



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

El papel del juez en la dicotomía procedimental y sustancial de la acción de tutela

Jenny Catherin García Núñez

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá, D.C., Colombia
2018

El papel del juez en la dicotomía procedimental y sustancial de la acción de tutela

Jenny Catherin García Núñez

Trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magíster en Derecho

Director:
Doctor Jheison Torres Ávila

Línea de Investigación: Interpretación judicial

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá, D.C., Colombia
2018

*A mis padres, Julio Luis y María Yamileth, mi
hermana, Mónica Alejandra, y Fabián Andrés.
Con su amor y apoyo, cada uno, aportó de
manera invaluable al presente trabajo.*

Agradecimientos

Agradezco, en primer lugar, a la Universidad Nacional de Colombia, alma mater testigo de mi crecimiento profesional y personal. Desde un primer momento, me proporcionó los escenarios y las herramientas para construir este producto, así mismo, me brindó los medios para forjar una consciencia social y crítica como profesional del derecho. Nunca serán suficientes las gratitudes para esta casa de estudios.

También, a los profesores Diana María Carrillo González y Jheison Torres Ávila, en su orden, tutora y director, quienes, desde las incipientes etapas del proceso investigativo y en cada una de sus fases, fueron sabios guías del procedimiento y excelentes evaluadores de sus resultados. La capacidad de ellos, para guiar mis ideas se convirtió en un aporte significativo.

A Fabián Andrés Rojas Bonilla, abogado magister de esta universidad y compañero incondicional de vida, cuyo amor, compañía y aliento constante permitieron mantener vivo el compromiso, responsabilidad, disciplina y sacrificio que el presente trabajo investigativo requirió.

Al profesor Andrés Abel Rodríguez Villabona, a cuyo cargo estuvo la evaluación del trabajo, extendiendo un sentido agradecimiento.

Finalmente, reconozco y agradezco profundamente el apoyo de familiares y amigos cercanos.

Resumen

El funcionamiento de la acción de tutela no ha sido un tópico ajeno a las discusiones académicas. Buena parte de los estudios se han centrado en aspectos puntuales, tales como la procedencia de la acción frente a las decisiones judiciales o la congestión que provoca en la jurisdicción ordinaria. No obstante, el estudio del proceso establecido para realzar dicho mecanismo se ha mantenido al margen del interés de la academia, descuidando, con ello, la existencia de una dicotomía que desde el punto de vista normativo existe entre la regulación procesal y sustancial del instrumento, cuyo principal efecto se proyecta en la función interpretativa del juez, quien es el llamado a mediar entre la excesiva formalidad en la regulación procedimental incongruente respecto de la esencia de la tutela, como acción flexible y antiformalista. Superar dicha problemática implica, de un lado, considerar la necesidad de introducir reformas a la reglamentación de la tutela que apunten a armonizar el diseño procedimental con su finalidad, sin que ello, como es debido, implique la desnaturalización del mecanismo y, de otro lado, a partir de un paradigma de interpretación propio del Estado Constitucional de Derecho, buscar propuestas metodológicas que permitan al juez asumir ese rol de intermediación, con el propósito de maximizar la aplicación de la justicia constitucional por medio de la acción constitucional y la garantía de los derechos fundamentales en los casos concretos.

Palabras clave: acción de tutela, derecho procesal, derecho sustancial, estado constitucional de derecho, debido proceso sustantivo.

Abstract

The operation of the amparo procedure hasn't been a strange topic to academic discussions. A significant part of studies has focused in certain subcategories, such as, the amparo against judicial decisions or the congestion caused at the ordinary jurisdiction. Nevertheless, the process established to enhance the mechanism has been insulated from the academy's interest, as a result, it has been neglected the normative dichotomy between procedural and substantive rules of the action, whose main effect project at the judge's interpretative role. Furthermore, is a judge responsibility manage between the excessive formality of procedural regulation inconsistent with the substance of the amparo as an anti-formalist and flexible action. Overcome this obstacle involves, on the one hand, consider the necessity to reform the amparo regulation in order to harmonize the procedural design and its purpose, without distort the mechanism, on the other hand, from a specific interpretation paradigm of the constitutional rule of law, should look for methodological proposals which will enable the judge assume the role of intermediation with the purpose of maximize constitutional justice through amparo procedure such as the guarantee of fundamental rights in each case.

Keywords: amparo procedure, procedural law, substantive law, constitutional rule of law, substantive due process.

Contenido

	Pág.
Resumen	IX
Abstract	X
Introducción	1
1. La acción de tutela en el orden jurídico colombiano: alcances y efectos	9
1.1 La existencia de una justicia constitucional en Colombia	10
1.2 Origen, finalidad y marco normativo de la acción de tutela en el contexto jurídico colombiano	15
1.2.1 La integración constitucional y los primeros años de vigencia de la acción	16
1.2.2 Las propuestas de conceptualización y los balances del funcionamiento de la acción	21
1.2.3 La acción de tutela desde el marco normativo procedimental	33
1.3 La función del juez de tutela	40
1.4 Conclusiones preliminares	43
2. La interpretación judicial: del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho	47
2.1 Antecedentes al modelo de función judicial del Estado de Derecho.....	54
2.2 Del estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho	56
2.2.1 El concepto de garantía	63
2.3 La función judicial en el Estado Constitucional de Derecho: el poder de corrección jurídica	66
2.4 Conclusiones preliminares	71
3. El ámbito de interpretación normativa del juez de tutela	75
3.1 La disfuncionalidad de la acción de tutela: entre la Corte Constitucional y las primeras instancias	79
3.1.1 Sentencia T-307 de 2006	85
3.1.2 Sentencia T-546 de 2009	86
3.1.3 Sentencia T-617 de 2010	87
3.1.4 Sentencia T-918 de 2012	89
3.1.5 Sentencia T-781 de 2013	90
3.1.6 Estudio de casos	92
3.2 La acción de tutela: propuestas metodológicas y aspectos procesales.....	94
4. Conclusiones	113

Bibliografía 119

Introducción

Los debates constituyentes que dieron lugar a la promulgación de la Constitución Política de 1991 tenían, entre muchos otros propósitos, el de otorgar una amplia gama de instrumentos expeditos y eficaces para la protección y defensa del cuantioso catálogo de derechos fundamentales que la Asamblea Nacional Constituyente quiso elevar a rango constitucional. Uno de estos instrumentos fue la acción de tutela, que finalmente quedó establecida como un mecanismo de protección inmediato de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, en los eventos señalados en la ley¹. La consagración de dicha acción, para ese entonces, resultó ser el baluarte de la eficacia de los derechos fundamentales constitucionales y un mecanismo que estrechó las relaciones de la norma constitucional con los asociados.

Una vez consagrado el instrumento, fue el órgano ejecutivo mediante el Decreto 2591 de 1991, en ejercicio de sus facultades legislativas excepcionales², el que reguló su ejercicio, categorizándola como un mecanismo preferente y sumario. Quiere decir ello, que los asuntos de competencia de la acción de tutela deben ser resueltos no solo de una manera ágil, consecuente con la protección que se solicita, sino de manera preponderante a asuntos de otra naturaleza. A la par, el decreto reglamentario colmó de contenido el mecanismo, asignándole otras características, tales como ser una acción subsidiaria, inmediata, informal y con la pretensión de proteger todos aquellos derechos inherentes al individuo, preexistentes al Estado, independientemente de si una norma o ley les reconoce tal carácter.

¹ Artículo 86 de la Constitución Política de 1991.

² Literal *b)* del artículo 5 transitorio de la Constitución Política de 1991.

Siendo predecible, la acción constitucional llegó a ser el arma de contienda de aquellos que hasta ese momento soportaban la vulneración de sus derechos sin contar con un mecanismo rápido y sin muchos obstáculos, que de mano a la justicia, zanjara toda una realidad adversa a los derechos humanos en el contexto colombiano³. Ello hasta el punto de considerarse que su rápida y oportuna eficacia contrastó con un sistema judicial que dejaba sin piso los derechos tras años de engorrosos litigios. Incluso, hoy en día sigue considerándosele como la más efectiva herramienta para la defensa de los derechos fundamentales⁴, no solo por haber logrado una popularización y apropiación no alcanzada por ningún otro instrumento jurídico, sino al ser concebida como un motor judicial de desarrollo y transformación social. Asimismo, rápidamente se consideró que por el volumen de expedientes existentes al interior del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, que eventualmente conoce en revisión las demandas, y el número de acciones interpuestas, que aumenta año tras año de una manera ciertamente considerable⁵, la acción de tutela estaba en manos del pueblo⁶.

Sin embargo, y a pesar de existir consenso acerca de los excelsos alcances del mecanismo tutelar en el amparo de derechos fundamentales a lo largo de sus 25 años de existencia, también ha sido un instrumento criticado por un amplio margen de la academia y la política nacional; inclusive defensores del mecanismo afirman que existen problemas estructurales⁷, que a su turno han implicado innumerables intentos de reforma. En este marco, se le ha criticado desde varios enfoques, a saber, el ser la principal razón de congestión de los despachos judiciales y de desarticulación institucional; su procedencia

³ La autora constitucionalista Catalina Botero Marino en "*La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*" reconoce que desde los primeros años de vigencia de la acción de tutela, esta se ha convertido en una de las herramientas más eficaces para la protección de los derechos fundamentales de los colombianos. Incluso afirma que la importancia que ha tenido la acción se materializa en tanto acerca el derecho a la realidad, protege a los sectores más débiles y vulnerables y promueve una cultura genuinamente fundada en el respeto de los derechos fundamentales. BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla – Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 17 y 18.

⁴ CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Confianza y uso de la acción de tutela en Colombia*. Publicación digital consultada en <http://www.cej.org.co/index.php/justiciometros3/3582-confianza-y-uso-de-la-accion-de-tutela-en-colombia> (12.09.2014).

⁵ De 10.732 casos conocidos en 1992 a 1.600.000 acciones de tutela instauradas desde el 2002 hasta finales de 2008, dato obtenido del texto de DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 25.

⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷ Así, en el texto de Catalina Botero Marino '*La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*', óp. cit., además de reconocerse la importancia del mecanismo, se plantean las principales controversias y problemas que se han suscitado con su aplicación.

frente a providencias judiciales⁸; los usos abusivos de la figura por parte de los usuarios; la continuada desobediencia e incumplimiento de las autoridades administrativas de las decisiones o su impacto fiscal⁹; y podríamos agregar, con el análisis que se pretende abordar, su procedimiento.

Bajo esta lógica, la necesidad de indagar sobre el funcionamiento del mecanismo radica en que de manera preliminar se advierte que una de las causas que soportan las críticas a la acción constitucional se encuentra en su regulación procesal de corte formalista y limitante al funcionario judicial, a quien, en aplicación de dicho procedimiento, se le exige un actuar dinámico y flexible, para decidir de la mejor manera los casos pasibles de la tutela, acorde con el sustrato de la misma. Lo anterior, considerando que, si bien es cierto, la garantía directa y eficaz que ofrece la tutela se enmarca en la prevalencia de lo sustancial sobre cualquier asomo de formalidad engorrosa, no lo es menos, que este instrumento que ha logrado acaparar gran parte de la litigiosidad en el país debe contar con unos cauces procesales acordes con la protección que pretende y con el rol que corresponde al juez en el Estado Constitucional de Derecho. Ello, se anticipa, obedece no solo a la disparidad de la regulación del mecanismo frente a la gran acogida que ha tenido en todos los niveles de la sociedad, sino también a la ausencia de una postura activa en el funcionario judicial, como principal llamado a estrechar la grieta que separa las normas procesales y sustanciales.

Así, vale la pena resaltar que el grueso de los estudios académicos se ha ocupado del análisis de puntos específicos, tales como, la procedencia de la acción de tutela frente a las decisiones judiciales o la congestión que la misma provoca en las jurisdicciones ordinarias, descuidando otras aproximaciones, que no resultan menos importantes, como el estudio del proceso que se utiliza para lograr tal garantía. De ahí surge la importancia

⁸ En general, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales ha sido el tópico de mayor discusión y, tal vez, el que ha generado mayor controversia entre los jueces, académicos y litigantes, por ende, es razonable que se encuentren innumerables estudios cuya finalidad sea el estudio de la institución desde esta perspectiva, entre ellos, véase NISIMBLAT, Nattan. *Principios del proceso para la acción de tutela*. Bogotá: Corporación Universitaria de Ciencia y Desarrollo, 2009; HERRERA OSORIO, Freddy Andrei. *Tutela contra providencias judiciales: "Reconstrucción de un debate" (1992 – 2012)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - UNIJUS, 2014.

⁹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* En: Memorias Foro Reforma a la justicia: acción de tutela, una reforma necesaria. Bogotá: Cooperación Técnica Alemana – GTZ, 2003, p. 91 – 144.

de adentrarse en el estudio de la dicotomía que desde el punto de vista normativo existe entre la regulación procesal y sustancial del mecanismo, lo cual, sin duda alguna va a repercutir en, por lo menos, tres aspectos trascendentales. De un lado, el efecto negativo que la tensión existente entre el marco procesal y sustancial de la acción de tutela provoca en el amparo de aquellos derechos fundamentales que se demandan como amenazados o violados y, consecuentemente, en la eficacia de la protección que se espera del juez. De otro lado, el condicionamiento que dicho desequilibrio implica para el ejercicio interpretativo del funcionario judicial. Y finalmente, el análisis de esta relación resultaría fundamental al considerar un nuevo intento de reforma de la acción.

De esta manera, habida cuenta que desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, se consagró en Colombia la tutela como el mecanismo idóneo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y considerando que, a partir de ese momento, se adoptaron una serie de reglas procedimentales en aras de dar efectividad a la nueva institución, las cuales se encuentran principalmente en el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; es pertinente cuestionarse por un tema ausente en la doctrina nacional, cual es, el análisis de los problemas que genera la excesiva formalidad en la regulación procesal de la acción constitucional que resulta incongruente respecto a su esencia, al ser un instrumento flexible y antiformalista, todo ello, en el marco de la función interpretativa del juez. Un ejemplo de ello es la perentoriedad para decidir el asunto en la primera instancia de cara al colosal propósito que abarca la protección de derechos constitucionales fundamentales.

Bajo ese panorama las preguntas que se abordarán en el presente estudio serán: ¿de qué manera repercute el diseño procedimental de la acción de tutela en la actividad interpretativa que adelantan los jueces, teniendo en cuenta que la actividad de éstos está guiada por la finalidad del instrumento? y, en este sentido, ¿cuáles aspectos podrían reformularse, en punto al ejercicio hermenéutico judicial al adoptar fallos de tutela que se pretenden garantistas de derechos fundamentales y de cara a la relación procedimiento – sustancia, entendiendo las formas procesales, no solo como un instrumento, sino como un factor de equilibrio frente a lo sustancial?

Como se anticipó, la existencia de una tensión entre el diseño formal y riguroso del proceso de tutela, por un lado, y la flexibilidad en la que se inspira el mecanismo para garantizar

derechos fundamentales, por el otro, ha sido un tema secundario para la doctrina nacional que desde 1991 se ha ocupado de analizar el instrumento. Descuidando con ello, que esa incompatibilidad le resta eficacia a la acción constitucional, por la inflexibilidad procedimental a la cual se encuentra abocado el juez de tutela para realizar cualquier ejercicio hermenéutico y, en tanto, la misma rigidez procedimental incide en un escaso recaudo y valoración de las pruebas que sustenten una decisión de amparo con la pretensión de remediar eficazmente la situación amenazante o vulneradora del derecho fundamental. Con todo, se puede aventurar, además, que dicha incompatibilidad existente en la administración de justicia constitucional propiciada por el desbalance entre el procedimiento y los fines de la acción influye de manera negativa en el ejercicio hermenéutico que atañe al juez.

Ello nos permite distinguir dos apuestas diferentes. La primera, la imperiosa necesidad de introducir reformas a la reglamentación de la acción de tutela que apunten a armonizar el diseño procedimental con su finalidad, sin que ello implique la desnaturalización del instrumento. Y la segunda, rescatar propuestas metodológicas para el ejercicio interpretativo del juez, de tal manera que éste, consciente de su función en un Estado Constitucional de Derecho, a partir de la interpretación de las normas, asuma un rol de intermediación en la relación procedimiento – sustancia, en aras de superar el desequilibrio existente y, así, maximizar la aplicación de la justicia constitucional por medio de la tutela y la garantía de los derechos fundamentales en los casos concretos.

Para responder dichos cuestionamientos se adoptó una metodología que involucró componentes tanto teóricos como prácticos, guiada por un objetivo general, que se enfocó en dos aspectos, de un lado, identificar cómo, a la luz de los parámetros sustanciales de protección de la acción de tutela, su diseño procedimental repercute en la actividad interpretativa que adelantan los jueces. Una vez constatado ello, surgió una segunda meta que buscaba precisar aquellos aspectos que podrían reformularse en el ejercicio hermenéutico judicial al adoptar fallos de tutela, entendiendo la regulación procedimental, no solo como un instrumento, sino como un factor de equilibrio frente a lo sustancial.

A su vez, para lograr ese cometido, se establecieron los siguientes objetivos específicos:

1. Reconstruir los debates existentes en torno a la naturaleza y desarrollo de la acción de tutela, su origen y filosofía; y las tensiones y controversias que su consagración y su desarrollo jurídico en aspectos sustanciales y procesales ha tenido.
2. Revisar las posturas teóricas y metodológicas de la interpretación en el ámbito judicial, teniendo como criterio de organización el tránsito de Estado legalista de derecho al Estado Constitucional de Derecho.
3. Verificar en qué medida la relación asimétrica entre formalismo y sustancialismo en la acción de tutela influye en las decisiones judiciales, a partir del estudio de casos precisos fallados por la Corte Constitucional, en sede de revisión, para así, dar cuenta de una serie de propuestas metodológicas en la práctica judicial que, desde el fundamento teórico del Estado Constitucional de Derecho, permitan al juez posicionarse como un puente de interconexión en la relación desequilibrada del componente procedimental y sustancial de la acción.

Con miras a corroborar el acierto de la hipótesis propuesta y en concordancia con los objetivos planteados, la metodología que se utilizó se dividió en tres etapas sucesivas. En la primera de ellas, se realizó un ejercicio de búsqueda y recopilación de información relativa a los tópicos centrales que la investigación pretendía abordar. En este sentido, la revisión bibliográfica, a través de fichas, sobre la acción de tutela, su origen y filosofía; las tensiones y controversias que su consagración y su desarrollo jurídico en aspectos sustanciales y procesales ha tenido; así como, las posturas teóricas y metodológicas de la interpretación en el ámbito judicial, que surgieron con ocasión del surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, resultaron esenciales para el objeto pretendido.

La segunda etapa se centró en ordenar y sistematizar la información ya obtenida, para ello se agotaron dos fases diferentes. Una primera relativa a la sistematización de la información sobre el origen y el desarrollo de los problemas sustanciales y procesales de la acción de tutela, así como, el hallazgo de los puntos de interconexión, a través de un análisis dogmático. En la segunda fase, referida al marco teórico, se aplicó este último método enunciado, con el mismo fin de sistematizar la información obtenida.

En la última fase, correspondiente a la verificación de la hipótesis de trabajo, valiéndose de un estudio de decisiones falladas por la Corte Constitucional, en sede de revisión, que se seleccionaron y catalogaron como casos tipos por compartir ciertas características, tales como, el escaso recaudo y valoración probatoria en las instancias de decisión, la autolimitación del juez de instancia, la práctica y recolección de medios de convicción por el tribunal constitucional y la necesaria intervención de la Corte Constitucional como un juez de instancia para lograr la eficacia del derecho, se logró identificar las consecuencias que genera en la práctica judicial la relación desequilibrada del componente procedimental y sustancial de la tutela.

Por último, llegados a este punto, se aplicó al estudio los planteamientos obtenidos tanto en la segunda fase de la investigación, como en la etapa preliminar de la verificación de la hipótesis, con el fin de desarrollar su segundo componente, enfocado en el delineamiento de propuestas metodológicas para la labor de interpretación judicial en el ámbito de decisión de acciones de tutela. Así, se tomó como pauta el rol que al juez corresponde desempeñar en el Estado Constitucional de Derecho, considerando que la figura del funcionario judicial y más aún la interpretación que realiza, adquieren una especial connotación en las sociedades que han adoptado en sus ordenamientos jurídicos constituciones contemporáneas, como es el caso de Colombia a partir de 1991. También se planteó como un insumo importante, apropiar en cada instancia de decisión el debido proceso, en su faceta sustantiva. El desarrollo de estos planteamientos podrá ser conocido por el lector en el tercer acápite de este trabajo.

1. La acción de tutela en el orden jurídico colombiano: alcances y efectos

Diversos autores han reconocido la importancia jurídica, social e histórica de la acción de tutela. Desde distintos enfoques se han destacado las grandes expectativas que su consagración en la Constitución de 1991 conllevó, junto con los progresos que implicó para el orden jurídico constitucional colombiano. También se ha hecho manifiesto, por un lado, la jerarquía con que goza para el reconocimiento y garantía de los derechos y, por otro lado, los descontentos que ha provocado, principalmente, al generar un gran impacto en las acciones ordinarias que, a su turno, se vieron deslegitimadas por su lentitud, complejidad e ineficacia. A pesar de ello, en general, se reconoce la impropiedad de culpabilizar a la tutela de los problemas de la justicia colombiana, para en su lugar entender que, en algunos casos, ella se ha constituido en la solución a un sistema de justicia ineficaz.

En la medida en que la tutela se concibió como un remedio para la realidad colombiana, plagada de violaciones de derechos fundamentales que quedaban sin protección al no existir un instrumento rápido y eficaz, su aplicación enseñó ciertas incompatibilidades con la vía procesal que se adoptó para el efecto, que han quedado al margen de la atención de quienes han abordado su estudio. No obstante dicha limitación, el presente capítulo pretende abordar diversos estudios sobre la acción constitucional que revelan posiciones a favor y en contra del desarrollo que ha tenido en Colombia y las contradicciones que su impulso ha permitido detectar.

Para ello, la exposición se dividirá en tres acápite. El primero pretenderá describir la existencia de la justicia constitucional en Colombia, a partir de una categorización general y su entendimiento en el contexto jurídico nacional permeado por el proceso de constitucionalización del derecho. El segundo, tal vez el más profuso, se centrará en describir cómo se ha entendido en el panorama nacional la tutela desde su origen y

finalidades. El tercer aparte, según lo establecido, consultará la incidencia que los aspectos ya valorados configuran para la función judicial, particularmente en el ejercicio del juez de tutela.

Para tal fin, el trabajo se vale de tres momentos significativos en lo que se refiere a la evolución de la acción constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano:

En primer lugar, se encuentra aquel en el que la acción se incluyó como norma constitucional, así como sus primeros años de vigencia. En este sentido, se consultará no solo el propósito del Constituyente de 1991 al incluir la figura y la disposición constitucional que la integró, sino también, el sentimiento nacional expresado en la esperanza y la cautela frente a su incorporación. Paralelamente, se dará cuenta de las incipientes críticas a su funcionamiento en sus escasos años de vigencia. Un segundo momento se caracteriza por las propuestas de conceptualización y los balances un poco más decantados sobre el funcionamiento de la tutela, de cara al auge de la institución y las incidencias que se evidenciaban sobre el sistema judicial nacional. Así pues, se exponen diversas posiciones que discurren entre las bondades y desventajas del instrumento. En tercer lugar, parece importante destacar aquellos estudios que se centran en el marco normativo procesal de la acción.

1.1 La existencia de una justicia constitucional en Colombia

Para alcanzar los objetivos trazados en esta investigación es claro que cualquier análisis, evaluación o crítica que se intente del marco normativo de la tutela, debe partir de unos presupuestos mínimos que se han de mantener incólumes, tales como, el ser ónticamente la acción de tutela un ejercicio de la justicia constitucional y una expresión de la constitucionalización del derecho¹⁰. Lo anterior, teniendo en cuenta que, uno de los debates centrales al evaluar el funcionamiento y eficacia del instrumento y, a la vez, las posibles reformas, ha sido las implicaciones que dichas modificaciones conllevarían para la existencia de una justicia constitucional dispersa por todos los órganos integrantes de la

¹⁰ Acerca de este fenómeno véase GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2013, p. 83 – 153.

rama jurisdiccional y la esencial característica que se le asigna a la acción de tutela de ser una expresión cercana a la sociedad del fenómeno de constitucionalización del derecho.

Lo primero que ha de precisarse, entonces, es que la justicia constitucional ha sido definida, de manera amplia, como la posibilidad de ejercer un control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, que deriva precisamente de la idea de la constitución como norma fundamental y suprema que, en consecuencia, debe prevalecer sobre toda norma o acto estatal. Ello implica la asignación de un poder a los jueces, para que, en su función de controlar la constitucionalidad de las actuaciones estatales, incluidas las leyes, tengan la facultad de declarar nulos aquellos que sean contrarios a la constitución. Este concepto, según el jurista Allan Brewer-Carías¹¹, fue el gran y principal aporte de la Revolución Norteamericana al constitucionalismo moderno y, su desarrollo progresivo, ha sido el fundamento de los sistemas de justicia constitucional en el mundo contemporáneo.

En efecto, siendo la supremacía de la constitución un presupuesto ontológico para el funcionamiento de la justicia constitucional, es loable distinguir dos tipos de garantías que atañen a esa jerarquía, unas de tipo político y, otras, jurisdiccionales. Las primeras se atribuyen a los órganos políticos de carácter representativo del Estado y existen, generalmente, en los regímenes jurídicos donde se impone una interpretación extrema del principio de separación de poderes y del principio de unidad del poder del Estado¹². Por otra parte, la defensa jurisdiccional encarna todos los mecanismos exigibles ante las instancias judiciales que la constitución establece para proteger y garantizar sus propios contenidos. De ahí que, la defensa del texto supremo, como una función esencial de la justicia constitucional, no solo tenga como objetivo el garantizar los diferentes modos de distribución del poder entre los cuerpos constituidos del Estado y, así, la estabilidad y continuidad política del mismo, sino que además, asuma como propia la garantía de los derechos y libertades fundamentales de rango constitucional¹³.

¹¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho procesal constitucional: instrumentos para la justicia constitucional*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2013, p. 20.

¹² *Ibidem*, p. 23.

¹³ *Ibidem*, p. 43.

Del mismo modo, se puede decir que, desde el momento en que las constituciones empezaron a tomar fuerza obligatoria y vinculante, se le ha confiado a un juez de nivel superior la misión de hacer respetar ese texto. Bajo este entendimiento, la justicia constitucional sería entonces una actividad o función ejercida por un órgano judicial jerárquicamente superior y especializado en controlar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales¹⁴.

Siguiendo la tipología realizada por Michel Fromot¹⁵, respecto de la justicia constitucional, se pueden establecer dos definiciones paralelas. La primera se centra en considerar al juez constitucional como el árbitro de los poderes públicos, es decir, de los poderes legislativo y ejecutivo. La segunda concepción consiste en hacer del papel del juez constitucional, el de aplicador de las reglas consagradas en el texto fundamental. Bajo la primera definición, un juez imparte justicia constitucional, cuando “*decide dentro de litigios en los que están enfrentados poderes públicos constitucionales, sin importar si las reglas que aplica son de rango legal o constitucional*”. Por su parte, la segunda definición apunta a considerar que “*todo juez que aplica una regla constitucional a un litigio al cual está sometido, ejerce justicia constitucional*”. Este último entendimiento fue el que el Constituyente de 1991 quiso adoptar en el ordenamiento colombiano, pues la función del juez constitucional no se relegó a la definición de conflictos entre los poderes públicos sino que, por el contrario, a aquel se le dio un alcance mucho más amplio en el que, para la definición de pleitos concretos entre el Estado y los particulares o entre estos últimos, debe aplicar de manera directa las disposiciones constitucionales.

Algunos autores nacionales, como Dueñas Ruiz¹⁶, consideran que la justicia constitucional es aquella instituida para asegurar el respeto de las normas básicas constitucionales tendientes a la convivencia pacífica, mediante un proceso de sujeción de los actos de los poderes públicos no solamente a las normas orgánicas de rango superior sino a los valores, principios y derechos de igual jerarquía, que en sí mismos, serían el objeto de la

¹⁴ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Funciones del derecho procesal constitucional. En: *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 11-69. Chile: Universidad de Talca.

¹⁵ FROMONT, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1996, p. 33 y 34, citado por: LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. *La justicia constitucional colombiana: ¿un gobierno de los jueces?*, Neiva: Universidad Surcolombiana, 2005, p. 55 y 56.

¹⁶ DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*, óp. cit., p. 53.

jurisdicción constitucional. Esta posición daría lugar a considerar la justicia constitucional desde un enfoque material.

Ahora bien, una jurisdicción constitucional, desde el punto de vista orgánico se integra, según ha interpretado la Corte Constitucional¹⁷, de lo dispuesto por la Carta Política y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, “*por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales*”. Empero, en los casos de tutela, paradójicamente se ha considerado que el despacho judicial que orgánicamente pertenece a la jurisdicción ordinaria o a la jurisdicción contenciosa administrativa, asume la competencia para conocer del asunto constitucional y luego adquiere la jurisdicción constitucional material para conocer y decidir el asunto demandado a través de la tutela¹⁸. Según esta tendencia, la razón principal para que exista una justicia constitucional dispersa y, en consecuencia, para que no haya jueces de tutela especializados, radica en la obligación de todos los jueces de conocer la constitución y de comprometerse con la defensa de los derechos fundamentales¹⁹.

Por otra parte, la jurisdicción constitucional, como expresión orgánica de la justicia constitucional, fue definida por el Constituyente primario colombiano de 1991 como una función pública, abocada a la defensa y custodia de la supremacía del texto fundamental en el ordenamiento jurídico. Con esta reconfiguración del modelo de justicia se pretendía asegurar la fuerza normativa de las disposiciones superiores y su grado de efectividad frente al posible extravío de los poderes públicos, velando siempre porque estos actuaren dentro de los límites que aquella les define, para garantía de la sociedad y de la ciudadanía²⁰. En efecto, el establecimiento de una justicia constitucional, encabezada por un tribunal especializado, ha tenido un profundo significado en el desarrollo y protección de los derechos fundamentales, al punto que la mayor parte de los conflictos intersubjetivos en los que está de por medio la eventual violación o amenaza de alguno de estos derechos,

¹⁷ Entre otros, Corte Constitucional, Sentencia C – 1290 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁸ DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*, óp. cit., p. 54.

¹⁹ *Ibidem*, p. 54.

²⁰ CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. *Justicia e interpretación constitucional*. Bogotá: Leyer, 2010, p. 25.

se resuelven a partir del contenido material de la Carta Magna y con base en los criterios hermenéuticos fijados por la Corte Constitucional.

Esto último permite que, en el ordenamiento jurídico colombiano, el principio de constitucionalidad, traducido en la justicia constitucional, encuentre un lugar preponderante como regla democrática y, por esta vía, se le considere como un requisito *sine que non* para la configuración del Estado Constitucional de Derecho; no en vano, la constitución se concibe como norma de normas, de aplicación preferente en caso de colisión con cualquier disposición jurídica de orden interno y, por consiguiente, el asegurar la justicia como fin constitucional dentro de un marco jurídico democrático y participativo constituye un objetivo esencial del Estado, como así es enunciado desde el mismo preámbulo constitucional²¹.

Ahora, debe precisarse que dicho proceso de constitucionalización inició en Colombia con la Constitución de 1991, que buscó dar un giro respecto a la forma de ver el derecho que se traía desde la Constitución de 1886, calificándolo como la revuelta en contra del formalismo²². En el nuevo orden constitucional, la carta fundamental es concebida como norma de normas, con lo que se destaca el hecho de su superioridad sobre las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, a la vez, se le dota de carácter normativo, es decir, que puede ser aplicada de forma directa por los jueces sin necesidad de desarrollo legal. Se funda, además, el concepto de primacía de los derechos inalienables de la persona, los cuales se conciben con fundamento en la dignidad humana, y se constitucionaliza un mecanismo expedito y sumario para que las personas acudan ante el juez para reclamar directamente la protección de sus derechos fundamentales²³, esto es, a través de la acción de tutela.

Tal entendimiento permite catalogar al mecanismo como una extensión del fenómeno de constitucionalización del derecho que, por virtud de la Constitución de 1991, se identificó con una justicia constitucional plenamente estructurada desde el punto de vista material y

²¹ Preámbulo, Artículos 2 y 4 de la Constitución Política de 1991.

²² LÓPEZ MEDINA, Diego. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 5 y 6.

²³ SUÁREZ MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*. No. 129, p. 317-351, 13, 2014. Publicación digital consultada en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj> (24-03-2017).

orgánico, cuya principal arma de defensa se cimentó en las garantías de tipo judicial. De ahí que el punto de entrada y guía para el estudio de la figura sea ineludiblemente la justicia constitucional. Dicho esto, resulta inaplazable analizar el surgimiento, propósito y desarrollo de la institución en el contexto colombiano.

1.2 Origen, finalidad y marco normativo de la acción de tutela en el contexto jurídico colombiano

Como se propuso, en este capítulo se describirá la forma cómo ha sido concebida en el ámbito nacional la acción de tutela, partiendo de su origen y finalidades. A su vez, este aparte pretende dar cuenta del marco normativo de dicha acción, desde su aspecto sustantivo y procedimental. Para ello, se considerará, de un lado, la Constitución Política de 1991, que dio origen al mecanismo como un derecho y una garantía fundamental y, de otro lado, el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, que desarrolló aquel mandato constitucional, todo lo anterior, aunado a los considerandos de la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

Como ya se puede prever, la literatura sobre la acción de tutela puede ser profusa e incluso repetitiva, por tanto, este trabajo se limitará a abordar aquellos textos que por su importancia e innovación, han generado amplias discusiones doctrinales, siempre buscando puntos de encuentro y desencuentro. Además, para lograr un mejor entendimiento, la exposición se hará en tres grandes grupos. El primero pretende dar cuenta de la integración de la institución al orden constitucional colombiano y los primeros años de vigencia. Un segundo momento, se centra en la etapa en que la figura entró en un estadio de madurez, a partir del cual, fue posible avizorar las primeras consecuencias de su implementación y, en el que, además, se hacen patentes los primeros trabajos de conceptualización. Por último, se hace eco de una etapa más decantada, que permitió balancear los provechos e inconvenientes de la acción judicial, y aquellos estudios que se ocuparon del marco normativo procedimental, poniendo de presente que el fin último de dicha estructura procesal será la realización del derecho sustantivo.

1.2.1 La integración constitucional y los primeros años de vigencia de la acción

Según establece el artículo 86 de la Constitución de 1991²⁴, toda persona cuenta con la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos que señala la ley. A la vez, la disposición constitucional limitó el ejercicio de la acción al prescribir que el mecanismo solo resulta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa salvo que se solicite el amparo como medida transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Desde los debates constituyentes, la acción de tutela se perfiló en Colombia como un instrumento de naturaleza subsidiaria y residual, es decir, que solo procedería en ausencia de otros mecanismos adecuados de defensa, con la finalidad de otorgar protección inmediata a los derechos constitucionales fundamentales, cuando por la acción o la omisión de una autoridad pública y, en ciertos casos de los particulares, se haga patente la lesión o afrenta a prerrogativas fundamentales²⁵. Un primer aserto será, entonces que, dicha pretensión quedó consignada expresamente en la norma constitucional.

A su vez, una certera expresión del propósito del Constituyente al establecer el mecanismo de amparo es la enunciada por el ex magistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda Espinosa, quien, refiriéndose a la acción de tutela, concibe lo siguiente:

²⁴ Artículo 86. *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 éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel 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 solo 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.

²⁵ DELGADO MOTTOA, Beatriz. *La Tutela: Un instrumento al alcance de todos*. Cali: Poemia, 2005, p.26. En este texto se incluyen varias referencias al Informe para primer debate en Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, Gaceta Constitucional Mayor 20/91.

“(…) para que sea en realidad una herramienta eficaz al alcance del ciudadano común, se ha tratado de librar la regulación de la tutela de tecnicismos y formalismos que frecuentemente no solo entran la eficiente administración de justicia, sino que alienan a los individuos llamados a beneficiarse de los procedimientos judiciales. Por esta razón, la tutela no se asemeja (…) a un proceso ordinario, y tampoco se ha empelado un vocabulario muy especializado (…)”²⁶.

En consecuencia, desde la consagración a nivel constitucional, existía en el escenario político, en la academia y en la sociedad nacional, grandes expectativas frente a la reconfiguración de los derechos fundamentales y la apertura de la administración de justicia, que implicaría el contar con un recurso inmediato y eficaz para la defensa del contenido material de la constitución, como la fue acción de tutela. Incluso tal sentimiento se acogió a uno más generalizado expresado en la siguiente fórmula: *“ninguna reforma constitucional en la vida republicana de Colombia ha generado tantas expectativas y esperanzas como, en su momento, lo hizo el proceso constitucional de 1991”²⁷*. Dichas expectativas, que no fueron truncadas, pues precisamente como lo advierte Beatriz Delgado Mottoa²⁸, *“la acción de tutela produjo un cambio definitivo en la concepción y en el valor jurídico de los derechos constitucionales fundamentales, en especial, frente a su tradicional manera de operar en el sistema normativo”*, alcanzaron su punto culmine con el reconocimiento de la fuerza normativa de las disposiciones constitucionales, lo cual, a su turno, conllevó a que los jueces aplicaran directamente la constitución.

Según entiende esta autora, el marco legal dejó de percibirse como el fundamento de validez del ordenamiento, de los reclamos ante la rama judicial y de las competencias del Estado, para que, en su lugar, con la entrada en vigencia del nuevo orden constitucional y el establecimiento de la acción de tutela, los derechos constitucionales pasaran a ser

²⁶ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Libro blanco de la tutela*. Bogotá: Presidencia de la República - Consejería para el desarrollo de la Constitución, 1993, p. 20.

²⁷ RESTREPO, Esteban. *Reforma constitucional y progreso social: La “Constitucionalización de la vida cotidiana” en Colombia*. En: SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Paper 14, 2002. Publicación digital consultada en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14 (19.04.2015).

²⁸ DELGADO MOTTOA, Beatriz. *La Tutela: Un instrumento al alcance de todos*, óp. cit., p. 32.

considerados como normas obligatorias para los miembros de la sociedad, irradiadoras de todo el ordenamiento jurídico y, por demás, directamente aplicables por los jueces²⁹.

Además, la doctrina nacional asiente, ampliamente, en lo siguiente:

“La Constitución [de 1991] fue reconocida como una norma jurídica con fuerza vinculante, lo cual hizo necesario diseñar mecanismos para garantizar su eficacia. En esta tendencia se inscribe el surgimiento de la acción de tutela. De hecho, quizás la incidencia más significativa de la Constitución colombiana de 1991 fue la creación en el país de una nueva cultura jurídica en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a la acción de tutela; fue como el nacimiento de una nueva mirada al mundo jurídico, antes que a un nuevo derecho. Este instrumento en Colombia es, al mismo tiempo, un recurso judicial efectivo para el amparo de los derechos humanos, como lo dispone el derecho internacional de los derechos humanos³⁰, y un mecanismo para unificar la jurisprudencia colombiana sobre los alcances y los límites de los derechos. Tiene pues, la tutela, una doble importancia jurídica”³¹.

Este sentir colectivo se puede explicar en tanto, durante casi dos siglos y hasta antes de la expedición de la Constitución de 1991, el derecho constitucional en Colombia simplemente fue orgánico, es decir, esta ramificación del derecho se encontraba relegada al conjunto de normas referidas al funcionamiento del Estado y el ejercicio del poder, sin real vinculación con los derechos, sin mecanismos de judicialización constitucionales y sin relación directa con las personas o los ciudadanos. En esta medida, como el derecho constitucional se limitaba a ser un derecho formal-procedimental, el elemento contencioso, referido a la defensa judicial de los derechos contenidos en la constitución fue abandonado a la órbita de las leyes o códigos, de manera que quien pretendía defender un derecho

²⁹ *Ibíd*em, p. 32.

³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, suscrito en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, aprobado por Colombia mediante Ley 16 de 1972. Desde ese momento, en virtud del artículo 25 de la Convención, el Estado asumió la obligación legal e internacional de contar con un recurso judicial efectivo ‘*sencillo y rápido*’ para que se amparara a las personas contra aquellos actos que vulneren sus derechos fundamentales.

³¹ CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Derecho procesal de la acción de tutela*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 18.

constitucional debía remitirse a las acciones legales, pues las constitucionales eran inexistentes o inanes³².

Este panorama cambió sustancialmente con la puesta en vigencia de la Constitución de 1991, puntualmente, con la inclusión de un mecanismo de defensa constitucional y un catálogo de garantías para la protección y aplicación de los derechos, que a su vez, dio paso a una constitución sustantiva y, además, contenciosa³³. De lo anterior, se colige, sin lugar a dudas, que la acción de tutela, bastión del texto fundamental de 1991, fue y continua siendo la más importante innovación dentro de las acciones en el sistema jurídico colombiano, principalmente por dos razones. De un lado, por su objeto de protección, los derechos fundamentales. Y de otro lado, porque el ejercicio de la tutela permitió la modificación de buena parte del derecho colombiano, en tanto no existe figura o institución jurídica que directa o indirectamente no haya sido influida, afectada o modificada por esta acción, materializada en la justicia constitucional.

Ahora bien, frente a la visión esperanzadora que se mantuvo de la acción de tutela, existió una mirada más pragmática y cautelosa, que consultaba los efectos prácticos e institucionales de la inclusión del instrumento como garantía jurisdiccional de rango constitucional. En esta lógica, el profesor Luis Carlos Arenas Monsalve³⁴ describió la acción de tutela como una institución jurídica compleja que fungió como prisma de los procesos de reforma legal venideros después de su consagración.

Para el autor, la acción de tutela, en la época en que se instituyó como garantía constitucional, podía ser vista desde cuatro perspectivas. La primera, el ser “*un mecanismo que coadyuva a la reinstitucionalización del Estado y de las acciones en defensa de los derechos humanos*”³⁵. En segunda medida, como un “*instrumento que contribuye a la modernización de las acciones legales en Colombia que reclama el capital, con el fin de obtener unas garantías legales mínimas frente a las posibles arbitrariedades del Estado*”³⁶.

³² QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. *La acción de tutela: El amparo en Colombia*. Bogotá: Temis, 2015, p. 3 y 4.

³³ *Ibidem*, p. 4.

³⁴ ARENAS MONSALVE, Luis Carlos. La acción de tutela: el prisma de las reformas legales. *Revista Pensamiento Jurídico*. No. 1, 1994, p. 149 – 156.

³⁵ *Ibidem*, p. 149.

³⁶ *Ibidem*, p. 151.

En tercer lugar, al contribuir al reforzamiento de las tendencias que han centralizado en instituciones cercanas al ejecutivo, las decisiones importantes de la rama jurisdiccional³⁷. Y por último, al asumirse como “*una herramienta que apunta a coadyuvar la transformación de la función judicial o al surgimiento de lo que se denomina el proceso de modernización del juez*”³⁸. Con todo, en su sentir, la tutela pretendió jugar un papel instrumental para el alcance de determinados intereses de especial consideración y, como tal, su gran importancia reside en el papel transformador que su ejercicio implicó.

Ya en vigencia de la Constitución de 1991, con ocasión de su primer quinquenio, se realizó un estudio de corte socio jurídico sobre el funcionamiento de la acción de tutela, liderado por el Centro de Investigaciones Socio jurídicas -CIJUS- de la Universidad de los Andes y dirigido por el profesor Mauricio García Villegas. En este estudio se abordó la labor que para esos días cumplía el mecanismo, considerando las primeras críticas que ya se le hacían. Desde el punto de vista de los cuestionamientos, se planteó, de un lado, la amenaza que significaba la tutela para la seguridad jurídica y, de otro lado, la congestión que había generado la adopción de la justicia constitucional en el sistema judicial tradicional³⁹. Según el estudio, los opositores de la acción consideran que la prontitud de la decisión judicial atenta contra el debido proceso y las garantías procesales. De igual manera, este grupo censura la intervención de algunos jueces en decisiones de instancias tradicionalmente autónomas y advierte sobre la existencia de un temor evidente frente a la congestión de despachos judiciales, tradicionalmente lentos e ineficaces, de cara a la nueva puerta de entrada al sistema.

El problema de la lentitud y la congestión en los despachos judiciales, punto central del debate propuesto por el autor, se dice, tiene características estructurales de larga data, de tal manera que, la acción de tutela no puede considerarse como la causa, sino más bien, como un intento de solución de este problema. Es pues, la tutela un “*mecanismo útil para solucionar la ineficiencia de la justicia*”⁴⁰. La anterior conclusión se desprende de constatar que en Colombia la disociación entre la demanda potencial y la oferta efectiva de justicia

³⁷ *Ibíd*em, p. 152.

³⁸ *Ibíd*em, p. 154.

³⁹ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996, p. 18.

⁴⁰ *Ibíd*em, p. 22.

es demasiado grande e incide cada día más en el ahondamiento de la brecha entre el Estado y la sociedad civil y, en este marco, la acción de tutela ha sido un instrumento judicial que ha contribuido sin duda alguna a disminuir esa descompensación⁴¹.

En ese sentido, para el profesor García Villegas, efectos como la congestión de los despachos judiciales pueden ser mitigados con un sistema de interposición de tutelas que tenga en cuenta las capacidades funcionales de cada nivel jerárquico, ya que, según expone, la carga laboral que imprime la tutela, notoria en cada instancia judicial, se agudiza en las altas corporaciones⁴², lo cual crea una percepción negativa de la acción y dificulta el propósito de ampliar la jurisdicción constitucional a todos los jueces del país y, de esta manera, contribuir a la constitucionalización del derecho ordinario.

1.2.2 Las propuestas de conceptualización y los balances del funcionamiento de la acción

Luego de que la acción de tutela lograra cierta madurez temporal en el orden constitucional colombiano surgió en la academia nacional una inquietud unánime de dirigir los estudios hacia el análisis del funcionamiento del mecanismo. Este fenómeno se expresó en la amplia producción literaria que sobre el tema se conoció en el país para comienzos del siglo XXI. En general, los textos tenían dos intenciones claras, una de ellas, conceptualizar y realizar ejercicios descriptivos de la acción a partir de la constitución y los reglamentos que la habían desarrollado; mientras que el otro curso de análisis se preocupó más por la incidencia social y jurídica de la acción, además de exponer los balances de su aplicación y reflexionar sobre las posibles soluciones.

En primer lugar, se destaca la propuesta de la profesora Catalina Botero Marino, quien, en su texto referencial '*La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*'⁴³ se dedicó a conceptualizar dicha acción, resaltando sus aspectos sustanciales y procesales. En este estudio, ampliamente descriptivo, previene la autora⁴⁴ que, aun cuando se avale y promueva la eficacia de la tutela, resulta innegable cuestionar algunos aspectos de su

⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

⁴² *Ibidem*, p. 43.

⁴³ BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, óp. cit.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 18.

regulación procesal y la falta de rigor y coherencia de la jurisprudencia en algunos ámbitos de acción de este mecanismo de protección judicial.

Bajo esta lógica, reconoce, de mano del derecho comparado, que una de las transformaciones más importantes del derecho constitucional en la mitad del siglo XX en América Latina fue la conversión de la constitución en una norma jurídica⁴⁵. Según la doctrina más especializada en la materia, este giro implicó que los ordenamientos jurídicos adoptaran mecanismos para asegurar el sometimiento de los poderes públicos y privados a la constitución y, particularmente, a los derechos fundamentales. Haciendo eco de esta transformación, en los modelos constitucionales se incluyeron sistemas reforzados de protección de los derechos fundamentales.

El constituyente colombiano, siguiendo este parámetro, diseñó una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma dirigida a facilitar el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los poderes privados que pudieran vulnerar los derechos fundamentales. Para lograr que dicho mecanismo fuera eficaz se asignó a todos los jueces de la República la competencia para conocer de las acciones de tutela⁴⁶. Adicionalmente, se estableció la posibilidad de que la Corte Constitucional revisara las sentencias respectivas, con el fin de unificar la jurisprudencia constitucional y satisfacer los principios de igualdad y seguridad jurídica. Estos son tal vez los dos rasgos principales del control de constitucionalidad que por vía de tutela llevan a cabo los jueces colombianos.

Finalmente, la profesora Catalina Botero Marino reconoce que en la tutela confluyen, al menos, cinco funciones: *a)* proteger, de manera residual y subsidiaria, los derechos fundamentales de los habitantes frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que puedan violarlos; *b)* afianzar y defender, de manera coherente y ordenada, la supremacía de la constitución sobre cualquier otra norma jurídica; *c)* actualizar el derecho legislado orientado a todos los servidores públicos para que lo interpreten y apliquen a la luz del derecho constitucional; *d)* unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales; y *e)* promover una cultura democrática fundada

⁴⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 18.

en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁷.

A su turno, el profesor Óscar José Dueñas Ruiz⁴⁸ consiente en que la acción de tutela ha sido el principal logro de la Constitución de 1991. En este sentido, resalta que, dicha acción representó una democratización en la justicia y, además, resultó de importancia para la población colombiana, quien halló en la misma, una vía rápida y justa para defenderse de abusos y violaciones. Ello permitió que la sociedad hubiere desarrollado un alto nivel de confianza frente a los jueces constitucionales.

Bajo la anterior consideración, el autor hace una caracterización de la acción de tutela, explicando aquellos elementos de su esencia y naturaleza. Así, según su lectura, es de la esencia de la tutela el tener un procedimiento breve, sumario y antiformalista, que finaliza con un fallo en el que se expresan las medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental. Por su naturaleza, tiene que ser garantista, ya que es la consecuencia lógica del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales⁴⁹.

Desde un enfoque más eficientista de la tutela puesta en contexto con la litigiosidad ordinaria, algunos autores van a concluir que, en Colombia realmente existe un problema de disparidad entre la demanda y la oferta judicial, del cual no escapa el funcionamiento de esta acción. Este análisis, de alguna manera, se vio alimentado por el auge que cobró el mecanismo y la masiva interposición de acciones de tutelas que fue incrementándose exponencialmente con los años⁵⁰. Entre dichos autores se encuentran Alfredo Fuentes y Carlos Amaya⁵¹, quienes, a propósito de la demanda y oferta judicial, advierten que la tutela ha tenido un amplio impacto sobre la actividad del aparato judicial, así como, sobre la actividad de diversas autoridades vinculadas a todas las instancias del poder público.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 20.

⁴⁸ DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*, óp. cit., p. XXVI.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. XXII.

⁵⁰ *Ut supra*. Introducción.

⁵¹ FUENTES, Alfredo; AMAYA, Carlos. Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste. *Revista Desarrollo y Sociedad*. No. 50, 2002, p. 131 – 194.

Esto se debe, principalmente, a dos aspectos, el primero, que la tutela es una acción que pueden interponer los ciudadanos sin someterse a un alto rigor procedimental y, el segundo, que los tiempos para que la instancia correspondiente resuelva sobre las pretensiones son bastante breves; por tanto, fácil resulta advertir que dicha acción ofrece ventajas comparativas significativas frente a la utilización de mecanismos judiciales ordinarios⁵². De ahí que el mecanismo de amparo, a la vez que ha logrado consolidarse como una herramienta para proteger los derechos fundamentales de las personas y materializar rápida y efectivamente el derecho en general, se ha convertido, de igual modo, en una de las principales causas de la congestión de la justicia ordinaria, afectando su capacidad para responder adecuadamente a las necesidades de los ciudadanos y dificultando los esfuerzos por mejorar la calidad del servicio de justicia.

A la par, resaltan los autores las controversiales consecuencias del exceso de demanda por justicia frente a la puerta de entrada que abrió la jurisdicción constitucional para la protección de derechos individuales, en la medida en que los ciudadanos ven en estos recursos constitucionales una alternativa para no incurrir en los altos costos de la justicia tradicional, ocasionando, con ello, que los procedimientos de carácter extraordinario se conviertan en ordinarios y, a su vez, la multiplicación de nuevos casos o la desviación del conocimiento de los jueces naturales⁵³.

Así pues, concluyen que, el problema se torna mayúsculo en tanto las situaciones de “exceso de demanda” de justicia generan en la práctica un “*racionamiento informal*” del acceso de la población a los servicios de justicia. Aunado a lo anterior, resaltan que, un exceso de demanda también puede deteriorar la calidad de la justicia, mediante providencias y pronunciamientos judiciales sin adecuados fundamentos jurídicos, jueces que adoptan acciones deliberadas para no tener que estudiar los asuntos de fondo y una disminución en la tasa de fallos⁵⁴.

⁵² *Ibíd.*, p. 125.

⁵³ *Ibíd.*, p. 134.

⁵⁴ PASTOR PRIETO, Santos. *¡Ah de la justicia!, Política judicial y economía*. Madrid: Civitas, 1993, p. 237, citado por: FUENTES, Alfredo; AMAYA, Carlos. *Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste*, óp. cit., p. 133.

En este punto, vale la pena resaltar, como lo manifiesta el profesor Néstor Raúl Correa Henao⁵⁵, que el auge de presentación de tutelas, a ciencia cierta, no indica otra cosa diferente a que en Colombia existe una grave y recurrente violación de los derechos de las personas. A su vez, este indicador demuestra que en Colombia persiste un malestar por la oferta de justicia⁵⁶. Ello quiere decir que el abuso de la tutela, conocido coloquialmente como *'tutelitis'*, no es otra cosa que un síntoma de ese malestar de la cultura judicial. Según expone el jurista, el hecho que los medios judiciales ordinarios de defensa sean lentos, costosos y formalistas ha conducido a que la gente en su desespero recurra a la acción de tutela, por ende, el problema radica en la incapacidad de la estructura de la oferta judicial y los instrumentos ordinarios de justicia para proteger los derechos de las personas frente a un estado apático en el cumplimiento de sus funciones.

En línea con este argumento, en un estudio realizado por la Comisión Colombiana de Juristas en el año 2003⁵⁷ se reafirma la impropiedad de señalar a la acción de tutela como la causante del índice de represamiento en la jurisdicción ordinaria. Según esta institución, *"los problemas de congestión en la rama judicial colombiana son estructurales y anteceden a la instauración de la acción de tutela"*. Aun así, reconocen los autores de la investigación que, no se puede desconocer que la acción de tutela representa una carga adicional para la rama judicial, sin embargo, ese incremento inusual de trabajo obedecería más que todo a la indolencia del estado para cumplir su obligación de satisfacer elementales derechos de la población, lo que, por su parte, conduce a que tales garantías tengan que ser exigidas a través de la acción de amparo. Advierten además que, en vez de considerar la tutela como un estorbo debería valorársele como un excelente y acentuado indicador de las fallas protuberantes del ente estatal que deben ser corregidas con urgencia a través de decididas medidas del ejecutivo.

⁵⁵ CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Derecho procesal de la acción de tutela*, óp. cit., p. 19.

⁵⁶ Es esta también la posición del profesor Edgardo Villamil, para quien *"la tutela ha servido para develar la crisis que se presenta en los procesos tradicionales (...)"*, en consecuencia, según el autor *"desde una perspectiva de la política judicial debería aprovecharse el fenómeno para producir una honda transformación en los demás procedimientos, los que deberían tomar y reproducir los elementos de sencillez, agilidad y eficacia que rodean la acción de tutela"*. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999, p. 739.

⁵⁷ COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *El papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado Social de Derecho*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2003.

Habría que mencionar, igualmente que, en el mismo año, los profesores Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes⁵⁸ dedicaron su atención al estudio de la acción de tutela, advirtiendo una diversa valoración del mecanismo que, paralelamente, ha incidido en varias iniciativas de reforma, en muchos casos, restringiendo su alcance. Estas diferentes valoraciones que surgen de la aplicación práctica del mecanismo, se pueden resumir en cuatro interrogantes: *a)* en qué medida la tutela es un factor de congestión judicial, *b)* de qué manera provoca inseguridad jurídica, *c)* si dicha acción procede frente a providencias judiciales y, *d)* si la protección que ofrece abarca los derechos constitucionales sociales.

Respecto al primer asunto, tal vez aquel que encuentra mayores confluencias con este estudio, los autores reconocen que el incremento vertiginoso de la demanda por tutela ha generado una importante presión en el aparato judicial y, a la vez, un crecimiento generalizado en la demanda judicial⁵⁹. No obstante, advierten también que frente a un panorama de presión creciente, el cual no resulta crítico, pero puede transformarse en un factor de congestión grave a futuro, existe un efecto positivo en el crecimiento de la demanda de la tutela, relacionado con el incremento del acceso a la justicia y la evidencia de la constitucionalización del derecho ordinario. Ello, por cuanto los ciudadanos encuentran en la tutela un mecanismo ágil para resolver sus conflictos, ausente en las acciones ordinarias, aunado al hecho de ser un récord de celeridad en el país, por su perfil rápido e informal. Adicionalmente, resaltan los efectos positivos de que el juez goce de amplia libertad para evaluar y practicar las pruebas⁶⁰. Todos estos rasgos explican, de alguna manera, la popularización del mecanismo y su uso masivo.

Con fundamento en estos lineamientos, los autores plantean que toda reforma tendiente a evaluar la congestión derivada de la tutela, debe realizarse sin afectar las virtudes democráticas del instrumento. En contraposición, cualquier enmienda debe apuntar a repensar la demanda judicial y evaluar los aspectos que llevan a los ciudadanos a presentar tutelas, con el fin de reparar aspectos extrajudiciales incidentes en los abusos,

⁵⁸ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?*, óp. cit., p. 91 – 144.

⁵⁹ “*La mayor parte de las tutelas recaen sobre problemas recurrentes, que se han vuelto en cierta medida rutinarios, y ello permite que los jueces los solucionen muy rápidamente. Por lo tanto es probable que los jueces dediquen menos del 10% de su tiempo y recursos a examinar tutelas*”. *Ibidem*, p. 98.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 99.

es decir, remediando las causas que originan las constantes vulneraciones a derechos fundamentales⁶¹. En efecto, según el estudio: “*las acciones judiciales son no solo un instrumento para resolver controversias específicas sino que, por esa misma razón, representan igualmente un sistema de información muy útil que tiene el Estado para detectar en dónde existen problemas sociales que ameritan intervenciones públicas*”⁶². La conclusión que surge de esta investigación se centra en afirmar la necesidad de plantear reformas profundas a los procedimientos judiciales para que adquieran una agilidad semejante a la acción constitucional, a la manera de ‘*tutelizar*’ el conjunto del ordenamiento procesal colombiano.

Ahora bien, la propuesta de volcar el procedimiento de la acción de tutela a los juicios ordinarios no es minúscula, pues entre otros, también el ex Magistrado José Gregorio Hernández Galindo reconoce que existe por parte del Estado un descuido frente a la parsimonia, la lentitud y el formalismo de la justicia ordinaria, lo cual, estimula en los ciudadanos el ejercicio de la acción de amparo, habida cuenta su informalidad y la perentoriedad de una decisión de fondo del asunto. Por tanto, consecuente con este pensamiento, propone la ingeniería de normas legales que desarrollen los postulados constitucionales del debido proceso y el acceso a la administración de justicia “*transfiriendo a los interminables procesos civiles, penales, laborales y contenciosos administrativos (...), al menos algo de la agilidad, informalidad y efectividad de la tutela*”⁶³.

No obstante, otro sector parece indicar que las cifras elevadas de utilización de la tutela deben ser revisadas con cautela en punto a su eficacia y a las consecuencias que ello conllevaría al encumbrar los índices de acceso a la administración de justicia. Al respecto es oportuno el comentario del profesor Jorge Aníbal Gómez⁶⁴, para quien, el auge que tuvo la medida constitucional debe ser visto con precaución, pues la única conclusión a la que

⁶¹ *Ibidem*, p. 100 – 101.

⁶² *Ibidem*, p. 102.

⁶³ DELGADO MOTTOA, Beatriz. *La Tutela: Un instrumento al alcance de todos*, óp. cit., prólogo de José Gregorio Hernández Galindo, p. 17.

⁶⁴ GÓMEZ GALLEGU, Jorge Aníbal. *Reconquista de una quimera*. En: Memorias Foro Reforma a la justicia: acción de tutela, una reforma necesaria. Bogotá: Cooperación Técnica Alemana – GTZ, 2003, p. 14.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 15.

se llega, a partir del altísimo número de tutelas tramitadas y falladas⁶⁵, es que la acción de tutela fue asumida entre los colombianos como una institución con grandes expectativas y frente a la cual muchos pusieron sus esperanzas, sin embargo, dichas cifras no resultan concluyentes respecto de su real eficacia. En otras palabras, la defensa de los derechos y la eficacia de la acción de tutela, no puede depender o no puede estar cifrada en la cantidad de demandas de tutela, pues con ello, se desconocería el gran número de acciones improcedentes, impertinentes o caprichosas que abundan en el diario vivir del juez constitucional y que, en últimas, pervierten el fin constitucional que aquella pretende.

Por su parte, en un estudio minucioso sobre la acción de tutela, de corte socio-jurídico, realizado por los profesores Mauricio García Villegas y César Rodríguez Garavito, se plantea que la Constitución de 1991 introdujo modificaciones importantes en la consagración y protección de los derechos fundamentales. Dentro de estas reformas, la más significativa desde el punto de vista judicial fue precisamente la creación de una acción especial, como la tutela, para proteger los derechos fundamentales. El mecanismo de amparo colombiano es caracterizado por los autores de la siguiente manera:

“(1) puede ser utilizada por cualquier persona sin necesidad de abogado ni de documentación escrita; (2) en principio, solo protege los derechos fundamentales, no los derechos sociales. Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que cuando uno de estos derechos se encuentre en conexidad directa con un derecho fundamental, puede emplearse la acción, con ello, todos los derechos son en potencia objeto de tutela; (3) todos los jueces de la República conocen de acciones de tutela; (4) su procedimiento es sencillo y rápido: el juez debe decidir en ocho días y tomar las medidas eventuales para proteger el derecho fundamental; (5) se puede interponer contra autoridades públicas o privadas; (6) estos parámetros normativos determinan un marco amplio de interpretación y aplicación judicial de los textos

⁶⁵ Un promedio de 64.041 por año hasta el año 2003, según el registro de la Secretaría General de la Corte Constitucional, consultado en el link <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/>.

*constitucionales en donde lo moral, lo político y lo jurídico mantienen fronteras difusas*⁶⁶.

Reconocen los autores que pese a la gran acogida de la acción de tutela y sus efectos positivos en el sistema judicial nacional y en la cultura jurídica tanto de los funcionarios judiciales, como de las entidades públicas, de los abogados y de los ciudadanos en general, este sistema de justicia constitucional también ha sido ampliamente cuestionado. Las críticas centrales se ubican en dos aspectos principales: la amenaza que significa la tutela para la seguridad jurídica y la congestión que ha generado la adopción de un sistema de justicia constitucional⁶⁷.

Según los profesores García Villegas y Rodríguez Garavito, el problema se cifra, por una parte, en la adopción de un régimen constitucional valorativo y basado en principios que trastorna los esquemas tradicionales de relación entre seguridad jurídica y justicia, base de la interpretación jurídica. Así pues, la falta de criterios definidos para solucionar los múltiples conflictos entre principios, derechos y valores, todos ellos dotados de textura abierta y objeto de interpretaciones disímiles e incluso contradictorias, pone de presente la necesidad de *“consolidar una dogmática constitucional a través de la jurisprudencia, de tal manera que se fije el sentido de los textos constitucionales y se asegure la predecibilidad del derecho y la uniformidad de las decisiones que se toman al respecto”*⁶⁸.

Además, se reconoce, nuevamente, que la acción de tutela ha agravado la situación de congestión de los despachos en el sistema judicial colombiano, caracterizados tradicionalmente por su lentitud e ineficacia. Para los autores, el mecanismo interviene a la vez como una causa y un efecto o expresión de dicho fenómeno, debido a que, por un lado, ha sido percibido como un remedio para evitar la lentitud tradicional del sistema⁶⁹ y, por otro lado, a pesar que ha permitido imprimir agilidad a la administración de justicia, en eventos especiales, ha relegado los otros asuntos de conocimiento de los juzgados.

⁶⁶ GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; RODRÍGUEZ, César. *La acción de tutela*. En: SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 423 y 424.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 427.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 441 - 442

⁶⁹ *Ibidem*, p. 446.

Cabe destacar que la apuesta de los autores se centra en subrayar que la acción de tutela ha sido un mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales de los individuos y que, además, como ninguna otra institución concebida por la Constitución de 1991, ha tenido gran importancia social y jurídica. No obstante los beneficios, la puesta en funcionamiento de la tutela ha ocasionado dificultades y disfunciones como las ya enunciadas. Es importante, a su vez, distinguir que, pese a no existir fórmulas de composición frente al panorama expuesto, sí es claro para García Villegas y Rodríguez Garavito⁷⁰ que la reducción de los derechos protegidos o las mayores exigencias en relación con las calidades de los demandantes son opciones tradicionalmente desechadas con fundamento en las limitaciones que ello implicaría para el propósito de protección de los derechos fundamentales.

En una mirada diametralmente opuesta se encuentra el profesor Mauricio Rubio, quien mediante un trabajo realizado en el año 2011 estudió las contradicciones de la justicia constitucional colombiana, que por un lado, goza de una jurisprudencia ejemplar, dinámica, flexible y respetada y, por otro lado, adolece de unas primeras instancias excesivamente informales, opacas y que causan creciente daño a la jurisdicción ordinaria⁷¹. El argumento central del profesor Rubio es la existencia de un abismo entre la jurisprudencia constitucional y la acción de tutela, siendo la primera flexible, dinámica y adaptable a la realidad, mientras que la segunda, supuestamente informal, es rígida y está sofocada por los plazos breves e inmodificables que la rigen. En consecuencia, el autor advierte que, la inflexibilidad de los términos en la acción de tutela corroe su funcionamiento e impide su calidad, a la vez que, condena sus posibilidades de adaptación y causa grandes perjuicios a la justicia ordinaria. Este mecanismo *“a pesar de su popularidad, es burdo, desorganizado, poco predecible, desconcertante y con efectos indeseables para el entorno jurídico”*⁷², concluye el autor al referirse a la tutela.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 450 - 451.

⁷¹ RUBIO, Mauricio. *Entre la informalidad y el formalismo: la acción de tutela en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

⁷² *Ibidem*, p. 3.

Así pues, para el profesor, la tutela en Colombia, desde sus orígenes, se centró en el contenido e ignoró la organización. Según plantea, en un país en donde los obstáculos que enfrentaba el Estado de Derecho eran, entre otros, la informalidad, se adoptó para el tránsito hacia el Estado Social y Constitucional de Derecho un mecanismo informal, como la tutela. Esta conclusión parte, a su juicio, de inferir, de manera errónea, que la informalidad es un presupuesto para el acceso y la eficacia, provocando con ello una asimetría ineludible entre la facilidad e informalidad para los usuarios y la sofisticación y logística organizativa que se requiere, por el lado de la oferta, para atenderlos cuando son numerosos⁷³.

Adiciona que en la primera instancia, la justicia constitucional se encuentra sumergida en la informalidad, pero con algún rezago del formalismo, como es la restricción de los diez días para dictar el fallo. En otras palabras, la restricción imperativa de los términos que conlleva la agilidad y la urgencia se impuso como un rezago del formalismo. Para ilustrar este punto, señala que en materia sustantiva, el esquema constitucional ha funcionado, ya que, los casos que han permitido consolidar la jurisprudencia provienen del mundo real colombiano, con lo cual se logra que el sistema se oriente hacia la búsqueda de la justicia material para los ciudadanos que ven atacados sus derechos⁷⁴. Sin embargo, por el lado de los procedimientos, la acción de tutela no solo no ha logrado encajar en la institucionalidad, sino que al promover la informalidad, se ha atravesado como un anti-sistema. Dicha situación se presenta por la falta de consideración sobre las consecuencias de las justicias sumarias para cualquier sociedad, que pueden ser sintetizadas en la siguiente fórmula: *“mala calidad en los fallos y precaria defensa de los derechos de parte”*. Asimismo, tal apego de la justicia constitucional a la informalidad proviene de lo que él denomina una falta de consideración por los asuntos procesales.

Aunado a lo anterior, sorprende al autor el hecho que en la acción de tutela se les haya dado a los jueces mayor margen para interpretar las normas, a pesar de la rígida inflexibilidad de los términos. Para asuntos triviales y de trámite, es probable que ese plazo sea suficiente, afirma, no obstante, para casos con un mínimo de complejidad es difícil

⁷³ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 16 - 17.

concebir que un juez pueda tener la capacidad de recolectar, en un plazo tan perentorio, las pruebas suficientes para emitir un fallo razonable⁷⁵. Resulta ser entonces en el eventual fallo de revisión de la Corte Constitucional, en donde se logra la consecución del material probatorio pertinente y suficiente para emitir un fallo que eluda la situación vulneradora. Con lo cual, los jueces de primera y segunda instancia quedan relegados a verificar un mero trámite, mediante un procedimiento que implica un desgaste en los recursos y que en nada contribuye a la justicia material ni a la protección de derecho fundamental alguno. Paralelamente, dicha situación afecta negativamente el acceso a la justicia de las personas que tenían casos pendientes ante esos mismos despachos judiciales. Sería necio ignorar que, la supuesta autonomía que el juez constitucional tiene para recoger pruebas está físicamente restringida para cualquier asunto que no sea de puro trámite, por el plazo improrrogable de diez días, al mismo resultado material se habría llegado obviando la primera instancia, precisa el profesor Rubio⁷⁶.

Al terminar su trabajo, expone que tanto el diseño original de la tutela como la resistencia a hacerle modificaciones se han basado en premisas mal sustentadas, tales como, *a)* decir que la informalidad es un requisito para el acceso; *b)* que el grueso de los usuarios de la tutela provienen de los estratos más populares y que, por tanto, su crecimiento, aunque sea explosivo, es un buen síntoma del acceso equilibrado al sistema judicial; y *c)* el juicio ingenuo relacionado con que la tutela no ha tenido un impacto devastador sobre la justicia ordinaria; entre otros. Basado en tales argumentos, concluye que, esa extraña mezcla de flexibilidad sustantiva, informalidad procedimental y rigidez de términos con acceso masivo y gratuito, está generando un creciente desorden que afecta no solo a la justicia constitucional sino a la ordinaria⁷⁷.

Llegados a este punto de la discusión, es no solo importante, sino forzoso colegir que en la doctrina nacional existe un amplio consenso sobre las virtudes de la acción de tutela a la hora de fungir como un mecanismo de garantía y eficacia de los derechos fundamentales, en otras palabras, resulta innegable que este mecanismo se ha convertido en un poderosísimo instrumento para defender los derechos fundamentales y, por esta vía,

⁷⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 62.

compeler la aplicación directa de la constitución⁷⁸. A pesar de las bondades, los vicios y defectos también han sido patentes, principalmente, como se mencionó, por la carga que introdujo la justicia constitucional en el modelo tradicional de administración de justicia y las incompatibilidades que presenta la tutela, en su regulación sustancial y procedimental. Relación que se ahondará con los tópicos que en adelante se abordarán.

1.2.3 La acción de tutela desde el marco normativo procedimental

En lo que sigue y de acuerdo al plan de exposición, se expondrán algunos aspectos controversiales de la regulación procesal en materia de acción de tutela. Para el efecto, este estudio se centrará en los principios que rigen el procedimiento en correlación con el marco expuesto en el capítulo precedente, con la intención de verificar las compatibilidades e insuficiencias y, bajo esta línea argumentativa, valorar si la norma procedimental resulta ser la expresión de la naturaleza sustantiva de la acción de tutela.

En este sentido, sea lo primero resaltar que según el canon 86 constitucional, son competentes para conocer de la tutela, los jueces -con exclusión de la justicia penal militar- y los tribunales colegiados dentro de los parámetros previstos en el Decreto 1382 de 2000⁷⁹. Dicha competencia es asumida a prevención, es decir que, quien conoce la solicitud de tutela, en primer lugar, previene a los demás para que no puedan conocer del asunto; a la vez, según el Decreto 2591 de 1991, los únicos factores de competencia es el territorial y aquel relativo a las demandas contra la prensa y los medios de comunicación⁸⁰. Es decir que, la persona que interpone una tutela solo está sujeta a tales presupuestos y al Decreto 1382 de 2000, en cuanto a la distribución de competencias.

⁷⁸ PEDRAZA DE ARENAS, Dolly. *Otras acciones para la defensa de los derechos fundamentales*. En: Memorias Foro Reforma a la justicia: acción de tutela, una reforma necesaria. Bogotá: Cooperación Técnica Alemana – GTZ, 2003, pág. 47.

⁷⁹ Por el cual se establecen las reglas de reparto de la acción de tutela.

⁸⁰ Decreto 2591 de 1991, artículo 37. “*Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurre la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud. (...) De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces de circuito del lugar*”.

El profesor y ex Magistrado de la Corte Constitucional Manuel José Cepeda Espinosa, expone una caracterización de la tutela, en punto a su procedimiento, en los siguientes términos:

“(1) la acción propicia el contacto directo del ciudadano con la administración de justicia, (2) es una acción de lo concreto, de la realidad, (3) el juez de tutela es poderoso en sentido activo, pues en virtud de la facultad de dar órdenes, puede restituir la integridad de un derecho fundamental, (4) para su aplicación se vale de un procedimiento rápido que evita la existencia de impedimentos, incidentes, nulidades y todo tipo de medidas procesales, que han sido utilizadas para dilatar procesos y violar derechos fundamentales, (5) trámite preferencial, (6) la de tutela, como acción de garantía, busca limitar el formalismo y propiciar decisiones sustantivas, por ello, la informalidad es planteada de modo expreso como una característica consustancial”⁸¹.

A su vez, como una especial condición del procedimiento, la disposición constitucional establece el principio de subsidiariedad referido a que la acción de tutela no procede *“cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales”⁸²*. No obstante, dicha pauta no es absoluta pues, en ocasiones la acción puede prosperar aunque el interesado disponga de otros medios de defensa cuando *“aquella se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. Tal criterio debe ser valorado en concreto, atendiendo las circunstancias particulares de quien solicita la protección.

De igual manera, se dice que es consustancial a la acción de tutela, la celeridad. La constitución de 1991, en su artículo 86 establece este principio, según el cual, *“en ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y la resolución”*. Así, la importancia del principio de celeridad es tal, que algunos autores han considerado que la fortaleza de la acción está, precisamente, en esta virtud. Igualmente, se ha dicho que tal característica ha sido clave para su aceptación social, a pesar de los conflictos que conlleva. Entre los que se adhieren a esta posición se encuentra el profesor Oscar Dueñas Ruiz, para quien *“no ir más allá de los diez días es la fortaleza del amparo, a riesgo de no*

⁸¹ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. *La acción de tutela: El amparo en Colombia*, óp. cit., p. 22 a 25.

⁸² Decreto 2591 de 1991, numeral 1º del artículo 6.

*recopilar la prueba suficiente o no profundizar en el análisis de cuál o cuáles serían en realidad los derechos fundamentales violados en cada caso en concreto*⁸³.

A la par, según una lectura integral del articulado del Decreto 2591 de 1991, se puede asegurar que es de la esencia de la acción el principio de ausencia de formalismos. Este postulado implica que en el trámite de la acción constitucional debe prevalecer el derecho sustancial frente a cualquier asomo de formalismo procedimental. El profesor Dueñas Ruiz defiende el carácter antiformalista de la acción de tutela, en tanto no se trata de un proceso, sino una acción y, por ende, no se encuentra atada a esquemas formales, como los incidentes, los traslados, las nulidades, etcétera. Como acción, la tutela tiene su propio procedimiento, dentro del cual no hay propiamente partes, pues existe cierta flexibilidad, especialmente en cuanto a la persona que puede instaurarla. Asimismo, no conlleva propiamente notificaciones, sino citaciones, habida cuenta que el funcionario judicial debe cumplir una obligación de informar que es de medio y no de resultado. Atado a ello, la tutela finaliza con una orden, no una sentencia⁸⁴.

Además, dicha informalidad resulta conveniente si se acepta que el apego estricto a las reglas procesales no garantiza la seguridad jurídica material. Bajo esta lógica, la informalidad es entendida, entonces, como una *“relación no lineal pero ordenada, en donde un pequeño cambio en los valores de partida cambia enormemente los valores finales”*⁸⁵. Siendo el valor final de la tutela, la garantía de los derechos fundamentales, se permiten pequeños cambios en el procedimiento, que repercuten en gran medida hacia el respeto de los derechos fundamentales. Con todo, el profesor Dueñas Ruiz supone que al ser de la esencia de la tutela la prevalencia del derecho sustancial, *mutatis mutandis*, el principio de informalidad es característico de esta acción⁸⁶.

El principio de búsqueda de la verdad también debe guiar el procedimiento de la tutela. Esta particular característica, relacionada con el principio de prevalencia del derecho sustancial y el principio de oficiosidad, pretende que el juez de tutela goce de las facultades

⁸³ DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*, óp. cit., p. 65.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 56.

para emplear todos los medios posibles en orden a acercarse a la verdad y llegar al convencimiento sobre si los derechos fundamentales de quien solicitó la tutela han sido vulnerados o si existe una fundada amenaza de que ello ocurra. Además, la búsqueda de la verdad y la justicia deben sujetarse a los principios de celeridad y eficacia. El primero de ellos, como ya se anunció, significa que este procedimiento a través del cual se busca el convencimiento del juez respecto de la situación litigiosa no puede superar en ningún caso los diez días, en la primera instancia y, los veinte días, en la segunda. En tanto que con el segundo se procura que la determinación que el juez adopte en el fallo evite que la violación del derecho fundamental continúe o se produzca nuevamente.

En la práctica estos principios han dado lugar a varias críticas, particularmente en punto a la función que compete al juez de tutela. Una de ellas la expone la profesora Beatriz Delgado Mottoa⁸⁷, al afirmar que, bajo una interpretación superficial de los artículos 86 de la constitución y 3º del Decreto 2591 de 1991, especialmente por la brevedad del término que se concede para fallar la tutela, como por el informalismo procesal que caracteriza la acción, algunos jueces se consideran dispensados de cumplir ciertas actividades necesarias en todo proceso, destinadas a determinar la veracidad de los hechos, como lo es la práctica de pruebas. Puntualmente, dice la autora, que *“algunos jueces han creído que pueden fallar con carencia absoluta de prueba que conduzca al convencimiento pleno de la vulneración o amenaza de un derecho fundamental”*.

Frente a lo absurdo del panorama, la Corte Constitucional desde su emergente trabajo ha sentado la siguiente posición:

“El juez de tutela, como cualquier otro juez de la República está sujeto a las mismas reglas que rigen la práctica, valoración y apreciación de las pruebas en los demás procesos. Lo que ocurre es que en los procesos de tutela, no está sujeto a los estrictos y precisos límites fijados en la ley para cada uno de ellos, como al cumplimiento de las exigencias formales allí establecidas, de manera que una vez obtenidos todos los elementos de juicio que considere suficientes para definir el caso, sin recurrir a averiguaciones innecesarias,

⁸⁷ DELGADO MOTTOA, Beatriz. *La Tutela: Un instrumento al alcance de todos*, óp. cit., p. 64.

*impertinentes o inconducentes, puede proceder a tutelar el derecho o denegar la petición, sin exceder los límites temporales fijado por la Constitución y la ley*⁸⁸.

Paralelamente, algunos autores reconocen que en el tiempo de vida que tiene la Constitución Política de 1991, su existencia ha provocado numerosos conflictos entre las ramas del poder público, debido a lo que se denomina '*factores exógenos al sistema de jurisdicción constitucional*'⁸⁹. Dentro de estos, la profesora Dolly Pedraza de Arenas enuncia en primera medida, el equivocado desarrollo reglamentario que tuvo la acción de tutela. En orden a argumentar la anterior tesis, afirma que, el Decreto 2591 de 1991 dispuso, entre otros aspectos, que para verificar la procedencia del mecanismo de amparo correspondía al juez apreciar en concreto la eficacia de los otros medios de defensa judicial que disponga el afectado, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra⁹⁰. Esta cláusula, en criterio de la autora en cita, modificó la causal de improcedibilidad dispuesta por la constitución, que únicamente dejó a salvo aquellos casos en que la tutela se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, "*se convirtió a la tutela en una acción prevalente y no subsidiaria y residual como fue concebida por el Constituyente*"⁹¹, pues constitucionalmente, no es la ineficacia de los otros medios de defensa judicial, sino el disponer de ellos lo que hace improcedente la tutela, concluye Pedraza de Arenas⁹². El riesgo se materializa en que la subjetividad del juez llegue a borrar la causal constitucional de improcedibilidad, en tanto siendo la tutela un procedimiento preferente y sumario, por su naturaleza, siempre será más eficaz que cualquier otra alternativa de defensa judicial, por breve que esta sea.

Un segundo factor que según Pedraza de Arenas ha contribuido a la desorientación del sistema de justicia constitucional es el excesivo protagonismo judicial, cuya principal

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-321 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁸⁹ PEDRAZA DE ARENAS, Dolly. *Otras acciones para la defensa de los derechos fundamentales*, óp. cit., pág. 48.

⁹⁰ Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

⁹¹ PEDRAZA DE ARENAS, Dolly. *Otras acciones para la defensa de los derechos fundamentales*, óp. cit., pág. 49.

⁹² *Ibidem*, p. 50.

manifestación es la intromisión del juez constitucional en otras órbitas de competencia⁹³. Este fenómeno resulta adverso al ordenamiento jurídico, pues “*el ámbito en que pueden actuar jueces y tribunales está claramente determinado por la Constitución y la ley y no puede utilizarse la función de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución para desplazar de sus competencias a otros jueces*”⁹⁴. Además que, el erróneo ejercicio de la competencia conduce a que lo instituido en la constitución como mecanismo transitorio se convierta en definitivo, lo cual, a su vez, implicaría que el juez de tutela desplace a las otras jurisdicciones en sus competencias privativas.

Adicionalmente, pese a que la constitución estableció la subsidiariedad en la tutela y la jurisprudencia constitucional ha reiterado que no se trata de un medio alternativo ni adicional o complementario⁹⁵, en la práctica, por el excesivo protagonismo judicial, se han olvidado estas propiedades axiomáticas, en la medida en que se otorga cierta preeminencia u omnipotencia al juez de tutela frente al juez ordinario, de quienes se presume que sus interpretaciones se basan, unas, exclusivamente en la constitución y, otras, en la ley, respectivamente. Ello, a la vez, ha permitido que tome fuerza la tesis relativa a que la interpretación del juez ordinario siempre va a estar sujeta a una revisión a la luz del texto constitucional⁹⁶.

De cara a los factores reseñados que, de cierta manera, desorientan y deslegitiman la institución, Pedraza de Arenas asiente en la necesaria intervención del Constituyente, con el fin no de limitar o recortar la acción, sino para que la misma vuelva a los cauces que aquel señaló⁹⁷. Para el efecto, se debe, no solo superar la creencia errónea de la infalibilidad del juez de tutela cuando desata controversias sobre derechos fundamentales y la falibilidad cuando lo hace como juez ordinario; sino también, reconocer que las acciones ordinarias y extraordinarias, así como, las constitucionales, buscan proteger los

⁹³ *Ibidem*, p. 51 - 52.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁹⁵ Al respecto consultar entre otras, Sentencia T-103 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-177 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Sentencia T-296 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹⁶ PEDRAZA DE ARENAS, Dolly. *Otras acciones para la defensa de los derechos fundamentales*, óp. cit., p. 55.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 61.

derechos fundamentales, es decir que, el proceso es el medio más idóneo para que las partes defiendan sus derechos.

Para cerrar este apartado, vale la pena rescatar dos aspectos del análisis del profesor Néstor Raúl Correa Henao en torno a la caracterización del trámite de tutela. De un lado, defiende que la acción de tutela no es un proceso sino una acción. Ello, desde un criterio formal, porque el propio Constituyente así la definió y, desde un punto de vista material, pues en estricto sentido, se entiende que *“la acción de tutela es el derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, para provocar el movimiento jurisdiccional del Estado, con independencia del resultado de la sentencia”*⁹⁸.

De otro lado, este autor reitera la descripción de la acción de tutela como informal, sumaria, eficaz⁹⁹, preferente, gratuita, subsidiaria e inmediata¹⁰⁰. Pero además, le asigna el ser una acción judicial, constitucional, con una precisa finalidad de prevención y/o restitución¹⁰¹. Es judicial en tanto se tramita ante un juez de la República. Es constitucional pues su origen se remonta a la propia carta superior, en su artículo 86, y propende por su aplicación directa. En punto a su finalidad, persigue proteger derechos constitucionales fundamentales cuando fueren vulnerados o amenazados, por tanto, no tiene un carácter indemnizatorio y menos sancionatorio.

Esta breve exposición sobre los principios que subyacen al trámite de la acción de tutela lleva indefectiblemente a considerar las implicaciones que la estructura sustancial y procedimental ha conllevado para el ámbito judicial, particularmente, en la función del juez al interpretar y aplicar las normas jurídicas para resolver los asuntos demandados mediante la acción de tutela. Propósito que se hace explícito en lo que sigue.

⁹⁸ CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Derecho procesal de la acción de tutela*, óp. cit., p. 32.

⁹⁹ Es dable cuestionarse si el ser eficaz es una condición o característica consustancial a la acción de tutela, como parece indicar el autor, ello, en tanto se considere que la eficacia no depende del trámite expedito con que se debe tramitar o la informalidad que acompaña a la acción, sino del eficaz cumplimiento de sus propósitos o de la concretización de sus objetivos particulares.

¹⁰⁰ CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Derecho procesal de la acción de tutela*, óp. cit., p. 40 a 48.

¹⁰¹ *Ibíd*em, p. 36 y 37.

1.3 La función del juez de tutela

Sea lo primero puntualizar que, con la acción de tutela ciertamente se ha acrecentado el poder del funcionario judicial, no solo al encomendársele la importante función de dar órdenes para proteger los derechos fundamentales, sino porque como juez constitucional se le exige una interpretación correcta de las normas constitucionales, por su naturaleza, abiertas¹⁰². Además, al encarar la defensa de los derechos fundamentales, su función se ve proyectada en la sociedad, respecto de la cual, cada vez se encuentra más cerca.

Grosso modo, se considera que la labor del juez constitucional, en los casos de tutela, no es la de definir una controversia pues no se trata de un asunto contencioso, sino la de proferir un mandato de obligatorio cumplimiento. De acuerdo con el artículo 86 tantas veces referido, “*la protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*”. En el sentir del profesor Dueñas Ruiz¹⁰³ la decisión que adopta el juez de tutela es una decisión de policía que deviene del poder que ostenta al resolver problemas muy sentidos para el hombre común y corriente. Igualmente, según su entendimiento, el juez constitucional se ve obligado a dar respuestas jurídicas imaginativas pero concretas, teniendo como punto de partida las normas constitucionales y, asumiendo, a la vez, un papel activo y de compromiso con el orden justo¹⁰⁴.

Desde la judicatura se ha considerado que con la acción de tutela se lograron objetivos sociales impensables con anterioridad en relación al papel de los operadores judiciales, entre ellos, el “*consolidarse la comunicación entre derecho y sociedad (...), el recuperar la proyección social de todos los jueces y el ser un puente entre el ciudadano y la justicia*”¹⁰⁵. Todos estos efectos positivos resultan innegables para la academia y la política nacional. Nadie hoy en día, sin razones suficientes, se atrevería a negar su concurrencia. De ahí que ampliamente se reconozca que la acción constitucional de amparo “*ha despertado la*

¹⁰² La textura abierta, entendida como una categoría general del lenguaje humano, se explica al constatar que en el lenguaje, no hay una necesaria relación de correspondencia entre la entidad lingüística y una idea específica, ya que a una sola entidad lingüística pueden corresponder varias ideas o, por el contrario, una idea puede expresarse a través de varias entidades lingüísticas. Todo lo cual, a su vez, explica la necesidad de la interpretación en el derecho, en tanto este se encuentra formulado a través del lenguaje natural.

¹⁰³ DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*, óp. cit., p. 55.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰⁵ GÓMEZ GALLEGO, Jorge Aníbal. *Reconquista de una quimera*. óp. cit., p. 15.

*conciencia social legal sobre la trascendencia de la Constitución y de los jueces, así como sobre sus potencialidades y limitaciones*¹⁰⁶.

De igual manera, la constitucionalista Catalina Botero Marino¹⁰⁷ destaca que al tener la acción de tutela la función principal de garantizar los derechos fundamentales, para el logro de este objetivo, el Constituyente entendió que aquella debía concebirse como una acción informal que diera lugar a un procedimiento sencillo, caracterizado por el papel protagónico del juez. En concordancia, el Decreto 2591 de 1991 supuso una enorme confianza en el poder del funcionario judicial, pues, es él quien encarna el deber de proteger dentro del trámite, el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho de defensa, sin afectar el carácter sumario e informal de la tutela; además, él es el encargado de impulsar oficiosamente el proceso y, para ello, le corresponde averiguar no solo todos los hechos determinantes en la situación litigiosa sino los derechos que pueden resultar afectados en cada caso.

En otras palabras, el juez de tutela, como consecuencia de algunas de las características de la acción, tiene ciertos rasgos especiales que particularizan su función. La constitución exige de él una sensibilidad particular y un compromiso indeclinable con su función primordial, la defensa y protección real y efectiva de los derechos fundamentales. A este propósito, entender la realidad en la cual opera es fundamental, pues permite identificar cuál es verdaderamente el grado de amenaza y afectación de los derechos de las partes¹⁰⁸. A lo anterior, habría de sumar que es el administrador de justicia el llamado a concretar las disposiciones constitucionales en cada caso concreto, es decir, hacer efectivas las normas superiores en el plano social.

En síntesis, para lograr el fin constitucional de garantizar los derechos fundamentales, se le dio un papel protagónico al juez en el trámite de la acción de tutela. Es por eso que, el juzgador es el encargado de impulsar oficiosamente el proceso y, para ello, deberá utilizar los medios necesarios en aras de averiguar los hechos determinantes y los derechos

¹⁰⁶ CEPEDA ESPINOZA, Manuel José. ¿Qué hacer con la tutela? *Revista Justicia y Desarrollo*. No. 11, 2000.

¹⁰⁷ BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, óp. cit. p. 40.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 123.

jurídicamente relevantes en cada caso, todo ello sin pretermitir el plazo que le otorga la constitución. Por consiguiente, dentro de los poderes especiales de que goza, se encuentra corregir los errores del actor al formular la petición o al exponer los fundamentos de derecho y decretar pruebas oficiosamente, además de la facultad para fallar ultra y extra *petita*, siempre que esta decisión se ajuste al interés de la persona cuyo derecho fundamental está siendo protegido¹⁰⁹.

En el mismo sentido, la oficiosidad, como principio rector de la acción de tutela, se traduce en el papel activo que debe asumir el juez en la conducción del proceso, no solo en lo que atañe a la interpretación de la solicitud de amparo y de las normas jurídicas relevantes para el caso concreto, sino también, en la búsqueda de los elementos que permitan comprender a cabalidad cuál es la situación que se somete a su conocimiento, para con ello, tomar una decisión de fondo que no solo consulte la justicia, sino que, además, abarque integralmente la problemática planteada y, de esta manera, provea una solución efectiva y adecuada que proteja de manera inmediata los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita, si hay lugar a ello¹¹⁰.

La propuesta del profesor Jorge Aníbal Gómez, ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la misma Corporación en el periodo 2003 y 2004 ejemplifica tales potestades. Previene el jurista que el tradicional papel del juez como un ser inanimado que pronuncia las palabras de la ley ya se encuentra superado y, en su lugar, prima la idea que el “*juez es un ser integrado a la sociedad, conectado con las preocupaciones de su tiempo*”¹¹¹. El conflicto, para el autor, se presenta en tanto en un ambiente de creciente protagonismo e incluso desbordadas expectativas sobre la misión del juez, a este corresponde seguir cumpliendo con otros principios universalmente ratificados como la garantía de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, el respeto a las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos y la adopción de decisiones materialmente justas¹¹².

¹⁰⁹ Al respecto Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía; Sentencia T-310 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-450 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia T-494 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹⁰ QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. *La acción de tutela: El amparo en Colombia.*, óp. cit., p. 36.

¹¹¹ GÓMEZ GALLEGOS, Jorge Aníbal. *Reconquista de una quimera*, óp. cit., p. 16-17.

¹¹² *Ibíd.*, p. 19.

Aunado a lo anterior, a pesar de las altas expectativas puestas en los jueces y de cara a las exigencias plasmadas en la Constitución Política de 1991, reconoce el autor aludido que:

“la expansión normativa del poder judicial no se acompañó de una adecuada estructura administrativa y funcional. El sano cometido de acercar la Constitución al ciudadano se confundió con la patente de corzo para desconocer las competencias de las jurisdicciones tradicionales, mediante la indebida utilización de un leviatán político y jurídico, como la acción de tutela, que en ocasiones pretextando la defensa de los derechos fundamentales ha menospreciado lo esencial en un Estado de Derecho: el derecho fundamental a la seguridad jurídica”¹¹³.

Para terminar, también es un punto en común el considerar que a la exaltación del juez siguió un proceso de deslegitimación y descontento por el propio poder judicial que empezó a perder credibilidad por dos fenómenos, principalmente, a) la invasión de órbitas ajenas a su campo y a) la imposibilidad del cumplimiento de los fallos de tutelas¹¹⁴. Esta problemática se sintetiza, en que *“las promesas incumplidas de los dirigentes políticos pasaron a las sentencias utópicas de los jueces”*. A su vez, el efecto inesperado que conllevó el excesivo protagonismo del funcionario judicial fue que al desplazar todas las problemáticas sociales al juez constitucional, además de menguar su legitimidad, condujo al abandono de la democracia y a un totalitarismo judicial indeseado, encausado en un trámite excesivamente corto¹¹⁵.

1.4 Conclusiones preliminares

De lo hasta aquí planteado se pueden afirmar varias conclusiones. La primera, que en Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991 y en especial con el reconocimiento de garantías judiciales para la protección de sus contenidos y el papel preponderante de

¹¹³ HERRERA VERGARA, José Roberto. *V Encuentro de la jurisdicción ordinaria*. Cartagena. Septiembre 17 al 18 de 2002, citado por: GÓMEZ GALLEGO, Jorge Aníbal. *Reconquista de una quimera*, óp. cit., p. 16.

¹¹⁴ *Ibíd*em, p. 20.

¹¹⁵ *Ibíd*em, p. 22.

los jueces, la observancia de la primacía de las disposiciones de rango superior se ha extendido a todos los ámbitos de la judicatura y de la sociedad, logrando con ello, que las decisiones jurisdiccionales se vean permeadas por la constitución, como un documento eminentemente jurídico. Consecuencia de este proceso, también ha sido, el acercamiento de la sociedad a la administración de justicia y al juez constitucional, a quien se le ve ahora como el árbitro de las violaciones a los derechos fundamentales.

Igualmente, se puede aseverar que una de las consecuencias del anterior fenómeno fue la utilización de la acción de tutela, cuya finalidad es la protección de derechos fundamentales constitucionales a través de un mecanismo ágil, de ahí, que la literatura se hubiere ocupado ampliamente de estudiar la acción de amparo, considerando además el revuelco que provocó en la forma de administrar justicia en Colombia. Todo este desarrollo pasa por el reconocimiento de la fuerza normativa de la constitución y el establecimiento de una jurisdicción constitucional como expresión orgánica de la justicia constitucional, compuesta por todos los jueces que deciden acciones judiciales de tutela y que aplican directamente el texto constitucional, para hacer efectivos los derechos en ella contenidos.

Empero, ello no fue óbice para que paralelamente surgieran serias críticas a la acción de tutela. Así, desde los primeros años de vigencia de la norma constitucional, los principales cuestionamientos se centraron en dos aspectos, *a)* los riesgos que provocaba para la seguridad jurídica, en términos de previsibilidad y firmeza de las decisiones judiciales emanadas de la justicia ordinaria y *b)* la creciente congestión que percibió el sistema judicial ordinario debido a la demanda que creó la justicia constitucional. De igual manera, persistió la preocupación por la grave y recurrente violación de los derechos en Colombia, que fácilmente se correlacionó con la incapacidad estructural e indolencia del Estado para garantizar derechos elementales de las personas, aunados a la deficiente oferta judicial y los todavía escasos y engorrosos instrumentos de defensa judicial en la vía ordinaria. Frente a este panorama y, de cara a las consecuencias que conllevaba adoptar dos sistemas de justicia, uno ágil y otro engoroso, las propuestas también fueron de diversa índole. Entre ellas, se planteó traer a los procedimientos ordinarios las virtudes del trámite sumario y preferente de la tutela.

Con todo, a pesar de la riqueza de los análisis sobre la acción, la mayoría de ellos se ha concentrado en estos aspectos, la congestión judicial y la inseguridad jurídica provocada

por la posibilidad de revisar las decisiones judiciales en firme. Sin embargo, ello no impidió que un grupo de la academia, si se quiere minoritario, a través de sus estudios advirtiera la existencia de contradicciones en la justicia constitucional, particularmente en el funcionamiento de la acción de tutela. Las principales consideraciones de este grupo fueron: a) el gran abismo existente entre la jurisprudencia constitucional y las acciones de tutela falladas en las primeras instancias judiciales y b) la inflexibilidad del procedimiento, particularmente desde el punto de vista de los términos, que corroe el funcionamiento de la acción e impide su calidad y eficiencia, en contraposición a los colosales poderes que debe asumir el juez, no solo al emitir órdenes para proteger derechos fundamentales, sino en la interpretación de las normas constitucionales.

Así pues, en el orden jurídico colombiano se tiene para la acción de tutela, de un lado, un trámite preferencial, que busca limitar los formalismos y propiciar decisiones sustantivamente eficaces, a través de un procedimiento célere y subsidiario en el que prime la búsqueda de la verdad y, de otro lado, un juez restringido por los términos excesivamente formales en que debe actuar, no solo para dirimir la situación amenazante o vulneradora y garantizar que en el trámite de amparo no se socaven los derechos de los intervinientes, sino también para fundamentar sus fallos en valoraciones probatorias e interpretaciones jurídicamente correctas de las normas *iusfundamentales*.

De ahí que el papel que desempeñe el juez constitucional resulte esencial para lograr los propósitos de la acción de tutela, rol que no puede evaluarse en abstracto, sino en el marco de sus competencias funcionales e institucionales, las cuales vienen dadas por el modelo de Estado y de justicia en el que cumple dicha función. Atrás se resaltó insistentemente que la acción de tutela hace parte de un conjunto de medidas que trajo consigo la institucionalización de un sistema de justicia constitucional en Colombia, que mimetizaron la esencia del nuevo modelo de Estado, fundado en la supremacía del texto constitucional, pues este empezó a tener fuerza obligatoria y carácter vinculante, la primacía de los derechos inalienables de la persona, en especial la dignidad humana, la constitucionalización de mecanismos judiciales de garantía del texto fundamental y la asignación de un poder preferente a la judicatura para proteger dichos contenidos. Estos presupuestos encuentran eco en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, es por ello que analizar a profundidad sus implicaciones políticas y jurídicas, en especial, el rol que compete al juez, deviene esencial para la finalidad que se trazó en este trabajo.

Asimismo, en aras de entender el papel que desempeñan los jueces en el modelo de Estado basado en la supremacía de la constitución y la importancia que juega la interpretación normativa en el ejercicio de su actividad, resulta de suma trascendencia indagar por las características de dicho modelo, para luego, precisar los alcances de la función judicial. Por tanto, de ello se ocupará el capítulo siguiente.

2. La interpretación judicial: del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho

Dentro de los pilares del modelo de Estado Constitucional de Derecho, entendido éste como aquel fundado, entre otros, en la supremacía y fuerza normativa de la constitución, se cuenta, no solo, el que las decisiones generales sean adoptadas en el marco de participación de todos sus destinatarios, quienes están llamados a concurrir en forma igualitaria; sino también la existencia de todo un aparato de administración judicial que haga efectivo el cumplimiento de tales disposiciones generales y que resuelva los conflictos que su aplicación directa suscita, a través de la interpretación¹¹⁶.

Ciertamente, ha sido un problema inveterado de la Teoría del Derecho el encontrar criterios para solventar la cuestión de cómo deben interpretar los jueces las normas con el fin de resolver correctamente los casos que llegan a su conocimiento¹¹⁷. Luego de una decantada discusión teórica y metodológica, se espera que las decisiones judiciales no solo acaten el ordenamiento jurídico, sino que se ubiquen en una realidad social específica y, por esta vía, reflejen un contenido de justicia material, esto es, lo que los teóricos del derecho han dado por denominar '*pretensión de corrección*'¹¹⁸ que, a su vez, va a constituirse en el

¹¹⁶ ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. *Fundamentos y límites del control constitucional en el Estado Constitucional de Derecho*. Tesis para optar por el título de Magíster en Derecho, Dir. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

¹¹⁷ Según el profesor Carlos Gaviria Díaz "*el problema de la interpretación es un problema realmente axial dentro de la teoría del derecho*", en la medida en que "*la actitud que se asuma frente al problema de la interpretación, condiciona la actitud que se asuma frente a cualquier otro problema jurídico, (...) viceversa, cualquier actitud iusnaturalista o positivista, especulativa o analítica que yo asuma frente al derecho, va a incidir necesariamente en el concepto que yo tenga de la interpretación*". GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *La interpretación constitucional*. En: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo et al., *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike - Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, 1994, p. 121.

¹¹⁸ Con la noción de interpretación correcta se hace referencia no solo a la correspondencia con el derecho o su coherencia lógica, sino también a una valoración de los contenidos materiales, ya sea a través de un criterio

objetivo del juez mediante la argumentación. Es decir que, mirada desde el punto de vista material, la corrección de una decisión judicial dependerá no solo de que con la misma se dé aplicación a una norma sino, además, que con ella se pretenda la solución real de un conflicto social¹¹⁹.

En los sistemas jurídicos contemporáneos, tanto los de tradición romano germánica como aquellos pertenecientes al *common law*, la justificación de las decisiones judiciales se convirtió en una exigencia para los jueces¹²⁰. De modo que, una decisión interpretativa debe ser justificada y el estándar de razonabilidad de esa decisión será la argumentación¹²¹, en otras palabras, la exposición de razones justificativas¹²². Con esto se estructura, a su vez, una idea de control a la arbitrariedad judicial a través de la razonabilidad de sus decisiones. Es precisamente, en los modelos de Estado contemporáneos, tales como el constitucional de derecho, en los que la legitimación de la función judicial se ubica en la argumentación como fundamento de las decisiones judiciales.

de justicia, de moralidad, de conveniencia política, etcétera. Asimismo, se puede destacar que la tesis de la pretensión de corrección fue propuesta por el profesor Robert Alexy como uno de los elementos del concepto del derecho, en tanto permite trazar un vínculo de este con la moral, particularmente desde la perspectiva del juez. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. En: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Trad. J. M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 41 – 15.

¹¹⁹ PEÑA FREIRE, Manuel Antonio. *La garantía del Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 228.

¹²⁰ “(...) la decisión debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y, también, racionalmente controlado”. WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 57.

¹²¹ En punto a la diferencia entre interpretación y argumentación se puede decir que la interpretación jurídica consiste en la actividad de configurar significados jurídicos al lenguaje jurídico, mientras que la argumentación jurídica es un paradigma ampliamente aceptado, el cual supone que al juez no le basta con interpretar y plasmar su decisión. De tal manera que la interpretación jurídica se entiende como un acto de intelección en el cual el intérprete al enfrentarse al lenguaje jurídico pretende comprender el mismo y luego asignarle un significado. Por su parte, para la teoría de la argumentación jurídica el juez debe ofrecer las razones que expliquen su decisión. Esto implica un acto, no de intelección, sino de comunicación en el que el intérprete expresa las razones por las cuales configuró esos significados del lenguaje jurídico. GARCIA AMADO, Juan. *Interpretar, argumentar, decidir*. En: HURTADO POZO, José (Dir.). *Interpretación y aplicación de la ley penal*. Anuario de derecho penal 2005: Doctrina, jurisprudencia, legislación, bibliografía. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, 2006, p. 51. Por esta misma vía, algunos autores realizan una diferenciación entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, con el fin de determinar el deber del juez dentro del paradigma de la argumentación jurídica. En este sentido, el primero implica “la actividad consistente en descubrir o anunciar una teoría”. El segundo consiste en “el procedimiento relativo a justificar o validar la teoría”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 4.

¹²² Según el profesor Robert Alexy, la existencia de las normas jurídicas depende de la interpretación mientras la razonabilidad depende de la argumentación. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 73.

Para el profesor polaco Jerzy Wróblewski la importancia de la fundamentación de los fallos reside en que *“la decisión debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y, también, racionalmente, controlado”*¹²³. En virtud de ello, el juez se encuentra obligado a sustentar sus decisiones con el fin de que ellas sean percibidas como fruto del debate y no un mero acto de arbitrariedad. Incluso, hoy en día, se le reconoce a la función jurisdiccional como un espacio de participación y deliberación para la adopción de decisiones.

Teniendo claridad sobre lo expuesto, el análisis que en adelante se expondrá parte de unos presupuestos metodológicos, dentro de ellos, uno es precisamente considerar la fundamentación como un elemento imprescindible de la decisión judicial. Al efecto, resulta pertinente citar al profesor Manuel Atienza¹²⁴, quien al diferenciar la fundamentación de la mera explicación planteó lo siguiente:

“(…) fundamentar un decisión –que es lo que se requiere de los jueces- es algo diferente a explicarla. Para fundamentar es necesario dar las razones que justifiquen un curso de acción, mientras que la explicación requiere indicar los motivos, esto es, los antecedentes causales de una acción. Es obvio que una acción puede estar motivada, pero no justificada; por ejemplo un juez puede tener como motivo para absolver a un acusado la compasión que siente por su situación pero eso no sirve como justificación”.

Así las cosas, la fundamentación de las decisiones judiciales, perceptible mediante la argumentación jurídica, legítima la función judicial en sí misma y funge, a la vez, como un elemento de control del desvío del poder otorgado a los jueces en el Estado. Igualmente, se parte del reconocimiento de la trascendencia de la interpretación en la aplicación del derecho, lo cual pasa por considerar que las normas de derecho no son textos jurídicos en sí mismos, sino el significado prescriptivo construido a partir de su interpretación¹²⁵. Así, la

¹²³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, óp. cit., p. 57.

¹²⁴ ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*. Barcelona: Editorial Ariel. 1993.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios*. Trad. L. Criado Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 29. Al respecto se pueden consultar, entre otras, CRISAFULLI, Vezio. *Disposizione (e norma)*. En: VV.AA. Enciclopedia del Diritto, Tomo XII. Italia: Gufré editores, 1964; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007;

importancia de esta actividad radica al considerársele como un proceso de transformación de los textos jurídicos, de enunciados jurídicos preinterpretativos a normas jurídicas o enunciados jurídicos interpretados¹²⁶. Bajo esta concepción, se identifica la norma jurídica con el significado prescriptivo de un texto jurídico construido por medio de la interpretación¹²⁷.

Finalmente, se reconoce que la necesidad de la intervención del juez a través de la interpretación deriva de razones ontológicas, pues en la medida en que el derecho se manifiesta a sus destinatarios a través del lenguaje que estos utilizan para comunicarse en sus relaciones interpersonales, se hace necesario el proceso de interpretación para determinar el significado de dichas expresiones que eventualmente pueden estar afectadas de algún grado de indeterminación o vaguedad, que implique al juez cierta dificultad al establecer si son aplicables o no al caso concreto¹²⁸.

Una vez establecidos los precitados presupuestos, este capítulo pretende dar cuenta, brevemente, de la trayectoria que la función estatal de aplicación e interpretación de las normas jurídicas ha tenido en términos teóricos en el marco de transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, considerando que el modelo en el que se imbricó la constitución colombiana de 1991 comparte, como ya se explicitó, el fundamento teórico de esta corriente. Para esta finalidad, vale la pena tener en cuenta que debido al vasto propósito que implica el análisis propuesto y a la brevedad del trabajo, se limitó el estudio a los modelos enunciados, en la medida en que de una u otra manera plantean reflexiones y cambios trascendentales en torno a la labor interpretativa en el ámbito judicial

GUASTINI, Ricardo. *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales - El Derecho y la Justicia, 2014.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 29.

¹²⁷ Esto quiere decir que, por una parte, los textos jurídicos son el objeto de la interpretación jurídica y, por otra parte, las proposiciones jurídicas y las normas jurídicas son el resultado de la interpretación jurídica. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre interpretación jurídica*. Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 6 y 11. Por otra parte, también se define la interpretación jurídica como el “*proceso o el resultado de la determinación de sentido de las normas jurídicas o de sus elementos*”, lo cual supone una concepción del derecho, particularmente de las entidades que lo constituyen. Bajo este entendimiento, se plantean dos de las cuestiones fundamentales de la teoría del derecho, la primera referente al concepto de derecho, la segunda concerniente a la naturaleza y alcances de la interpretación jurídica. Ahora, si bien se trata de dos cuestiones diferentes, también lo es que “*se encuentran profundamente ligadas, pues lo que se entienda por interpretación jurídica depende en buena medida del concepto que se asuma de derecho*”. RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo. *Interpretación judicial: módulo de autoformación*. Bogotá: Escuela Judicial ‘Rodrigo Lara Bonilla’, 2014, p. 42.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 50.

y considerando, adicionalmente, que el texto constitucional de 1991 implicó para nuestro país dicha transición.

Así mismo, se debe tener claridad en lo siguiente: el presente estudio se focaliza en el Estado Constitucional del Derecho, aceptando de manera implícita que éste y aquel que se califica como Social de Derecho tienen diferentes enfoques y propósitos, que si bien acá no se erigen en el centro de atención, vale la pena hacerlos explícitos a efecto de evitar confusiones, máxime que una de las ideas medulares de esta investigación es que la norma superior colombiana comparte una fundamentación teórica propia del Estado Constitucional de Derecho, pero encasilla el Estado colombiano, como Social de Derecho.

El primer aserto al que lleva dicha constatación es que tales modelos o categorías no pueden verse como excluyentes. En segundo lugar, pretender diferenciar una construcción teórica de la otra conlleva aceptar implícitamente que el Estado ha trascendido por diferentes procesos de conquista histórica de los derechos fundamentales, expresado a través de reivindicaciones, luchas políticas, disidencias colectivas o de formas de resistencia al poder establecido¹²⁹ y que ha sido, precisamente, ese devenir, el que ha influido en sus diferentes tipologías¹³⁰. En tercer lugar, la disertación que se plantea pasa por reconocer que la construcción del Estado se asemeja a un proceso de aprendizaje colectivo inacabado. Desde esta perspectiva, Jürgen Habermas afirma sobre el Estado Democrático de Derecho, que éste *“aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes”*¹³¹.

¹²⁹ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. *Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Publicación digital disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf> (12.08.2017)

¹³⁰ Se puede llegar a plantear una especie de correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico de las distintas transformaciones del Estado con el reconocimiento progresivo de los derechos fundamentales. Así, al estado liberal de derecho siguió el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, reivindicación de las revoluciones liberales. El Estado Social de Derecho expresa la conquista histórica de los derechos económicos, sociales y culturales, en el marco de la Revolución Industrial. Y el Estado Constitucional expresa el reconocimiento de derechos mucho más plurales en la sociedad contemporánea, como la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática, en una era de la revolución tecnológica y digital. Al respecto, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998, p. 203.

Bajo tales derroteros y entendiendo que tanto el Estado Constitucional como el Social de Derecho, representan estadios históricos, políticos y teóricos de evolución de la fórmula estatal, se puede decir que la finalidad del último de los enunciados no es otra que proteger a la sociedad del mismo Estado, a través del reconocimiento de prestaciones sociales, la dirección económica y la distribución del producto nacional¹³². Así, este tipo de Estado pretende ofrecer a todos los ciudadanos las mismas oportunidades en el proceso económico, asumiendo los poderes públicos la responsabilidad de proporcionar la generalidad de las prestaciones y servicios sociales necesarios para garantizar una existencia digna o, en su caso, a ciertos grupos sociales definidos según criterios objetivos. Esto quiere decir que el elemento social se traduce en la adquisición progresiva de la igualdad de condiciones de vida básicas, o sea, de la realización de los derechos humanos de índole económica, social y cultural como por ejemplo el derecho al trabajo, a la educación, en todos los niveles, el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda y el derecho al goce de los bienes culturales¹³³.

A su turno, El Estado Constitucional no es que no comparta tal propósito, sino que se enfoca particularmente en las vías o mecanismos para lograrlo, desde un plano teórico o, si se prefiere, metodológico. De esta manera, sin anticipar lo que será objeto de este acápite, se puede mencionar que este modelo tiene la pretensión de destacar los logros de la constitucionalización, esto es, de aquel proceso causado por el revitalizado papel de la constitución y que ha ocasionado, a su vez, una modificación de los ordenamientos jurídicos que marca una diferencia radical con el Estado de Derecho decimonónico, atravesada por la introducción de conceptos como el valor normativo de la carta constitucional y la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales¹³⁴. Ello

¹³² Para Miguel Carbonell en '*eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas*', en *Estudios constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 43 – 71, "*el surgimiento del Estado Social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones: a) el individuo es capaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas; b) surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual; c) se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esta obligación, se podría en duda su legitimidad*".

¹³³ FIGUEREDO, Marcelo. *Balances y perspectivas del constitucionalismo social en Latinoamérica*. Publicación digital disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/19.pdf> (12.08.2017).

¹³⁴ JULIO ESTRADA, Alexei. *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*. En Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, págs. 121-148.

implica una fusión de dos tradiciones, la de las constituciones materiales, que presentan un denso contenido sustantivo integrado por normas de diferente valoración, tales como valores, principios, derechos y directrices, junto con la que persiguen las constituciones garantizadas, caracterizadas porque su protección o efectividad se encomienda a jueces o se cierne en la existencia de normas secundarias, de organización y procedimiento, destinadas a depurar o sancionar toda infracción de las normas sustantivas relativas a derechos¹³⁵.

El resultado de ello, como lo afirma Luigi Ferrajoli, es nuevo modelo de derecho y democracia: el Estado Constitucional de Derecho¹³⁶, fruto del cambio de paradigma, en el cual la constitución es fuente de derecho en tres vías, primero, por contener normas jurídicamente vinculantes; segundo, por disponer parámetros sustantivos y procedimentales para abrogar normas inferiores preconstitucionales e invalidar normas posteriores que la contravengan; y tercero, por entenderse que las normas constitucionales son idóneas para disciplinar directamente no solo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y las personas, sino también las que ocurran entre estas últimas; son por tanto susceptibles de ser aplicadas por cualquier juez y no solo por el juez constitucional. Esto último es efecto de lo que Prieto Sanchís denomina “*rematerialización constitucional*”, en el sentido que las constituciones están ahora dotadas no solo de normas formales, de competencia o procedimiento, dirigidas a orientar el ejercicio de los poderes estatales y la relación entre los mismos, sino también y, sobre todo, de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos sobre los que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente¹³⁷.

Recapitulando, se puede afirmar que la naturaleza del Estado Social está cifrada en el reconocimiento de ciertos derechos, mientras que el Estado Constitucional va más allá de la mera afirmación de ellos, para lograr el establecimiento de fórmulas y mecanismos para

¹³⁵ NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio. Estado Constitucional de Derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales. *Vniversitas*, No. 128, 2014, publicación digital disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n128/n128a06.pdf> (12.08.2017).

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. En Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, págs. 71-90.

¹³⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. En Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, págs. 213-236.

hacerlos efectivos, esto en tres vías. Primero, en tanto adiciona al concepto de constitución, además de la impronta social, el reconocimiento de su valor de norma jurídica, convirtiéndose en límite, texto directivo fundamental y parámetro de validez de toda norma del ordenamiento jurídico. En segunda medida, al instituirse el principio de eficacia o aplicación directa de la carta constitucional, en virtud del cual las disposiciones que la integran pueden ser alegadas directamente en cualquier proceso o causa y los jueces ordinarios son competentes para resolver litigios a la vista del orden constitucional. Y tercero, en tanto, la constitución está integrada por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos, cuya vocación no es desplegar su eficacia a través de la ley sino hacerlo de forma directa e independiente tanto del legislador, cuanto de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a tales principios¹³⁸.

Para tener una idea más clara de lo que significó este cambio se empezará por analizar sus antecedentes, luego se estudiará a fondo la transición en sí misma del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, para finalmente, fijar la atención en la mutación que ello significó para el rol que desempeña el juez.

2.1 Antecedentes al modelo de función judicial del Estado de Derecho

Antes de que el mundo occidental conociera el movimiento político-social que auspiciaría las reconocidas revoluciones liberales, existió durante la edad media en Europa un modelo estatal en el que se aceptaba que el juez tuviera cierto margen de acción al momento de interpretar las normas que debía aplicar a cada caso particular¹³⁹. Esta concepción se explica en el predominio que en esta época tuvo la idea de que la creación del derecho no dependía de ninguna voluntad humana sino de un designio trascendente. En esta medida, la voluntad de las autoridades políticas en vez de crear, debía concentrarse en hallar o descubrir ese contenido del derecho preconfigurado.

¹³⁸ AÑÓN, María José. *Derechos fundamentales y estado constitucional*. Publicación digital disponible en http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-public-2015-Estado-Constitucional.pdf (12.08.2017).

¹³⁹ RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo. *Interpretación judicial: módulo de autoformación*, óp. cit. p. 64.

Bajo esta lógica, el derecho estatal se entendió derivado del derecho natural, como un reflejo de los designios divinos, por lo que correspondía a las sociedades políticas adoptarlo a través de sus usos y tradiciones¹⁴⁰. En el proceso de aplicación así concebido, la función judicial, ejercida por autoridades del poder político feudal, jugaba un papel fundamental, pues era a través de su ejercicio que se descubría el derecho para después aplicarlo a cada caso. De esta manera, hasta el siglo XVIII se reconoció cierto margen al juez al momento de interpretar las normas¹⁴¹. Posteriormente, la función judicial se va a ver limitada con fundamento en al menos dos consignas. De un lado, la pretensión garantista de proteger los derechos e intereses de los asociados frente a la arbitrariedad judicial. Y de otro lado, la imposición de los criterios políticos de las mayorías, expresados en el conjunto normativo aprobado por el órgano de representación popular.

En razón de lo anterior, se produjo un cambio en la concepción del derecho, a partir del cual este comienza a ser visto como producto inmediato de la voluntad de la autoridad política. Dicho proceso encuentra su punto de inicio con el surgimiento del Estado-Nación a través de las monarquías absolutistas en Europa Occidental¹⁴². Bajo este modelo, el papel del juez, consecuentemente, va a transformarse, pues de ser un personaje sobresaliente, ya sea un señor feudal o parte de la nobleza, cuya misión era descubrir el derecho, pasa a ser un funcionario subordinado a la autoridad política titular de la potestad legislativa que, en su labor, debía limitarse a conocer el derecho y a aplicarlo de tal forma que su arbitrio interfiriera lo menos posible en la adopción de la decisión. Por su parte, de cara a la absoluta concentración de poderes en una autoridad política, resultaba impensable la necesidad de establecer una argumentación en las decisiones judiciales.

Las consecuencias de este modelo se acentuarían con las revoluciones liberales del siglo XVIII, ya que la autoridad legislativa adquiere un mayor nivel de legitimidad con la caída de las monarquías absolutistas y el surgimiento de las asambleas representativas

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 51.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁴² ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*. Trad. Santos Juliá. México: Siglo XXI, 2001, p. 14. Igualmente, otros autores consideran que esta situación cambiaría cuando, con el paso a la edad moderna, se tome conciencia de un nuevo poder, "el poder de hacer las leyes" MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco J. Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p. 33.

pretendidamente democráticas¹⁴³. A la par, con la instauración de un modelo de separación de poderes, como uno de los pilares del movimiento revolucionario que desembocó en la Revolución Francesa de 1789, se logró derrocar el poder absoluto de la autoridad real, lo cual, acarrearía importantes consecuencias en el ámbito judicial.

Atado a esta reivindicación se situó también la exigencia de derechos de los asociados frente a los gobernantes, aunque fuera en una faceta formal, y el consecuente sometimiento de las decisiones de los jueces al orden jurídico. Se puede decir que todas las reclamaciones del periodo revolucionario se sintetizaron en el ataque del poder absoluto, lo cual, de cierta manera explica que como antídoto se impusiera la voluntad popular emanada del pueblo. En definitiva, la consecuencia forzosa fue que la ley, como expresión de esa voluntad general, debía ser estrictamente aplicada por los jueces, a quienes, por tal razón, se les vedó de la función de interpretación normativa. A este tenor, no resulta sorprendente que se hubiere impuesto la rigidez en la interpretación y aplicación de la norma, pues el funcionario judicial no podía salirse del texto escrito, sin incurrir en conductas ilegales¹⁴⁴.

2.2 Del estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho, para muchos autores, surge de los cambios producidos en la segunda mitad del siglo XX en el Estado, mimetizados en una nueva forma de entender el derecho que parte de la importancia y necesidad de la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana¹⁴⁵, y que, constituiría una ruptura radical frente al Estado de Derecho. Otros, por el contrario, sostienen que el Estado Constitucional de Derecho representa la continuación o, mejor, la evolución del Estado legalista¹⁴⁶, de manera que no puede considerársele totalmente desligado del modelo que le precedió¹⁴⁷.

¹⁴³ RODRÍGUEZ, Andrés y UPRIMNY, Rodrigo. *Interpretación judicial: módulo de autoformación*, óp. cit., p. 64.

¹⁴⁴ VÁSQUEZ POSADA, Socorro. *El argumento judicial*. Medellín: Biblioteca Jurídica Sánchez R. Ltda., 2007, p. 27.

¹⁴⁵ SUÁREZ MANRIQUE, Wilson Yesid. *La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano*, óp. cit., p. 14.

¹⁴⁶ ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. *Fundamentos y límites del control constitucional en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 22 y 23.

¹⁴⁷ En este sentido, Zagrebelsky defiende la posición de que no existe total discontinuidad entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional al enunciar que “*el rasgo más notorio del derecho público actual no es la*

Básicamente, esta última postura se fundamentó en reconocer que, si bien la transición del Estado de Derecho al constitucionalismo contemporáneo implicó una serie de transformaciones profundas, también continúa compartiendo paradigmas centrales del Estado democrático de corte liberal, como por ejemplo, “*el origen democrático del poder, el principio de legalidad, la división de poderes, el carácter racional, temporal, laico y civil del poder, la existencia de una constitución y el respeto de los derechos individuales, con énfasis en el derecho a la libertad económica y política, entre otros*”¹⁴⁸. El cambio se materializa entonces en el contenido y alcance de estos conceptos de cara a los nuevos matices que adquiere la constitución y la protección de los derechos humanos, todo lo cual se ve reflejado en una inflexión del paradigma liberal en el Estado.

En este sentido, la diferencia entre aquel Estado que pretendía la limitación del poder por las vías democráticas y el respeto de los derechos individuales, basado en un constitucionalismo amplio o débil, según la caracterización del profesor italiano Paolo Comanducci¹⁴⁹, y el Estado Constitucional de Derecho, se centra en la función que cumple la constitución en el ordenamiento y su capacidad irradiadora para todos los ámbitos de poder. El Estado democrático liberal satisfacía sus finalidades con la inclusión de cualquier constitución, cuyo énfasis estuviera en los procedimientos y en las formas de control del poder, es decir, en su parte orgánica, mientras que la garantía de los derechos y el contenido material de la constitución no encarnaron ninguna relevancia.

Así las cosas, el punto de quiebre se presenta a partir de los procesos políticos que se desarrollaron luego de los funestos efectos de la Segunda Guerra Mundial, los cuales exigían la consagración de nuevos derechos y la efectiva protección de los mismos¹⁵⁰. A nivel práctico, la constitucionalización de derechos en ese momento político-social implicaba una mejor distribución de los beneficios sociales y el establecimiento de un límite,

sustitución radical de las categorías jurídicas tradicionales sino una pérdida de posición central”. ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1997, p. 12.

¹⁴⁸ ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. *Fundamentos y límites del control constitucional en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 23.

¹⁴⁹ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metatórico*. En: Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 77 y ss.,

¹⁵⁰ ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. *Fundamentos y límites del control constitucional en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 24.

ya no de corte formal sino material, frente al ejercicio del poder¹⁵¹. De modo que, si en el paradigma propio de Estado legislativo de derecho, la validez de una norma dependía fundamentalmente de su conformidad con las reglas formales sobre su producción, bajo la fórmula del Estado Constitucional de Derecho, queda supeditada, además, a su coherencia con los principios sustanciales incorporados a la constitución¹⁵².

A lo anterior, se aunó la consagración de un conjunto de valores y principios en el ordenamiento superior¹⁵³, que implicó la transformación del carácter mismo de la norma fundamental, pues de ser un texto de distribución de competencias y determinación de procedimientos pasa a erigirse en el cuerpo normativo superior del ordenamiento con carácter vinculante y cuyo procedimiento de reforma se endurece, en orden a garantizar su supremacía¹⁵⁴. La inclusión de estos nuevos arquetipos implicó el avance del modelo de Estado de Derecho al paradigma constitucional del Estado, sin embargo, a la introducción de una constitución material con carácter normativo vinculante y el procedimiento de reforma constitucional de carácter rígido, habría que adicionar, el control judicial de constitucionalidad de las leyes, cuya principal manifestación sería considerar al poder judicial como el primer llamado a controlar las desviaciones de los otros poderes frente a la supremacía constitucional.

Por otra parte, el cambio de modelo estatal se vio alimentado por la crisis de la ley y del derecho en el marco del Estado legalista en tanto mecanismos de regulación social. Los factores que trajeron consigo el caos y, a la postre, la superación del modelo jurídico-político liberal fueron principalmente dos¹⁵⁵. Primero, la incapacidad del estado legislativo para asumir los cometidos y funciones propias del modelo de Estado de Derecho, al

¹⁵¹ El paso del Estado legislativo al constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasarán a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible para todos los poderes públicos. ROSSI, N. (Comp.). *Guidici e democrazia*, citado en PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 59.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 14

¹⁵³ Las constituciones contemporáneas intentan, mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador, condicionar y, por tanto, contener, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. Tomado de ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, justicia y derechos*, óp. cit., p. 39.

¹⁵⁴ ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. *Fundamentos y límites del control constitucional en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 24.

¹⁵⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 54 y 55.

hacerse visibles los riesgos inherentes del formalismo y del absolutismo de las leyes, esto traducido en la propia incapacidad de la fórmula de estado liberal para asegurar la indisponibilidad de los valores esenciales del ordenamiento, por lo que cada vez se hacía más necesario el establecimiento de un nivel de juridicidad superior y vinculante¹⁵⁶. Y segundo, la constatación del carácter conflictivo de la realidad social y la no neutralidad del derecho respecto de los conflictos sociales¹⁵⁷. La emergencia de la conflictividad social determinaría la superación de la imagen de homogeneidad en la sociedad liberal y la pérdida de la posición central de la ley general y abstracta, como forma jurídica y única fuente de derecho¹⁵⁸.

De acuerdo con la tipología propuesta por el profesor italiano, esta etapa del Estado correspondería, según su objeto y pretensiones, al constitucionalismo en sentido estricto o fuerte, que exige no cualquier texto constitucional sino un determinado tipo de constitución para garantizar los derechos fundamentales¹⁵⁹, patentado por el proceso conocido como constitucionalización del orden jurídico. De acuerdo con el mismo autor, un ordenamiento está constitucionalizado si goza de los siguientes componentes: “i) una constitución rígida, ii) un órgano jurisdiccional que ejerce control constitucional, iii) normas constitucionales vinculantes que sean sobreinterpretadas para regular aspectos de la vida social y limiten la discrecionalidad del legislador, iv) la aplicación directa de las normas constitucionales por parte de los jueces, v) la interpretación de las leyes conforme a la constitución y, vi) la posibilidad de influencia de la constitución sobre todas las relaciones políticas”¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 56 y 57.

¹⁵⁷ Según algunos autores, la ley deja de ser garantía frente al Estado y se convierte en expediente de legitimación del poder político y en expresión de la voluntad estatal, pues en lugar de constituir una garantía contra el arbitrio, pasa a ser un instrumento para el ejercicio eficaz del poder. REDOR, M.J. *De l'État legal à l'État de droit*. Paris: Economica/Presses Universitaires de Aix-en-Marseille, 1992, p. 185 a 161, citado en: PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 55.

¹⁵⁸ Este fenómeno, según el profesor Gustavo Zagrebelsky, es consecuencia de la multiplicación de las leyes de carácter sectorial y temporal, que a su vez, encuentra su razón de ser en los emergentes caracteres de la sociedad, condicionada por la amplia diversificación de grupos y estratos sociales. Asimismo, indica el autor que, el pluralismo de las fuerzas políticas y sociales, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes. ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, justicia y derechos*, óp. cit., p. 37.

¹⁵⁹ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metatórico*, óp. cit., p. 77.

¹⁶⁰ CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 42.

Bajo el mismo entendimiento, el autor español Perfecto Andrés Ibáñez define el Estado Constitucional de Derecho a partir de tres factores relevantes. De un lado, la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean estos de naturaleza liberal o social. De otro lado, la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos¹⁶¹. Y por último, la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter individual y a la efectividad de aquellos denominados sociales, establecidos en la norma constitucional¹⁶². Según Luigi Ferrajoli, en virtud de la consagración de derechos fundamentales en constituciones rígidas estos encarnan un conjunto de límites y vínculos impuestos en el Estado Constitucional de Derecho al legislador, quien asume la obligación de crear mecanismos jurídicos para satisfacerlos, paralelamente a la prohibición de vulnerarlos¹⁶³, esto es lo que se conoce como '*la garantía de su eficacia*'. Los derechos fundamentales imprimen así una connotación sustancial al Estado Constitucional de Derecho al establecer dentro de los ordenamientos constitucionales ya no la forma, esto es, el quién y el cómo, sino la sustancia o el contenido material de las decisiones políticas en general y de las leyes en particular, o sea el qué cosa es lícito decidir o no decidir¹⁶⁴.

A su turno, expone el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky¹⁶⁵ que las constituciones contemporáneas tienen dos tareas fundamentales. La primera consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas y con independencia de la ley. La segunda, se refiere a la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a irradiar todo el ordenamiento jurídico. Este segundo aspecto, es tal vez, el principal cambio respecto de las constituciones en el Estado de Derecho, en

¹⁶¹ Según la teoría jurídica de la democracia constitucional defendida por Luigi Ferrajoli, el modelo normativo del constitucionalismo impone unas condiciones jurídicas, representadas en límites y vínculos, no solo formales, sino materiales, a la democracia, provenientes de los derechos fundamentales sancionados por las modernas constituciones rígidas. MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales – Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2015, p. 310.

¹⁶² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 10.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. En: Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 54.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 54.

¹⁶⁵ ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, justicia y derechos*, óp. cit., p. 47 y 93.

la medida en que, bajo el paradigma del Estado legalista, tales principios estuvieron relegados a meras proclamaciones políticas, sin incidencia jurídica.

De igual modo, cobra especial relevancia el papel central que desempeñan los derechos fundamentales en este modelo y, por esta vía, las dinámicas que emprenda para garantizar su eficacia. Para ese efecto, además de la institucionalización de garantías con tal propósito, lo que será objeto de estudio más adelante, es pertinente destacar, siguiendo al profesor Robert Alexy¹⁶⁶, que la posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico se caracteriza por cuatro extremos: *i)* se regulan con rango máximo, *ii)* con máxima fuerza jurídica, *iii)* son de la máxima importancia y *iv)* de máxima indeterminación.

Según el jurista alemán, tales características corresponden, respectivamente, con el reconocimiento a nivel constitucional, siendo en consecuencia directamente vigentes para el legislativo, el ejecutivo y el judicial, lo que comporta una justiciabilidad plena, es decir, que la observancia de todos los derechos fundamentales se halla '*plenamente controlada*' por los jueces y el Tribunal Constitucional. Por consiguiente, corresponde a cada juez tener en cuenta en cada decisión, los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, éstos deben irradiar el derecho en su totalidad como '*juicios de valor objetivos*'.

A las dos primeras condiciones se suma el que los derechos fundamentales no se refieren a cuestiones específicas de poca importancia, por el contrario, mediante ellos se decide la estructura básica de la sociedad. El cuarto extremo, el del máximo grado de indeterminación, se percibe, dice el autor, en el carácter sumamente '*sucinto y lapidario*' de las declaraciones del texto constitucional, lo que conlleva a que aquello que representan los derechos fundamentales no se pueda colegir a partir del texto fundamental, sino de las decisiones judiciales adoptadas por el Tribunal Constitucional, a través de su interpretación.

En este aspecto fija la atención el profesor, en tanto la acción de los tribunales constitucionales puede representar un riesgo para la democracia y la eficacia de los

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Los derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. En Miguel Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, págs. 31 – 48.

derechos fundamentales en sí mismos. Hecha esta constatación propone dos vías de solución. En primer lugar, el reconocimiento de la importancia de los derechos fundamentales, de lo que se sigue que la decisión sobre su protección no puede confiarse a la mayoría parlamentaria. En este sentido, al no estar en discusión que los derechos fundamentales son válidos como derechos positivos, la cuestión se reduce a cómo debían interpretarse para lograr una relación equilibrada con la democracia. En segundo lugar, afirma que los derechos no pueden basarse en las concepciones morales de los ciudadanos, sino en las normas jurídicas válidas -moral pública, en oposición a la moral personal-, lo que pone de manifiesto una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en una sociedad marcada por el pluralismo.

Así, corresponde al Tribunal Constitucional, al dirimir conflictos que contrapongan la democracia y los derechos fundamentales, no situar su concepción en contra de la del legislador, sino aspirar a una representación argumentativa del ciudadano por oposición a su representación política en el parlamento, pues solo así, concluye el autor, triunfa la representación argumentativa y, por esta vía, la reconciliación entre la democracia y los derechos fundamentales.

También en punto a la eficacia de los derechos fundamentales como pilar del Estado Constitucional de Derecho es dable destacar, como lo realizó el profesor alemán Peter Häberle¹⁶⁷, que aquellos comparten el carácter abierto de la tutela que se expresa en la multiplicidad de formas de protección, en sentido estricto, a través del juez ordinario o del juez constitucional en procedimientos de diverso tipo; y en una esfera de protección en sentido amplio, que corresponde a la sensibilidad de la opinión pública respecto de las violaciones de los derechos fundamentales y semejantes, lo que entiende como '*la cultura de los derechos fundamentales*'.

En síntesis, en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, la constitución no es concebida sino como la expresión de toda una serie de valores respecto de los que es presumible un elevado consenso y que habrán de afectar las relaciones públicas y privadas en, por lo menos, dos sentidos. En primer lugar, al inspirar los distintos procesos políticos

¹⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Trad. Carlos Ramos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 255 y ss.

y sociales. En segundo lugar, al ser preservados de cualquier vulneración que pudiera tener origen en alguna de las dinámicas referidas¹⁶⁸. El sustrato de dicho proceso se identifica con el proceso de constitucionalización del derecho.

Adicionalmente, en el modelo jurídico-político del Estado del que se viene haciendo referencia, el orden jurídico se encuentra dotado de un sentido específico, decantado a través de la historia, que lo vincula al control del poder político y a la garantía de determinados valores que apuntan a la primacía de los derechos fundamentales. Además de lo anterior, es importante destacar que los derechos fundamentales recogidos en la constitución no son solo normas jurídicas fruto de una decisión política sino que, incorporan una carga axiológica que se proyecta en todos los campos de la vida social, política y económica.

Es a partir de tal constatación que algunos autores, como Ferrajoli, plantean que el constitucionalismo debe ir de la mano del garantismo¹⁶⁹, pues con ello se logra concretar los derechos fundamentales y su máximo nivel de efectividad¹⁷⁰; con lo cual cobra relevancia el concepto de garantía en el marco del Estado Constitucional de Derecho, cuya significación será analizada en detalle a continuación.

2.2.1 El concepto de garantía

Desde una concepción amplia, planteada por el profesor español Antonio Manuel Peña Freire, garantías son *“todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos*

¹⁶⁸ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 79.

¹⁶⁹ De acuerdo con Luigi Ferrajoli existen tres planos para entender el garantismo: a) el modelo normativo de derecho, que hace referencia al sistema de poder mínimo, entendiendo los derechos fundamentales como unos límites en los que la libertad del individuo es maximizada y la interferencia del Estado es minimizada; b) la teoría del derecho, que implica la adopción de un iuspositivismo crítico, donde el juez debe emitir juicios de validez de las normas y da sentido a las leyes, a través de un discurso argumentado, frente a la probable existencia de lagunas o antinomias; c) la filosofía de la política, que concibe al Estado como un instrumento para dar cumplimiento a los derechos fundamentales dándole un revés a su funcionalidad, de esta manera, el Estado es concebido ahora como un medio cuyo objetivo es la garantía de los presupuestos básicos de los individuos. Tomado de AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. Publicación digital disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf> (12.12.2016).

¹⁷⁰ MARTÍNEZ, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 34.

*o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional*¹⁷¹. Paralelamente, la garantía ha sido entendida desde dos enfoques. Se le puede considerar como un elemento jurídico en relación con otros o como una función de sistemas jurídicos sobre entornos sociales y políticos ordenados y regidos por la constitución. No obstante, independientemente del concepto que se le asigne, la garantía como categoría jurídica no tiene otra realidad que la que le otorga el sistema del que hace parte, es decir que el contexto es el que le da sentido a la figura, contexto que no es otro que el modelo jurídico-político del Estado Constitucional de Derecho¹⁷².

Inicialmente, esta figura se configuró en relación con las afirmaciones de que el poder estaba sometido a derecho y que la ley general y abstracta, como expresión del poder tenía su origen en la voluntad general, en otras palabras, el instrumental garantista que el Estado de Derecho liberal otorgaba a los individuos frente al poder político¹⁷³. Posteriormente, se consideró que uno de los principales elementos a través de los cuales se hacía efectiva la garantía en el ordenamiento eran los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. De modo que, el peculiar vínculo que tienen con los valores sociales reconocidos, su posición en el contexto constitucional y sus garantías jurisdiccionales o institucionales, convirtieron a los derechos fundamentales en un factor de primer orden y en el elemento jurídico con la mayor potencialidad garantista dentro de los presentes en el ordenamiento¹⁷⁴.

De acuerdo con Ferrajoli, la expresión garantía designa cualquier técnica normativa de tutela o protección de un derecho subjetivo. Como categoría perteneciente a la teoría del garantismo, se refiere a los mencionados límites, vínculos, prohibiciones u obligaciones

¹⁷¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 28.

¹⁷² *Ibidem*, p. 33.

¹⁷³ Según el profesor Modesto Saavedra López, la ley en el contexto del Estado de Derecho se constituye en la principal garantía frente al poder, en la medida en que, en primer lugar, señala a cada uno de una manera objetiva y general, su ámbito de actuación, sus posibilidades y límites en su relación con los demás y con la sociedad; en segundo lugar, es un límite infranqueable al ejercicio del poder que no podrá actuar al margen de la norma sino dentro de los límites de esta y; por último, es el instrumento más idóneo para garantizar los derechos y libertades individuales, pues a través de ella, el pueblo pasa a convertirse en la voz que crea el derecho. SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley. *Revista Jueces para la democracia*. Núm. 18 (1), 1993, p. 3.

¹⁷⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 107.

impuestos al legislador en el Estado Constitucional de Derecho por los derechos fundamentales, ya sean expectativas jurídicas negativas o de no lesión, o expectativas jurídicas de prestación¹⁷⁵. Estas son denominadas por el autor italiano garantías jurídicas primarias, de primer grado o sustanciales¹⁷⁶. Al lado de las descritas, existen otro tipo de garantías que entran a operar en caso de inexistencia o ineffectividad de las primeras y que tienen como finalidad la anulación, invalidación o condena de los actos violatorios de aquellas. A este grupo se asigna el nombre de garantías de tipo jurisdiccional, secundarias, instrumentales o procesales, en tanto, en este nivel es que se produce la anulación o restablecimiento de las situaciones que implicaron la violación de garantías primarias¹⁷⁷.

Ahora bien, vale la pena destacar que teóricamente existen dos posiciones extremas que han cobrado relevancia en lo relativo a justiciabilidad de los derechos fundamentales según el establecimiento de mecanismos efectivos o garantías para su protección. Para una corriente, la inexistencia de mecanismos legales para la satisfacción y justiciabilidad de los derechos fundamentales contenidos en las constituciones de los actuales estados pone en entredicho su carácter normativo y vinculante. En esta línea, los derechos no figurarían como normas jurídicas en sentido pleno, sino como una mera retórica jurídica que, o bien, carece de la estructura lógica de una norma de derecho o de un lenguaje imperativo¹⁷⁸. Arremete contra esta posición, el filósofo del derecho Luigi Ferrajoli al sostener que, por la naturaleza artificial y el carácter nomodinámico del derecho, es decir, debido a que las normas jurídicas nacen por un acto de producción y no por deducción de principios naturales, la existencia de una obligación, de un derecho o de una situación jurídica, depende exclusivamente de la norma positiva que así lo prevea¹⁷⁹, por tanto, el establecimiento de un derecho subjetivo puede no estar acompañado de la correlativa garantía de cumplimiento de justiciabilidad, sin que ello incida en manera alguna en el valor jurídico y vinculante de aquel, pues cada uno opera de manera independiente del otro¹⁸⁰.

¹⁷⁵ MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*, óp. cit., p. 313.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*, óp. cit., p. 44 y 63.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁷⁸ MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*, óp. cit., p. 295.

¹⁷⁹ LUIGI FERRAJOLI. *Derechos fundamentales y crítica del derecho*, En: ID. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara, 2004, p. 297.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 299.

En esta lógica, cuando la enunciación de un derecho es realizada en el marco de una constitución rígida, la ausencia de garantías para la satisfacción o exigibilidad del mismo no solo no desvirtúa su contenido jurídico, sino que ocasiona su vulneración. Esto quiere decir que, debido al carácter positivo que adquieren las normas constitucionales bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, respecto del discurso normativo del legislador, este no solo se encuentra limitado por los derechos fundamentales sino también directamente vinculado al establecimiento de garantías para la satisfacción de los mismos e incluso de aquellos de contenido social¹⁸¹. Por ende la inexistencia de estas garantías, si bien no demerita el carácter vinculante de los derechos sí produce su vulneración, en el sentido de configurar una omisión legislativa inconstitucional. Hechas estas precisiones, en lo que sigue, se analizarán las implicaciones que estos postulados conllevan para la actividad judicial.

2.3 La función judicial en el Estado Constitucional de Derecho: el poder de corrección jurídica

Ya se ha destacado que el modelo constitucional de Estado promueve la judicialización a través de la emergencia de un nuevo papel para el juez, más activo y dinámico, quien deja de ser un mero aplicador de la norma para convertirse en un creador del derecho para el caso concreto, con la posibilidad de creación de auténticas reglas jurídicas que, en algunos casos, son de obligatorio cumplimiento por parte de los operadores jurídicos, la administración y el legislativo¹⁸².

Así, la función jurisdiccional adquiere unas características singulares que vienen dadas por el contexto y el principio axiológico del Estado Constitucional de Derecho, según el cual todo ordenamiento constitucional está orientado a la garantía efectiva de los derechos e intereses de los individuos¹⁸³. Bajo esta lógica, el principal efecto funcional del principio de judicialización se encuentra en el establecimiento de un poder del Estado cuya finalidad sea garantizar los derechos legítimos de los ciudadanos a través de la corrección de la

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, óp. cit., p. 132- 139.

¹⁸² CAMACHO CELIS, Mireya y otros. *Escritos y debates contemporáneos sobre el derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2015, p. 94.

¹⁸³ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 227.

ilegitimidad del conjunto de relaciones, procesos, actos de ejecución y producción jurídica, en relación con los valores y principios constitucionales que informan todo el ordenamiento¹⁸⁴. Ello, sin duda alguna, implicará la superación de aquellas otras concepciones de la función judicial más formalistas o deductivas que, de cara al nuevo modelo de estado, se juzgan como insuficientes.

De ahí que, en el marco del Estado Constitucional de Derecho se aprecie al juez en una labor bidimensional. De un lado, como un consultor de las normas jurídicas llamadas a regular el caso. Y de otro lado, como un ser integrado a la sociedad, para quien el conocimiento de los hechos y el logro de la justicia material se toman como bastiones de su actividad. Esta visión es compartida por el profesor Gustavo Zagrebelsky, quien al referirse a la función judicial precisa:

“es una integración con sentido de casos y derecho donde la decisión judicial sería una actividad bipolar que pretende una solución jurídica para un acontecimiento conflictivo o caso, pero valorando e integrando no solo las exigencias regulativas del derecho, sino también el efecto social de la solución, lo que llevará a la formulación de un juicio ponderado y consentido entre caso y derecho”¹⁸⁵.

Con todo, so pena de no caracterizar de manera idónea la función judicial en estados constitucionales contemporáneos, se ha dicho que es solo la finalidad o el interés específico de la actividad jurisdiccional lo que la identifica y la diferencia de otras formas de decisión estructuralmente análogas¹⁸⁶. La actividad jurisdiccional se caracteriza por estar vinculada únicamente al interés del derecho, que no es otro que la garantía o, en otras palabras, la tutela de los derechos o intereses lesionados. Por ende, es la función jurisdiccional la que encarna de mejor manera *“la garantía de cierre del sistema mediante la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas en que otros poderes o los individuos puedan incurrir”¹⁸⁷.*

¹⁸⁴ Ibídem, p. 227.

¹⁸⁵ ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, justicia y derechos*, óp. cit., p. 131 y ss.

¹⁸⁶ Así por ejemplo la actividad legislativa, administrativa o negocial.

¹⁸⁷ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 228.

En consecuencia, si se define el Estado Constitucional de Derecho a partir de tres características específicas, la supremacía constitucional, el sometimiento a derecho de todos los poderes públicos y la orientación a la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, fuerza colegir que es la función jurisdiccional la encargada de verificar el cumplimiento de cada una de estas directrices. Según el profesor Pellegrino Rossi¹⁸⁸, junto a la primacía del texto fundamental y el sometimiento de los poderes públicos al derecho, “*la independencia de la magistratura y la efectiva funcionalidad de la jurisdicción*” son los factores claves del equilibrio institucional que caracteriza dicho modelo.

A modo de síntesis, y citando, una vez más, al profesor Peña Freire, la función jurisdiccional en el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza como aquella actividad a) ejercida por un poder real e independiente, real porque goza de capacidad para imponerse a los otros poderes del Estado cuando lo exijan los imperativos de garantía jurídica e independiente, en el sentido del sometimiento exclusivo a derecho del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional; y b) orientada a la garantía de derechos e intereses de los ciudadanos mediante: b.i) la corrección de los márgenes de desviación e ilegitimidad jurídicas y b.ii) la resolución de conflictos jurídicos al señalar los derechos e intereses que son legítimos y, por tanto, merecedores de tutela¹⁸⁹. De ahí que, el modelo de administración de justicia propio del Estado liberal de derecho, basado en procedimientos técnicos, mecánicos y silogísticos, y representados en una instancia servidora de la ley y garante de su aplicación llana se muestre incompatible con el sistema jurídico propio del constitucionalismo y que, por tanto, se viera como necesaria la superación de tal modelo de interpretación y aplicación del derecho.

Habría que mencionar que, a la par del poder de corrección jurídica del que goza la función jurisdiccional, se ubica otro componente transcendental de la garantía que se evidencia en la finalidad de solución normativa de los conflictos sobre derechos e intereses legítimos. La apertura y pluralidad constitucionales conllevan a que las dinámicas sociales se orienten de modo preferente hacia el poder judicial, lo cual, influye, a su vez, en las relaciones y los

¹⁸⁸ ROSSI, P. (Comp.). *Guidici e democrazia.*, citado en PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 228.

¹⁸⁹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 231.

canales de comunicación existentes entre la jurisdicción y la sociedad, considerando que aquella se encuentra funcionalizada a la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos¹⁹⁰. En efecto, corresponde a la función judicial impartir justicia material en cada caso sometido a su consideración.

Por último, resta por destacar que la legitimidad de la función judicial en el orden jurídico propio del Estado Constitucional de Derecho viene dada desde diferentes enfoques¹⁹¹. De un lado, se encuentra legitimada funcionalmente, al estar justificada tanto en los condicionamientos axiológicos como en la estructura normativa del sistema jurídico. Esto significa que, en la medida en que la función judicial se encuadra en la posibilidad de hacer efectivas las exigencias de garantía y tutela de los derechos está garantizando la comunicación y el equilibrio del sistema jurídico con el entorno, así como la coherencia interna de sus postulados, todo lo cual, reduce la posibilidad de crisis que afecten la estabilidad del sistema jurídico-político.

Junto a la justificación funcional, se encuentra la legitimidad constitucional de la función jurisdiccional, que está dada por el carácter vinculado de todo poder y la garantía de los derechos fundamentales como principios estructurales del Estado Constitucional de Derecho, que requieren de una función ordenada a su realización, representada en la jurisdicción. Así, la pretensión de garantía de los derechos fundamentales y de corrección de la producción jurídica en relación con los parámetros constitucionales constituye la esencia de su legitimidad constitucional.

En último lugar, la legitimidad es instrumental, pues solo un modelo de poder judicial que refleje el fin al cual se encuentra vinculado se torna legítimo, en otras palabras, la actuación del poder jurisdiccional solo será legítima mientras esté ordenada a la realización de las funciones y atribuciones que le atribuyen los textos constitucionales.

En resumen, de acuerdo a la naturaleza y sentido del Estado Constitucional de Derecho, la función jurisdiccional es un instrumento para la garantía de los derechos e intereses de

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 234.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 238 y 239.

los ciudadanos y, a la vez, un elemento de corrección jurídica de los desarrollos normativos que se juzgan como ilegítimos constitucionalmente, en cuyo caso, la independencia y el exclusivo sometimiento de los jueces a derecho constituye un requisito necesario para el funcionamiento y la efectividad de dicho cometido. No obstante, del exclusivo sometimiento a derecho de la actividad jurisdiccional no se puede deducir la inexistencia de algún tipo de control o de responsabilidad en el juez, cuando por ejemplo, su actuación no se someta al derecho o persiga fines distintos a los de la garantía.

Al respecto, el profesor español Antonio Manuel Peña Freire, ante la dificultad del problema y la insuficiencia de cualquier propuesta hasta ahora conocida, propone dos elementos claves a considerar en cualquier intento de controlar al poder judicial sin afectar, por ello la garantía jurisdiccional¹⁹². Comienza el autor por destacar que la principal salvaguarda frente al poder del juez es su absoluto sometimiento a derecho, esto es, a la totalidad de las normas válidas de un ordenamiento en un momento específico y que están llamadas a resolver un conflicto. Sin embargo, a juicio del jurista, dado el carácter dinámico de las relaciones sociales y conscientes de la existencia de diversos planos de normatividad en el ordenamiento con funciones y efectos particulares, la vinculación del juez con la norma válida no se da en el sentido de la aplicación silogística de todo cuanto prescribe. En este sentido, la función jurisdiccional como declaración e interpretación del derecho expresa un grado mayor de complejidad, que se traduce en la inserción de la norma en el ordenamiento y, a su vez, en las relaciones de este con el conjunto social. En palabras del autor, *“la norma está inmersa en un sistema jurídico donde cobra sentido, especialmente por relación a la constitución, a la que ejecuta y desarrolla y no por ser simple o llana expresión del poder político”*.

De modo que, resulta ser en cada una de las singulares interpretaciones y aplicaciones de la norma que realiza el juez donde se integra y define el sentido preciso de la misma en relación a los conflictos de derechos e intereses que se plantean en el plano social. Por otra parte, el sentido que habrá de imprimir el juez a la norma, que determinará su interpretación y la solución del caso, se encuentra vinculado a un único interés constitucional, cual es la mejor garantía de los derechos fundamentales de los individuos

¹⁹² Ibídem, p. 256 a 260.

y el logro de la efectividad de las normas constitucionales, al reducir la desviación existente entre estas y la realidad social¹⁹³.

A su turno, el segundo aspecto que limita la acción jurisdiccional es el control social de todos los actos y decisiones adoptadas en este ámbito¹⁹⁴. Esta afirmación se encuentra ligada a la legitimidad instrumental que encarnan los jueces, expresada en la atención de los fines constitucionales que justifican su acción, dicho en otros términos, solo la realización de los fines constitucionalmente asignados a la función jurisdiccional justifica y son móvil de su actuación. De ahí que, las decisiones judiciales sean siempre susceptibles de un análisis crítico desde la sociedad, pues esta se erige como la fuente última y el elemento común de los criterios de legitimación.

Así pues, habida cuenta de la relación directa entre la garantía proporcionada por el juez, el consenso social respecto de la jurisdicción y su legitimidad, solo una fuerte crítica social tiene la capacidad de deslegitimar la acción judicial. Todo lo cual, sin duda alguna, presupone un alto grado de conocimiento y acceso social a los procedimientos y resoluciones judiciales, así como, la desaparición de cualquier forma de sanción, censura o limitación por las críticas referidas a la actividad jurisdiccional¹⁹⁵.

2.4 Conclusiones preliminares

Los temas abordados en este aparte nos llevan indefectiblemente a afirmar que el tema relacionado con la manera cómo se debe interpretar las normas en el ámbito judicial está lejos de ser pacífico. Igualmente, se logra confirmar que este cuestionamiento remite a otros de mayor envergadura como por ejemplo, el concepto y contenido mismo del derecho o el modelo jurídico político del Estado. Sin perjuicio de esta constatación, que no resulta novedosa, el paso del tiempo ha permitido que el debate adquiera no solo un nivel de madurez valioso, sino que además, los funcionarios judiciales y los profesionales del derecho, entre otros, se apropien del mismo en su vida profesional. Aunado a lo anterior, se puede destacar que la discusión se ha cifrado en propuestas tentativas para construir

¹⁹³ *Ibíd*em, p. 258.

¹⁹⁴ *Ibíd*em, p. 260.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 601 – 602.

una actividad judicial razonable y, que, hoy por hoy, exprese la responsabilidad de los funcionarios judiciales en las sociedades democráticas.

Por otra parte, se puede afirmar que en el debate subsiste la controversia en relación con los elementos que califican a una decisión judicial como correcta. En primer lugar, se busca que la interpretación plasmada en los fallos se adecue al ordenamiento jurídico, lo cual se manifiesta en la obligación de fundamentar las decisiones en derecho. En segundo lugar, la interpretación desarrollada por el juez también debe corresponder, al menos en cierto punto, con los criterios de justicia y de moralidad que rigen en la sociedad donde aquel desarrolla su función. En otras palabras, subsiste en el debate teórico la controversia entre el principio de seguridad jurídica, expresado en la conformidad con el ordenamiento jurídico, y la solución real del caso concreto, es decir, el logro de la justicia material. De esta discordancia se alimenta en el ámbito nacional, las acciones constitucionales, en especial la acción de tutela, que a pesar de ser la innovación constitucional que mayor impacto ha tenido en el sistema jurídico, encuentra en su aplicación una pugna entre los principios procesales que regulan su trámite y que prevén cierto margen de previsibilidad y seguridad jurídica y aquellos otros que afirman la prevalencia de lo sustancial, en el sentido de la búsqueda constante de la justicia de cada caso.

Además, se destaca que la interpretación judicial, aun cuando pueda surgir de diversas posibilidades normativas siempre debe realizarse dentro de unos límites racionales, si esto se cumple, la corrección y aceptación social se podrán dar por establecidas. Asimismo, sin duda alguna, se puede afirmar que la búsqueda de decisiones más racionales es, entre otros, uno de los objetivos primordiales que persiguen los modelos contemporáneos del Estado, en los que encuadra el sistema colombiano, posicionando al juez como el principal artífice no solo de la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, sino de los presupuestos teóricos del Estado Constitucional de Derecho. Ello se cumple a través de varios mecanismos, entre ellos, el poder de corrección jurídica, la justificación de las decisiones judiciales por medio de la argumentación y el establecimiento de derechos fundamentales como las principales garantías del orden jurídico.

En lo que resta del trabajo se analizará la manera en que estas posturas teóricas y metodológicas pueden alimentar la discusión que a nivel interno se ha dado sobre la aplicación de la acción de tutela, en tanto su funcionamiento en la práctica se halla en la

superposición del acatamiento del orden jurídico y la justicia material que se persigue en cada caso, o lo que acá se ha calificado como el desequilibrio entre la finalidad que encaran las normas procesales y aquellas sustanciales. En otras palabras, se buscará trasladar al escenario nacional la discusión que sobre los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho se dio en este apartado.

3.El ámbito de interpretación normativa del juez de tutela

Retomando lo arriba expuesto, la acción de tutela encarna dos posiciones extremas en el ordenamiento jurídico colombiano. De un lado, es innegable que se trata del máspreciado mecanismo para la defensa de los derechos fundamentales y la aplicación directa de las normas constitucionales y que, sin duda, así ha sido asumido por la población colombiana, permanentemente sometida a la indolencia y negligencia del Estado en garantizar y proteger los derechos inherentes a la persona humana. De otro lado, también resulta indiscutible que el funcionamiento del mecanismo ha ocasionado un efecto caótico no solo para quienes ejercen funciones ejecutivas, para la sociedad en sí misma, sino también y, principalmente, para la administración de justicia.

Han sido numerosos los estudios que se han ocupado de analizar los efectos que el mecanismo de amparo ha conllevado para la justicia colombiana, tal como se analizó en el primer acápite de este documento. Las cifras dan cuenta de cómo los colombianos han incorporado dentro de sus relaciones con la administración y con los demás particulares, la acción de tutela, considerándola de esta manera, como la innovación más importante de la Constitución de 1991. En efecto, hasta 2012 se habían interpuesto 3.745.857 acciones de tutela en Colombia, esto es un promedio de 340.532 demandas por año, cifra que tiende a crecer de manera vertiginosa año tras año¹⁹⁶. Además, por sus características, la tutela ha adquirido un protagonismo que no es disputado por ninguna otra acción de las previstas constitucionalmente. Tal ha sido el impacto que, no solo es posible afirmar que los

¹⁹⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *La tutela y el Derecho a la salud 2012*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2013, p. 110, citado en: MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*, óp. cit., 2015, p. 379

conflictos se han judicializado sino que, además, sin asomo de duda, la justicia se ha tutelizado.

A lo anterior, se sigue que, el amplio uso del mecanismo generó una suerte de revolución jurídica, pues fue a través de la masiva utilización de la acción de tutela que paulatinamente se fueron constitucionalizando todos los espacios de la vida social y política del país. Fenómeno que trajo consigo dos consecuencias. La primera, que los distintos escenarios sociales, económicos y políticos debían adaptarse a los principios y derechos contemplados en la constitución. Y segundo, que los jueces, de quienes se demanda la intervención a través de la tutela, adquirieron un papel central en el ordenamiento de la convivencia social y política¹⁹⁷.

Empero, si bien mayoritariamente se ha optado por considerar que el masivo reclamo de protección a través de la tutela se traduce en la eficacia de las garantías constitucionales, tal conclusión debe ser analizada con cautela, en aras de evitar hacer decir a las cifras más de lo que de su simple constatación se derive. En este sentido, de las desbordantes cifras de utilización del mecanismo de amparo en Colombia no se podría desligar la eficacia ni la efectividad de la acción constitucional, mucho menos su completa ineptitud en el ordenamiento. Ninguno de las dos conclusiones parece viable jurídica, política o socialmente. Tal disertación tampoco puede conducirnos a la negación del estado actual de la figura, que se ha distanciado en alguna medida de lo que, en un principio, concibió el Constituyente de 1991.

Así las cosas, de lo que se ha ocupado este trabajo en líneas precedentes es de poner manifiesto una de las situaciones controversiales que se presentan de manera rutinaria en el conocimiento y decisión de las acciones de tutela. Sin el ánimo de ser exhaustivos y plenamente conscientes de las limitaciones que puede tener un estudio a nivel global, se ha tratado de tomar las principales fuentes doctrinarias que permiten dar cuenta de dicha problemática. En efecto, en un primer momento se llegó a la conclusión que, actualmente, cumplido el vigésimo quinto aniversario de la Constitución de 1991, una de las principales fortalezas de la norma constitucional ha adquirido ciertos matices que permiten cuestionar

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 379.

seriamente su regulación. Se trata de la dicotomía o la brecha que existe entre las normas sustantivas que atañen a la acción constitucional y su regulación procedimental.

En este sentido, vale la pena precisar qué entiende este trabajo por formalismo procedimental y sustancialismo en el marco de la acción de tutela, pues permanentemente se ha puesto a converger estos conceptos. Para los efectos del estudio y exclusivamente en el contexto en el que acá se está utilizando, se entiende como formalismo la inflexibilidad del proceso por cuyo medio se tramita la acción de tutela, regido por plazos breves e inmodificables, en otros términos, el establecimiento de un modelo de justicia excesivamente sumario que linda con la inmutabilidad; por su parte, el andamiaje sustancial de la acción se traduce en su pretensión proteccionista y garantista de los derechos fundamentales, que no solo busca la justicia material de cada caso, sino la eficacia en sí misma del instrumento. Ello en un contexto en el que el juez de tutela en cada asunto se ve abocado a adoptar una decisión que no solo consulte la norma jurídica y su justicia sino que abarque integralmente la problemática planteada y provea una solución efectiva y adecuada para proteger derechos fundamentales.

Hechas las anteriores constataciones, la lógica lleva a cuestionarse sobre la propiedad de las normas en la materia y sus efectos en el plano judicial y social, es decir, la necesidad de introducir reformas para armonizar el diseño procedimental de la acción de amparo y su finalidad. Además de lo anterior, también es dable cuestionarse sobre los caminos a seguir en aras de brindar alguna salida jurídica al panorama. Y es precisamente, en este punto en el que la función del juez cobra especial relevancia para el abordaje que pretende este estudio, en especial el rol que ese actor cumple en el Estado Constitucional de Derecho. Lo dicho, en razón a que inicialmente se propuso, no solo indagar por los efectos que en el ámbito de la interpretación judicial tenía el condicionamiento antes descrito, sino también, intentar realizar alguna propuesta metodológica que implicara enfocar la atención en la interpretación del juez, a quien, corresponde a través de su trabajo y de las facultades y poderes que ostenta, mediar en la relación procedimiento y sustancia en la acción de tutela.

Adicionalmente, la discusión se alimenta de la importancia de la interpretación judicial y el papel protagónico del juez no solo en el marco de la acción de amparo sino en toda la estructura funcional del Estado Constitucional de Derecho. Dicho protagonismo, a su vez,

se deriva, a nivel macro, de la función interpretativa de las normas constitucionales por su propia naturaleza valorativas y el papel activo que asume el funcionario judicial en defensa del orden justo y, por esta vía, en su proyección hacia la sociedad; y a nivel micro, en la potestad que tiene de dar órdenes precisas de obligatorio cumplimiento para proteger los derechos fundamentales, el impulso oficioso del proceso y la obligación de averiguar los hechos determinantes y los derechos que puedan resultar afectados en cada caso concreto.

En este sentido, se puede advertir de manera preliminar que la interpretación en el ámbito judicial juega un papel esencial en la eficacia de las decisiones que se adoptan a través del ejercicio de la acción de tutela, principalmente en aquellos ordenamientos que mediante la prevalencia de un orden constitucional supremo, adoptaron la fórmula del Estado Constitucional de Derecho. Lo cual explica por qué este estudio se ocupó de consultar las implicaciones que para la función judicial conlleva la adopción de esta fórmula estatal, considerando que es precisamente esta caracterización la que permitiría proponer algunas técnicas de composición para el problema que desde un inicio se pretendió auscultar.

Lo anterior, considerando además que con la Constitución de 1991 devino un cambio en el modelo de interpretación judicial que buscaba, entre otras cosas, que la función de interpretación y aplicación del derecho estuviera acorde con los lineamientos constitucionales, entendidos como normas superiores. A la conclusión que se llegó es que, bajo el modelo descrito, corresponde al fallador encaminar su función hacia la búsqueda de la justicia, la satisfacción de las necesidades del ciudadano perteneciente al grupo social y la garantía de los derechos fundamentales como principio axiológico del Estado. De ahí que, el juez ya no se vea relegado a la aplicación llana de la ley, cuando con ello no se logra la justicia pretendida en el caso concreto; por el contrario, el régimen constitucional exige de un juez libre e independiente, la adopción de decisiones guiadas por la argumentación y el respeto del orden jurídico bajo el cual ejerce su labor.

Dicho esto, a continuación nos ocuparemos de dos componentes esenciales que constituyen el desenlace del trabajo propuesto. El primero, encaminado a evidenciar el desequilibrio que existe en la tutela a partir del análisis de decisiones de la Corte Constitucional, en sede de revisión, en correlación con los fallos adoptados por los jueces

constitucionales de primeras instancias. El segundo, centrado en la búsqueda de elementos de corte hermenéutico y procesal que redunden en la mayor eficacia y efectividad del mecanismo de tutela.

3.1 La disfuncionalidad de la acción de tutela: entre la Corte Constitucional y las primeras instancias

Para explicar la brecha que existe en la función judicial en su faceta de justicia constitucional se debe recordar que la acción de tutela en Colombia es producto de un proceso de refinamiento conceptual e histórico que se vio plasmado en los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. En el seno de este concilio nacional se consideró, con acierto, que la consagración de derechos para los ciudadanos en conjunto con el establecimiento de mecanismos de defensa judicial efectivos para su protección resultaría esencial para la implementación y eficacia del, para ese entonces, nuevo orden constitucional.

En este marco se estableció la acción de tutela como una acción sumaria y subsidiaria¹⁹⁸, en virtud de la cual se pretende la intervención judicial para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en precisos eventos. Así, la tutela se presenta como una acción abreviada y preferente, en el sentido que su proceso es tramitado de la forma más rápida posible, pues el juez está obligado a decidir el asunto en primera instancia, en un término perentorio de diez días desde su interposición¹⁹⁹.

El propósito del Constituyente de 1991 fue garantizar la pronta resolución de las situaciones demandadas por esta vía, pues de esta manera, se lograría brindar una protección oportuna y, dado el caso, evitar que la consumación del posible daño se presentara antes del otorgamiento del amparo, tal como podía suceder en aquellos

¹⁹⁸ CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Derecho procesal de la acción de tutela*, óp. cit., p. 42. La Corte Constitucional también ha identificado esta característica con la inmediatez: “*la tutela está caracterizada por su inmediatez, puesto que es un mecanismo que opera de manera urgente, rápida y eficaz para proteger el derecho fundamental que ha sido violentado o que se encuentra amenazado*”. Corte Constitucional, Sentencia T-279 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹⁹ Inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política.

procesos judiciales en los que la decisión era proferida luego de un desgastante y prolongado procedimiento²⁰⁰. Lo anterior, siendo coherente con el especial objeto que se pretendía proteger con dicha acción, que no era otro que la defensa de los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional. Así, tratándose de esos derechos de suprema relevancia en el ordenamiento jurídico y en orden a que el ciudadano pudiera desarrollarse en un ambiente construido bajo la existencia de unas condiciones mínimas, en el marco del estado constitucional, la respuesta del juez de tutela frente a las demandas por vulneración, agresión o amenaza de tales garantías debía ser lo más ágil posible.

Consecuentemente, tener un derecho o ser titular del mismo, bajo la égida de la Constitución de 1991, no significaba disfrutar de una mera expectativa o de una aspiración con rango constitucional, así como tampoco implicaba que se fuera beneficiario de una declaración de ideas o buenos propósitos. Todo lo contrario, tener un derecho conllevaba tener un poder, no solo en la medida en que cada derecho constituía un límite sustancial que debía ser respetado por toda autoridad, aun obrando en su órbita de competencia²⁰¹, sino que además, suponía el poder de accionar de manera directa el aparato judicial en defensa de esos derechos, que encarnaban el contenido material de la constitución.

No obstante, con lo hasta acá expuesto ya comienza a surgir un primer cuestionamiento relativo al tipo de respuesta que puede brindar el juez constitucional frente a ese magno propósito, pues, en unos escasos días, debe no solo recaudar todo el material probatorio que le permita conocer el acontecer fáctico que subyace a la solicitud de protección; interpretar las normas constitucionales, por su naturaleza abiertas; analizar la conformidad de las disposiciones de menor rango con la carta superior, para eventualmente ordenar su inaplicación en el caso concreto; sino también, impartir justicia en el asunto bajo examen, imponiendo un remedio eficaz para la situación vulneradora o amenazante de los derechos fundamentales, previa su constatación. Así pues, se tiene que debido al especial objeto protegido por la acción de tutela, se requiere de un trámite ágil y sin mayores formalidades que derive en una respuesta pronta para la situación, sin embargo, el procedimiento que

²⁰⁰ LASPRILA VILLALOBOS, Carlos José y SANCLEMENTE MACHADO, Daniela. *El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 67.

²⁰¹ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis Editores, 2007, p. 357.

se fijó para alcanzar tal finalidad está marcado por la amplitud y, a la vez, estrechez de las potestades y los poderes del juez de tutela en un trámite sumamente abreviado.

Es cierto que la figura pretende proteger de manera eficaz los derechos fundamentales, pues el juez no se encuentra restringido en cuanto a la decisión que debe tomar como sí ocurre en otros tipos de procesos judiciales, ello se traduce en la libertad de adoptar las medidas que considere más adecuadas para cada caso concreto²⁰². Empero, qué debe hacer el juez cuando su función se ve limitada por la obligación perentoria de adoptar una decisión de fondo en un tiempo en el que, o no ha recaudado el material probatorio que le permita conocer el fundamento fáctico de la acción judicial o la definición del asunto implica un ejercicio de interpretación de las normas que escapa dicho interregno.

Con todo, es en este aspecto en el que se debe hacer claridad sobre los riesgos de tratar como sinónimos, la eficacia o efectividad de un mecanismo de protección y la agilidad en su trámite o la prontitud de su definición. En efecto, en párrafos precedentes se destacó que, la excesiva sumariedad de las justicias, en vez de aumentar la protección efectiva de los derechos, se traduce en la emisión de fallos judiciales sin el adecuado fundamento probatorio y jurídico, en la escasa valoración de las pruebas y en una anacrónica interpretación normativa, en síntesis, en la mengua de la calidad de las respuestas que brinda el aparato judicial a las controversias que se le plantean.

No se puede pasar por alto que la finalidad de la arquitectura institucional bajo el modelo constitucional del Estado en Colombia es el cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La Constitución de 1991, partícipe de ese modelo, se caracteriza por una extensa carta enunciativa de derechos correlativos al contenido material de obligaciones a cargo del Estado y el establecimiento de garantías judiciales que realzan la fuerza normativa del texto. Sin embargo, el incumplimiento del Estado respecto de los compromisos adquiridos para hacer efectiva la constitución, ha llevado a los ciudadanos a procurar la vigencia de la carta para casos específicos, a través del mecanismo constitucional para la protección de derechos fundamentales, es decir, la

²⁰² LASPRILA VILLALOBOS, Carlos José y SANCLEMENTE MACHADO, Daniela. *El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho*, óp. cit., p. 70.

acción de tutela. De esta manera, el instrumento se ha convertido en un elemento estructural del Estado Constitucional de Derecho, pues encarnó una vía institucional para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, a través de la intervención del juez de tutela²⁰³.

Esto en cuanto a la acción de tutela como recurso demandable ante cualquier juez de la República. Ahora bien, el escenario en el que la Corte Constitucional decide los asuntos por vía de acción de tutela es diferente. A pesar del gran cúmulo de trabajo, para la definición de un caso cuenta con el tiempo prudente²⁰⁴, no solo a efecto de cumplir su importante labor, sino para hacer eficaz el mecanismo. Amplia es la comprobación de que la trascendencia de los fallos de tutela ha sido producto, en buena medida, del trámite de revisión eventual que de los mismos realiza la Corte Constitucional²⁰⁵. Si bien, se deben guardar las proporciones entre la función que desempeña el Tribunal Constitucional y aquella que cumplen los jueces jerárquicamente inferiores, no debe descuidarse que tanto unos como otros ejercen sus funciones como jueces constitucionales y, como tales, deben propender por la vigencia del orden constitucional, la garantía de los derechos fundamentales y la efectividad de los mecanismos judiciales para su protección.

Es importante recordar que la norma superior establece que todo fallo de tutela, una vez agotada la primera instancia o la segunda, en caso de ser impugnado, debe ser remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión²⁰⁶, cuya adopción, pasa por un procedimiento de selección totalmente discrecional y autónomo por parte del organismo. Asimismo, en diferentes pronunciamientos el Tribunal Constitucional ha explicado el alcance de la revisión eventual y su finalidad²⁰⁷, en el sentido de dilucidar que se trata de un examen constitucional que recae sobre las providencias judiciales que han resuelto

²⁰³ LASPRILA VILLALOBOS, Carlos José y SANCLEMENTE MACHADO, Daniela. *El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho*, óp. cit., p. 53.

²⁰⁴ El procedimiento y los términos para surtir el trámite de revisión están contemplados en los artículos 56 y siguientes del Acuerdo 02 de 2015, por el cual se unifica y actualiza el Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

²⁰⁵ CORREA HENAO, Magdalena. Los efectos de la acción de tutela (o de los primeros albores del Estado constitucional en Colombia). *Revista Derecho del Estado*, núm. 3, diciembre de 1997, p. 63 – 95.

²⁰⁶ Inciso 2º del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 y 33 del Decreto 2591 de 1991.

²⁰⁷ Entre otros, Corte Constitucional, Sentencia C-1716 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-424 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell; Auto 027 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Auto 034 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Auto 399 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

controversias en materia de amparo, realizado por la Corte Constitucional en ejercicio de las funciones que tiene a su cargo de guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política²⁰⁸. En tal orden, corresponde al Tribunal Constitucional verificar la conformidad de dichas determinaciones con los principios y fundamentos de la constitución, con el único objetivo de unificar la jurisprudencia y trazar pautas doctrinales que permitan la resolución de casos futuros con arreglo a los mandatos superiores²⁰⁹.

Bajo esta lógica, la principal finalidad de la revisión constitucional no se encuentra en el escrutinio de los casos concretos que ya han sido estudiados y fallados por los jueces de tutela, sino en fijar el alcance y contenido sistemático de las normas fundamentales relativas a los derechos, a través de la formulación de directrices de interpretación y aplicación que sirvan para ilustrar sucesivas decisiones judiciales²¹⁰. Ello no obsta para que, de manera excepcional, si la Corte Constitucional advierte que el caso seleccionado ha sido resuelto en contravía de la constitución, asuma el papel del juez de tutela en concreto y corrija la providencia adoptada para que resulte ajustada a la norma superior. Con todo, se debe decir que la revisión ante el máximo tribunal no se estableció como una instancia adicional a las ya surtidas, ni mucho menos constituye una etapa procesal forzosa que se predique de todas las controversias de tutela, por el contrario lo que pretende este trámite *sui generis* es hacer posible la labor de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional por parte de la corporación que encabeza esa jurisdicción.

Empero, llama la atención que en un gran número de casos la Corte Constitucional, en vez de realizar un estudio como el que en líneas precedentes se expuso, ha desempeñado una labor como tercera instancia judicial. En efecto, un amplio grupo de decisiones seleccionadas para revisión, incluso más de las que podrían ser previsibles, han sido corregidas por el tribunal tras constatar que, además de los errores en la interpretación normativa en que incurrió el juez, se presenta un escaso conocimiento probatorio del

²⁰⁸ El numeral 9º del artículo 241 de la Constitución Política establece la revisión por parte de la Corte Constitucional de todos los fallos de tutela, cuya reglamentación se halla en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

²⁰⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1716 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz

²¹⁰ *Ibíd.*

asunto que desembocó en una decisión equivocada, ya sea por su incoherencia con el orden jurídico constitucional o por no resolver de manera eficaz la controversia.

Para evidenciar con mayor precisión el fenómeno del que se viene haciendo referencia, en seguida se hará una breve enunciación de cinco casos resueltos por la Corte Constitucional, en los que el tribunal consideró indispensable decretar pruebas a fin de reunir los elementos de juicio necesarios para proferir el fallo definitivo y que, en todo caso, fueron tenidos en cuenta para el análisis jurídico del caso, es decir, la actividad probatoria que realizó la corporación resultó fundamental para adoptar una decisión de fondo, esto, independientemente de la complejidad o claridad del tema que se debatía. La otra cara de este fenómeno fue justamente la insuficiencia del tiempo para cumplir con dicha labor en el trámite de instancia, ocasionando una autolimitación por parte del juez.

Además, comparten los casos objeto de análisis, el que el trascurso del tiempo entre las decisiones de los juzgados de primera y segunda instancia y el pronunciamiento de la Corte Constitucional, oscilante entre 6 meses y hasta 14 meses, tuviera un impacto importante en la constatación de la situación de vulneración, el recaudo probatorio, el análisis del conflicto y la definición del asunto, incluso en uno de ellos la entidad suspendió el término de la revisión a efecto de que las pruebas que solicitó fueran practicadas y valoradas. Finalmente, en los casos seleccionados solamente se consiguió una solución efectiva al conflicto que generó la solicitud de protección, luego de la intervención de la Corte Constitucional.

Debe aclararse que si bien en estas decisiones, la corporación precisó, como es su costumbre, el contenido y alcance de los derechos fundamentales en disputa, ello derivó de un trabajo de reconstrucción de línea jurisprudencial más no de un cambio en la posición argumental que fuera esencial para decidir el asunto. De ahí que la discordancia entre la decisión de los jueces constitucionales de instancia y el Tribunal Constitucional no se pueda imputar a esta especial circunstancia.

Para los fines que persigue este trabajo basta enunciar los hechos jurídicamente relevantes de cada asunto, la decisión que se adoptó en la primera y segunda instancia, en caso de existir, la actuación de la Corte Constitucional y el fallo que finalmente adoptó.

Recuérdese que éstos solamente constituyen una reducida muestra del conjunto de decisiones cuya finalidad acá es ejemplificar el objeto de estudio.

3.1.1 Sentencia T-307 de 2006²¹¹

Esta es una acción de tutela interpuesta por una ciudadana a nombre de su hijo contra Coomeva E.P.S., quien alegó que su descendiente, de siete años, nació con un ‘defecto’ en las orejas que había ocasionado que fuera objeto de diferentes burlas en el ámbito escolar, lo cual desencadenó, a la vez, una conducta agresiva y depresiva en él. En razón de lo anterior, luego de una valoración médica se ordenó la realización de una intervención quirúrgica para reducir el tamaño del órgano auricular y plegarlo hacia la cabeza, debido al impacto psicológico que había provocado la malformación al menor de edad. Dicho procedimiento fue negado por la institución bajo el criterio que era un servicio estético.

Con fundamento en la declaración de la accionante y otras pruebas documentales, tales como sus comprobantes de pago de nómina, de pago de servicios públicos e impuesto predial, junto con el dictamen de psiquiatría forense realizado al niño, el juzgado de primera instancia resolvió el 7 de septiembre de 2005 no tutelar los derechos fundamentales pues, en sus términos, *“no se trata de una operación funcional necesaria pues no existe compromiso sobre la función del órgano del niño”*.

En auto de 14 de febrero de 2006, la Corte Constitucional, luego de seleccionar el asunto para revisión, requirió información a la Sociedad Colombiana de Pediatría, al Departamento de Cirugía y la Facultad de Ciencias Humanas y Servicio de Atención Psicológica de la Universidad Nacional; a la Asociación Colombiana de Psiquiatría, al Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes y a la Facultad de Psicología de la misma institución; sobre el tipo de malformación que sufría el niño y el grado en que esta condición podía afectar su autoestima o provocarle un serio deterioro en su calidad de vida o en su salud psíquica, emocional y social.

²¹¹ Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Tras haber recaudado y valorado las pruebas requeridas y de reflexionar sobre el derecho a la salud como un concepto integral que abarca tanto aspectos físicos como psíquicos, emocionales y sociales, el Tribunal Constitucional decidió el 19 de abril de 2006, revocar la decisión de instancia y ordenar a la E.P.S. demandada que autorizara la realización del procedimiento quirúrgico de *'otoplastia bilateral'*, el cual consideró indispensable para restablecer la salud integral del infante. Ello tras considerar que el menor de edad se encontraba afectado y que no había recibido el adecuado apoyo psicológico a fin de afrontar la hostilidad del medio en que se desenvolvía sin afectar su autoestima y la seguridad en sí mismo, de ahí que la intervención quirúrgica, a juicio de la corporación, se encaminara a restablecer la salud integral del niño que se había visto afectada en sus aspectos psíquico, emocional y social.

3.1.2 Sentencia T-546 de 2009²¹²

Acción de tutela presentada por una ciudadana contra las Empresas Públicas de Neiva. Conoció en primera instancia un juzgado civil municipal de Neiva y en segunda instancia un despacho de jerarquía de circuito de la misma ciudad. Fue seleccionado para revisión, mediante auto de 14 de mayo de 2009 y el 6 de agosto del mismo año se emitió fallo por la Corte Constitucional. La ciudadana presentó la demanda de tutela pues debido a su precaria situación económica tuvo que realizar varios convenios de pago con la empresa accionada con el fin de cubrir una deuda monetaria derivada de la prestación del servicio público de agua. No obstante, según refirió, la facturación sucesiva nunca incluyó el convenio, por lo que no pudo cubrir su valor, ocasionando que reiteradamente se le suspendiera el servicio en el inmueble donde residía con su esposo y dos hijos menores de edad.

Luego de surtido el traslado y que la entidad accionada planteara que la ciudadana nunca cumplió con los acuerdos de pago, por lo que, en cumplimiento del régimen de servicios públicos domiciliarios contenido en la Ley 142 de 1994, debía suspenderse el suministro del servicio, el despacho judicial en decisión de 5 de febrero de 2009 denegó el amparo solicitado, bajo el argumento que no se evidenciaba vulneración a derechos fundamentales, pues la facturación del servicio de agua correspondía a su elevado

²¹² Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

consumo. Previo a la emisión del fallo también se citó a declaración a la accionante. En segunda instancia se confirmó la decisión, añadiendo que el estado de pobreza no habilitaba a la peticionaria para malgastar el servicio vital, así como tampoco la exoneraba del pago que se generara por su provisión.

La Corte Constitucional decretó la práctica de diversas pruebas, entre ellas, ofició a la Empresa de Servicios Públicos de Neiva, con miras a que absolviera un cuestionario sobre las condiciones de prestación del servicio de agua en el inmueble que habitaba la accionada y los diferentes acuerdos de pago que se realizaron, además, se le indagó sobre los criterios para suscribir estas negociaciones con los usuarios morosos. Además, se comisionó al juzgado que conoció la tutela en primera instancia para que realizara una inspección del lugar donde residía la peticionaria, con el fin de verificar las condiciones sanitarias del inmueble, cuántas personas habitaban en él, cuáles eran sus ingresos y cómo era su estado de salud.

Finalmente, tras reiterar la fundamentabilidad del derecho al agua potable cuando se utiliza para el consumo humano y el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios públicos de personas especialmente protegidas, consideró que en este caso debía ordenarse a la demandada que garantizara a la accionante y su núcleo familiar, integrado por sujetos de especial protección, el goce efectivo de una cantidad mínima de agua potable que les permitiera vivir su vida digna y sanamente. Empero, tras advertir que el inmueble donde residía la ciudadana contaba para la fecha de la decisión con el servicio requerido en virtud de una reconexión ilegal, decidió confirmar la negativa al amparo pero bajo la consideración de que al haber preferido la accionante proteger sus derechos fundamentales por medios ilícitos, descartó la procedencia del amparo por las vías legales.

3.1.3 Sentencia T-617 de 2010²¹³

El Gobernador y representante de un Cabildo Indígena presentó acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura en defensa de los derechos de su comunidad y de un integrante de ella, al que se inculpó como presunto autor de abuso sexual de una menor

²¹³ Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

de edad, también perteneciente al grupo, por hechos acaecidos en agosto de 2007 en la jurisdicción territorial de su resguardo. A raíz de ello, las autoridades nacionales, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, abrieron investigación penal por el delito de acceso carnal violento. En el curso de la investigación, el Gobernador del resguardo solicitó la remisión del caso a las autoridades tradicionales de la comunidad. El 19 de noviembre de 2008, el juzgado penal del circuito que conoció del asunto planteó conflicto positivo de competencia con la jurisdicción especial indígena ante el Consejo Superior de la Judicatura. El 4 de febrero de 2009 se dirimió el conflicto a favor de la justicia ordinaria, bajo el argumento de que no se cumplían con los elementos estructurales del fuero indígena, por ausencia del elemento objetivo al ser la víctima menor de edad, sujeto de especial protección.

La corporación que conoció de la petición en primera instancia en fallo de 5 de junio de 2009, luego de escuchar al presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, negó el amparo al considerar que la entidad demandada no incurrió en ningún error al proferir la sentencia por la que dirimió el conflicto entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional. En segundo grado, se revocó la decisión, para en su lugar, declarar la improcedencia integral de la acción.

En sede de revisión, la Corte Constitucional en autos de 9 de febrero, 7 de abril y 31 de mayo de 2010, decidió decretar varias pruebas en orden a establecer el estado del proceso penal que se adelantó ante la justicia ordinaria y las posiciones de las personas involucradas en dicho trámite. De igual manera, ofició al Instituto Colombiano de Antropología e Historia y al Gobernador del Cabildo Indígena, con el fin de obtener información sobre la comunidad indígena que representa el peticionario, su conformación, ubicación, cosmovisión, usos y costumbres, forma de gobierno, sistema normativo y grado de interacción con la cultura mayoritaria y las normas de carácter nacional, entre otros. También intervino la representante de la menor de edad agredida sexualmente.

Surtido el trámite de revisión, en decisión de 5 de agosto de 2010, con fundamento en la doctrina constitucional sobre el interés superior del menor, la diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas y los elementos determinantes de la competencia de la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena, la Corte estudió los presupuestos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, en el caso

concreto. Tras haber constatado su cumplimiento, realizó un examen de fondo sobre la sentencia controvertida, a partir del cual arribó a la conclusión que se encuentran acreditados los elementos personal -pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena-, territorial -cuando los hechos investigados ocurrieron en el ámbito territorial de un resguardo indígena-, objetivo -la ubicación cultural del interés que fue ofendido y/o a la identidad étnica de la víctima-, institucional -la existencia de instituciones, usos y costumbres y procedimientos tradicionales en la comunidad-, para definir la competencia en la jurisdicción especial indígena, por lo que ordenó la remisión del expediente y todas las pruebas obrantes en él a las autoridades tradicionales.

3.1.4 Sentencia T-918 de 2012²¹⁴

Acción de tutela presentada por una mujer contra la E.P.S. a la cual se encontraba afiliada debido a la negativa de esta entidad de practicarle la cirugía de reasignación de sexo ordenada por su médico tratante y el suministro de los servicios médicos necesarios para el proceso de transición de sexo. Fundamentó la solicitud en que nació el 3 de diciembre de 1968 con asignación de sexo masculino, sin embargo más adelante presentó un trastorno en su identidad de género que conllevó a los médicos tratantes a ordenar la realización de una cirugía de reasignación de sexo, la que no fue autorizada por la E.P.S. pues no existía un riesgo inminente para la vida o la salud de la paciente.

El despacho judicial que conoció la solicitud en primera instancia, luego de escuchar a la entidad demandada y al Ministerio de Salud, en decisión de 4 de mayo de 2012, negó el amparo debido a que la accionante no acreditó la falta de capacidad de pago para cubrir el costo del procedimiento quirúrgico ni demostró la amenaza que existe para su vida e integridad la no práctica de la cirugía. Bajo idénticos argumentos el juzgado que conoció en segunda instancia confirmó la determinación mediante providencia de 12 de julio del mismo año.

²¹⁴ Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Una vez fue seleccionado el caso para revisión, en auto de 9 de octubre de 2012 la Corte Constitucional ordenó el decreto oficioso de algunas pruebas con el fin de obtener elementos de juicio adicionales sobre la necesidad que en ese asunto revestía la práctica de las cirugías para que la apariencia de la accionante sea la de una mujer y la existencia de otros procedimientos alternativos con los que se pueda llegar al mismo resultado sin necesidad de recurrir a intervenciones quirúrgicas. Además, se dispuso que la peticionaria fuera valorada nuevamente por las especialidades de psiquiatría y endocrinología ginecológica del Hospital de San José, a quienes ofició para los precitados fines. Puso en conocimiento la demanda a la Registraduría Nacional del Estado Civil. También se pronunció el Departamento de Cirugía Plástica y el especialista en otorrinolaringología de la institución hospitalaria.

El Tribunal Constitucional en decisión de 8 de noviembre de 2012 reiteró las consideraciones jurisprudenciales sobre el derecho a la identidad sexual y su relación con el derecho a la salud de las personas ‘*trans*’ y la modificación del estado civil de las personas por el cambio de sexo. Coligió que desde la primigenia solicitud la entidad accionada debió acceder y garantizar la prestación de los servicios quirúrgicos requeridos, considerando que la ciudadana manifestó su incapacidad económica y que desde tiempo atrás recibía un tratamiento específico para lograr la adecuación de su sexo biológico y su identidad de género, en aras de garantizar el éxito en la transición de género. En relación con los otros procedimientos para lograr la feminización de su imagen y voz, dispuso que sea valorada por el personal médico de la entidad y, consecuentemente, le sean suministrados los tratamientos clínicos idóneos para atender sus condiciones médicas. De igual manera, ordenó la emisión de un nuevo registro civil en el que conste su sexo como femenino, pues solo así podría alcanzar el equilibrio y armonía entre su cuerpo y su identidad.

3.1.5 Sentencia T-781 de 2013²¹⁵

Acción de tutela presentada por un ciudadano contra Coomeva E.P.S., quien adujo tener 47 años de edad y haber sido diagnosticado con “*espondiloartritis, fibromialgia, cervicodorsulumbargia, (...) dolor músculo esquelético generalizado con predominio en*

²¹⁵ Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

columna cervicodorsolumbar de varios meses de evolución más dolor poliarticular sin tumefacción y sueño no reparador, siendo esta enfermedad permanente". En razón de lo anterior, el médico reumatólogo que lo trató ordenó tratamiento farmacológico con 'pregrabalina', que no fue suministrado por la negativa del Comité Técnico Científico de la E.P.S.

Mediante fallo de 29 de enero de 2013, se negó el amparo, debido a que no se colmaban los requisitos exigidos jurisprudencialmente para autorizar la entrega de medicamentos que no hacían parte del plan obligatorio de salud, habida cuenta que no se demostró la incapacidad del actor para sufragar por sí mismo el tratamiento. La decisión no fue impugnada.

En sede de revisión se ordenó (auto de 23 de agosto de 2013) librar oficios al peticionario para que indicara cómo estaba conformado su núcleo familiar y con quién residía, cuántas personas tenía a su cargo, cuáles eran los ingresos y egresos totales de su grupo familiar, si poseía bienes muebles e inmuebles, cuál era su estado de salud y si estaba recibiendo algún tratamiento por cuenta de Coomeva E.P.S. Paralelamente, se requirió al médico tratante para que informara el estado de salud del actor y las condiciones en que se encontraba para la época de la decisión, cómo se afectaría el tratamiento del demandante con la interrupción en el suministro del medicamento y si este podía ser sustituido por otro de similares características e idoneidad, que se encontrara incluido en el plan de beneficios, además de las consecuencias que podría acarrear su sustitución; y a la E.P.S. accionada para que allegara el historial clínico del paciente.

El tribunal constitucional analizó el caso, a la luz de la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la salud, especialmente en aquellos casos en que se demanda el suministro de fármacos excluidos del plan obligatorio de salud por quien está en incapacidad de asumir directamente el costo de los mismos y concluyó, en decisión de 8 de noviembre de 2013, que se estructuraban los criterios para ordenar la entrega del medicamento solicitado así como el tratamiento integral que llegare a requerir, en especial aquel que no pueda ser costeadado por él.

3.1.6 Estudio de casos

Este muestreo da cuenta que no en pocas ocasiones la Corte Constitucional tiene que hacer uso de sus facultades para ordenar y recolectar pruebas en sede de revisión, con el fin de aclarar aspectos fácticos que debieron ser dilucidados en las primeras instancias, pero que, por alguna razón, como por ejemplo, el establecimiento de una justicia excesivamente sumaria, no pudieron cumplirse, lo que, encuentra correlación con la autolimitación que las condiciones de agilidad de la tutela imponen a los jueces para cumplir con su labor. Además, traer a colación dichos casos permite advertir los riesgos que para los ciudadanos implica la excesiva perentoriedad de la justicia constitucional en las instancias, pues corre el riesgo de que la definición del asunto solamente se dé muchos meses después, si es que eventualmente el caso es seleccionado para revisión por el Tribunal Constitucional.

Tal panorama ha ocasionado, por lo menos tres efectos. De un lado, que la Corte Constitucional concentre su labor en la corrección de la labor de interpretación y aplicación del derecho llevada a cabo por los jueces de tutela de instancias. De otro lado, el re-direccionamiento de las finalidades de la función de revisión del tribunal, para asumir las funciones de tercera instancia. Y por último y, tal vez de mayor importancia, posibilita que en la mayoría de los asuntos la justicia material de cada caso solamente sea impartida en el trámite eventual de revisión, cuando ello debió haber acaecido con la decisión de primer grado o, en su defecto, de segundo grado.

Lo anterior, en manera alguna implica desconocer el papel inigualable que han realizado los jueces de tutela, de la mano de la Corte Constitucional, en la garantía del rol que debería cumplir el Estado al proteger derechos y libertades fundamentales de rango constitucional²¹⁶, en la medida en que, ha sido precisamente, *“mediante el ejercicio de la acción de tutela que, las disposiciones de contenido abierto e indeterminado de la Constitución, han adquirido un significado real y determinado [a través de] su aplicación*

²¹⁶ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *La Constitución de 1991 y los derechos fundamentales*. En: YEPES, Hernando y SUELT, Vanessa (Eds.). *La Constitución 20 años después*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 573.

*para la resolución de casos concretos*²¹⁷. De modo que, lo que se pretende con estas previsiones no es desconocer la importante labor que desempeña el Tribunal Constitucional ni los jueces de tutela, así como tampoco, aseverar ingenuamente que, lo aquí expuesto sucede de manera generalizada, por el contrario lo que se quiere es poner de presente la existencia de algunas falencias en la ingeniería constitucional procesal que resultan gravemente costosas para el funcionamiento y la eficacia de la acción de tutela.

En suma, se persigue poner de manifiesto la falta de capacidad de los funcionarios judiciales en las primeras instancias para recolectar las pruebas suficientes en aras de emitir un fallo razonable en un plazo perentorio o para realizar cualquier ejercicio hermenéutico de las calidades que exige la definición de controversias de rango constitucional. La consecuencia forzosa es que, en un gran cúmulo de casos, solamente en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, se logrará el entendimiento del asunto, la consecución del material probatorio pertinente y conducente para emitir un pronunciamiento y la adecuada interpretación de las normas constitucionales, por la posición más favorable en que se encuentra esa corporación para tomar una decisión con la que se imparta justicia en el caso concreto, quedando, en tales casos, las instancias de conocimiento relegadas a un mero trámite formal.

Ahora bien, el estudio que se abordó sobre los fundamentos teóricos del modelo constitucional de Estado de Derecho, permitirá en lo que sigue aportar elementos de juicio a la discusión, para eventualmente, proponer alternativas de solución a una problemática que si bien se confina a aspectos de la práctica judicial o de la reglamentación procesal, no puede desligarse de lo que dogmáticamente implica ejercer la función judicial en el tipo de Estado del que se viene haciendo referencia. Recuérdese, además, dos aspectos. El primero que, como se planteó, las normas procesales se introducen en el ordenamiento jurídico como un factor de equilibrio de lo sustancial, lo cual sin duda está atravesado por el modelo jurídico-político que ha adoptado el estado colombiano. Y el segundo, que la función interpretativa del juez, respecto de las normas constitucionales, debe estar guiada

²¹⁷ ESTRADA, Alexei Julio. *Los derechos fundamentales quince años después de la promulgación de la Constitución Política de 1991*. En: *Constitución Política 1991. Simposio 15 años*. Bogotá: Senado de la Republica, 2006, p. 309.

por parámetros sustantivos y no meramente formales, con miras a lograr su verdadera eficacia.

3.2 La acción de tutela: propuestas metodológicas y aspectos procesales

En capítulos precedentes se planteó que uno de los componentes centrales del garantismo, entendido como el conjunto de protecciones jurídicas, políticas y jurisdiccionales que tienen como finalidad hacer vigente el modelo de Estado Constitucional de Derecho²¹⁸, es la posibilidad de acceso a la justicia por parte del ciudadano de manera eficaz y sin mayores formalidades, para de esta manera, obtener decisiones prontas. Asimismo, se dijo que a la corriente teórica que se ha denominado garantismo se le asimila con el tránsito de una fórmula de Estado basada en el legalismo y la inmutabilidad de la objetividad de las leyes a aquella otra que se fundó en el respeto por la norma constitucional y los valores superiores²¹⁹, aspecto también basilar de la propuesta teórica de dicho modelo de estado. De estas concepciones se nutre la actividad judicial, que mediante aquel conjunto de técnicas previstas en el ordenamiento jurídico, catalogadas como garantías, debe propender por reducir la distancia entre la normatividad y su efectividad²²⁰. Dicho en otras palabras, toda la estructura de la jurisdicción debe estar guiada por el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales.

Por otra parte, el sistema garantista que se ha delineado contempla no solo la construcción de una serie de principios y valores plasmados en derechos, sino también la posibilidad de reclamar su vigencia a través del establecimiento de mecanismos judiciales eficientes que reafirmen la existencia del Estado Constitucional de Derecho y la supremacía de la constitución. Entre estos mecanismos, en el caso colombiano, se enlista, la acción de tutela. A lo largo del presente trabajo se ha mantenido una idea central relativa a que, esta acción es, tal vez, el dispositivo de mayor impacto en el ámbito judicial, debido a las propias características que la revisten, tales como la celeridad, la flexibilidad, la inmediatez, la

²¹⁸ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis Editores S.A, 2005, p. 484.

²¹⁹ GIACOMETTE FERRER, Ana. *Mecanismos de protección constitucional frente a la crisis de la justicia*. En: Leonardo David López (Ed.). *Garantismo y crisis de la justicia*. Medellín: Universidad de Medellín – Fundación Universitaria Tecnológica Comfenalco – Universidad Simón Bolívar, 2010, p. 46.

²²⁰ ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*, óp. cit., p. 484.

subsidiariedad, el ser una acción preferente y sumaria, y a la vez, por la acogida que ha tenido en la sociedad colombiana, al presentarse como un instrumento eficaz para la defensa de los derechos fundamentales, tradicionalmente sometidos a vulneración.

De igual modo, se puede afirmar sin caer en equívocos que el Estado Constitucional de Derecho, a diferencia del modelo que lo precedió, se torna mucho más exigente para el legislador y para la jurisdicción, pues la producción, interpretación y aplicación del derecho se encuentran condicionadas por aquellos contenidos determinados por los principios y derechos fundamentales²²¹. Todo ello, ha implicado una mutación de la función judicial, a la vez que ha visibilizado los riesgos de la amplia discrecionalidad judicial y la delgada línea que la diferencia de la arbitrariedad, pues es el juez, quien a través de sus decisiones define el contenido de los derechos. El Tribunal Constitucional colombiano no ha sido ajeno a este entendimiento, pues desde sus primeros pronunciamientos reconoció que “[l]a condición de valores fundantes (contenidos en la constitución) les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta dentro de la cual caben varias fijaciones de sentido, por lo cual, con la nueva constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”²²².

Lo anterior significa que, en este modelo de constitucionalismo contemporáneo, en el que se vincula al juez a los valores y principios superiores, y en el que, además, el funcionario judicial se encuentra autorizado para buscar la interpretación más conforme posible con la carta constitucional y, dado el caso, inaplicar las normas que contravengan tales postulados, aquel resulta siendo un verdadero creador de derecho²²³. Vale la pena considerar que, algunos teóricos del derecho han estimado que para que con la función judicial se logre la justicia del caso concreto, aquella debe pasar por la consideración de variados aspectos²²⁴. El primero de ellos, es el momento histórico y el contexto social en el que se toma la decisión. En este sentido, pese a los cuestionamientos que se le han

²²¹ MARTÍNEZ, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*, óp. cit., p. 78.

²²² Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

²²³ MARTÍNEZ, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*, óp. cit., p. 81.

²²⁴ Análisis tomado de RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *Interpretación judicial: módulo de autoformación*, óp. cit., p. 259 a 275.

atribuido²²⁵, el profesor Gustavo Zagrebelsky destaca la importancia de la realidad social para llenar de contenido la norma y, con ello, establecer un puente entre el derecho y el contexto que está llamado a regular, a partir de los riesgos que implicaría atenerse exclusivamente al componente fáctico o al jurídico en el ejercicio de adjudicación judicial. Puntualmente, sostuvo el autor lo siguiente:

“Tomar en consideración exclusivamente los casos daría lugar a una pura y simple casuística incompatible con la existencia del derecho como ordenamiento, tomar en consideración exclusivamente el ordenamiento conduciría a una ciencia teórica, inútil para la finalidad del derecho. Exceso de concreción en un caso, exceso de abstracción en el otro. En cualquier caso, mal entendimiento de la naturaleza del derecho y mal entendimiento de la interpretación misma”.

“Eliminar cada uno de estos dos aspectos supone o negar la vinculación de la actividad judicial al derecho positivo, transformándola en resolución equitativa de casos, o negar su carácter práctico transformándola en una mera descripción sistemática de reglas válidas por sí mismas. En el primer caso, no estaríamos ante una verdadera interpretación del derecho, sino ante una creación ocasional del mismo por parte del juez que resuelve la concreta controversia. En el segundo, la interpretación se cerraría en un discurso sobre el derecho carente de sentido, desconectado de su esencial función reguladora y privado por ello de su razón de ser”²²⁶.

Así pues, cuando el juez define el litigio desde la realidad del conflicto, la hermenéutica asume otra dimensión pues su solución debe estar enfocada no solo al respeto del ordenamiento jurídico, sino también y principalmente, a lograr la satisfacción material de los derechos en disputa, derivada de la conformidad del fallo con los principios y valores constitucionales. De ahí que, corresponda al juez consultar, paralelamente, los valores y

²²⁵ En este sentido consultar: GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. *Revista Derecho del Estado*, núm. 3, diciembre de 1997, p. 19 – 36.

²²⁶ ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, justicia y derechos*, óp. cit., p. 132.

principios imperantes en la sociedad, adoptados por el texto constitucional y que, en últimas, constituyen junto con las normas positivas, la estructura y finalidad del estado. De este modo, la armonía de la sentencia con tales valores y principios que impregnan el ordenamiento jurídico determina que un fallo sea materialmente justo, es decir, que con él se satisfaga realmente el valor de justicia en el grupo social.

Adicionalmente, al funcionario judicial le está vedado abstenerse de considerar la norma jurídica aplicable al asunto concreto. Precisamente una de las preciadas consignas del Estado de Derecho, permanente luego de que aquel fue superado, es que el juez garantice a través de sus decisiones la seguridad jurídica de los asociados, en tanto, en cada asunto que se someta a su consideración se aplique la norma legalmente establecida, que contempla como su supuesto fáctico el caso en discusión. Ahora, ello no implica que el juez no deba consultar el grado de justicia que la norma representa, pues de constatarse que esta no se atiene al valor supremo, las consideraciones jurídicas que fundamenten la norma particular contenida en la sentencia resultarían diferentes.

Siendo ello así, el cuestionamiento surge al estudiar la importancia que reviste seguir estos parámetros y las implicaciones que conlleva para la eficacia de la administración de justicia. Al valerse de estos criterios, se pretende que las decisiones del juez alcancen cierto grado de razonabilidad y, por esta vía, se aparte la arbitrariedad de los fallos. Así, en la labor de interpretación, el juez debe situarse en un punto intermedio, con posibilidades de creación normativa pero siempre guiado por el ordenamiento positivo vigente, sin temor a salirse de la norma injusta y con apoyo de otros elementos auxiliares para el cumplimiento de su función. En todo caso, si opta por apartarse de la norma, estará obligado a brindar las razones de su disenterir frente a la misma. De modo que por este camino, se logre la plena aceptación de su fallo, se evite el repudio y desacato de aquellos que no la comparten y se consiga que la determinación sea efectiva y, en este sentido, que la justicia se materialice en el caso concreto.

Además, si el juez en su actividad prefiere desligarse de estos aspectos, puede hacerlo pero correrá el riesgo de proferir una decisión cuya justicia se ponga en entredicho. Pues, aun cuando su sentencia se apoye en la norma positiva pero en su conjunto se aparte de toda lógica posible o de todo concepto de justicia, no podrá decirse que se está en presencia de un fallo justo y aceptable. La consecuencia forzosa es que, se estaría ante

una decisión que por sus caracteres, tendría mayores probabilidades de ser desacatada, o que, no dirima el conflicto de manera eficaz.

Por otra parte, a la hora de administrar justicia, el juez debe afrontar una serie de dificultades dadas, por ejemplo, por el mismo texto normativo que le sirve para dar sustento a sus decisiones, considerando que este, como creación humana, dista de ser perfecto. Así pues, toda vez que los sistemas jurídicos son construcciones inacabadas cuyo lenguaje no es absolutamente claro e inequívoco, las normas que hacen parte de aquel se expresan por medio de un lenguaje indeterminado que es producto de varios factores como la terminología utilizada por el derecho²²⁷, a lo cual se adiciona, el aumento desmesurado de normas que hace cada vez más complejo el sistema. De igual manera, aparte de la indeterminación del lenguaje normativo, el juez debe enfrentarse a casos donde el sistema jurídico no ha establecido una respuesta normativa que sirva de sustento para resolver la controversia, eventos en que obligatoriamente y, al margen de tal situación, debe proferir una decisión²²⁸.

Por ello, ante la insuficiencia normativa, ante la carencia de técnica legislativa que imposibilita el entendimiento de la norma o ante la injusticia de la misma, el funcionario, a través del ejercicio de un margen de decisión, asume el papel de creador de una norma particular, garantizando de esta manera que el derecho se concrete en el caso específico y que la justicia del caso sea impartida. Aquel concepto según el cual la sentencia es un acto creador de derecho producto del libre raciocinio del juez en el marco del orden jurídico, marca un cambio en la labor judicial y su observancia, pues de la figura del juez exégeta que se representa como la boca de la ley pasa a considerarse al juez como artífice de la norma particular quien, a su vez, participa de los cambios sociales mediante sentencias justas y oportunas²²⁹.

²²⁷ Diego López señala la particularidad del lenguaje jurídico en tanto acepta el significado normal o si se quiere natural de las palabras, pero de igual forma, admite que el medio jurídico puede otorgarles otro sentido, primando aquel sobre los demás significados corrientes. Así, el derecho consciente de que su lenguaje está enmarcado en la semántica de la lengua general, acepta la plena transferibilidad de los significados corrientes a los textos normativos. Sin embargo reconoce que, mediante definiciones estipulativas y manipulaciones dogmáticas subsiguientes, el derecho introduce variaciones y precisiones a los significados corrientes. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *La letra y el Espíritu de la ley*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 82.

²²⁸ MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*, óp. cit., p. 491.

²²⁹ RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *Interpretación judicial: módulo de autoformación*, óp. cit., p. 93.

Consecuente con ello, bajo el nuevo modelo constitucional integrado en 1991, que adoptó varios de las propuestas teóricas del constitucionalismo contemporáneo²³⁰, el juez se vio llamado a un conocimiento constante, profundo y crítico de la constitución y de su poder irradiador en el ordenamiento jurídico colombiano²³¹. La principal manifestación de esta mutación fue la competencia que se le asignó a cada juez del país para conocer y dirimir las acciones de tutela, como un mecanismo judicial de defensa del contenido material de la norma superior frente a actos de las autoridades o de particulares en casos concretos, a pesar que a nivel latinoamericano, la tendencia del constitucionalismo del siglo XX fue la de crear jurisdicciones especializadas de salvaguarda de la constitución²³².

Así, las consecuencias se hicieron visibles en dos sentidos. De un lado, la figura del juez se tornó fundamental en el proceso de construcción del Estado Constitucional de Derecho y especialmente en su esfera social. De otro lado, la judicatura posibilitó un acercamiento constante entre el grupo social y la realidad de cada caso con el derecho, particularmente, aquel contenido en la carta constitucional. Sobre este aspecto, resulta plenamente aplicable la caracterización realizada por el profesor Gustavo Zagrebelsky²³³ en el sentido que la labor de la judicatura en este paradigma jurídico conlleva una posición de intermediación entre el Estado, como poder político-legislativo, y la sociedad, como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales.

Aunado a lo anterior, se desembocó un proceso de constitucionalización, alimentado por una mayor exigencia al juez en torno a la labor hermenéutica, cuya principal manifestación fue la debida argumentación de las decisiones judiciales y la relevancia de la argumentación jurídica como medio de justificación adecuado y necesario de los fallos, no

²³⁰ Entre ellas, la constitucionalización del derecho, el aumento de la importancia de la figura del juez dentro del ordenamiento jurídico, la crítica generalizada al formalismo, la defensa del carácter normativo de los derechos y principios constitucionales y su justiciabilidad, el reclamo de correspondencia entre las normas jurídicas y la realidad, una visión pluralista del derecho y la concesión de márgenes amplios de interpretación. Al respecto, consultar MACEDO RIZO, Jhany Marcelo. *El derecho como discurso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá, Tesis de grado para optar por el título de Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2012.

²³¹ VÁSQUEZ POSADA, Socorro. *El garantismo en el ejercicio de la función judicial*. En: Leonardo David López (Ed.). *Garantismo y crisis de la justicia*, óp. cit., p. 111.

²³² MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*, óp. cit., p. 366.

²³³ ZAGRABELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, justicia y derechos*, óp. cit., p. 149.

solo en términos de racionalidad sino también de razonabilidad, lo que se halla en consonancia con la búsqueda de la justicia como propósito supremo del Estado a la luz de los fines de la Constitución Política de 1991²³⁴ y, a su vez, fundamenta la legitimidad social de la función jurisdiccional y del funcionario judicial.

Asimismo, el artículo 230 superior²³⁵ de consuno con el artículo 1º *ibídem*²³⁶ propenden por un ejercicio libre e independiente del juez, quien guiado por el ordenamiento jurídico y por los principios aceptados socialmente, en pro de la mejor decisión para cada asunto, debe garantizar el ideal de justicia al que aspira todo sistema jurídico. La armonización de estos principios busca que aquel no tema a salirse de la norma injusta siempre que lo haga en bien de la justicia material y sin desconocer los principios y valores reconocidos por el ordenamiento social y jurídico vigente.

Clarificado lo anterior y siguiendo la estructura inicialmente planteada, la cuestión se centra en analizar qué debe hacer el juez de tutela en aquellos casos en que el trámite procesal se torna insuficiente para realizar todos los cometidos que de él se espera, especialmente aquel relacionado con la búsqueda de la justicia del caso concreto, es decir, en aquellos eventos en que la justicia material, expresada en el acercamiento de la norma al caso, y la agilidad o efectividad del mecanismo de defensa se contraponen en la definición del asunto y, en los que es manifiesto que el sacrificio de uno de ellos, permitirá la garantía del otro.

Para alimentar la discusión, se debe considerar que, si bien es cierto el juez ocupa en el Estado Constitucional de Derecho una posición de intermediación entre el derecho y la sociedad, que a su vez, justifica la independencia y autonomía con la que actúa y le exige una posición activa en el desarrollo de sus funciones, no lo es menos que, la existencia de una sentencia eficaz debe estar sustentada, adicionalmente, en las normas procesales que delimiten la vía para lograr la realización de los derechos subjetivos.

²³⁴ MACEDO RIZO, Jhany Marcelo. *La influencia del pensamiento jurídico contemporáneo en Colombia*. En: CAMACHO CELIS, Mireya y otros. *Escritos y debates contemporáneos sobre el derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2015, p. 94.

²³⁵ *Artículo 230*. Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

²³⁶ *Artículo 1º*. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada 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.

Para el propósito que persigue este trabajo y sin restar importancia a las categorías jurídico procesales que rigen toda actuación judicial, nos centraremos en analizar el principio de prevalencia de lo sustancial, de nivel superior a partir de la Constitución de 1991, ello por la importancia que reviste su aplicación en la relación entre las normas de contenido adjetivo y sustantivo. Según la profesora Magdalena Correa Henao, tal principio viene a ser una consecuencia lógica del Estado Constitucional de Derecho, en la medida en que este modelo dispuso como fines de la organización, la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, que por ello, requiere que las autoridades que administran justicia, privilegien en la tramitación de los asuntos de su competencia, la definición de la justicia material en cada caso²³⁷. Así, las disposiciones que rigen los procesos deban siempre ser interpretadas bajo las premisas axiológicas del modelo en el que se imbrican y en esa medida no constituyan un impedimento para la realización de los derechos.

Ese también ha sido el carácter que le asignó a este principio la Corte Constitucional, al señalar que, pese al carácter instrumental que revisten las normas procesales, su importancia es innegable en el correcto funcionamiento del Estado adoptado por la constitución, pues fungen como garantía del cumplimiento del principio de igualdad material ante la ley y como un freno eficaz contra la arbitrariedad²³⁸. La relación armónica entre el contenido de las normas sustanciales y los mecanismos creados para su materialización fue, en consecuencia, el cometido del Constituyente.

En ese orden, se descarta un entendimiento de los procedimientos como meras formalidades en sí mismas, para considerarlos mecanismos que se encuentran en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos que con ellas se pretendan materializar²³⁹. La consecuencia forzosa es que en aquellos eventos en que un procedimiento o formalidad pueda constituirse en un obstáculo para la efectiva realización

²³⁷ CORREA HENAO, Magdalena. *Los efectos de la acción de tutela (o de los primeros albores del Estado constitucional en Colombia)*, óp. cit., p. 69

²³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

²³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de un derecho sustancial, corresponde al juez dar prelación a éste último, ya que de lo contrario, haría nugatorio el derecho.

De igual modo, la relevancia del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo se hace evidente, especialmente, en la interpretación de las normas que consolidan el acceso a la administración de justicia, pues en virtud de aquel, esta tarea se debe realizar en “*el sentido que resulte más favorable al logro y realización del derecho sustancial, consultando en todo caso el verdadero espíritu y finalidad de la ley*”²⁴⁰.

Y es que, las normas de corte procesal no pueden mantenerse al margen de los principios que la norma superior estableció para el proceso judicial. Continuamente hemos destacado que la Constitución de 1991 ha tenido una gran fuerza expansiva, irradiadora de todas las normas del ordenamiento jurídico, sin embargo, este fenómeno ha tenido una importante trascendencia en las normas de derecho procesal originando su constitucionalización²⁴¹. Ello permite hablar de un proceso de principalización de las reglas procesales que conlleva, esencialmente, la utilización de metodologías como la ponderación²⁴², con el fin de determinar la norma aplicable a un asunto y la solución normativa para el mismo, en eventos de contraposición. En consecuencia, no resulta descabellado pensar que el juicio de ponderación permitiría resolver los conflictos que se presentan entre los principios constitucionales del proceso, ya que ellos muchas veces establecen finalidades contradictorias entre sí que permiten la prevalencia en dado caso de determinado principio y la postergación de otro, como por ejemplo puede suceder entre la informalidad del trámite de tutela y su eficacia, o entre la seguridad jurídica y la justicia material. Lo anterior, dice Martin Agudelo Ramírez, permite superar la manera cómo la dogmática regularmente

²⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-183 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴¹ PATIÑO MARIACA, Daniel Mauricio. La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, núm. 119, enero-junio, 2013, pp. 655-703, p. 659. Por otra parte, entiende la Corte Constitucional, que éste concepto apunta a dotar “*pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso*”. Sentencia C-131 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁴² Al respecto ALEX Y, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, óp. cit.

entendía la norma procesal, considerándola como una norma vacía de contenido o neutra²⁴³, para dar paso al concepto de constitucionalización del proceso²⁴⁴.

Ahora, uno de los riesgos que es evidente en tratándose de normas procesales, especialmente en materia constitucional, radica en las características de los denominados procesos constitucionales que, por su condición de ser atípicos, deben ser sencillos, rápidos y efectivos, lo que a su vez, conlleva otro tipo de inconvenientes. Uno de tipo cuantitativo, en la medida en que ocasiona una multiplicación de procesos que puede hacer colapsar el sistema judicial de un país, como en el caso colombiano. Otro de tipo cualitativo, pues tal informalidad puede desembocar en un problema de desnaturalización de los procesos constitucionales, en el sentido de que los ciudadanos presentan ante los jueces acciones de tutela para atender casos complejos o polémicos, que resultan ser del resorte de la justicia ordinaria, entre otras razones, bajo la errónea convicción que es una salida ágil, porque la tradición procesal escrita es apegada a demasiados ritos²⁴⁵.

De este fenómeno, da cuenta un estudio desarrollado por Ana Giacomette Ferrer²⁴⁶, en el que se relata el gran impacto que la acción de tutela ha tenido en la rama judicial, en el sentido, no solo de potencializar la congestión de los despachos judiciales, sino además, al reconocer que el mecanismo se encuentra lejos de influir positivamente en la reducción de los casos de vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. La autora reconoce que dentro de las causas que ocasionaron este fenómeno se encuentran, en primer lugar, la conducta omisiva del Estado que de manera reiterada ha originado la mayor parte de las tutelas en el país. En segundo lugar, enlista la incapacidad de la rama judicial para atender la totalidad de tutelas, pues a su juicio, si no hay tantos jueces como probabilidades previsibles del uso de las garantías, el sistema no se sostendrá por sí mismo. Por último, menciona que, el caos que ha ocasionado el modelo tiene causa también, en el uso incorrecto del mecanismo por parte de la ciudadanía, por no preferir o

²⁴³ AGUDELO RAMÍREZ, Martín. *Introducción al derecho procesal*. Medellín: Señal Editora, 2000, p. 98.

²⁴⁴ Al respecto consultar COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 22.

²⁴⁵ GIACOMETTE FERRER, Ana. *Mecanismos de protección constitucional frente a la crisis de la justicia*, óp. cit., p. 45.

²⁴⁶ *Ibídem*, p. 45.

desconocer el uso de otros mecanismos judiciales²⁴⁷, lo cual permite concluir que, existe por parte del ciudadano un afán de usar la acción de tutela, sin antes revisar sus contenidos y requisitos esenciales.

En razón de lo anterior, es que se considera necesario adelantar algún cambio a nivel normativo-procedimental en la acción de tutela que implique la adopción de medidas para garantizar su eficacia o en el sentido de rencausar su finalidad. Por otra parte esta constatación parte de considerar que, el derecho procesal tiene una doble naturaleza, como quiera que las normas procesales también reflejan una decisión política propia del Estado que las construye, en contraposición a aquella que sostiene que, la naturaleza propia del derecho procesal es la de ser un derecho instrumental, es decir, un derecho que, en lugar de buscar el desarrollo de los valores sociales y humanos tiene un carácter técnico que sirve como un instrumento de aplicación para el derecho sustancial y su función es serlo de la manera más eficiente posible²⁴⁸.

A partir de una posición netamente operativa o instrumental del derecho procesal no se podría evidenciar que el tránsito de modelo de estado legalista a constitucional de derecho conlleva serias repercusiones en el aspecto técnico, y que, por tanto, en cada legislación procesal deben quedar plasmados los presupuestos del nuevo orden constitucional, que en este caso no serán otros que la búsqueda de los instrumentos más eficaces posibles, concepto que necesariamente debe distanciarse de la agilidad o informalidad. De suerte que, en aras de precaver una mayor desconfiguración de la figura de amparo en el ordenamiento jurídico colombiano y, por esta vía, del papel del juez de tutela, se hace necesario que la normatividad, especialmente en el ámbito procesal, se apropie de tal entendimiento. Si ello implica la ampliación del término para resolver las acciones judiciales, la creación de más jueces, algunos con una competencia constitucional exclusiva, la redefinición de las competencias y cargas existentes, el endurecimiento de las formas para demandar la protección del Estado por vulneración de los derechos

²⁴⁷ Cita la autora el trabajo llevado a cabo por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. *La acción de tutela*, óp. cit., Bogotá: Ediciones Uniandes – Universidad Nacional de Colombia – Colciencias, 1997, p. 429, en el que se da cuenta que, dentro de las causas de denegación de las acciones de tutela, la primera es la existencia de otro medio judicial, 25.07% en primera instancia y 32.16% en segunda instancia, seguida de la inexistencia de la vulneración del derecho, 13.5% en primera, y 12.35% en segunda.

²⁴⁸ BOTERO, Catalina; HERREÑO, Libardo; JARAMILLO, Juan; UPRIMNY, Rodrigo. *Estado de derecho y sentencias judiciales: seguridad jurídica y garantismo*. Bogotá: ILSA, 2007, p. 9.

fundamentales o el establecimiento de mayores controles en las actividades del funcionario judicial de tutela es un tema que debe ser foco de discusión en un escenario jurídico y político de amplia participación.

Sin embargo, no podría dejarse a un lado la idea ya sostenida en diferentes espacios y documentos²⁴⁹ relativa a que, el ordenamiento jurídico colombiano no puede aceptar ninguna reforma a la acción de tutela que recorte de algún modo su poder de protección de los derechos fundamentales y su capacidad de control sobre disposiciones normativas que los puedan afectar. Muy por el contrario, se hace necesaria la adopción de medidas que procuren, hasta donde sea posible, ampliar la efectividad de la justicia constitucional, especialmente en la faceta del juez de tutela, sin ocultar lo que la realidad judicial nos advierte día a día.

De otra parte, el problema de la solución de aquellos casos en los que la justicia material y la agilidad del mecanismo de defensa establecida en la norma se contraponen en la definición del asunto puede comprenderse a través de la explicación que el jurista y filósofo del derecho Manuel Atienza brinda sobre los denominados casos trágicos. Estos son definidos como aquellos que *“no tienen ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral”*²⁵⁰. En este sentido, refiere el autor que, el juez está frente a un caso trágico cuando debe resolver el siguiente dilema: *“o hace justicia o aplica la ley”*. Bajo tal lógica, los casos trágicos son un ejemplo extremo de un caso difícil para el cual no existe una solución que no lesione derechos de gran importancia para la comunidad.

Para dar más claridad a su teoría, el profesor español expone que la resolución de un caso trágico, para la teoría de la argumentación jurídica, conlleva dos problemas. El primero, de carácter interno, se refiere a la corrección de la argumentación en sí misma, lo cual se traduce en que, cuando el juez toma la decisión debe recurrir a criterios de lo razonable, es decir, aquellos situados entre la racionalidad estricta²⁵¹ y la pura y simple arbitrariedad. El segundo problema, de carácter externo, se refiere a los límites de la argumentación

²⁴⁹ Por ejemplo, ibídem, p. 118.

²⁵⁰ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, óp. cit., p. 252.

²⁵¹ Integrada tanto por el respeto a la lógica formal como a los principios de universalidad, coherencia, etcétera.

jurídica, esto es, dónde termina esta y comienza la argumentación de carácter moral o político²⁵². Con fundamento en lo anterior, concluye que, el juez puede llegar a la solución más favorable de un caso trágico, si se guía por la racionalidad en estricto sentido junto con su criterio o experiencia y la moral social. No obstante, tal planteamiento también ha dado lugar a sostener que, resulta imposible en una sociedad alcanzar la perfección judicial y la solución adecuada o una única a un caso de tales características, en razón de que a pesar que, los principios y las normas revisten el carácter de general, se deben aplicar de forma individual a cada uno de los integrantes de una sociedad; por tanto, sería, cuando menos, utópico pensar que en cada caso se puedan cumplir todos los principios o se pueda desligar una solución sin que se violenten otros derechos o normas²⁵³.

De manera que, frente al contrasentido que nos lleva la anterior postura para dirimir aquellos casos en los que su solución depende de la renuncia de uno de los principios o derechos implicados, como puede suceder en materia de tutela, respecto de la agilidad o informalidad en su trámite, cuando esta se convierte en un obstáculo para el logro de la justicia del caso, se acudirá a los postulados teóricos que fundamentan el Estado Constitucional de Derecho, en aras de vislumbrar algún punto de salida. Particularmente, en la actividad de corrección jurídica con que cuenta la judicatura.

Como atrás se planteó, los jueces, como garantes de la vigencia de la constitución en un Estado basado en el constitucionalismo contemporáneo, para resolver los asuntos que llegan a su conocimiento se encuentran sujetos solamente al derecho, en su sentido constitucional, luego tal actividad resulta totalmente desvinculada del sentido político de ordenamiento. De ahí que, sea mediante la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto, que se abre la posibilidad para el juez de realizar una difuminada y puntual labor de corrección jurídica de las normas de acuerdo a los valores y derechos constitucionales, que se ven, de esta manera, expresados en el medio social²⁵⁴.

²⁵² ATIENZA, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. En: Rodolfo Vásquez (Comp.). *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*. México: Fontamara. 2006, p. 210.

²⁵³ MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*, óp. cit., p. 499 y 500.

²⁵⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, óp. cit., p. 250.

La corrección jurisdiccional presupone la existencia de un conflicto entre una norma interpretada de acuerdo a su sentido político y un determinado derecho fundamental y presume, a la vez, que esta oposición puede resolverse a favor del derecho si, por ejemplo, se interpreta la disposición en un sentido diferente al previamente asignado pero compatible con el sentido constitucional. La corrección se producirá siempre que la norma presente un margen de desviación respecto de los valores y principios constitucionales, de modo que pueda ser considerada como ilegítima en su sentido original²⁵⁵. En este caso, corresponde al funcionario judicial ejercer su poder de corrección sobre la norma y reelaborarla interpretativamente de tal manera que, de un lado, resulte acorde con la constitución y, de otro lado, ofrezca la debida tutela a la situación subjetiva afectada²⁵⁶. Es así como, mediante las continuas decisiones judiciales que entrelazan los puntuales conflictos con la totalidad del ordenamiento y que realizan esa puntual corrección jurídica, se logra reducir los márgenes de ilegitimidad de la actividad de producción normativa y de sus prácticas ejecutivas y, por esta vía, impartir una justicia material en el caso controvertido que derive en la eficacia de la resolución judicial.

Si se trasladan estas tesis al plano de la acción de amparo, se encontrará que el juez de tutela se encuentra plenamente facultado para ejercer tal función de corrección frente a las disposiciones llamadas a regular el asunto no solo desde el aspecto sustancial, sino también en materia procesal. Ello, en la medida en que advierta que el trámite procesal que debe imprimir a la tutela influye negativamente en la decisión del asunto, en términos de razonabilidad, adecuación y justicia. Además, si se encuentra errónea la asimilación de los conceptos de agilidad e informalidad con el de eficacia, tanto más resulta permisible sacrificar en algún sentido tales reglas con el fin de realzar o dar preponderancia al derecho subjetivo discutido en la acción de tutela.

Así, considerando que el principal efecto del principio de judicialización como eje del Estado Constitucional del Derecho está en el establecimiento de un poder cuya esencial función sea la garantía de los derechos de los ciudadanos, mediante un poder de corrección jurídica de los desarrollos normativos que se juzgan como ilegítimos en relación

²⁵⁵ *Ibíd*em, p. 250.

²⁵⁶ *Ibíd*em, p. 251.

con los valores y principios constitucionales que informan todo el ordenamiento, es el juez el llamado a encarar dicho poder sobre la norma y reelaborarla interpretativamente de tal manera que, de un lado, resulte acorde con la constitución y, de otro lado, ofrezca la debida tutela a la situación subjetiva afectada.

Recapitulando lo dicho, será mediante las continuas decisiones jurídicas que entrelazan los puntuales conflictos con la totalidad del ordenamiento y que realizan la actividad de corrección jurídica, que se logrará reducir la ilegitimidad de la actividad de producción normativa en la acción de tutela y, por esta vía, impartir una justicia material en el caso controvertido que, a su turno, devuelva al mecanismo la eficacia que lo fundó.

Finalmente, no puede cerrarse la discusión sin ubicar un punto medular del análisis sobre la función interpretativa del juez, especialmente, en lo que atañe a las disposiciones contenidas en la norma constitucional que influyen en el proceso. En este sentido cobra vital importancia el concepto y, derecho fundamental en nuestro ordenamiento, del debido proceso. La jurisprudencia constitucional nacional entiende el debido proceso como un compendio o cúmulo de garantías sustanciales y procesales que regulan la actividad jurisdiccional, entre otras, orientada a la solución de controversias, que se garantizan a través de la racionalización del poder estatal en el trámite de los asuntos que se someten a su decisión. Puntualmente, se entiende que esta particular garantía *“involucra la previa determinación de las reglas de juego que se han de seguir en las actuaciones procesales, garantiza la igualdad ante la ley de quienes se someten a la justicia o a la administración, asegura su imparcialidad y las sustrae de la arbitrariedad”*²⁵⁷.

De manera que las categorías sustanciales y procesales del debido proceso van a jugar un papel central en la actividad jurisdiccional²⁵⁸, principalmente en el despliegue interpretativo de las normas superiores, y en la medida en que la primera acepción aludida

²⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁵⁸ En el constitucionalismo norteamericano, la distinción entre el debido proceso en sus aspectos procesal y sustantivo ha sido entendida judicialmente en el lenguaje de la quinta enmienda, cuyo tenor prescribe: *“ninguna persona podrá ser (...) privada de la vida, de la libertad o de sus propiedades sin el debido proceso legal”*. En esencia, el aspecto procesal del debido proceso canaliza las facultades del gobierno a través de requisitos procesales al tratar con el ciudadano, el debido proceso sustantivo es una fórmula judicial para restringir que el poder del gobierno, sin importar la corrección procesal, pueda ejercitarse de manera alguna. En ALLOWAY, Clifford C. *United States Constitutional Law*. New York: Oceana Publications. 1958, p. 54.

conlleva una preocupación implícita por el sentido de justicia de las normas jurídicas²⁵⁹. En este sentido, el debido proceso sustantivo envuelve la inclusión en la sentencia, por lo que acá interesa, de un '*principio de razonabilidad jurídica*', en el sentido de que no solo debe tomarse en consideración el aspecto formal de la norma aplicada por el juez, sino que además, se hace importante que el operador judicial incluya ese parámetro en su decisión, con la pretensión de que sus fallos se alejen de toda forma mecánica, para satisfacer los valores y principios plasmados en la constitución²⁶⁰.

Dice el profesor peruano Reynaldo Bustamante Alarcón²⁶¹ que:

“en su faz sustancial o material, el debido proceso es además un patrón o modelo de justicia para determinar el axiológica y constitucionalmente válido actuar del legislador, de la administración y del órgano judicial, es decir, hasta dónde pueden restringir o afectar, válidamente, la libertad y los derechos del individuo, en el ejercicio de sus poderes y atribuciones. De esta manera, además de ser un instrumento de protección procesal, el debido proceso es también una protección genérica de la libertad individual. Como tal, exige que el conjunto de actos y procedimientos legislativos, judiciales y administrativos consagren una debida justicia en cuanto no lesionen indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuestada como intangible para el individuo”.

²⁵⁹ Dice el autor latinoamericano José Luis González Dubón, en 'El debido proceso'. *Revista Facultad de Derecho Universidad Francisco Marroquín* (14) 1997, que el debido proceso sustantivo –sustantive due process of law- constituyó “un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados Federados, al hilo de la Enmienda V a la Constitución Federal”, sin embargo, entre otros países como Costa Rica o Argentina, “equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el derecho de la Constitución”

²⁶⁰ BONILLA DE ROBLES, María del Pilar. El Estado de Derecho. *Revista Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín*, No. 59, 1999.

²⁶¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso. En *Proceso & Justicia*, Lima, Perú. 2000, p. 67 – 81.

Así mismo, indica el autor que el debido proceso al estar informado por el valor de justicia, exige además que las decisiones que se emitan en cualquier proceso o procedimiento sean objetiva y materialmente justas, lo que implica que además de cumplirse las normas de carácter procesal dentro también se debe propender porque las decisiones judiciales impartan justicia en cada caso, es decir, de un lado, se logre la protección de valores superiores y, de otro lado, se logre una relación armónica entre los derechos objetivos y el proceso previsto para su logro. Ello pone de presente, adicionalmente, la necesidad de buscar que fuera del cumplimiento de las garantías procesales se llegue a la realización de los derechos sustanciales de las personas y a la existencia de una justicia material.

En el ámbito nacional y a nivel jurisprudencial, aunque ha sido incipiente el acercamiento que la Corte Constitucional ha tenido respecto de este principio, ha precisado al respecto, hablando de la relación entre las normas sustanciales y aquellas adjetivas, lo siguiente:

“Es clara la trascendental importancia del derecho procesal dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, en cuanto las normas que lo conforman son la certeza de que los funcionarios judiciales al cumplirlas estarán sirviendo como medio para la realización del derecho sustancial mientras que respetan el debido proceso judicial (todo juicio debe basarse en las leyes preexistentes y con observancia de las formas propias de cada litigio) que garantiza la igualdad de las partes en el terreno procesal, les posibilita el derecho de defensa, da seguridad jurídica y frena posibles arbitrariedades o imparcialidades del juez.

El procedimiento no es, en principio, ni debe llegar a ser impedimento para la efectividad del derecho sustancial, sino que debe tender a la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos.

Cuando surge un conflicto respecto de un derecho subjetivo, es el derecho procesal el que entra a servir como pauta válida y necesaria de solución de

*la diferencia entre las partes. Se debe tener siempre presente que la norma procesal se debe a la búsqueda de la garantía del derecho sustancial*²⁶².

Así las cosas, aunque ha sido tímida la acogida del concepto de debido proceso en su faceta sustantiva en Colombia, no puede el juez de tutela mantenerse al margen de su aplicación, mucho menos cuando aquel se erige en una verdadera norma con fuerza jurídica de jerarquía superior y que, a la par, de la seguridad jurídica y la eficacia de la administración de justicia, debe guiar el proceso interpretativo, en aras de resguardar el valor de la justicia material, cuya configuración está explícita en el artículo 29 superior²⁶³.

Con todo, en la medida en que el juez al aplicar las normas constitucionales de procedimiento lo haga simplemente de manera formal, apegado a la literalidad del texto, en vez de buscar la finalidad de la disposición, la consecuencia será la negación de las verdaderas garantías procesales a las partes, entre ellas el debido proceso, así como la efectividad de los derechos sustanciales. Por el contrario, cuando el juez aplica el debido proceso sustantivo, evitando vulnerar de forma arbitraria los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad en la aplicación de la ley, y haciendo interpretaciones justificadas y razonables, no deja a la suerte el proceso o las normas que lo rigen a su simple voluntad ni a la injusticia de la norma llamada aplicar al asunto. De esta manera se avanzaría en el camino para lograr la personificación del papel del juez de tutela en el Estado Constitucional de Derecho y, a la vez, el rol que le corresponde como intermediador para lograr la eficacia de la acción de tutela, como mecanismo protector de derechos fundamentales.

²⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía, la cual ha sido reiterada en las sentencias C-1069 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería y C-499 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁶³ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

4. Conclusiones

Este trabajo inició con una idea por explorar sobre el funcionamiento de la acción de tutela. Se planteó como punto de partida la disparidad entre la regulación procesal y sustancial de la acción, entendiendo que la primera se hunde en el formalismo mientras que la segunda destaca las bondades del instrumento, como un mecanismo flexible y eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Siendo conscientes de que eran numerosos los estudios que habían enfocado su atención en este preciado instrumento, el objeto se fijó en dicha relación y sus implicaciones para la labor del funcionario judicial, como intérprete de las normas constitucionales.

No podría desligarse el estudio de los fundamentos teóricos de la Constitución de 1991 y así no sucedió, pues se tomó como referente conceptual el Estado Constitucional de Derecho del que la norma constitucional bebió gran parte de su contenido, a través de la supremacía del texto constitucional con fuerza obligatoria y carácter vinculante, la primacía de los derechos inalienables de la persona, en especial la dignidad humana, el establecimiento de mecanismos judiciales de garantía de la constitución y un poder preferente para proteger dichos contenidos, entre otros presupuestos. Además, se consideró con especial ahínco que en este modelo de Estado, al juez se le exige una interpretación dentro del marco de lo razonable, no solo por la complejidad tanto de las normas como de las relaciones sociales, sino también por la necesidad de abordar el ordenamiento jurídico desde su relación sistemática. De ahí que la interpretación judicial se erija en este modelo constitucional, como un elemento fundamental al momento de definir una controversia de manera razonable, justa y adecuada al ordenamiento jurídico.

En esa cardinal labor, es el juez el llamado a resolver aquellos casos que se califican difíciles y que se presentan cuando de la confrontación del sistema jurídico y la situación fáctica sometida a su conocimiento no se encuentra una respuesta única y clara para

resolver el conflicto, porque se presentan lagunas normativas, hay normas contradictorias que regulan el tema, el lenguaje jurídico resulta indeterminado -textura abierta-, o la aplicación de una norma al caso produce efectos jurídicos absurdos, altamente perjudiciales o que no se atienen a los parámetros de justicia.

Consultada la doctrina, se observó que existe un amplio consenso sobre las virtudes de la acción de tutela como un mecanismo de garantía y eficacia de los derechos fundamentales, no solo resulta innegable que se ha convertido en un poderosísimo instrumento para defender tales derechos, sino que su principal función es compeler la aplicación directa de la constitución. En eso el debate es claro. Empero y así se desarrolló en el primer capítulo, a pesar de las bondades, los vicios y defectos también han sido patentes, principalmente, por la carga que introdujo la justicia constitucional en el modelo tradicional de administración de justicia y las incompatibilidades que se presentan en su regulación sustancial y procedimental.

Para evitar confusiones, se aclaró que este trabajo no defiende la idea de que la tutela como mecanismo de protección constitucional sea reprochable por sí misma, de hecho Colombia hace parte del denominado constitucionalismo contemporáneo al establecer en la Carta Política de 1991, una gama de derechos fundamentales, pero también unas herramientas eficaces y eficientes, cercanas al ciudadano del común, lo cual en manera alguna podría derivar un juicio de reproche. Consecuente con ello, el objetivo de este texto no ha sido condenar el mecanismo constitucional, mucho menos abogar por su desaparición, pues ha sido a través de esta herramienta que el ciudadano de a pie ha logrado acercarse al derecho mediante el poder de acción, cuando ve vulnerados o puestos en riesgo sus derechos fundamentales. Lo condenable sería, la equivocada concepción que se le ha dado a la figura de amparo y que ha generado una errónea ejecución de su cometido. Ello se hace visible en la medida en que, para una acción que se pretende informal y eficaz se asignó un proceso claramente formal, en el marco del cual debe actuar un juez revestido de las más altas y más amplias facultades, llamado a interpretar la norma constitucional a partir de los hechos que se han puesto en su conocimiento. He ahí el yerro.

Asimismo, resulta inquietante que en muchos eventos la eficacia del mecanismo solamente sea visible en el trámite de revisión adelantado por la Corte Constitucional, considerando

que este no es ni debe ser obligatorio en todos los casos. A la vez, preocupa que la eficacia de la acción, representada en la definición efectiva de la controversia, se encuentre ligada a la rapidez y agilidad en su definición, asumiendo el riesgo que ello implica, no solo, para el adecuado recaudo probatorio del asunto, sino también para el ejercicio interpretativo del juez, del cual debe resultar una decisión judicial catalogada como razonable, justa y conforme a los valores y principios constitucionales, que por lo tanto, se proyecte tanto en la situación conflictiva como en la sociedad en su conjunto.

Para alimentar la discusión en este aspecto, se consideró que, si bien es cierto el juez ocupa en el Estado Constitucional de Derecho una posición de intermediación entre el derecho y la sociedad, que a su vez, justifica la independencia con la que actúa y le exige una posición activa en el desarrollo de sus funciones, no lo es menos que, para la realización de dicho cometido se deben proveer las herramientas jurídico procesales adecuadas. En el caso de la acción de tutela, se encontró que siendo éste el principal reflejo de un sistema de derechos y garantías que busca dotar al Estado de integralidad, eficacia y respeto por la norma constitucional, precisa de un vehículo procesal que materialice ese sustrato. No es un secreto que este instrumento, al alcance de cualquier ciudadano, no solo pretende remediar agravios a derechos individuales sino que también busca, y así lo ha logrado, representar cambios para la sociedad y posibilitar a través del ejercicio de un tribunal constitucional, el desarrollo de líneas jurisprudenciales fuertes, que tornen el derecho más comprensivo e integrador y guíen la acción de los funcionarios judiciales.

Así las cosas, los jueces de tutela y en particular la Corte Constitucional, como cabeza de la jurisdicción constitucional, se han convertido en un referente de protección de derechos fundamentales, a partir de sus fallos de amparo. Sin embargo, la eficacia del instrumento ha entrado en una fase en la que no resulta claro si la construcción normativa cumple con dicho parámetro. En consecuencia, no es extraño que, cada vez más las sentencias de tutela, aunque argumentan garantizar la vigencia de la constitución, sean cuestionadas por trastocar el orden jurídico vigente y la distribución de competencias jurisdiccionales, a la vez que se critica la eficacia de la decisión al resolver la situación y el impacto en los imaginarios sociales frente a la justicia.

Para ahondar en tales planteamientos, a nivel práctico, se seleccionaron y consultaron cinco casos tipos que evidenciaban *i)* la inflexibilidad procedimental a la cual se encuentra sujeto el juez de tutela para realizar cualquier ejercicio hermenéutico, *ii)* la rigidez procedimental para recaudar y valorar las pruebas, *iii)* el efecto de autolimitación que provoca en el funcionario judicial y, en últimas, *iv)* la ineficacia del mecanismo para remediar prontamente la situación amenazante o vulneradora del derecho fundamental. Adicionalmente, a partir de ello, se defendió la idea de que la regulación procesal de la acción de tutela ha permitido que su gran vocación proteccionista se traduzca en la congestión de la justicia colombiana y en la invasión de esferas que en estricto sentido no incumben a la justicia constitucional. Esto último se hace evidente en tanto el mecanismo por naturaleza excepcional, debido a su informalidad y flexibilidad, se utiliza para dirimir asuntos que no son excepcionales pues se fundamentan en la aplicación ordinaria de las normas a casos concretos.

Dicho esto, se encontró que las principales consecuencias del fenómeno del que se ha hecho referencia son dos, por una parte, una protección constitucional de corto alcance derivada de la escasa valoración del caso concreto y, por otra parte, un ejercicio interpretativo pobre respecto del régimen constitucional alimentado por la excesiva formalidad procesal que acompaña a la acción de tutela. Lo cual, indudablemente, llevó a cuestionarse sobre la capacidad de este recurso para responder de manera adecuada a las necesidades de los ciudadanos, considerando que la excesiva demanda y la perentoriedad de los términos implican un racionamiento informal del acceso a la justicia e impide que se haga justicia en el caso concreto.

De ahí que resulte inaplazable encauzar la relación entre las normas procesales y sustanciales en la tutela, con miras a lograr la real efectividad del mecanismo. No obstante, de ninguna manera se quiere significar que la eficacia de la acción de tutela se encuentra cifrada en la perentoriedad de los términos procesales que la rigen, pues una conclusión de esa magnitud no solo desconocería el gran potencial de la acción, sino que además obviaría los muchos otros factores que contribuyen al logro de su insigne propósito, entre ellos, las facultades del juez, la colaboración de las partes en el trámite de la acción y en el recaudo de todo el material probatorio pertinente, la garantía del derecho al debido proceso de las partes, el cumplimiento de las órdenes de tutela, entre otros. Para ello, se precisó que medidas como la ampliación del término para resolver las acciones judiciales,

la creación de más jueces, algunos con una competencia constitucional exclusiva, la redefinición de las competencias y cargas existentes, el endurecimiento de las formas para demandar la protección del Estado por vulneración de los derechos fundamentales o el establecimiento de mayores controles en las actividades del funcionario judicial de tutela son propuestas que deben ser valoradas en detalle para no echar atrás el campo logrado en la protección de derechos fundamentales.

Por otra parte, un debate en esos términos, parte de reconocer el proceso de constitucionalización de las normas procesales, que ha conllevado el fortalecimiento de la función argumental de los jueces para la definición de los procedimientos, etapas, cargas procesales y demás aspectos de esa índole, respetando en todo caso los límites impuestos por los principios constitucionales del proceso, cuya principal finalidad está en el logro del acceso igualitario a la justicia y la prevalencia del derecho sustancial. Si se considera que este principio implica que las formas o procedimientos actúan como medios o instrumentos para la aplicación del derecho material, sin restarles en manera alguna importancia, el juez, al aplicar las normas procesales debe hacerlo de una manera flexible, de suerte que se evite el uso de formalismos o rigorismos excesivos, se impida la normal consecución del fin que la norma persigue, o se omita el estudio de fondo del problema en consideración a las formas. Siendo formalista tanto la rigurosidad procesal excesiva como la perentoriedad irrestricta para decidir un asunto.

En esta lógica, la legitimidad de la función judicial y de la decisión en sí misma debe juzgarse a partir del problema de derecho sustancial a cuya solución se encauza, pues es a través de la actividad judicial y de las garantías judiciales como mecanismos de resolución de conflictos que se logra la efectiva comunicación entre el derecho y la realidad, como un presupuesto indispensable para conseguir justicia, incluso si ello afecta otros principios como la seguridad jurídica o aquellos entendimientos que basan la efectividad de una garantía en su agilidad e informalidad. En este marco, corresponde al funcionario judicial, llevando a la práctica el concepto de debido proceso sustantivo, dentro de sus justos límites, contribuir a la materialización de los derechos de los ciudadanos y la realización de mínimos de justicia material en cada caso

Una vez establecido lo anterior, el propósito del estudio se cifró en fijar algunas propuestas metodológicas que, desde los fundamentos teóricos del Estado Constitucional del

Derecho, auxiliaran la labor del juez y le permitieran fungir como un puente de interconexión en la relación desequilibrada del componente procedimental y sustancial de la tutela. Así, en el poder de corrección que ostenta el juez en el marco del modelo descrito se encontró un significativo ingrediente a la discusión, en la medida en que esta particular facultad pueda ser utilizada frente a las disposiciones llamadas a regular la acción constitucional no solo desde el aspecto material, sino también en materia procesal, que se juzgan ilegítimas constitucionalmente, tanto más cuando sacrificar, en algún sentido, las reglas procedimentales se concibe con el fin de realzar o dar preponderancia al derecho subjetivo discutido en la acción de tutela.

Con todo, la importancia y, a la vez, la complejidad del tema ha dado lugar a reconocer que, si bien la acción de tutela “*puede no ser el instrumento deseable para procurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, (...) hasta el momento es absolutamente necesario*”²⁶⁴. De suerte que, como expresión de garantía en el estado colombiano, el mecanismo de amparo debe ser protegido tanto por los ciudadanos como por los propios operadores jurídicos, buscando, en todos los escenarios posibles maximizar su efectividad para, a nivel micro, alcanzar la justicia en cada caso concreto y, a nivel macro, el logro de un orden justo y la convivencia pacífica.

²⁶⁴ LASPRILA VILLALOBOS, Carlos José y SANCLEMENTE MACHADO, Daniela. *El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho*, óp. cit., p. 143.

Bibliografía

Referencias bibliográficas

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. *Introducción al derecho procesal*. Medellín: Señal Editora, 2000.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. En: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Trad. J. M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Los derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. En *Neoconstitucionalismo(s)*, Coord. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

ALLOWAY, Clifford C. *United States Constitutional Law*. New York: Oceana Publications, 1958.

ANDERSON, Perry. *El Estado absolutista*. Trad. Santos Juliá. México: Siglo XXI, 2001.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

ARENAS MONSALVE, Luis Carlos. La acción de tutela: el prisma de las reformas legales. *Revista Pensamiento Jurídico*. No. 1, 1994, p. 149 – 156.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia*. Barcelona: Editorial Ariel. 1993.

ATIENZA, Manuel. *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. En: Rodolfo Vásquez (Comp.). *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*. México: Fontamara. 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoría de los principios*. Trad. L. Criado Sánchez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

BONILLA DE ROBLES, María del Pilar. El Estado de Derecho. *Revista Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín*, No. 59, 1999.

BOTERO MARINO, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla – Consejo Superior de la Judicatura, 2006.

BOTERO, Catalina; HERREÑO, Libardo; JARAMILLO, Juan; UPRIMNY, Rodrigo. *Estado de derecho y sentencias judiciales: seguridad jurídica y garantismo*. Bogotá: ILSA, 2007.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho procesal constitucional: instrumentos para la justicia constitucional*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2013.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso. *Proceso & Justicia*. Lima, Perú, 2000, p. 67 – 81.

CAMACHO CELIS, Mireya y otros. *Escritos y debates contemporáneos sobre el derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2015.

CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: esbozo de algunos problemas. *Estudios constitucionales*, año 6, núm. 2, 2008, pp. 43 – 71.

CASTAÑO ZULUAGA, Luis Ociel. *Justicia e interpretación constitucional*. Bogotá: Leyer, 2010.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Libro blanco de la tutela*. Bogotá: Presidencia de la República - Consejería para el desarrollo de la Constitución, 1993.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. ¿Qué hacer con la tutela? *Revista Justicia y Desarrollo*. No. 11., 2000.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis Editores, 2007.

COLOMBO CAMPBELL, Juan. Funciones del derecho procesal constitucional. *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 11-69. Chile: Universidad de Talca.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metatórico*. En: Miguel Carbonell (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *El papel de la Corte constitucional y la tutela en la realización del Estado Social de Derecho*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 2003.

CORREA HENAO, Magdalena. Los efectos de la acción de tutela (o de los primeros albores del Estado constitucional en Colombia). *Revista Derecho del Estado*, núm. 3, diciembre de 1997, p. 63 – 95.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Derecho procesal de la acción de tutela*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: Depalma, 1989.

DELGADO MOTTOA, Beatriz. *La Tutela: Un instrumento al alcance de todos*. Cali: Poemia, 2005.

DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Acción y procedimiento en la tutela*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009.

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2005.

ESTRADA, Alexei Julio. *Los derechos fundamentales quince años después de la promulgación de la Constitución Política de 1991*. En: "Constitución Política 1991. Simposio 15 años". Bogotá: Senado de la Republica, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales y crítica del derecho*, En: ID. Epistemología jurídica y garantismo. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. En: Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (Eds.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. En Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, págs. 71-90.

FUENTES, Alfredo; AMAYA, Carlos. *Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste*. *Revista Desarrollo y Sociedad*. No. 50 (2002), p. 131 – 194.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. *Revista Derecho del Estado*, núm. 3, diciembre de 1997, p. 19 – 36.

GARCIA AMADO, Juan. *Interpretar, argumentar, decidir*. En: HURTADO POZO, José (Dir.). Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de derecho penal 2005: Doctrina, jurisprudencia, legislación, bibliografía. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, 2006.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Justicia constitucional y acción de tutela*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 1996.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; RODRÍGUEZ, César. *La acción de tutela*. En: SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia: Análisis socio-jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2001.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?* En: Memorias Foro Reforma a la justicia: acción de tutela, una reforma necesaria. Bogotá: Cooperación Técnica Alemana – GTZ, 2003.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. *La interpretación constitucional*. En: CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo et al., Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike - Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política, 1994.

GIACOMETTE FERRER, Ana. *Mecanismos de protección constitucional frente a la crisis de la justicia* En: Leonardo David López (Ed.). Garantismo y crisis de la justicia. Medellín: Universidad de Medellín – Fundación Universitaria Tecnológica Comfenalco – Universidad Simón Bolívar, 2010.

GÓMEZ GALLEGO, Jorge Aníbal. *Reconquista de una quimera*. En: Memorias Foro Reforma a la justicia: acción de tutela, una reforma necesaria. Bogotá: Cooperación Técnica Alemana – GTZ, 2003.

GONZÁLEZ DUBÓN. El debido proceso. *Revista Facultad de Derecho Universidad Francisco Marroquín*, No. 14, 1997.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre interpretación jurídica*. Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell. México: Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara, 2013.

HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Trad. Carlos Ramos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

JULIO ESTRADA, Alexei. *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*. En Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, págs. 121-148.

LASPRILA VILLALOBOS, Carlos José y SANCLEMENTE MACHADO, Daniela. *El juez de tutela como arquitecto del Estado Social de Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. *La justicia constitucional colombiana: ¿un gobierno de los jueces?* Neiva: Universidad Surcolombiana, 2005.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *La letra y el Espíritu de la ley*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

MACEDO RIZO, Jhany Marcelo. *El derecho como discurso en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Bogotá, Tesis de grado para optar por el título de Magister en Derecho. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2012.

MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El Estado Constitucional en el Tiempo y en el Espacio: Anuario IV Grupo de Investigación Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales – Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2015.

MARTÍNEZ, Mauricio. *La constitucionalización de la justicia y la autonomía judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Trad. Francisco J. Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

PATIÑO MARIACA, Daniel Mauricio. La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contencioso administrativa. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, núm. 119, enero-junio, 2013.

PEDRAZA DE ARENAS, Dolly. *Otras acciones para la defensa de los derechos fundamentales*. En: Memorias Foro Reforma a la justicia: acción de tutela, una reforma necesaria. Bogotá: Cooperación Técnica Alemana – GTZ, 2003.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. En Miguel Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, págs. 213-236.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F. *La acción de tutela: El amparo en Colombia*. Bogotá: Temis, 2015.

ROBLES CORREAL, Gloria Alcira. *Fundamentos y límites del control constitucional en el Estado Constitucional de Derecho*. Tesis para optar por el título de Magíster en Derecho, Dir. Rodrigo Uprimny Yepes. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *Interpretación judicial: módulo de autoformación*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2014.

RUBIO, Mauricio. *Entre la informalidad y el formalismo: la acción de tutela en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley. *Revista Jueces para la democracia*. No. 18 (1), 1993.

VÁSQUEZ POSADA, Socorro. *El garantismo en el ejercicio de la función judicial*. En: Leonardo David López (Ed.). *Garantismo y crisis de la justicia*. Medellín: Universidad de Medellín – Fundación Universitaria Tecnológica Comfenalco – Universidad Simón Bolívar, 2010.

VÁSQUEZ POSADA, Socorro. *El argumento judicial*. Medellín: Biblioteca Jurídica Sánchez R. Ltda., 2007.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Teoría constitucional del proceso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

YEPES, Hernando y SUELT, Vanessa (Eds.). *La Constitución 20 años después*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana – Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1997.

Referencias electrónicas

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique. *Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional*. Publicación digital disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/3.pdf> (12.08.2017)

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*. Publicación digital disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf> (12.12.2016).

AÑÓN, María José. *Derechos fundamentales y estado constitucional*. Publicación digital disponible en http://drept.unibuc.ro/dyn_doc/relatii-internationale/cds-public-2015-Estado-Constitucional.pdf (12.08.2017).

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA. *Confianza y uso de la acción de tutela en Colombia*. Publicación digital consultada en <http://www.cej.org.co/index.php/justiciometros3/3582-confianza-y-uso-de-la-accion-de-tutela-en-colombia> (12.09.2014).

FIGUEREDO, Marcelo. *Balances y perspectivas del constitucionalismo social en Latinoamérica*. Publicación digital disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/19.pdf> (12.08.2017).

NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio. Estado Constitucional de Derecho y ponderación: hacia la superación de la falsa disyuntiva entre libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales. *Vniversitas*, 128, 2014, publicación digital disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n128/n128a06.pdf> (12.08.2017).

RESTREPO, Esteban. *Reforma constitucional y progreso social: La "Constitucionalización de la vida cotidiana" en Colombia*. En: SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Paper 14, 2002. Publicación digital consultada en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/14 (19.04.2015).

SUÁREZ MANRIQUE, Wilson Yesid. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*. núm. 129, 13, 2014. Publicación digital consultada en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.cdoj> (24.03.2017).

Referencias jurisprudenciales

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-321 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-532 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-029 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-310 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-424 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 399 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 034 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-279 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-450 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia, Auto 027 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1716 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1290 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-494 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 307 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-183 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 546 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 617 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 918 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T – 781 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.