. Dentro de la rama judicial no existe jerarquía de ningún juez sobre otro (ya que su principio basilar es la independencia de los jueces) ni de la Corte Suprema sobre el juez más humilde ni del Consejo de Estado sobre ningún tribunal administrativo; lo que hay son competencias diversas.

El día que se entienda que la función de la Corte Constitucional en defensa de los derechos fundamentales es una competencia que le asigno el Constituyente, para evitar la violación de los derechos de los ciudadanos, aun por los jueces, se entenderá por los magistrados de las altas cortes que ellos no son ni superiores ni inferiores a ningún otro juez sino que tienen competencias diversas.

El Tribunal Constitucional tiene competencia par interpretar la Constitución; para decir que es constitucional o no, y para defender los derechos fundamentales. El juez de casación para interpretar la ley. En el Estado de derecho el orden jurídico se construye e imputa por grados, y la ley se somete a la Constitución. Sería absolutamente absurdo que la Constitución se sometiera a la ley. Lo ideal es que no existiera conflicto entre Constitución y ley; pero si existe una antinomia entre las dos, no hay duda que la Constitución debe prevalecer sobre la ley.

VII. SÍNTESIS

Podemos afirmar que la protección de los derechos fundamentales se debe hacer frente a los particulares y ante todo el Estado, y cuando decimos todo nos estamos refiriendo a todos sus órganos, incluidos los judiciales, pues de no ser así, los derechos no estarían suficientemente salvaguardados.

La protección ante el mismo juez que violo el derecho fundamental o no lo reconoció no es suficiente protección para los derechos, ya que el tema no es de jerarquías sino de competencias

Si bien la seguridad jurídica y su manifestación en la cosa juzgada son valores importantes del derecho, se hace necesario romperla cuando entra en conflicto con otros valores como la justicia o la protección de los derechos fundamentales.

Debemos manifestar que no hay cosa juzgada contra la Constitución.

No puede existir choque de trenes cuando un tren, la Corte Constitucional, corre por el carril más alto: el de la Constitución, y el otro corre por uno de inferior jerarquía, la ley.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO RENTERÍA, Jaime, *Teoría de la Constitución*, Bogotá, Ecoe-Corte Constitucional de Colombia, 1996.
- HAURIUO, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Barcelona, Ariel, 1971.
- IBLER, Martín, “La protección de los derechos fundamentales por los tribunales federales «específicos» y por la Corte Constitucional Fede-

- ral”, *Memorias del Seminario Internacional de Derecho Alemán*, Bogotá, Universidad Santo Tomás,
- GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Tecnos, 1987.
- RADBRUCH, Gustav, *Los fines del derecho*, México, UNAM, 1982.
- , *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1998.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 1997.
- SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.