

COMUNICACIONES

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA¹

SUMARIO: *Introducción. I. Consideraciones generales. II. Conclusiones. III. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Alexander Hamilton, autorizado tratadista norteamericano, al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley, en su obra *El Federalista*,² señaló:

“La Constitución debe prevalecer sobre las leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus agentes”. Y concluía señalando que: “Ningún acto legislativo, contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto significaría afirmar que el subalterno es más importante que el principal: que el sirviente está por encima de sus patrones; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo”.

Iniciamos invocando las anteriores reflexiones debido a su enorme pertinencia al tema, pues si pretendemos hablar de Estado democrático y su consecuente reconocimiento de derechos humanos, tenemos que hacerlo también de la Constitución como norma fundamental y suprema, prevalente sobre toda norma o acto estatal. Estado de derecho y Constitución se encuentran irremediablemente unidos y son los que dan el marco y fundamento para el desarrollo progresivo de los sistemas de justicia constitucional, particularmente en lo que atañe a la protección y amparo de los derechos y libertades consagrados en las cartas fundamentales.

Siendo la Constitución manifestación de la voluntad del pueblo, el principal derecho constitucional reconocido a los ciudadanos de un sistema democrático es el derecho a dicha supremacía, esto es, que le sea respetada su propia voluntad expresada en la Constitución.

1 Comunicación elaborada por Diana María Ángel Arbeláez, Gloria María Betancur Gutiérrez, Marta Nelly Garía, Claudia María Gaviria Vásquez, María Oiraidés Hoyos Arenas, María Eugenia Restrepo Villa, Jesús María Sanguino S.

2 *The Federalist* (ed. por B. F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

En tal sentido, la más reciente de las Constituciones latinoamericanas, que es la de Colombia, consagra expresamente el principio de supremacía de la Constitución en su artículo 4°. Ello lleva implícita, por supuesto, la consagración del derecho constitucional fundamental del ciudadano a la protección de esa supremacía, por medio de mecanismos para exigir su cumplimiento y efectividad, tales como:

- a) El control difuso de constitucionalidad (artículo 4°);
- b) El control concentrado de constitucionalidad por la Corte Constitucional (artículo 241) y el Consejo de Estado (artículo 237, ord. 2°);
- c) Las acciones de *habeas corpus* (artículo 30), y
- d) La acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales (artículo 86).

Nuestra intención, en estas notas, es hacer una aproximación al estudio de los derechos consagrados en la Constitución de Colombia de 1991, con especial relevancia en los derechos humanos y su relación con los instrumentos o mecanismos también establecidos en la carta fundamental, tendientes a hacer efectivos y a salvaguardar tales derechos, haciendo un análisis más detenido en la acción judicial de tutela, con el fin de limitar el tema, que en su rigor sería de gran magnitud, y además por ser ésta, como vía judicial autónoma, una de las más utilizadas por el ciudadano común, y por lo tanto la que más desarrollo jurídico y doctrinal ha alcanzado en Colombia.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de involucrarnos en el tema central de estos comentarios, es pertinente hacer unas someras referencias a la noción de derechos humanos y a la de acción de tutela como medio judicial de protección de los mismos.

1. *Los derechos humanos*

Los derechos humanos pueden considerarse como un tema siempre vivo y nunca agotado; por lo tanto, no se pretende hacerlo en este comentario, simplemente se retoman algunos conceptos (ahorrando discusiones sobre su fundamento y los habituales enfoques en su tratamiento, bien vinculados a problemas de lucha práctica, de protesta o de denuncia y en la cultura jurídica a la garantía y a la protección en el plano nacional e internacional), con el fin

de presentar unos guiones o pistas, con destino a colegas que conocen sobradamente el tema.

Queremos hacer propia la definición propuesta por el filósofo de derecho, doctor Antonio E. Pérez Luño,³ quien concibe a los derechos humanos como:

Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenadores jurídicos a nivel nacional e internacional,

por considerar que cubre en ella las dos grandes dimensiones que integran la noción general de derechos humanos, es decir, unas exigencias previas al proceso de positivización o exigencia iusnaturalista respecto de su fundamentación y las técnicas de positivación y protección que dan la medida de su ejercicio.

a) Antecedentes históricos

Los derechos humanos han tenido un largo recorrido para transformarse de simples contenidos filosóficos y humanitarios en obligaciones jurídicas que puedan reclamarse al Estado, a terceros o a la comunidad. Esta evolución es concomitante con el desarrollo del constitucionalismo, que es un fenómeno occidental de los dos últimos siglos. Estados Unidos, primero con las Constituciones de los estados y luego con la de Filadelfia, inauguró y desarrolló la práctica de las Constituciones escritas como garantía de los derechos de los individuos frente al Estado, y del límite de éste para su acción, estableciéndole unas obligaciones y unas fronteras para actuar, más allá de las cuales se entra en la esfera del despotismo o de la arbitrariedad.

En realidad, en la Constitución de Filadelfia de 1787 originariamente no incluyó la lista específica de derechos, por lo cual poco tiempo, luego de su expedición, fue adicionada con 10 enmiendas, conocidas como *bill of Rights* en las que éstos fueron consagrados. Poco tiempo después, dentro de los acontecimientos luminosos de la Revolución francesa, fue proclamada en 1789 la Declaración de los Derechos Humanos, documento enunciativo que ha sustentado la evolución conceptual y jurídica de los mismos (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948).

³ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 20.

En el siglo XIX surgió el constitucionalismo escrito; y fue en América, con el paso del mundo colonial a los Estados republicanos donde se da una estructura constitucional como fuente del derecho.

b) Los derechos humanos a la luz del derecho internacional

El derecho internacional de los derechos humanos ha servido como fuente de éstos, sin que ello implique ignorar aportes anteriores. Debe tenerse en cuenta que fue a partir del surgimiento de los organismos multilaterales, nacidos después de la Segunda Guerra Mundial, cuando cobra vigor y especificidad todo el andamiaje, proclamación, defensa, difusión y protección de los derechos humanos en el campo internacional; es así como aparece la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como primera entidad con cobertura mundial, erigida sobre postulados de paz y entendimiento; propugnando valores fundamentales de dignidad y respeto al ser humano. Colombia suscribió su documento constitutivo (carta de San Francisco de 1945), cuyo desarrollo reposó posteriormente en el campo de los derechos humanos.

c) Derechos humanos en Colombia

En la cultura jurídica colombiana actual, el fundamento de los derechos humanos sí que está presente, especialmente en el ámbito constitucional, y esta afirmación no implica que desconozcamos que el nuestro es un país jalonado por grandes e innumerables acontecimientos fatídicos. Pese a ello, los derechos del individuo frente al Estado y los mecanismos para su protección, han sido consagrados desde la Constitución de 1811 hasta la actual (1991), en la que se hace una consagración más amplia de los derechos humanos y garantías del hombre y se establece la acción de tutela como mecanismo específico de protección.

Frente a las continuas denuncias de violación de los derechos humanos en Colombia por parte de organismos internacionales como Amnistía Internacional, este tema no podía ser ajeno a los debates de la asamblea Nacional Constituyente, convocada para expedir la actual Constitución. Así se habla entonces de “Carta de Derechos y Deberes” para significar el papel preponderante de éstos dentro de la Constitución. La nueva orientación filosófico-ideológica de la carta fundamental de 1991 se concreta en un humanismo comunitario, evidenciando su total carácter antropocéntrico, pues de principio a fin, transita por su texto la dignidad de la persona humana (pero de manera especial en

el Preámbulo y en los artículos 1 al 95, los que conforman la parte filosófica o dogmática de aquélla). Empieza, como debe ser, con lo más perenne y determinante: con el hombre, con los derechos humanos. Es así como los dos primeros títulos (el I, “De los principios fundamentales”, y el II “De los derechos, las garantías y los deberes”), preceden a la parte orgánica. La dignificación del ser humano se ha erigido en la base de todas las cartas fundamentales contemporáneas, con prescindencia total de sus respectivas ideologías.

Es el hombre, pues, núcleo o médula de la entera Constitución de 1991, ubicándolo en su lugar de honor, privilegio y prevalencia. Por tanto, se confiere su absoluta preferencia frente al ente estatal, a su organización y funcionamiento.

Si hemos de definir la Constitución colombiana actual, bien podríamos hacerlo en los siguientes términos:

Es la carta fundamental de la dignificación de la persona humana; dignificación que es la razón de ser y obrar del más genuino humanismo. Al culminar su lectura, queda la plena convicción de que el Estado ha sido instituido para el hombre. La Constitución que nos rige es de faz más humano y menos estatista que todas las anteriores.

No sobra advertir que esta carta habla de derechos fundamentales y no de derechos humanos; sin embargo, ella tomó la locución de las Organizaciones de Naciones Unidas (ONU) y de Estados Americanos (OEA), las que en sus respectivos instrumentos internacionales, sobre derechos humanos, nombran éstos con el epíteto de “fundamentales” y sientan una sinonimia perfecta entre unos y otros. Igual fenómeno se puede predicar de la contemporánea filosofía europea de derecho.

Clasificación de los derechos humanos (Constitución de 1991)

Se consagran tres grupos de tales derechos:

— Los derechos humanos expresa y específicamente señalados por la Constitución como fundamentales, y que se encuentran en el capítulo 1 del título II (artículo 11 al 41) y en el artículo 44, inciso 1.

— Los derechos humanos reconocidos en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, “los cuales prevalecen en el orden interno” (artículo 93, inciso 1). Repárese que por explícita voluntad del constituyente se les dotó de prevalentes sobre la propia Constitución, la cual hace parte del orden interno.

— Los derechos humanos no contenidos en la Constitución ni en los convenios internacionales vigentes, pero que son “inherentes a la persona huma-

na” (artículo 5 y 94); se debe consignar que estos artículos son de contenido iusnaturalista (derechos inalienables e inherentes a la persona humana).

En lo que atañe a la solidaridad y la paz, valores tan apreciados en el derecho internacional humanitario, nuestra carta los propone como uno de los fines del Estado y los eleva al rango de derecho fundamental difuso (artículo 2, inciso 1 y 22, así como el Preámbulo).

El derecho ecológico fundamental surge por causa del excepcional énfasis que la Constitución de 1991 hace en los derechos ecológicos. Esta suborientación filosófico-ideológica es novedosa en nuestra carta actual; empero, se debe observar que ella ya venía dándose con anterioridad a 1991, a nivel de normación legal, con la Ley 23 de 1973, que fijó los principios generales del derecho ambiental y el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.

Esta carta de derechos y deberes se propone como recurso contra la violencia, de todo tipo, presente en nuestra nación, y evidencia un cambio total en la concepción del Estado, en el que más que una imposición a la comunidad, se entienda instituido para asegurar el cumplimiento de unas normas primarias y fundamentales dentro de las cuales la colectividad se pueda desenvolver libre y pacíficamente.

Ahora bien; si se mira desde otro punto de vista, se podría predicar que la definición constitucional de una serie de derechos no garantiza, por sí sola, su efectividad, mas sí es el primer paso para alcanzar esos objetivos y para lograr que los ciudadanos no sólo sientan que la Constitución los rige, sino que los protege y les pertenece. Y una vez más habrá quienes reaccionen con mordacidad frente a este tema, alegando que la sola Carta no puede dar vivienda, educación, comida, trabajo y seguridad social a todos. Tienen razón.

Pero es que éste no es el objetivo de la consagración constitucional de estos derechos. La finalidad es que al ser incluidos en la carta, ellos se vuelvan un propósito nacional; una meta hacia la cual todos, el Estado y también los particulares deben propender, con el respaldo de legalidad que se exige en un país con historial legalista.

Además, la enumeración y definición expresa de esos derechos es indispensable para que los mecanismos y organismos diseñados para tutelarlos tengan una base sólida y para que los colombianos sepan, claramente, cuáles son sus derechos y puedan exigir así su cumplimiento.

No obstante lo expuesto, se tiene plena conciencia del desconocimiento, violación y menosprecio de los derechos humanos en el diario acontecer, lo cual ha originado verdaderas tragedias, y la sociedad colombiana no se escapa de tal cargo. Su carácter de heterogénea y desarticulada, enmarcada por una

realidad de permanente crisis, desorden e inseguridad hizo que reinara (como en ningún otro lugar) la inquietud por establecer o implementar mecanismos que garanticen la protección eficaz de esos derechos, así como de los demás derechos consagrados constitucionalmente, frente a reales o potenciales vulneraciones. Como respuesta a tal preocupación se da poder a los ciudadanos, para que ejerzan pacífica y ordenadamente sus derechos de manera directa, a través de vías institucionales en cualquier momento y lugar. Por lo tanto, cuando un particular sea tratado arbitrariamente, tiene una respuesta diferente a agresión, protesta o resignación sumisa y alienante. En este orden de ideas, se dio la posibilidad (constitucional) al ciudadano, de asegurar el efectivo respeto de sus derechos.

Estas facultades entregadas al ciudadano (para amparar sus derechos humanos y colectivos) permiten que interponga recursos y acciones tales como:

- El recurso de *habeas corpus*.
- La acción pública de inconstitucionalidad.
- Las acciones populares.
- La acción de tutela.

Se creó además la figura del defensor del pueblo, como ente independiente que controla la administración pública y que defiende los derechos de los ciudadanos; haciendo claridad en que el defensor del pueblo no tiene capacidad decisoria ni de juzgamiento. Con esta figura se viene a complementar, pero desde una perspectiva distinta, el papel y la función de control de la Procuraduría General; sólo que el defensor pondrá un mayor acento en la defensa de los derechos humanos y con una mayor participación en las acciones de índole preventiva, ello sin perjuicio del poder disciplinario del procurador, el cual conserva en toda su integridad y dimensión.

En Colombia, él tiene la particularidad de habersele atribuido unas facultades jurídicas muy precisas, como la capacidad para interponer recursos de *habeas corpus*, las acciones de tutela, las acciones populares y también la dirección y organización de la defensoría pública. Con todo, el fin último de sus funciones es afianzar la pacífica convivencia de los asociados, sin olvidar su misión fundamental de ser el garante del principio de acceso a la justicia (artículo 229).

Con las anteriores herramientas jurídicas, los propósitos constitucionales no serán simples declaraciones retóricas o aspiraciones utópicas, en un mundo donde la crudeza de la realidad pasa por encima de los más nobles ideales.

d) Vías de protección o amparo

Aunque los presentes comentarios se concretan más que todo a los derechos humanos y a la acción de tutela como mecanismo autónomo para su protección, es pertinente distinguir entre:

— El amparo como un derecho constitucional. Donde la protección a los derechos y libertades constitucionales está concebida como un derecho constitucional en sí mismo, derivado del derecho a la supremacía de la Constitución. Garantizados, dependiendo del sistema, a través de medios judiciales ordinarios o de medios judiciales específicos de amparo inmediato. En este último sistema (particularmente latinoamericano), el amparo se ha regulado como un derecho constitucional, dando origen por tanto, no a una sola garantía (acción-recurso) de amparo, sino a múltiples vías judiciales tanto ordinarias como específicas de protección de todo tipo de derechos y libertades constitucionales, que van más allá de la protección que se puede obtener a través de las vías ordinarias.

En Colombia se regula una “acción de tutela” (artículo 86 C. N.) específica para la protección de derechos constitucionales fundamentales.

Sin embargo, dicha acción de tutela, en nuestra opinión, no la concibe la Constitución como la única vía judicial posible para la protección de los demás derechos constitucionales, pues, la acción de tutela sólo procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” (artículo 86 C. N.), se entiende “mediante un procedimiento preferente y sumario”, lo que implica que el legislador puede consagrar varias vías de protección o amparo judicial de otros derechos constitucionales. Pero adicionalmente la Constitución expresamente señala que:

Artículo 86: Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

Y como una inferencia más, se observa específicamente, el tema de los derechos e intereses colectivos, respecto a los cuales el artículo 88 de la Constitución dispone:

[...] La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la sa-

lubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Por lo expuesto, se sostiene que en la Constitución de 1991 se ha regulado el amparo a los derechos constitucionales, como un derecho a la protección judicial de los mismos, lo cual se realiza, sea mediante el ejercicio de la tutela, o mediante el ejercicio de otras acciones o recursos que el legislador puede establecer.

— El amparo como garantía jurisdiccional específica. Éste se ha regulado constitucionalmente en la mayoría de los sistemas, como una específica garantía jurisdiccional para la protección de derechos y libertades constitucionales mediante el establecimiento de una acción destinada a tal fin, pudiendo ser ejercido ante un solo tribunal (sea constitucional, sea otro órgano supremo de la vía judicial), o bien, ante una globalidad de tribunales, como ocurre en nuestro país, ya que esta acción como autónoma, se puede ejercer ante una totalidad de jueces y no ante un solo tribunal. Así resulta de la expresión del multimencionado artículo 86, al consagrar el derecho de toda persona a ejercer la acción de tutela para la protección de los derechos constitucionales fundamentales “ante los jueces”, lo que sugiere la posibilidad de que legislativamente se consagre el ejercicio de la acción de tutela ante todos los jueces.

2. La acción de tutela en Colombia, como vía judicial autónoma

a) Objeto y naturaleza

La acción de tutela irrumpe como un novedoso mecanismo idóneo para eliminar la brecha que existe entre la consagración nominal de los derechos fundamentales y su goce efectivo, logrando que simples enunciaciones filosóficas se tornen en vigorosos poderes en cabeza de cada individuo.

Los tratados y convenios internacionales, erigidos en valiosos instrumentos de interpretación de los derechos constitucionales (artículo 93, C. N.), consagran importantes antecedentes en materia de mecanismos de protección de esos derechos. Así, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Desde un ángulo procesal, la acción de tutela está concebida como un derecho subjetivo de todas las personas, que las faculta para movilizar el aparato jurisdiccional del Estado, en defensa de sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados; derecho subjetivo que comporta una correlativa obligación del Estado, a través de sus jueces, de desplegar su función judicial con miras a establecer la violación que se invoca, y adoptar las medidas más eficaces para la protección o restablecimiento del derecho conculcado y la preservación del orden constitucional.

b) Comentarios a la acción de tutela

No es nuestra intención hacer un estudio detallado de la acción de tutela; lo que realmente nos interesa en este momento es destacar las implicaciones y bondades que este procedimiento trajo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos; veamos:

Inicialmente la acción de tutela fue presentada como el recurso judicial que conducía al pleno respeto de los derechos humanos.

En esencia consiste en un derecho que tiene toda persona en todo momento y lugar, para reclamar protección inmediata y preferente de un juez, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Es figura semejante a la contemplada en otras Constituciones como la mexicana, con el nombre de derecho de amparo. La protección consiste en una orden para que aquella autoridad o aquel particular actúe o se abstenga de hacerlo, y sólo procede en ausencia de otro mecanismo adecuado de defensa. La decisión que toma el juez es transitoria, pues no decide de fondo. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de la tutela y su decisión y una vez instaurada debe proferirse un fallo de inmediato cumplimiento; éste se puede impugnar ante un juez competente y debe consultarse ante la Corte Constitucional. La consecuencia práctica es que, con la acción de tutela la víctima, para actuar, no tiene que esperar a que la amenaza de daño se concrete o que se prolongue en el tiempo. Por ejemplo, con base en ella, una persona que sabe sobre un libro que va a ser publicado, en el cual se atenta contra su honra, puede acudir ante un juez para que inmediatamente impida su circulación mientras se da un fallo de fondo. De la misma manera, quien se considere discriminado en un fallo por razón de sexo, raza, religión, ideas políticas, etcétera, puede acudir a un juez para que haga cesar el acto discriminatorio.

Esta figura constitucional, más que generar congestión en los despachos judiciales, debe mirarse como un mecanismo que contribuye a la disminución de procesos ordinarios y de abusos atribuibles a las autoridades, derivados de sus acciones violatorias del derecho.

Su naturaleza ágil e informal de medida cautelar de protección de derechos constitucionales rompe con la lentitud y el rigor excesivo de los procedimientos existentes.

Es una acción específicamente encaminada a lograr la aplicación directa, sin intermediación de la ley, de los derechos protegidos en la Constitución como fundamentales. Es una acción autónoma, mas no paralela, puesto que sólo opera cuando el afectado no disponga de un medio de defensa judicial alternativo. Tiene un carácter cautelar, puesto que procede cuando el derecho sólo está amenazado o cuando aun existiendo algún medio de defensa judicial alternativo es necesario evitar un perjuicio irremediable, pero sería equivocado reducirla a una simple medida preventiva y provisional, puesto que se tramita mediante un procedimiento que culmina en un fallo, y además es posible utilizarla contra violaciones concretas a los derechos.

Más allá de sus alcances jurídicos, la acción de tutela implica un cambio en la relación entre la Constitución y el hombre de la calle. A través de la tutela, la Constitución baja de las alturas en que el formalismo kelseniano la había colocado, para convertirse en un instrumento del ciudadano para combatir la arbitrariedad y promover sus intereses por las vías institucionales. La Constitución aspira a dejar de ser documento de juristas para transformarse en consejera del ciudadano. Además, la tutela modifica las relaciones de la persona con la justicia. De una administración inaccesible para la persona común, pasamos a una justicia a la cual se puede acudir sin intermediarios, ni trabas, ni autenticaciones, ni honorarios.

c) La tutela en el derecho comparado

No podemos referirnos a la tutela sin dar un vistazo, de ella, a la luz del derecho comparado, en tanto que fue éste un buen punto de partida, aclarando que no se trata de plagiar o importar modelos, lo cual es improcedente por las particularidades de nuestra nación; lo que se busca es crear un ámbito o atmósfera favorable para efectuar un provechoso y conveniente intercambio de juicios, pareceres e ideas, con aquellos que en otros países ya han vivido la fuerza y, por qué no, las limitaciones de los derechos, para transformar la realidad, combatiendo la arbitrariedad que en última instancia propicia la convivencia pacífica.

La antedicha acción posee características propias de acuerdo con el régimen legal de cada nación que la ha introducido en su sistema; mirando al interior de los distintos regímenes, se observa que existen dos grandes corrientes en la protección de los derechos:

La primera de ellas regula el recurso o la acción como un procedimiento constitucional especial, diferente a las garantías que se puedan obtener por las vías ordinarias, como es el caso de los países latinoamericanos, de Alemania y de España.

La segunda utiliza los procedimientos ordinarios, pero acompañados de mecanismos ágiles de protección, como ocurre con los *writs* angloamericanos, el *référé* francés, o con el procedimiento especial de urgencia italiano.⁴

A su vez, estas corrientes se dividen en categorías referentes al tipo de control que existe al interior de cada ordenamiento jurídico. Así:

Concentrado. Cuando solamente un organismo judicial es competente para decidir los amparos.

Difuso. Al permitir que todos los órganos judiciales lo resuelvan.

Ahora bien, desde el punto de vista de la relación del recurso con los demás procedimientos judiciales, se identifican otras dos orientaciones:

Subsidiarios. Cuando ya se han agotado todas las vías ordinarias, pero aún subsiste la violación.

Alternativos. Aquí, por el contrario, el promotor de la acción tiene la facultad de escoger entre las vías ordinarias y esta acción, aunque puede hacerlo sólo para determinados temas (como ocurre en Costa Rica y Chile). La adopción de estas tendencias (que casi siempre son mixtas), depende de la política legislativa y de la naturaleza de los problemas que se requiera afrontar.

De otro lado, los diferentes recursos existentes en el ámbito internacional se diferencian también en aspectos como:

Los derechos que son protegidos. Fundamentales solamente, todos los derechos constitucionales, o los legalmente establecidos.

Quién puede interponerlo. Generalmente lo presenta cualquier persona natural, aunque en algunos sistemas también se dio la facultad a entidades administrativas, públicas o personas jurídicas.

4 Los *writs* son mecanismos judiciales ordinarios para proteger los derechos de las personas, los cuales tienen diferentes funciones; por ejemplo, el de "error" es para controlar la constitucionalidad de las sentencias; el de *injunction* impide o asegura que se practique o ejecute determinado acto en beneficio del titular de un derecho subjetivo. El *référé* permite que la jurisdicción ordinaria adopte decisiones de urgencia para prevenir un daño inminente o hacer cesar un trastorno, manifiestamente ilícito, a los derechos de las personas. El procedimiento especial de urgencia, es un procedimiento ordinario que se establece en el C. P. C.

Contra quién se interpone. Contra el Estado, los particulares o ambos.

Frente a qué tipo de actos. Leyes, sentencias o actos administrativos.

Qué protege. Algunos cobijan la Constitución, mientras que otros incorporan los tratados públicos. (Ver cuadro anexo sobre acción de tutela en el derecho comparado).⁵

Concretamente en el derecho comparado hay que destacar aspectos diferenciales con la acción de tutela colombiana:

En cuanto a su denominación:

Se utiliza el término “acción de tutela”, en lugar de “amparo”, porque se considera que en otras legislaciones se le da el nombre de amparo al conjunto de mecanismos de protección. Si aquí hiciéramos lo mismo se confundirían ciertas especies de amparo con figuras concretas que ya tenemos consagradas, como la acción pública de constitucionalidad, el sistema contencioso administrativo de acciones públicas y privadas, la acción de nulidad, etcétera. Por eso se le da ese nombre para evitar confusiones con otras figuras que a pesar de ser semejantes, definitivamente son distintas.

Respecto a contra quién procede, se establece la tutela frente al Estado o los particulares. En este último caso sólo en tres circunstancias:

Particulares encargados de la prestación de un servicio público.

O cuya conducta afecte grave y directamente al interés colectivo.

O respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (artículo 86, inciso 5° C. N.). Así entonces, va más allá de los sistemas europeos, en los cuales sólo se utiliza frente al Estado, pero es más restringida que en los países latinoamericanos, en los que procede también frente a particulares en cualquier circunstancia.

Según el ámbito de aplicación:

La tutela sólo protege los derechos constitucionales fundamentales. Es preciso indicar aquí que la enumeración constitucional de los mismos no debe entenderse como excluyente de aquellos que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en la carta.

A *contrario sensu*, en muchos países el amparo protege todos los derechos constitucionales, como sucede en Argentina, Costa Rica, Venezuela, Uruguay, Perú y Guatemala.

En cuanto a la tutela frente a sentencias, la Constitución se refiere a la acción u omisión de “cualquier autoridad pública”; el decreto 2591/91 la con-

⁵ Cuadro comparativo tomado de Córdoba Triviño, Jaime, “Facultades para interponer recursos y acciones”, *El Defensor del Pueblo*, Santa Fe de Bogota, Ediciones Jurídicas, 1992, pp. 323-324.

templa, y la Corte Constitucional, en un primer fallo, manifestó que procedía frente a sentencias ejecutoriadas (de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado).

Ésta es una práctica común en Alemania, España, Estados Unidos, México y Perú. No procede en Venezuela.

Se establecieron controles que no existen de forma tan extrema en ningún otro sistema jurídico; ellos son:

Control del superior jerárquico; del juez.

Envío automático para revisión de la Corte Constitucional.

Sanciones para quien utilice engañosamente la acción, para los jueces que incurran en alguno de los tipos definidos en el Código Penal y las disciplinas a los abogados que abusen de la tutela.

La mayoría de los ordenamientos establecen un sistema subsidiario y no alternativo. Aunque la Constitución consagra la tutela, ella no es el único medio para la defensa de los derechos, puesto que sólo procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”, aunque excepcionalmente, se admita “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Se concluye, entonces, que se adoptaron en Colombia, elementos de ambos sistemas y se llegó a un “mixto”, en el cual se presentan tres posibilidades:

Si no existe otro medio judicial, la tutela es autónoma y deja de ser alternativa o subsidiaria.

Si existe otro medio judicial, es subsidiaria.

Si existe otro medio judicial y además se presenta un perjuicio que puede ser irremediable opera el sistema alternativo, pero de manera transitoria.

Pese a las diferencias que el derecho comparado permite establecer, lo cierto y realmente importante es que se identifican todos los sistemas en lo concerniente a la finalidad de la acción de tutela; esto es, asegurar la protección judicial de los derechos, mediante un procedimiento breve.

d) Aspectos novedosos de la tutela en Colombia

La tutela adoptada en Colombia tiene elementos característicos de algunos de esos sistemas; sin embargo, es sumamente innovadora porque pretende corregir errores que se han presentado en ellos.

A manera de enunciación, las principales innovaciones de esta figura en Colombia son las siguientes:

Fácil acceso a la justicia. No se requiere apoderado o abogado para ejercer la acción de tutela. Cuando se actúe por medio de apoderado, los poderes se presumirán auténticos. Permite, además, la agencia oficiosa, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.

La acción procede solamente cuando el derecho invocado sea de rango “constitucional”, no legal o de una categoría inferior; tiene que ser “fundamental”, el derecho debe estar amenazado por acciones u omisiones claramente encaminadas a vulnerarlo, o ser desconocido en un caso concreto. No debe existir otro medio de defensa judicial diferente a la tutela para protegerlo; si se utiliza como mecanismo transitorio, existiendo un medio de defensa alternativo, sólo cabe para evitar un “perjuicio irremediable”, es decir, un perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización; no desconocer las causales de improcedencia (artículo 6 del decreto 2591 de 1991 y respetar las restricciones del artículo 40 del mismo decreto).

Más que las reglas abstractas, lo que importa en la acción de tutela es la realidad.

Informalidad. Con el fin de que todos los ciudadanos tengan acceso a esta herramienta (sin trabas de tecnicismos ni formalismos).

Trámite preferencial. El juez debe posponer cualquier otro asunto, salvo una petición de *habeas corpus*, para decidir antes la solicitud de tutela (celeridad en la resolución y evita congestión en los despachos judiciales).

Cualquier juez es competente para decidir las solicitudes de tutela. La Constitución lo establece y el decreto que la reglamenta (2591/91), dispone que son competentes todos los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurra la violación o la amenaza que motiva la solicitud.

II. CONCLUSIONES

Se considera, por nuestra parte, que tratándose de derechos de rango constitucional y de sus formas de custodia, los esfuerzos han sido de gran magnitud y muy valiosos por el contenido trascendental que comportan.

Hay que reconocer que no somos expertos en el tema de derechos humanos y acción de tutela; razón por la cual se recurrió a la ayuda de un amplio marco teórico, del que se extractaron muchas ideas; no obstante ello, se desea compartir algunas reflexiones básicas sobre varios aspectos de los derechos humanos en Colombia (a la luz de la Constitución), y de la reciente institución de la tutela.

Comencemos por decir que, concierne a todo hombre luchar por conseguir que se realicen jurídicamente aquellas exigencias morales de dignidad, libertad e igualdad, que hacen de cada hombre un *hombre*. Así como por preservar y proteger las convertidas ya en derechos, impidiendo su vaciamiento de sentido

y su degeneración en mera retórica, tras de haber sido incorporados a los correspondientes textos constitucionales y legales.

Y es que no puede dejarse sólo a instancias del derecho y en manos de los juristas, la tarea universal de luchar por la realización de esos derechos.

De otro lado, la principal responsabilidad de un funcionario no es ejercer autoridad, sino servir a los ciudadanos.

Consecuentes con la antedicha afirmación, se debe reconocer que en un Estado de derecho no es dable predicar que las repúblicas deben ser autoritarias, so pena de incidir en permanente desorden y aniquilamiento en vez de progresar, pues a pesar de que no falta quienes piensen así, la realidad nos muestra, día a día, que no es suficiente con que exista orden; además (y principalmente), se requiere que éste sea justo y siempre tener como norte al ser humano en tanto autor y/o destinatario de conductas de progreso.

Nuestra Constitución, principalmente, en su parte de derechos, trajo consigo un cambio absoluto en el constitucionalismo, que en su concepción tradicional buscaba preservar la libertad individual mediante la distribución de poderes entre ramas distintas y la asignación de competencias específicas a las cuales debía sujetarse el ejercicio de la autoridad, mas, visto quedó (después de doscientos años) que la separación de poderes (por sí sola) no es garantía suficiente contra los abusos, como tampoco lo es la enumeración detallada de las facultades de quien tiene autoridad.

La mayor innovación de la Constitución de 1991 consiste en el amplio elenco de derechos fundamentales y colectivos y su protección judicial, con su consecuencial traslado a las manos de los jueces de la República, la interpretación de los mismos, como debe ser una democracia; lo que pone en evidencia el inmenso compromiso del Poder Judicial, para el cabal desarrollo de nuestro Estado social, olvidando la idea del juez administrador y recreador de derecho para hacer vivo el reto del juez contemporáneo; esto es, tomar conciencia del alto costo de la humanidad cuando desobedece las recomendaciones de los teóricos de la juridicidad y de la democracia.

Esta función de defensa asignada a los jueces los obliga a enfrentar, como misión ética, la tarea constructora de una sociedad civil como antesala del consenso (contrato social), y fuente legitimadora del Estado social de derecho.

Y respecto a la judicatura, el juez de hoy no puede sumergirse en el tecnicismo jurídico, porque el Estado de derecho va más allá de la legalidad; ése es el papel de la filosofía con apoyo en la técnica y la ciencia jurídicas, porque el juez nunca debe olvidar que el derecho está compuesto por la trilogía de norma, conducta y valor.

El juez de hoy, como operador jurídico formal, debe ser poseedor de una visión heterodoxa del derecho en tanto que en nuestra carta fundamental se

dio hospitalidad a las más recientes concepciones filosóficas del derecho (neoiusnaturalismo, neopositivismo y la dialéctica integradora), concepciones filosóficas que han tenido expresión lingüística en normas constitucionales que contienen los verbos *reconocer*, *garantizar* y *promover*.

La judicatura contemporánea enfrenta el esplendor de las normas de derecho frente a la amenaza de las normas de poder. Con respecto a las primeras, enseña un teórico neoiusnaturalista que el proceso judicial es el fundamento esencial del derecho; y reitera Carnelutti, colocando al juez como único protagonista de la justicia: “Es preferible una sociedad con malas leyes y buenos jueces que con buenas leyes y malos jueces”.

Con la Constitución (artículo 86) y la expedición del decreto 2591/91, que regula la acción de tutela, queda abierto el camino para dignificar y enaltecer la labor del juez; para acercar la justicia al ciudadano común; para convertir la carta, bajo la guarda del Poder Judicial, en algo relevante en la vida cotidiana de nuestra nación.

El derecho fundamental al amparo judicial efectivo de la supremacía constitucional trae como consecuencia el poder-deber atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos y libertades constitucionales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares.

Ahora bien, no sólo se consagran constitucionalmente los derechos humanos, sino también el derecho inviolable de las personas a que les sea asegurada la supremacía constitucional mediante acciones judiciales. Es evidente que sólo la Constitución podría limitar dicho derecho, es decir, sería incompatible con la idea del derecho fundamental a la supremacía constitucional que se postuló, cualquier limitación legal a la misma.

Reconocemos las bondades de la acción de tutela, pero ello no debe cegarnos a la crítica, pues con una visión futurista se tiene que prevenir sobre el riesgo latente de un fracaso real de esta acción, el cual podría originarse en el exceso de su utilización, ante la posibilidad de ser instaurada contra sentencias ejecutoriadas (no obstante las muy inteligentes y sabias talanqueras que se le pusieron), no faltan los colegas que se las ingenien para sostener la violación de un derecho fundamental. Está en nosotros (como abogados), impedir el empleo irracional y el abuso de la acción de tutela para evitar que a la vuelta de pocos años este mecanismo se convierta en una especie adicional de recurso extraordinario contra sentencias, desnaturalizando por completo su provechosa esencia.

La acción de tutela se encamina a la protección de los derechos constitucionales fundamentales, y por tanto no puede utilizarse para la protección de

derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación, ni para los derechos colectivos o al medio ambiente sano (tercera generación).

De lo anterior surge la pregunta:

— ¿Cuáles son los derechos constitucionales fundamentales en concreto que se pretenden amparar?

Aparece entonces un inicial obstáculo, en tanto que la carta no los define de manera taxativa. Por lo pronto, la determinación de cuáles son los derechos constitucionales fundamentales es un interrogante aún no resuelto. Quizá por ese motivo el artículo 2 del decreto con fuerza de ley que reglamentó la acción de tutela (2591/91), dejó la puerta abierta para que se puedan tutelar otros derechos no señalados por la Constitución como fundamentales, en cuyo caso la Corte Constitucional debe darle prelación a la revisión de tales decisiones. Sobre el punto queremos manifestar nuestra posición, indicando que los derechos constitucionales fundamentales, no pueden ser otros que los de aplicación directa (y no sólo los enunciados en el artículo 85 C. N.), en cuanto imponen al Estado una prohibición o una obligación de no hacer, o un hacer o dar muy concreto, no supeditado a desarrollo legal. Seguramente la orientación que tome la jurisprudencia sobre el particular, consultará el derecho comparado, concluyendo que los derechos constitucionales fundamentales no se determinan simplemente por un criterio, que en su momento pudo ser caprichoso (como la ubicación en determinado capítulo del texto constitucional). Se deja en claro, sí, que no todos los derechos constitucionales tienen la categoría de fundamentales, como equivocadamente sostienen algunos.

Como es obvio, existen derechos (socioeconómicos y colectivos) que no pueden ser directamente exigibles por un individuo ante un juez, pues requieren desarrollo legal para que se vayan realizando progresivamente, y nos queda aquí un gran camino por recorrer, pues su efectividad ha sido insuficiente. Nuestro Estado y nuestra Constitución así lo entienden. Pero también entienden que, en este aspecto, así como en general, en lo referente a la totalidad de derechos, se trata de que en todos los colombianos viva y se desarrolle un sentimiento de compromiso con los principios fundamentales de la democracia que nos impulse a todos a ser guardianes, siempre alerta, de la libertad, de la justicia y la igualdad.

Acciones como la de tutela, cumplimiento y populares, configuran la médula espinal de la Constitución de 1991. Con ellas puede decirse que nació un nuevo derecho, cuyos desarrollos dependen actualmente de la jurisprudencia (Corte Constitucional ante todo) y de la doctrina y posteriormente dependerán de la ley.

Este nuevo derecho es, si se quiere, más importante que el tradicional derecho constitucional sustantivo, pues de que sirve ser titular de un derecho

(cualquiera que sea), si no se tienen los mecanismos judiciales (las acciones), para hacerlos efectivos?

Para terminar, dos recomendaciones:

1. Vemos conveniente que se cree en todo municipio colombiano, una entidad para la defensa del interés público, cuyos cometidos sean promover los derechos comunitarios y, en consecuencia, divulgar, consolidar y orientar en el ejercicio de los derechos, no sólo humanos sino también de los colectivos, así como de las distintas vías establecidas para su protección.

2. Institucionalizar en cada facultad de derecho, un programa para la formación de abogados del interés público, y principalmente del juez como protagonista ético de un Estado de derecho.

Concluamos con la siguiente reflexión:

Mientras no cambiemos la mentalidad estatista por una humanista, aunque cambien las instituciones, la crisis subsistirá.

III. BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, *El Defensor del Pueblo*, Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas, 1992.
- CEPEDA, Manuel José, *La carta de los derechos*, Santafé de Bogotá, Presidencia de la República de Colombia, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Revista Temis, 1993.
- ARENAS SALAZAR, Jorge, *La tutela, una acción humanitaria*, Santafé de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1992.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Acción de tutela*, Serie de Documentos núm. 5, Santafé de Bogotá, 1993.
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, *Estudios de derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia. marzo-septiembre de 1991.
- MONROY TORRES, Marcela y ÁLVAREZ ROJAS, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acción de tutela*, tomos I, II, III y IV, Biblioteca Jurídica Dike, 1993.