

ESTADO SOCIAL DE DERECHO E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA¹

Javier TOBO RODRÍGUEZ²

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De un Estado de derecho a un Estado social de derecho*. III. *El Estado social de derecho en Colombia*. IV. *Estado social de derecho e impartición de justicia*. V. *Mecanismos para la defensa de los derechos de la persona*. VI. *Acción de tutela contra resoluciones judiciales*. VII. *Acción de tutela contra particulares*. VIII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del 7 de julio de 1991³ los colombianos tenemos vigente una Constitución política que ha transformado profundamente nuestras instituciones, convirtiendo el medio jurídico nacional en una especie de “laboratorio constitucional”, en el que desde esa fecha se vienen haciendo hallazgos, innovaciones, adecuaciones y, debe reconocerse, transplantes de instituciones que han tenido origen en sistemas jurídicos foráneos.

Con apenas tres años de vigencia, la carta fundamental ha permitido a sus intérpretes establecer los lineamientos dentro de los cuales el “nuevo país”⁴ actuará para el logro de los fines señalados al Estado. En el futuro el comportamiento de gobernantes y gobernados deberá adecuarse a la naturaleza del Estado social de derecho, proclamado por el artículo 1 de la Constitución, lo que implica, para los encargados de velar por la integridad y supremacía de

1 Ponencia presentada en el Quinto Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional realizado entre los días 3 y 6 de octubre de 1994, en Querétaro, México.

2 Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional. Profesor de pregrado en las universidades Externado de Colombia y Santo Tomás; de posgrado en derecho público en la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Especialización en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad Libre.

3 Corte Constitucional, Sentencia C553 de octubre 8 de 1992. Magistrado Ponente doctor Jaime Sanín Greiffenstein. En ella se estableció que si bien las tareas de la Asamblea Nacional Constituyente concluyeron el 4 de julio de 1991, el texto final fue promulgado el 7 de julio de 1991 y sólo a partir de esta fecha comenzaron a tener vigencia sus normas.

4 Este concepto debe entenderse como el resultado de la reforma constitucional de 1991. El “nuevo país” significa lo opuesto a los vicios existentes merced a la Constitución derogada.

la norma superior, no solo controlar el ejercicio regular de las funciones encomendadas a los diversos órganos estatales, sino, además, corresponder a las expectativas de una sociedad que evoluciona a grandes pasos.

El cambio en las instituciones colombianas obedece a un proceso rápido y perceptible de evolución social, generado, en buena medida, por las mismas causas que motivan la dinámica existente en los Estados latinoamericanos. Así, hemos pasado, merced a la modificación constitucional, de una sociedad que consideraba al Estado como la entidad a la cual el individuo debía servir, a una en la que se piensa que es aquél quien se encuentra al servicio de la persona humana.

La nueva naturaleza del Estado colombiano implica que las funciones por él realizadas deben adecuarse a lo que conceptualmente significa ser un Estado social de derecho. Las ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial del poder público, los órganos de control, la organización electoral y el banco emisor, han de asumir un comportamiento acorde con la modificación.

En cuanto a la impartición de justicia se refiere, los jueces colombianos vienen asimilando paulatinamente la transformación institucional, produciendo a diario decisiones que para muchos resultan exóticas, pero que en realidad son la expresión real y viviente de lo que es el “nuevo Estado colombiano” Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración, pues él es portador de la visión institucional del interés general.

El juez, a través de sus decisiones, pone en relación los principios y normas constitucionales con la ley y con los hechos, y en desarrollo de su actividad ejerce una discrecionalidad interpretativa que limita el sentido político de los textos constitucionales así, la legislación y la decisión judicial se constituyen en procesos de creación de derecho.⁵

En este orden, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias y por lo mismo deberán abandonar la labor mecánica consistente en buscar la norma que permita dirimir un litigio, a fin de propiciar con sus fallos las condiciones requeridas para conjurar las causas de las controversias

Lo anterior resulta acorde con el sentido actual que tienen los derechos fundamentales, anteriormente considerados límites al ejercicio del poder, hoy convertidos en directivos de la actividad estatal.

II. DE UN ESTADO DE DERECHO A UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El auge del liberalismo político, el predominio de la clase burguesa y la economía capitalista, sirvieron de escenario para la aparición, desarrollo y perfeccionamiento del Estado de derecho. En la base de su filosofía social y jurídica se encontraba el respeto por los derechos del hombre y del ciudadano, concebidos en forma individualista. En el campo industrial, comercial, financiero y político, los cimientos estaban dados por la libertad individual.

Esta forma de concebir el Estado dio origen a toda una serie de principios que sirvieron como salvaguarda intemporal a los individuos, para defender derechos y privilegios por los cuales venían luchando de tiempo atrás.

El Estado de derecho surge con el sometimiento del poder público a un ordenamiento jurídico, aparecido luego de varios procesos revolucionarios, entre los cuales debe darse especial relevancia a la Revolución francesa, toda vez que con ella vieron la luz muchos de los principios e instituciones sobre los cuales se han construido los Estados modernos.

Fue así como con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, se sentaron las bases del Estado de derecho, al establecer en el artículo 16 *“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”*.

A partir de allí ha quedado claro que la existencia de un estado de derecho requiere, como mínimo, garantía de los derechos y separación de los poderes, factores que a su vez condicionan la vigencia de la Constitución.

Significa, entonces, que en un Estado de derecho debe haber una Constitución ubicada en la cúspide de la jerarquía normativa, que organice los poderes en ramas y contenga un catálogo de derechos reconocidos en favor de la persona, al lado de los cuales han de señalarse las garantías o medios para su protección.

Además, entre las notas características del Estado de derecho se mencionan la sujeción de la administración pública a la ley, un gobierno representativo del pueblo, una opinión pública libremente organizada y un sistema apropiado y eficaz de recursos jurisdiccionales y administrativos para la defensa de los particulares frente a las arbitrariedades del poder público.⁶

Para el caso colombiano, la Constitución Política de 1886, derogada en 1991, contenía todos los elementos requeridos para que pudiera predicarse la existencia de un Estado de derecho. Aunque con ella no se declaraba textual-

mente que Colombia fuese un Estado de derecho, sí se encontraban en sus normas las características que le son propias, como puede observarse al realizar una interpretación valiéndonos para ello del método sistemático. Veamos:

El artículo 2 determinaba “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”. Por su parte, el artículo 55 de la misma codificación establecía “Son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los Fines del Estado”.

A las ramas del poder público se les sometía a la legalidad al disponer en el artículo 63 “No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, en concordancia con la responsabilidad que precisaba el artículo 20 de la siguiente manera: “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por la infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por las mismas causas y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”.

La obligación genérica de proteger los derechos de las personas se encontraba en el artículo 16, de acuerdo con el cual “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

La competencia para hacer las leyes, según el artículo 76, estaba a cargo de la Rama Legislativa “Corresponde al Congreso hacer las leyes (...)”, al paso que, según lo preceptuaba el artículo 120 “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa: (...) Promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento (...)”. Por último, una Rama Judicial integrada por el Consejo de Estado (artículo 136) y por la Corte Suprema de Justicia (artículo 147).

Mediante una interpretación sistemática de la Constitución Política de 1886 se evidenciaba la existencia de un Estado de derecho, convertido por los destinatarios de las normas, gobernantes y gobernados, en una fría elaboración de esquemas, de organización del poder en ramas, creación de controles, de garantías ciudadanas formales, sin que existiera la obligación real de ofrecer protección a los derechos enunciados en la Carta.

Ante esta realidad, se hizo necesario introducir al constitucionalismo colombiano el concepto de Estado social de derecho, novedoso para nosotros, pero común en las instituciones del derecho público de otros Estados. El cam-

bio significa la transformación de un Estado formal de derecho en un Estado material de derecho.

El Estado solamente es legítimo ante la conciencia de los hombres por los fines que se propone y realiza, como también por los valores que encarna y defiende. Los conceptos de dignidad y libertad del hombre, en el Estado social de derecho, son reconocidos y respetados, pero sacándolos de la esfera abstracta y formalista, para situarlos en un contexto existencial, pues a nada sirve, por ejemplo, la igualdad formal ante las notorias desigualdades materiales.

Con esta concepción del Estado se procura modificar el sentido de las garantías individuales, toda vez que antes se hacía énfasis en la justicia conmutativa y en el derecho privado, mientras que ahora se pretende aplicar una justicia distributiva y social.

Este concepto fue institucionalizado por la República Federal Alemana, que en el artículo 20 de su Constitución dispuso “Principios constitucionales y derecho a la resistencia.

(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”.

La Constitución francesa de 1958, en su artículo 2º, establece “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social” .

El artículo 1 de la Constitución española preceptúa “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

En América Latina, la Constitución Política del Perú, sometida a consulta en referéndum el 31 de octubre de 1993, dispone en su artículo 43 “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”.

El Estado social de derecho representa un mandato al Estado para la búsqueda, consecución y preservación de la justicia social, con el fin de suministrar a la persona humana condiciones dignas de convivencia. Con él se pretende desarrollar la condición humana en la vida en comunidad, añadiendo nuevos derechos sociales, económicos, políticos y colectivos, acordes con la necesidad de proteger a la persona.

En la elaboración del concepto de Estado social de derecho influyó notablemente el eminente jurista y politólogo alemán Hermann Heller, quien, preocupado por los avances del nazismo en su país, que significaron para él su destierro y muerte en 1934, consideraba que no debía destruirse lo bueno del Estado liberal de derecho, sino transformarlo para darle un contenido económico y social, capacitándolo para resolver los conflictos laborales y lograr una mejor distribución de las riquezas.

En sus propias palabras

La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso al Estado del mismo modo que el aumento del tráfico urbano hasta un cierto grado reclama una regulación del mismo, e incluso órganos especiales de policía de tráfico, así también el desarrollo de la civilización hace precisa una organización estatal cada vez más diferenciada para el establecimiento, aplicación y ejecución del derecho.⁷

Sin embargo, se menciona también como precursor del Estado social de derecho a Lorenz Stein, quien en 1850 afirmaba, en su *Historia del Movimiento Social*, que había pasado la época de las revoluciones y de las reformas políticas, y comenzaba la de las reformas sociales. Ante las injusticias causadas por el libre juego de las fuerzas económicas, consideraba que correspondía al Estado actuar, para evitar, con las reformas sociales, las posibles revoluciones.⁸

El Estado social de derecho pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, proteger la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos. Es el compromiso social que implica la ampliación de la igualdad y la libertad como tarea del Estado con él se adopta el principio de dignidad, valor supremo de la persona humana materializado en supuestos socioeconómicos. La dignidad es una condición para el ejercicio de la libertad, a partir de la igualdad material de los hombres.

III. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

La Constitución de 1991 define a Colombia como un Estado social de derecho. Esa es la fórmula política adoptada por el Constituyente y el fin político que debe guiar al intérprete en la búsqueda del contenido, alcance y sentido del ordenamiento jurídico

Al rastrear los fundamentos y fines esenciales del Estado social de derecho en Colombia, encontramos que con la Constitución de 1991 se retoman y afirman muchos de los principios que aparecían en la Carta anterior. Así, la vida, la libertad, el trabajo, la educación, la propiedad, la igualdad, la seguridad jurídica y la democracia representativa, entre tantos derechos, se mantienen y amplían en su concepción y garantías. Pero a su lado surgen nuevos valores

⁷ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 249.

⁸ González Uribe, Héctor, *op. cit.*, p. 129.

como la dignidad humana, la solidaridad, la promoción de la prosperidad general, el pluralismo, la democracia participativa, la moral social, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la norma superior, que aseguran la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La Constitución de 1991 consagra de manera expresa y clara la existencia de un nuevo concepto de Estado. El artículo 1 establece “Colombia es un Estado social de derecho...”, postulado que irradia todo el ordenamiento jurídico.

A la entidad estatal, en el artículo 2, le son señalados como fines esenciales

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La búsqueda de estos fines necesariamente requiere ampliar la órbita de atribuciones del gobernante, pero, lógicamente, no de manera absoluta, sino correlativa al cumplimiento de tales propósitos.

El artículo 3 determina que “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. Se consagra así la democracia participativa y la consecuente habilitación a los ciudadanos para ejercer, directamente, acciones en defensa de sus derechos públicos subjetivos, como también en pro del orden constitucional y legal.

El artículo 5 preceptúa “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. De esta manera el Constituyente señaló la superioridad jerárquica de los derechos inherentes al ser humano.

1. Los fundamentos del Estado social de derecho

El primer fundamento del Estado social de derecho en la norma superior colombiana, es la dignidad de la persona humana, concepto que se erige como columna vertebral de las constituciones de Alemania (artículo 1), Italia (artículo 2) y Perú (artículo 1), para sólo mencionar algunas de ellas.

El segundo fundamento de la República es el trabajo, que se define como un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Además, según el artículo 25, toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

El tercer fundamento del Estado social de derecho es la *solidaridad*, que se refleja en: El preámbulo, que propugna por asegurar a los integrantes de la nación la convivencia dentro de un marco jurídico, que garantice un orden social justo; en el artículo 1, como principio fundante de la República; en el artículo 2, cuando se establece que hacen parte de los fines del Estado la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; El artículo 25, en la función social que tiene el trabajo; en el artículo 48, de acuerdo con el cual la seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad; en el artículo 5, al señalar que la propiedad es una función social que implica obligaciones; en el artículo 95, numeral 2, relativo a los deberes de la persona y del ciudadano, se encuentra el de obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; En el artículo 333, sobre la libertad de empresa, al manifestar que ésta tiene una función social que implica obligaciones.

El cuarto fundamento del Estado social de derecho es la *prevalencia del interés general*, que constituye una “hipoteca social” que vincula por igual a todos los integrantes de la comunidad.

La República se funda en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Sobre estas cuatro columnas se pretende construir, día tras día, el Estado social de derecho colombiano.

Su legitimidad radica en la capacidad para resolver los problemas y conflictos sociales desde la perspectiva de la justicia social, inspirada en la dignidad de la persona, es decir, la capacidad del Estado para cumplir su fin de ordenamiento social, de servicio efectivo a la sociedad. Por lo tanto, la organización y forma de actuación del Estado deben estar en función de la nueva configuración de los principios que la nutren.

La necesidad de legitimar el Estado social de derecho llevó al constituyente a elaborar una nueva teoría organizativa y de funcionamiento del Estado, disponiendo en el artículo 209 de la Carta “la función administrativa está al servicio y los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

Además, para que los derechos no se queden en mera enunciación, se dispuso la verificación del cumplimiento de los fines del Estado. Para ello se prevé un control operativo a cargo de la administración y de los administrados, así: a) De la Contraloría General de la República, para determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que haya obrado la administración pública (artículo 268); b) Por parte de la comunidad, quien vigilará la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados (artículo 270); c) A su vez, la Procuraduría General de la Nación tiene entre sus funciones la de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas (artículo 277, numeral 5); d) Los organismos de planeación tienen a su cargo el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y de resultados de la administración pública (artículos 343 y 344).

IV. ESTADO SOCIAL DE DERECHO E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

La nueva manera de comportarse del Estado colombiano impone que sus jueces se integren en la búsqueda de los fines señalados por el artículo 2 de la Constitución Política. Con la reforma de 1991, la Rama Judicial fue, sin duda, la que más transformaciones sufrió, tanto cuantitativa como cualitativamente.

Respecto del organigrama, de dos tribunales supremos que existían con la Constitución derogada, después de la reforma se cuenta con la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación y las jurisdicciones especiales integradas por las autoridades de los pueblos indígenas, quienes pueden ejercer funciones dentro de su ámbito territorial y jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios.

En relación con la razón de ser de la rama judicial, tal como se ha dicho, ella se encuentra iluminada por el concepto de Estado social de derecho, que dispone, más que límites al comportamiento del juez, directivos para la tarea cotidiana de quien antes sólo debía limitarse a “decir el derecho”.

Al referirnos a la función jurisdiccional, adoptaremos la denominación de *impartición de justicia* antes que la tradicional de *administración de justicia*, pues, consideramos acertada la distinción que entre una y otra hace la doctrina, al estimar que esta última se encuentra afectada por la ideología liberal e individualista resultante del pensamiento de los revolucionarios franceses, para quienes esta función era secundaria en relación con la de legislar.⁹

⁹ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, “La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional”, *Seminario Internacional sobre Derecho del Estado. Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahíta*, Universidad Externado de Colombia, 1993, t. II, p. 523.

En Francia llegó a tanto el culto a la “expresión de la voluntad general”, que ni siquiera los derechos y libertades del individuo podían representar un límite para la ley. Es por ello que las constituciones francesas, comprendidas las que reafirman su fidelidad a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, no disponían mecanismos jurisdiccionales para asegurar la protección de la persona, toda vez que esto era considerado inútil y contrario a la soberanía nacional, en cuanto permitiría oponerse a la ley.

Esta clase de protección operaba solamente frente a actos del ejecutivo (decretos o medidas ejecutivas contrarias a la libertad), pero no contra leyes o actos del legislativo, pues “la ley todo lo puede”, incluso autorizar al ejecutivo para realizar actos contrarios a la libertad. Así, un acto del ejecutivo que violase los derechos del individuo, no podía ser revisado por el juez, ya que se trataba de una acción justificada como ejecución de una ley.

Con la Constitución de 1958 los franceses no avanzaron en este campo, toda vez que durante la elaboración de la Carta, Francia se encontraba en guerra contra Argelia, circunstancia que llevó al legislador a permitir medidas contrarias a la Constitución, pues se temía que una protección de la libertad se convirtiera en obstáculo para el esfuerzo de la guerra.¹⁰

Como se ha dicho, el artículo 2 de la Constitución colombiana señala los fines esenciales del Estado. Por su parte, el artículo 113, que trata de las ramas del poder público, dispone que los órganos del Estado colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Los jueces, como integrantes de una de las ramas del poder, deben adecuar su comportamiento a la norma constitucional, contribuyendo real y eficazmente en la búsqueda y obtención de los objetivos señalados por el constituyente, toda vez que la aspiración histórica de la Constitución quedará truncada si los órganos del poder público no se proponen cumplirla.

En la norma superior se encuentran las obligaciones que en forma expresa han sido señaladas al Estado. La función del juez no puede ser ajena a una realidad que presenta nuevas esperanzas y posibilidades de progreso para la persona y el grupo social al que ella pertenece.

En relación con la rama judicial, el artículo 228 de la Carta dispone.

La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos

¹⁰ Luchaire, Francois, “El Consejo Constitucional Francés”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 56.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

El inciso tercero del artículo 58 de la Constitución derogada, disponía: *La justicia es un servicio público de cargo de la nación.*

Como puede observarse, la impartición de justicia ha dejado de ser considerada un servicio público para ser llamada función pública, denominación más acorde con la naturaleza de esta actividad.

Con la reforma se ha elevado a canon constitucional la autonomía del juez colombiano. Para este fin fueron creados varios órganos, entre los que se destaca el Consejo Superior de la Judicatura, a quien corresponde, según el artículo 256, administrar la carrera judicial, elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarla a la entidad que deba hacerla, examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales, elaborar el proyecto de presupuesto del Poder Judicial y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso, como también dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

Sin embargo, la independencia no significa que el juez se desentienda de su responsabilidad social y de sus consecuencias, su independencia es respecto de las demás ramas del poder público, mas no de la voluntad de la nación.

Como lo manifiesta Dromi, los jueces además de ser buenos ciudadanos, hombres probos e instruidos, también deben comportarse como hombres de Estado y no “del Estado”. “Es preciso que sepan discernir el espíritu de su tiempo dado que a ellos se les ha confiado decidir sobre la libertad, el honor y la propiedad de los ciudadanos”.¹¹

El Estado-Juez, en cumplimiento de su función de impartir justicia, debe dar prioridad al derecho sustancial, interpretando las normas de tal manera que las soluciones a los conflictos atiendan más a la justicia material que a la justicia formal. El juez, como medio para la realización de los fines del Estado social de derecho, con sus actos debe convertirse en artífice y constructor del orden justo, proclamado por el preámbulo de la Carta. Él es garante y promotor de la convivencia pacífica, razón para que, ante las amenazas o violaciones a los derechos de las personas, imparta las órdenes requeridas para la recuperación y mantenimiento del orden social.

El Poder Judicial, como los demás poderes públicos, emana del pueblo. A él debe su existencia y por lo mismo sus actos han de corresponder a las

expectativas, a la manera de ser y de comportarse la comunidad a la cual debe su investidura.

El artículo 229 de la Carta, relativo al derecho constitucional fundamental para acceder a la rama encargada de la impartición de justicia, dispone. “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

La existencia formal de los órganos encargados de impartir justicia no garantiza *per se* el cumplimiento de esta función. Así lo entendió el constituyente al consagrar como derecho constitucional fundamental la facultad reconocida a todas las personas para ser atendidas y escuchadas por los jueces.

Desde luego, acceder a los órganos judiciales no es sólo contar con la posibilidad de presentar ante ellos peticiones, sino que éstas serán resueltas en forma motivada y dentro del término establecido en la ley.

El artículo 230 de la Constitución establece “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son principios auxiliares de la actividad judicial ”.

Si bien, la norma retoma uno de los postulados básicos del Estado de derecho, esto es la sumisión del juez a la ley, ahora ella se inserta dentro de un contexto axiológico que, como el de Estado social de derecho, impone al funcionario encargado de interpretar y aplicar la Constitución y la ley un sentido acorde con los nuevos horizontes sociales.

La Constitución y las leyes viven a diario merced a las resoluciones de los jueces y por lo mismo el desarrollo del Estado social de derecho está condicionado, en buena medida, a la manera como los funcionarios judiciales perciban, sientan e interpreten el querer del constituyente.

V. MECANISMOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Para la doctrina moderna existe una marcada diferencia entre la justicia constitucional, el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal. La primera está relacionada con los instrumentos que carecen de carácter jurisdiccional, esto es, que se encuentran en el ámbito de lo político, mientras el segundo, según lo recuerda el profesor Fix-Zamudio,¹² está relacionado con los medios para resolver los conflictos de naturaleza constitucional y de protección de los derechos fundamentales.

¹² Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 532.

A su vez, el derecho constitucional procesal tiene por objeto estudiar las instituciones procesales establecidas por la propia Constitución, es decir aquellas reguladas directamente por la Carta y en las que se señalan los principios básicos del derecho procesal, como los de tipicidad, juez natural, debido proceso, favorabilidad, presunción de inocencia y derecho de defensa.

Los medios de defensa judicial de los derechos constitucionales fundamentales hacen parte del derecho procesal constitucional. La Constitución Política de Colombia es generosa en cuanto ha creado y reafirmado varios instrumentos de esta naturaleza, entre los que se cuenta el *habeas data* (artículo 15), el *habeas corpus* (artículo 28), las acciones públicas (artículo 40.5), la acción de tutela (artículo 86), la acción de cumplimiento (artículo 87), las acciones populares (artículo 88) y las acciones en pro del orden jurídico (artículo 89). Al lado de estos mecanismos fue creada la figura del Defensor del Pueblo, quien velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos (artículo 282).

El Estado social de derecho necesita de la existencia y eficacia de estos instrumentos, pues, solamente a través de ellos el catálogo de derechos descenderá del pedestal en el que el constitucionalismo clásico lo había mantenido, para ser ubicado en el terreno real de las necesidades de quien constituye la razón de ser de la organización estatal, esto es el hombre.

A través de tales medios de defensa se logrará invertir el principio acorde con el cual el individuo se encontraba al servicio del Estado, para establecer un orden donde sea éste el que actúe en función de la persona humana.

Con los medios jurídicos creados por la Constitución se pretende convertir en realidad todo el amplio catálogo de derechos consagrados en favor de la persona humana. Se quiere, a través de ellos, poner la Carta en contacto con sus destinatarios, acercar la norma de normas a las situaciones y circunstancias que a diario afectan la vida de la gente, para que la Carta y su contenido no sigan siendo considerados como modelos etéreos sino elementos tangibles. Es tanto como pretender que la Constitución descienda del sitial en que quiso Kelsen que permaneciera, para colocarla a nivel de las necesidades y vivencias diarias de los gobernados.

En la relación gobernante-gobernado se requiere del establecimiento de instituciones garantes de los derechos y libertades de quien constituye la parte vulnerable de este vínculo, más si se sabe que quien detenta el poder tiende naturalmente a abusar de él, a diario las informaciones muestran de lo que es capaz el hombre ejerciendo poder o luchando por obtenerlo.

Un episodio que llama siempre a reflexionar acerca del ejercicio omnímodo del poder por parte del gobernante, es el narrado por Sófocles, cuando el

centinela sorprende a Antígona tratando de dar sepultura al cadáver de su hermano y es llevada ante Creonte. El diálogo que se da entre el tirano y su víctima es el siguiente:

Creonte. ¡Oh Tú!, tú que bajas la frente hacia tierra, ¿confirmas o niegas haber hecho lo que éste dice?.

Antígona. Lo confirmo, y no niego absolutamente nada.

Creonte. ¿Conocías la prohibición que yo había promulgado? Contesta claramente.

Antígona. La conocía. ¿Podía ignorarla? Fue públicamente proclamada.

Creonte. ¿Y has osado, a pesar de ello, desobedecer mis órdenes?

Antígona. Sí, porque no es Zeus quien ha promulgado para mí esa prohibición, ni tampoco Díkē, compañera de los dioses subterráneos, la que ha promulgado semejantes leyes a los hombres; y no he creído que tus decretos, como mortal que eres, puedan tener primacía sobre las leyes no escritas, inmutables de los dioses. No son de hoy ni de ayer esas leyes; existen desde siempre y nadie a que tiempos se remontan. No tenía, pues, por qué yo, que no temo la voluntad de ningún hombre, temer que los dioses me castigasen por haber infringido tus órdenes. Sabía muy bien, aún antes de tu decreto, que tenía que morir, y ¿Cómo ignorarlo? Pero si debo morir antes de tiempo, declaro que a mis ojos esto tiene una ventaja. ¿Quién es el que, teniendo que vivir como yo en medio de innumerables angustias, no considera más ventajoso morir? Por tanto, la suerte que me espera y tú me reservas no me causa ninguna pena. En cambio, hubiera sido inmenso mi pesar si hubiese tolerado que el cuerpo del hijo de mi madre, después de su muerte, quedase sin sepultura. Lo demás me es indiferente. Si, a pesar de todo, te parece que he obrado como una insensata, bueno será que sepas que es quizá un loco quien me trata de loca.¹³

La necesidad de crear mecanismos para la defensa de los derechos del gobernado tiene una doble importancia, toda vez que significa limitar el ejercicio del poder del gobernante, y permitir al gobernado participar en la toma de las decisiones que lo afectan. Esta es puesta de manifiesto por el profesor Karl Loewenstein, quien afirma

En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.¹⁴

13 Sofocles, *Dramas y tragedias*, Barcelona España, Editorial Obras Maestras, 1969, p. 112.

14 Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 151.

El ánimo del constituyente, con la creación de los instrumentos anteriormente reseñados, no fue otro que el de suministrarle a los integrantes de la comunidad mecanismos jurídicos para oponerse ante el ejercicio arbitrario del poder, entre las instituciones creadas para este fin ha cobrado especial relevancia la acción de que trata el artículo 86 de la Carta, conocida, no sólo en el medio colombiano sino allende, como “acción de tutela”.

Su naturaleza jurídica se enmarca dentro del derecho procesal constitucional, toda vez que hace parte “...del conjunto de instrumentos normativos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos y repararse las violaciones de los principios y disposiciones fundamentales, instrumentos que también pueden calificarse como garantías constitucionales”.¹⁵

El derecho procesal constitucional ha sido clasificado en tres áreas a) jurisdicción constitucional de la libertad; b) jurisdicción constitucional orgánica; y c) jurisdicción constitucional transnacional. La primera de ellas alude a los mecanismos establecidos para la tutela de los derechos fundamentales de la persona; la segunda, orientada a la protección de las disposiciones y principios constitucionales que reconocen las atribuciones de los órganos del poder, y la tercera, referente a la regulación de los conflictos surgidos por la aplicación de las disposiciones constitucionales y las que corresponden al campo transnacional, algunas de las cuales forman parte del orden jurídico interno.¹⁶

Es evidente que la acción de tutela se inserta dentro del campo de la jurisdicción constitucional de la libertad; sin embargo, el derecho constitucional colombiano, a través de la jurisdicción constitucional orgánica, también procura la defensa y promoción de los derechos fundamentales.

La jurisdicción constitucional orgánica está integrada por un control abstracto de las normas constitucionales, que pretende resolver conflictos entre los órganos del poder relacionados con el alcance de sus facultades y competencias, específicamente cuando se concretan en normas legales. En Colombia, al lado de los instrumentos propios de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad, existen otros que si bien se pueden tener como integrantes de la jurisdicción constitucional orgánica, pertenecen, en esencia, a la primera de las formas de jurisdicción constitucional.

Tal afirmación se hace atendiendo a que la Constitución, llegado el momento de darle atribuciones al Congreso de la República para legislar en materia de derechos fundamentales —competencia orgánica—, impone que estas atribuciones se ejerzan mediante las denominadas “leyes estatutarias”, que se

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 532.

¹⁶ *Ibidem*.

caracterizan porque su aprobación, modificación o derogación requieren un trámite legislativo especial y, lo que es más importante, un control previo, automático y concentrado de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional. Es decir, que cuando el legislador colombiano, en desarrollo de su competencia orgánica, regula el ejercicio de los derechos fundamentales, sus actos son sometidos, por ministerio de la Carta, al control del Tribunal Constitucional que en ese momento ejerce jurisdicción constitucional de la libertad.

El texto de las normas es el siguiente:

Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.

Artículo 153. La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la “acción de tutela” ha ganado un lugar preponderante, mostrando a diario las bondades de su creación. La jurisprudencia, particularmente de la Corte Constitucional, ha servido para decantar su concepción, señalando derroteros, en algunos de sus aspectos, como los relacionados con la legitimidad en la causa para ejercerla; competencia temporal y territorial de los jueces; naturaleza del procedimiento y circunstancias en las cuales ella puede ser ejercida contra particulares.

La opinión nacional ha vibrado con muchos de los fallos proferidos por el Tribunal Constitucional relacionados con la acción de tutela. Cuando la Corte Constitucional decide sobre este tipo de demanda, pretende hacerlo de cara a la realidad e interpretando el Estado social de derecho, entre los fallos de mayor trascendencia en el derecho público se encuentran los relacionados con la protección, a través de la acción de tutela, contra las resoluciones de los jueces y los que han servido para explicar los alcances de este mecanismo cuando se utiliza contra particulares.

VI. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

Como se sabe, el artículo 86 de la Constitución se ocupa de la acción de tutela en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

El fundamento de la acción es la protección oportuna y eficaz de los derechos fundamentales para hacer justicia en circunstancias que escapan a las previsiones ordinarias del sistema jurídico. El legislador colombiano entendió que las resoluciones judiciales podían ser cuestionadas a través de la acción de tutela y así lo dejó establecido en tres artículos del decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentó este mecanismo de defensa. Estas normas establecían.

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

Artículo 12. Efectos de la caducidad. La caducidad de la acción de tutela no será obstáculo para impugnar el acto o la actuación mediante otra acción, si fuere posible hacerlo de conformidad con la ley.

Artículo 40. Competencia especial. Cuando las sentencias y las demás providencias judiciales que pongan término a un proceso, proferidas por los jueces superiores, los tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, amenacen o vulneren un derecho fundamental, será competente para conocer de la acción de tutela el superior jerárquico correspondiente.

Cuando dichas providencias emanen de Magistrados, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Tratándose de sentencias emanadas de una sala o sección, conocerá el Magistrado que le siga en turno, cuya actuación podrá ser impugnada ante la correspondiente sala o sección.

Parágrafo 1o. La acción de tutela contra tales providencias judiciales sólo procederá cuando la lesión del derecho sea consecuencia directa de estas por deducirse de manera manifiesta y directa de su parte resolutive, se hubieren agotado todos los recursos en la vía judicial y no exista otro mecanismo idóneo para reclamar la protección del derecho vulnerado o amenazado. Cuando el derecho invocado sea el debido proceso, la tutela deberá interponerse conjuntamente con el recurso precedente.

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

También podrá hacerlo quien, en el caso concreto, careciere de otro mecanismo de defensa judicial, siempre y cuando la acción sea interpuesta dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso.

La tutela no procederá por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas.

Parágrafo 2º El ejercicio temerario de la acción de tutela sobre sentencias emanadas de autoridad judicial por parte de apoderado será causal de sanción disciplinaria. Para estos efectos, se dará traslado a la autoridad correspondiente.

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

Parágrafo 4º No procederá la tutela contra fallos de tutela.

Llegado el momento de decidir sobre la exequibilidad de las disposiciones mencionadas, la Corte Constitucional resolvió que eran inconstitucionales. Sin embargo, en la correspondiente sentencia la corporación dejó establecido que los jueces son autoridades públicas y que por lo mismo, en ejercicio de sus funciones, pueden amenazar o vulnerar un derecho constitucional fundamental.

Ante esta realidad, y en aras del orden justo, el alto tribunal dejó abierta la posibilidad para que la acción de tutela pueda ser ejercida contra resoluciones judiciales pero solamente en tres hipótesis. A este respecto puede leerse en la sentencia:

Ahora bien, de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia, y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen

derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias si, por ejemplo, *nada obsta para que por la de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en la dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver, o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable. para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela* pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supe-
ditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política, y 8o. del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia. (cursivas nuestras).¹⁷

Si bien, las normas que permitían ejercer la acción contra resoluciones judiciales fueron declaradas inexequibles por el Tribunal Constitucional, él mismo, por vía jurisprudencial, dejó establecidas las hipótesis dentro de las cuales, mediante el mecanismo de la acción de tutela, las personas pueden controvertir las decisiones de los jueces cuando consideren que con ellas se amenaza o vulnera sus derechos constitucionales fundamentales

De las tres hipótesis consideradas por la Corte Constitucional, se ha desarrollado, subsumiendo en la práctica a las otras dos, la denominada inicialmente “actuación de hecho”, hoy conocida en el derecho constitucional colombiano como “vía de hecho”, utilizada como causal para incoar la acción contra resoluciones judiciales

De esta manera ha sido trasladada al derecho constitucional una institución con entidad propia, originada en la jurisprudencia del derecho administrativo francés y que está llamada a convertirse en tabla de salvación contra los abusos en que pueda incurrir el juez colombiano.

En el derecho de la administración la “vía de hecho” permite que un acto administrativo o una operación administrativa puedan ser demandados ante la jurisdicción administrativa para obtener una indemnización por daños y perjuicios. En algunos casos la irregularidad de la administración es tan grave que el acto no es atribuible a la acción constitucional de los órganos estatales, evento en el cual se dice que hay “vía de hecho”, para dar a entender que el acto sometido a análisis debe considerarse un puro hecho, que no puede pre-

17 Corte Constitucional. Sentencia C-543 del 1º de octubre de 1992. Magistrado Ponente, doctor José

Gregorio Hernández Galindo.

tender juridicidad, es decir, el acto ya no es administrativo, no hay en él actividad pública.

Si se consideran los dos criterios de la vía de hecho: a) como resultante de un acto manifiestamente no susceptible de atribuirse a la aplicación de un texto legislativo o reglamentario, que se presenta cuando la administración ejecuta o amenaza con ejecutar un acto que carece de fundamento legal; y b) como resultado de la ejecución forzosa irregular de una decisión regular, que se da cuando una decisión, aunque sea regular, es ejecutada por la fuerza sin que concurren los requisitos que hacen posible la ejecución forzosa, se encuentra que en ambos la “vía de hecho” atenta contra derechos fundamentales.

El vicio que afecta al acto en el caso de la “vía de hecho” es de tal magnitud, por el atentado que supone a los derechos de los ciudadanos, que él se desnaturaliza y en consecuencia la jurisdicción ordinaria es exclusiva y totalmente competente.¹⁸

Los tres elementos de la definición de “vía de hecho” aportan mayor claridad. En primer lugar, la calificación de “vía de hecho” resulta de que la administración procede a la ejecución material de su decisión. En segundo lugar, por ser de su competencia, el juez ordinario puede tasar el perjuicio sufrido por la víctima y condenar a la administración a pagar el daño causado.

En tercer lugar, el juez ordinario dispone de un gran poder (en relación con aquél reconocido a la jurisdicción administrativa) él puede impartir órdenes —*injonctions*—, y pronunciarse obligando a la administración con el objeto de “*faire cesser la voie de fait*”.¹⁹

La jurisprudencia francesa en materia de “vía de hecho” ha servido, entre varios aspectos, para determinar la competencia del juez, señalando que cuando se está frente a ella es el juez ordinario quien debe resolver. La Corte Constitucional colombiana tiene establecido, en materia de resoluciones judiciales, que cuando con ellas se incurre en una “vía de hecho”, con la cual se atente contra derechos fundamentales, es competente para conocer el juez de tutela, es decir cualquier juez del territorio nacional

El Tribunal Constitucional ha considerado que la “vía de hecho” se presenta cuando: “...la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona”.²⁰

¹⁸ Cfr. Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 85.

¹⁹ Dupuis Georges et Guedon, MarieJosé, *Droit Administratif*, París, Armand Colin Éditeur, 1986, p. 494.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-079 de 1993. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

Para diferenciar las providencias judiciales de las vías de hecho, el alto tribunal ha expresado:

Las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el orden jurídico. Las segundas son apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas. De suerte que la violación de la Constitución Política por parte de la autoridad judicial puede ser atacada mediante la acción de tutela, siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Carta.²¹

La misma corporación ha señalado que en materia de derecho constitucional, la “vía de hecho” reviste las siguientes características:

Las actuaciones de hecho están caracterizadas por el capricho del funcionario judicial, por su falta de fundamento objetivo y por vulnerar los derechos fundamentales.

Los elementos propios de una vía de hecho en el derecho constitucional son:

1. La existencia de un acto con incidencia manifiesta en la realidad; 2. la imposibilidad de comprender dicho acto bajo parámetros jurídicos; y 3. la violación manifiesta de un derecho fundamental.²²

Recientemente el alto tribunal ha dispuesto:

Los defectos calificados como vía de hecho son aquellos que tienen una dimensión superlativa y que, en esa misma medida, agravan el ordenamiento jurídico. Los errores ordinarios, aun graves, de los jueces *in iudicando o in procedendo*, no franquean las puertas de este tipo de control que, por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere.²³

De esta manera se puede concluir que la acción sí procede contra resoluciones judiciales. Entonces, al observar el texto de las normas declaradas inconstitucionales, aparecen, por lo menos, dos consecuencias que merecen ser

21 Corte Constitucional. Sentencia T368 de 1993. Magistrado Ponente doctor. Vladimiro Naranjo Mesa.

22 Corte Constitucional, Sentencia T-SS de 1994. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Corte Constitucional. Sentencia T23 1 de 1994. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

consideradas: la primera está relacionada con la competencia funcional para interponer la acción de tutela contra resoluciones judiciales, toda vez que el artículo 40 del decreto 2591 de 1991, señalaba cuál era la autoridad judicial competente para conocer de este tipo de procedimiento, disponiendo, en general, que sería el superior jerárquico de quien hubiere producido la resolución atacada, estableciendo, por ejemplo, que si la providencia era proferida por una Sala o Sección de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, la misma podía ser demandada ante la Sala o Sección que le siguiera en orden.

Como quiera que la norma (artículo 40 del decreto 2591 de 1991), fue excluida del ordenamiento jurídico, se tiene, entonces, que cuando cualquiera de los altos tribunales, a través de una resolución judicial, incurra en una “vía de hecho”, podrá ser demandado, mediante la acción de tutela, según las voces del artículo 86 de la Constitución, ante cualquier juez de la República, sin atender al nivel jerárquico que éste ocupe en la escala de la jurisdicción.

La segunda consecuencia está relacionada con la prohibición que contenía el parágrafo 4 del artículo 40 del decreto 2591, según el cual “No procederá la tutela contra fallos de tutela”. Teniendo en cuenta que el artículo 40 fue declarado inconstitucional en su totalidad, bien puede considerarse, entonces, que la acción de tutela sí puede ser ejercida contra fallos de tutela.

Lo que sucede es que los fallos mediante los cuales se resuelve sobre peticiones de amparo, evidentemente son resoluciones judiciales, contra las cuales solamente se puede utilizar la acción de tutela si se da alguna de las hipótesis que, como la de la “vía de hecho”, han sido señaladas jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, quedando desestimada toda interpretación textual acorde con la cual el mecanismo excepcional y subsidiario de la tutela pudiera ser empleado en todos los casos para controvertir fallos de tutela.

VII. ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PARTICULARES

La Constitución colombiana presenta como medio de defensa de los derechos fundamentales la posibilidad de que la acción de tutela pueda ser ejercida contra particulares. Esta garantía constitucional corresponde a la indiscutible realidad que representa la existencia de personas que, sin hacer parte de la entidad estatal, detentan, en algunos sectores, tanto o más poder que el propio Estado.

Si bien la Carta prevé, en el artículo 13, la igualdad de todas las personas ante la ley, es sabido que se trata de la consagración de una igualdad formal, toda vez que realmente existen profundas diferencias entre quienes integran

una comunidad política, más aún en tratándose de sociedades en las que el Estado reconoce, autoriza y promueve la competencia económica, pues, como ocurre en todo tipo de competencia, siempre habrá ganadores y vencidos, haciéndose necesaria la intervención de la autoridad pública con el fin de buscar el equilibrio en lo político, económico, social y cultural.

La desigualdad como fundamento de la acción de tutela contra particulares, es puesta de manifiesto por la Corte Constitucional, al expresar que las normas constitucionales y legales conceden a las personas que pueden ser afectadas por el abuso del poder privado “la posibilidad de ejercer directamente la acción de tutela para defender sus derechos fundamentales susceptibles de ser violados por quien detenta una posición de supremacía”.²⁴

El culto extremo al derecho de propiedad, la libertad de empresa convertida en libertinaje, y el trabajo del hombre en condiciones que atenten contra su dignidad, dan como resultado una sociedad injusta, en la que algunos de sus miembros detentan privilegios frente a otros a quienes es necesario reconocer como indefensos o subordinados, para crear mecanismos eficaces que les permitan defenderse ante las agresiones de que puedan ser objeto.

El Estado, en ejercicio de su función mediadora en los conflictos surgidos entre particulares, reconoce tácitamente que estas controversias se originan en las desigualdades materiales. La solución se encuentra en la creación de instituciones que permitan resolver pacíficamente las diferencias entre particulares, cuando quiera que se vean amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales.

La acción de tutela contra particulares corresponde a lo que la doctrina alemana denomina *Drittwirkung der Gmndrechte* (efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), que muestra la importancia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas.

Los conflictos *inter privatos*, en los que resultan conculcados derechos constitucionales fundamentales, son objeto de diversas clases de regulación, entre las que se destaca la defendida tesis alemana desarrollada en virtud del célebre caso *Luth-Urteil* de 15 de enero de 1958.²⁵

En el sistema constitucional español, donde se cuenta con el recurso de amparo, éste no puede ser ejercido sino contra actos emanados de los poderes públicos, pues el medio de defensa está concebido para proteger al ciudadano de las infracciones que contra sus derechos pueda acometer el Estado. Se

²⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T251 de 1993. Magistrado Ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁵ García Torres, Jesús y Jiménez Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, p. 26.

considera que frente a los demás, la persona afectada tiene la vía de los tribunales ordinarios, principalmente a través de la acción penal, toda vez que en la práctica la totalidad de las conductas atentatorias contra el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentran tipificadas en el Código Penal.²⁶

El artículo 86, inciso quinto, de la Constitución colombiana, estableció tres hipótesis dentro de las cuales un particular puede amenazar o vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Los tres casos están referidos a particulares: 1. Encargados de la prestación de un servicio público; 2. Cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; y 3. Respecto de quienes la persona afectada se halle en estado de subordinación e indefensión.

La Carta dejó al legislador la tarea de señalar los casos en los cuales la acción de tutela se puede ejercer contra acciones u omisiones de particulares, situaciones que se encuentran señaladas en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991 referidas a particulares encargados de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de educación y de salud; a particulares que controlen o sean beneficiarios de la situación que motive la acción, siempre y cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión; a particulares que pretendan ejercer la trata de seres humanos; a personas que recauden y almacenen información; a medios de comunicación; a particulares que actúen en ejercicio de funciones públicas, y para proteger a las personas de particulares respecto de los cuales se encuentren en situación de subordinación o indefensión.

La norma constitucional permite la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por otros particulares, ya sean personas naturales o jurídicas. Sin embargo, la Constitución señaló únicamente tres hipótesis, toda vez que la acción de tutela contra particulares es excepcional, es decir que no procede en todas las relaciones entre particulares, pues permitirlo significaría la homologación de las competencias que tienen las jurisdicciones ordinarias.

El constituyente dejó al legislador la atribución de señalar los casos específicos en los cuales la acción puede ser ejercida contra particulares, lo cual no significa que éste se encuentre facultado para señalar los derechos que pueden ser objeto de amenaza o vulneración. La Corte Constitucional se ha referido a esta materia en la siguiente forma:

... al legislador le corresponde señalar los casos, esto es, las situaciones o las circunstancias en los que procede la tutela contra particulares. Por ende, no era

²⁶ Cfr., Cascajo Castro, José L. y Gimeno Sendra, Vicente, *El Recurso de Amparo*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 124.

atribución de la ley, so pretexto de dar cumplimiento a un mandato constitucional, determinar los derechos fundamentales que pueden ser invocados por el solicitante cuando el sujeto pasivo de la tutela es un particular, pues, conviene señalarlo, los derechos fundamentales son la base, el sustento de toda legislación, y no su efecto.²⁷

Puede notarse que esta especial forma de la acción de tutela tiene fundamento conceptual en el Estado social de derecho, que procura amparar real y eficazmente a las personas, dejando en segundo plano la consideración de saber si los atentados contra sus derechos fundamentales provienen del poder público o de los particulares.

El verdadero origen de la tutela contra particulares está en las desigualdades que existen entre los hombres. El constituyente y el legislador no hacen más que reconocer tal desigualdad para crear instrumentos que permitan solucionar pacíficamente los conflictos entre personas que no son sino componentes de una estructura social desequilibrada.

VIII. CONCLUSIÓN

Como lo decíamos al iniciar, el paso de un Estado de derecho a un Estado social de derecho no obedece a un juego de palabras ni a un retoque semántico ideado por los publicistas. Se trata de un gran salto cualitativo y cuantitativo en la concepción de las tareas estatales, que compromete a todos los entes públicos, sin que haya posibilidad para considerar que los jueces escapan a las obligaciones que les impone la nueva razón de ser y de comportarse el Estado.

El Estado social de derecho ha sido la respuesta jurídico-política a los defectos de los cuales adolece el Estado de derecho. Esta respuesta se funda en nuevos valores-derechos, consagrados, en su mayor parte, por la segunda y tercera generación de derechos humanos, y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y, sobre todo, mediante la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

En adelante, con esta transformación, es el Estado quien debe servir a la persona humana, porque ella es, según lo ha recordado la Corte Constitucional, “El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991. No es pues el individuo

en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuocomunidad, la razón última de la nueva Carta Política”.²⁸

La función de impartir justicia no es ajena a este cambio. El juez colombiano ha dejado de ser un “operador jurídico”, encargado de buscar mecánicamente la norma, como si ésta se encontrara en un archivador, para aplicarla de manera fija y distante a las partes que conforman, junto con él, la relación jurídico procesal. El servidor público encargado de la sagrada misión de impartir justicia debe asumir la modificación institucional para adecuar su conducta, y por ende sus decisiones, a la nueva concepción del Estado.

No es necesario derogar toda la legislación que estaba vigente con anterioridad a la modificación constitucional, simplemente se trata de darle a esas mismas normas un contenido, alcance y sentido acordes con un cambio, en virtud del cual los jueces dejaron de ser simple medio para convertirse en causa de la solución a los conflictos sociales.

La obtención de los fines propuestos en el Estado social de derecho, mediante para tal propósito la actividad de quienes tienen a su cargo la noble función de impartir justicia, permitirá afirmar, como lo pensaba Hegel, que “el Estado es el ingreso de Dios en el mundo”.