

# LA TUTELA COMO INSTRUMENTO DE PAZ<sup>1</sup>

CARLOS GAVIRIA DIAZ  
Presidente de la Corte Constitucional

## 1. Una dicotomía cara al realismo jurídico norteamericano: el derecho en el papel y el derecho en la vida

La conferencia pronunciada en Harvard por el famoso juez Oliver Wendell Holmes a finales del siglo pasado, *El sendero del derecho*, no es un hilo insignificante en el pensamiento jurídico contemporáneo. Allí se aventura una definición del derecho que sin duda alude a la actividad cotidiana de los abogados: "Entiendo por derecho -dice- las profecías acerca de lo que los jueces harán".

El énfasis en la decisión judicial, es lo que en ella me interesa destacar. Ya está allí prefigurado el derrotero que habrá de transitar el "realismo jurídico norteamericano", con sus afirmaciones radicales de que "el derecho es lo que los jueces declaran como tal" o "lo que los jueces dicen" o, en su versión más extrema, "lo que los jueces hacen".

Un accidentado itinerario ha recorrido entonces la concepción del derecho, desde que los exégetas lo habían

identificado con la ley. Porque la incógnita medular que nos propone la teoría jurídica es, precisamente, la de cómo se relacionan la ley y el fallo. Para la exégesis la respuesta es clara y contundente: el derecho es la ley; la sentencia es sólo una inferencia lógica a la que se llega indefectiblemente al subsumir el caso particular bajo la norma general. El protagonista del proceso jurídico es, entonces, el legislador. La función judicial es subalterna y vicaria, pues se limita a revelar de qué manera la situación concreta se halla regulada y comprendida en la ley.

Si los exégetas asimilan el proceso judicial a un razonamiento silogístico, meramente racional, axiológicamente incontaminado, los realistas, en abierta antítesis, van a desvelar el carácter ideológico de dicha asimilación, afirmando que las cosas ocurren de un modo bien distinto, a saber: el juez una vez conocido el asunto *sub-judice* asume frente a él una actitud, de adhesión o rechazo, y luego buscan una ley o un precedente que legitime su valoración.

Bajo esa perspectiva, el derecho no es asimilable a la norma jurídica de carácter general que, en embrión, contiene ya el fallo, sino a la decisión judicial, susceptible de ser referida a una ley o a un precedente que pueda invocarse como su fundamento. El protagonismo en el proceso creador del derecho, se ha desplazado, abrupta-

1. Conferencia dictada en el marco de las XV Jornadas Iberoamericanas y XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizadas en Bogotá entre los días 10 y 13 de septiembre de 1996.

mente, del legislador al juez. Y, como inevitable corolario, se ha contradicho la concepción del pensamiento jurídico como estructura de derivación *more geométrico*, entronizándose en cambio una suerte de pensamiento problemático que no encuentra en la lógica, sino en la retórica, su paradigma discursivo.

Yo, entonces, no tengo los derechos contenidos en el precepto general, que el juez se limita a identificar siguiendo un método lógico, valorativamente aséptico, sino los que el propio juez me adjudica, por estimarlos justificables conforme a una regla (legislativa o jurisprudencial) del ordenamiento, a la que se llega como término final de un proceso cetético (de búsqueda).

Si es el juez quien decide con autoridad acerca de los derechos y obligaciones de cada quien, es él quien encarna el "derecho en la vida" mientras que la norma general (ley o precedente), pasible de diferentes interpretaciones y cuya pertinente aplicación al caso concreto puede también problematizarse, simboliza el "derecho en el papel".

## 2. ¿Rigió alguna vez la Constitución colombiana de 1886?

Referida a esa útil dicotomía, cabe formular una pregunta relacionada con el asunto que nos incumbe, a saber: ¿Informó la Constitución colombiana de 1886, de modo significativo nuestro "derecho en la vida"? Creo que no es aventurado responder negativamente esa cuestión, y de modo muy especial en lo atinente a los derechos humanos, que en ella se denominaban "Derechos Civiles y

Garantías Sociales". Podríamos hacer un repaso de ese catálogo, no demasiado ambicioso pero suficiente para asegurar la convivencia sobre bases civiles, confrontándolo con lo que en la práctica ocurría, para concluir sin muchas dificultades que él era un buen ejemplo de lo que los realistas norteamericanos denominan "derecho en el papel".

Con recurso pedagógico legítimo podemos hacer esta afirmación deliberadamente exagerada pero significativa: el único artículo de la Carta anterior que durante un largo período tuvo plena vigencia fue el 121, que era precisamente el que habilitaba al gobierno para restringir o suspender el ejercicio de las libertades públicas y para sustraer de la competencia de los jueces ordinarios el juzgamiento de ciertos delitos, los políticos invariablemente, y atribuirlos a los tribunales castrenses, donde el debido proceso y el derecho de defensa eran una irrisión.

La Constitución cumplía a cabalidad su función ideológica (presentar como justa y civilizada una realidad degradada) pero el ciudadano carecía de cualquier medio idóneo para que se le adjudicaran, en concreto los derechos que de manera generosa se le reconocían en abstracto.

Si bien la coincidencia total entre esos dos mundos ("derecho en el papel" y "derecho en la vida") no pasa de ser una construcción utópica, la brecha que podía advertirse en Colombia, en la época que he señalado, era paradigmática por lo abismal. Tanto que en el caso hipotético de dos observadores extraños interesados ambos en conocer el país, pero que hubieran optado por

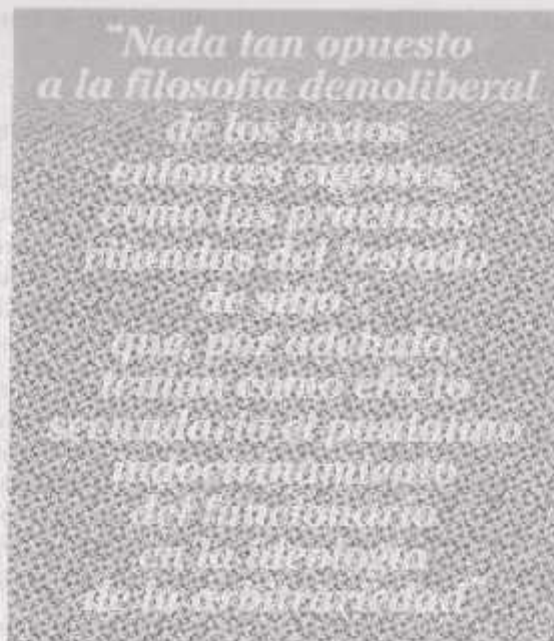


métodos diversos, el uno por el estudio de los estatutos jurídicos más importantes, y el otro por la observación empírica de la vida real (incluida la práctica de los tribunales), se habría llegado a un desenlace sorprendente por lo paradójico: habrían tenido, al término de su experiencia, la sensación de haber elegido como objeto de estudio dos países bien distintos: el primero ubicado dentro de los pueblos civilizados, y el segundo bastante cercano a la barbarie. Porque nada tan opuesto a la filosofía demoliberal de los textos entonces vigentes, como las prácticas vitandas del "estado de sitio", que, por adelante, tenían como efecto secundario el paulatino indoctrinamiento del funcionario en la ideología de la arbitrariedad.

### 3. El proceso de apropiación institucional por los destinatarios

Suelen contrastarse la Constitución colombiana de 1886 y la de 1991, más o menos de este modo: la primera era breve, en general coherente, técnicamente formulada y bien escrita. La segunda, inusitadamente extensa, farragosa, con evidentes incongruencias y escrita en un español que poco recuerda al de Miguel Antonio Caro. Ese contrapunto, tan impregnado de nostalgias gramaticales que velan un trasfondo fuertemente conservadorista, escamotea, sin embargo, un hecho inquietante: la segunda, con todas sus ineptitudes, ha revelado un poder de penetración en la conciencia ciudadana que la primera jamás tuvo<sup>2</sup>. ¿Por qué?

Una respuesta cabal a esa pregunta, comportaría la consideración de muchos hechos que no estoy ahora en condiciones de analizar, algunos de los cuales no resultan



siquiera pertinentes para nuestro propósito. Pero vale la pena indicar algunos que sí lo son, así parezcan insignificantes.

El grave estado de anomia que padecía el país (y que en alguna medida aun persiste) en el momento en que se propuso una reforma constitucional, determinó que en la opinión pública se crearan grandes expectativas en torno a los efectos positivos que tal reforma podría generar, y una inusitada curiosidad sobre un asunto que hasta entonces había sido ignorado por el ciudadano común: ¿qué es una Constitución y para qué sirve? Las mesas de trabajo que funcionaron en todo el país antes de que se instalara formalmente la asamblea, consti-

tuyen un excelente índice de cuánta esperanza había puesto la ciudadanía en la eficacia benéfica de una nueva Carta, más democrática y más atenta a las necesidades reales de la comunidad. Por primera vez el ciudadano corriente cobraba conciencia de que el derecho, en su expresión más alta, de algún modo se relacionaba con su vida.

Los debates que tuvieron lugar en todo el territorio nacional sobre cuál habría de ser la fisonomía de la nueva

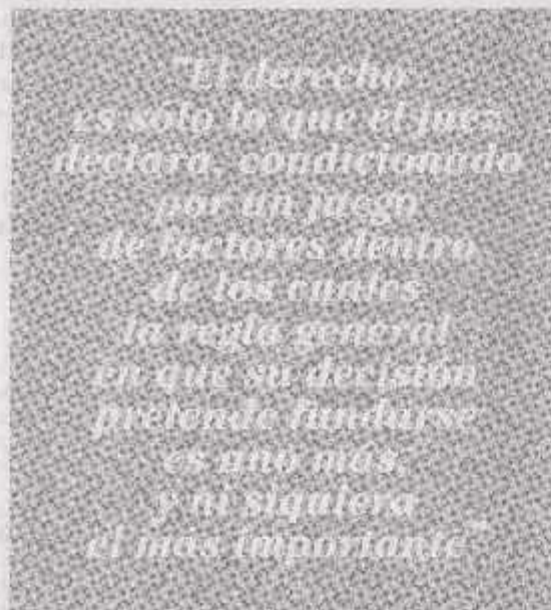
2. La aseveración puede corroborarse por circunstancias tan significativas como éstas: mientras la Constitución anterior era texto de consulta sólo de los profesores de la materia y algunos otros especialistas (el resto de los ciudadanos la ignoraba por completo y ni siquiera advertía la laguna), sorprende gratamente comprobar ahora en foros y en conferencias con auditorios conformados en su gran mayoría por ciudadanos comunes, cuántas inquietudes importantes se formulan en torno al contenido de la Constitución y cuánto interés tienen para la opinión pública los fallos de constitucionalidad y los que deciden acciones de tutela. Basta con echar una ojeada a los medios de comunicación para advertir que una gran proporción de las noticias tiene que ver con asuntos atinentes a la Constitución.

Constitución, se convirtieron, sin que sus protagonistas se lo propusieran, en una eficiente catequesis política y en un proceso de pedagogía constitucional de efectos insospechados. Tales circunstancias crearon un ambiente propicio para la recepción de la nueva normatividad.

#### 4. Libertad seguridad y libertad participación

Sin duda el Constituyente, conformado por un grupo bastante heterogéneo de personas, tímido esbozo de las asimetrías culturales, sociales, políticas y económicas del país, tuvo el propósito plausible de interpretar los deseos de la comunidad más insistentemente expresados y susceptibles de ser plasmados en una Carta Política. En concordancia con esa idea, amplió significativamente el catálogo de derechos y libertades (llamados ahora "derechos fundamentales"), para fortalecer e incrementar la zona de la *libertad seguridad*, hollada de modo tan inclemente durante la vigencia de la Constitución anterior, y particularmente en los últimos 50 años de régimen, caso continuo, de estado de sitio.

De otra parte, existía el sentimiento bastante generalizado de que las instituciones representativas no satisfacían a cabalidad el anhelo democrático de que cada uno participe en las decisiones políticas que lo afecten y, por tanto, que era urgente incorporar a la nueva Carta, instituciones y mecanismos propios de la democracia directa, ampliando así los límites de la llamada libertad participación que no sólo afina y perfecciona la *praxis* democrática sino que se erige en la mejor garantía de la vigencia de las libertades. Se trataba, entonces, no sólo de enriquecer y afianzar las *libertades negativas* sino de incrementar las *positivas*, para



usar un lenguaje corriente en autores como Berlin y Bobbio.

#### 5. La tutela: artículo 86 de la Constitución

Si me viera precisado a señalar la más importante de las reformas introducidas a nuestro ordenamiento normativo con la Constitución de 1991, consciente como soy de que son muchas y muy significativas, no vacilaría en señalar la contenida en el artículo 86, que consagra la acción de tutela, en los siguientes términos:

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

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

*Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla 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”.

La norma citada vino a recoger, tardíamente, una tradición latinoamericana que había tenido manifestaciones incipientes en las Constituciones de Cundinamarca y Tunja de 1811, pero que fue claramente inaugurada por México en 1857 y continuada por El Salvador y Honduras a finales del siglo pasado; por Guatemala y la provincia de Santafé (En la República Argentina) al comenzar la década del 20, por Brasil en los años treinta, Panamá y Costa Rica en los años cuarentas, y por Venezuela, Bolivia, Ecuador y Paraguay, en los sesentas.

Con algunas diferencias de un país a otro y bajo diferentes nombres (aunque el más constante es *amparo*), las normas en cuestión, buscan, en esencia, el mismo objetivo que persigue nuestra acción de tutela: judicializar la defensa de los derechos y garantías consagrados en la Constitución.

## 6. Vigencia o vacuidad de los derechos fundamentales

El incremento notable del catálogo de derechos fundamentales, y la atribución a los jueces de potestades compulsivas para preservar su vigencia, removiendo situaciones amenazantes o dejando sin vigor actos oficiales (o asimilables a ellos) que los vulneren, implican dos cosas, dignas de ser desveladas desde la perspectiva teórica que hemos asumido en esta ponencia: 1) La convicción de que las reglas generales (y de ellas son un ejemplo las que plasman principios) sí tienen fuerza motivante sobre los



funcionarios que actúan el derecho en casos específicos, (aserto frente al cual los realistas se mostraban escépticos) y 2) El reconocimiento de que, en lo atinente a los derechos fundamentales, volver “vivo” el “derecho en el papel” es un proceso que ineludiblemente comporta su judicialización.

La primera de esas observaciones tiende a rescatar el carácter preponderante de la norma como factor determinante de la sentencia, en contra de algunas formulaciones extremas del realismo que, al reducir el derecho a “lo que los jueces declaran como tal”, consideran que la norma es sólo un *hecho* más, al lado de otros de carácter social, psicológico, ideológico y económico, cuya virtualidad de incidencia en el fallo no debe sobrestimarse, so pena de distorsionar la forma

como el control jurídico tiene lugar. El derecho—desde esa perspectiva— es sólo lo que el juez declara, condicionado por un juego de factores dentro de los cuales la regla general en que su decisión pretende fundarse es uno más, y ni siquiera el más importante.

Propuestas teóricas tan dispares como las de Kelsen y Hart coinciden, sin embargo, a propósito de la interpretación, en destacar el hecho de que los jueces regularmente fundamentan sus fallos en las normas generales (leyes o precedentes) y que, justamente, la detección de las decisiones desviadas es una tarea relativamente simple porque éstas no se dejan reducir a las reglas en que pretenden fundarse, y esa sola circunstancia es suficiente para formular un reproche de invalidez.

Cosa diferente es que a la norma general no se la conciba ya, al modo de los exégetas, como una

formulación unívoca capaz de fundamentar sólo una decisión correcta, sino como un esquema abierto de interpretación de la conducta humana, dentro del cual varias opciones son posibles (todas ellas *jurídicas*) compitiendo al juez elegir la que juzgue mejor.

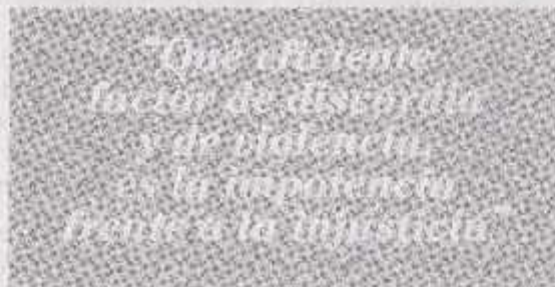
La segunda observación (la judicialización como condición de vida del derecho), tiene una conexión directa con el tema que primordialmente nos ocupa: la acción de tutela. Porque de nada sirve el enriquecimiento del catálogo de derechos y libertades sin un mecanismo que permita hacerlos efectivos cada vez que una instancia oficial (u homóloga) los desconozca. Es decir, que garantice un alto grado de coincidencia entre los derechos enunciados en abstracto, y los que en concreto se le adjudican a su titular.

## 7. La paz, como factor convocante del proceso constitucional de 1991

Creo que si es posible destacar entre los múltiples factores determinantes del proceso constitucional que culminó con la expedición de la Carta de 1991, el más sobresaliente, ése es sin duda el deseo vehemente de paz, compartido por la inmensa mayoría de los colombianos.

Se encontraba el país (y aún se encuentra, por desventura) padeciendo una situación muy próxima al "estado de naturaleza" descrito por Hobbes, caracterizado por la más insensata violencia de todos contra todos, donde la obsesión prioritaria consiste en sobrevivir, y se pensó entonces en la "renovación del pacto social" como una posibilidad redentora. La reforma de la Constitución se avizó pues como el camino más expedito para alcanzar el objetivo anhelado.

Pero, en contra de lo que cabría esperarse, no fue pesimismo hobbesiano frente a la naturaleza del hombre el que informó la propuesta. No se pensó que un sistema de corte autoritario, con poderes omnímodos férreamente concentrados en un gobernante,



fuera el llamado a superar la situación anómica que imposibilitaba la convivencia. Al contrario: con sorprendente lucidez la Asamblea Constitucional entendió que no eran ni el exceso de libertades, (que el país jamás ha conocido), ni la excesiva largueza en las posibilidades participativas de la comunidad en la vida política (bien mezquinas hasta entonces), los factores determinantes del caos social. Que más bien uno y otra debían ensayarse como nuevas formas de convivencia, a ver si bajo condiciones menos restrictivas que las que habían prevalecido hasta entonces, en un ambiente político más propicio para el ejercicio de la libertad y de la democracia, se obraba la transformación benéfica que postulaba Rousseau, como consecuencia de la eliminación de los yugos que pervierten la bondad natural del hombre.

## 8. La paz como valor jurídico. Concepto kelseniano de paz

Puede afirmarse, sin la más mínima vacilación, que la *teoría pura del derecho*, como construcción intelectual, marca una etapa sobresaliente en la historia del pensamiento jurídico. Lo que su autor, Hans Kelsen, se propuso, fue elaborar un aparato conceptual que diera cuenta cabal del derecho, más allá de sus contingencias históricas e ideológicas, poniendo de lado el sincretismo metódico que había conducido a la identificación del objeto jurídico con contenidos morales, políticos, psicológicos y hasta biológicos, que lo escarnoteaban y empobrecían so pretexto de enriquecerlo.

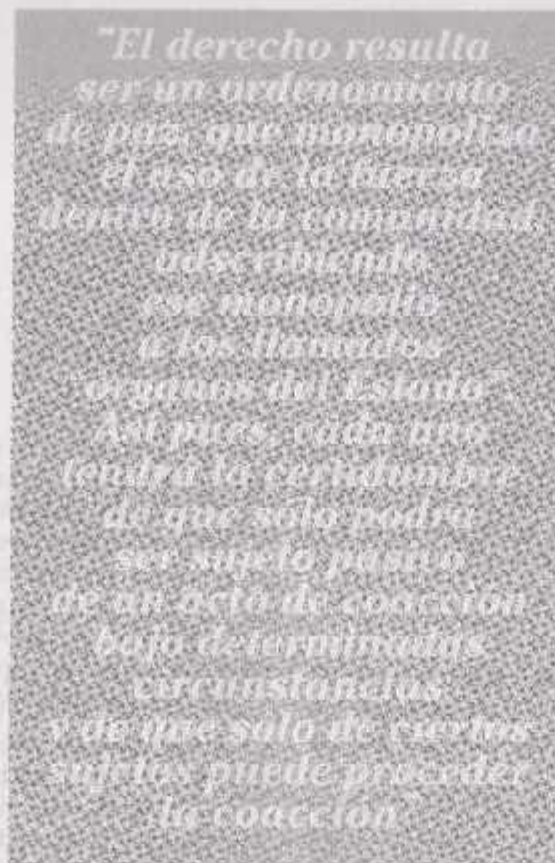
Tal propósito implicaba una definición del derecho que prescindiera de cualquier referencia axiológica. Vgr. "ordenamiento normativo regulador del uso de la fuerza dentro de la comunidad, que dispone, en consecuencia, quién, cómo, cuándo y en qué medida puede realizar actos de coacción en contra de otros".

Podemos, en armonía con la directriz kelseniana, evaluar como justo o injusto el ejercicio

de la fuerza tal como queda regulada, pero lo que no puede cuestionarse es su juridicidad. Derecho y justicia quedan, pues, completamente deslindados, en contra de una vigorosa tradición que pugnaba por identificarlos. No obstante, el pensador austriaco reconoce que el estado de cosas así generado, aún siendo compatible con mucha ignominia, es en sí mismo valioso. Y al valor en él implícito lo denomina *paz*. De ese modo, el derecho resulta ser un ordenamiento de paz, que monopoliza el uso de la fuerza dentro de la comunidad, adscribiendo ese monopolio a los llamados "órganos del Estado". Así pues, cada uno tendrá la certidumbre de que sólo podrá ser sujeto pasivo de un acto de coacción bajo determinadas circunstancias y de que sólo de ciertos sujetos puede proceder la coacción.

Podrá parecer corto, y poco ambicioso, ese concepto de paz, pero hay que convenir en que la situación que él describe constituye un supuesto fáctico esencial para la convivencia. El que justamente se echa de menos en la situación anómica que de un tiempo para acá hemos venido padeciendo los colombianos. La recuperación por el Estado del monopolio en el ejercicio de la fuerza, ha sido uno de los propósitos determinantes del proceso constitucional de 1991, del que podemos decir aún, que apenas comienza su curso.

Que las personas estén expuestas no sólo a los actos de fuerza que en su contra pueda ejercer válidamente el Estado cuando su conducta encuadra en las hipótesis que a ellos están asociadas, sino a los más indiscriminados e imprevistos hechos de violencia, procedentes de los grupos subversivos o de la delincuencia común,



organizada o saltuaria, es, sin duda, inquietante factor desestabilizante de la mínima cohesión y solidaridad social exigidas para que pueda hablarse de convivencia.

## 9. La tutela como instrumento de paz

¿Cómo articular, parece entonces la pregunta pertinente, dentro de las reflexiones precedentes, la tutela como instrumento de paz? Permítanme apelar a un ejemplo trivial pero revelador de nuestra práctica social y jurídica, para extraer de él algunas conclusiones que no parecen abusivas. El caso, que no es insólito sino paradigmático (en Colombia), me lo contó un amigo que ejerce la abogacía.

En un barrio de clase alta de alguna de nuestras ciudades, el propietario de un lote situado en la parte superior de una colina, ensanchó artificialmente su su-

perficie, llenando con tierra y escombros un espacio vacío. Al poco tiempo de terminarse la construcción empezaron a flaquear sus bases, amenazando seriamente las viviendas y las vidas de los moradores de la parte inferior. Requerido por los eventuales damnificados para que pusiera remedio a la situación, se negó rotundamente a enmendar su yerro. Los procedimientos policivos resultaron infructuosos y, más tarde, como era de esperarse, el desmoronamiento de una parte de su residencia afectó severamente la de uno de sus vecinos. El afectado, entonces, le propinó tres tiros al renuente. En curso el proceso de responsabilidad civil, que ha durado 7 años y aún no concluye, uno de los intervinientes en la diligencia de inspección judicial, con una gran dosis de sentido común se permitió observar:

"Lo que hoy se hubiera solucionado con una tutela".

Sin entrar a hacer una disección rigurosa del caso narrado (v.gr.: el lugar donde ocurre y las personas implicadas en la situación, no las más violentas, de ordinario), la moraleja parece ineludible: qué eficiente factor de discordia y de violencia, es la impotencia frente a la injusticia.

Cuando al ciudadano se le desconocen sus derechos más elementales de un modo insolente y la única vía pacífica de resarcimiento está constituida por tortuosos e interminables procedimientos al término de los cuales todo sigue avizorándose como incierto, la autotutela, tan incompatible con la convivencia civilizada, surge a menudo como un incontrolable mecanismo de reacción.

Con cuánta razón se desmorona la fé en el derecho, cuando se cobra conciencia de que los contenidos de los textos jurídicos poca relación guardan con la vida cotidiana del hombre común. Cuando sutilmente se manipula la conciencia de "la gente" para determinarla a creer que vive en el mundo del observador: 1. (Relacionado atrás) cuando los hechos, de manera inclemente, se encargan de mostrale que su mundo real es el del observador 2. Es decir cuando se advierte la brecha, tematizada por los realistas, que separa "el derecho en el papel" del "derecho en la vida".

Que el ciudadano sepa que mediante un proceso ágil y expedito el juez va a impedir que se le conculquen sus derechos o va a ordenar que se remuevan los hechos que han determinado la violación de los mismos, es factor decisivo para que el derecho haga tránsito del *topos uranias*, en el que sólo es accesible a unos pocos predestinados, a este mundo de la realidad tangible, el de la realidad trivial y cotidiana que es la vida del hombre común, quien así capta la cara amable del derecho que para él había permanecido oculta. Sabe entonces que el derecho sirve de veras para apartar factores de zozobra,



es decir, para ayudarle al hombre a ser menos infeliz. Y no hay duda de que el estado de cosas así inducido constituye un supuesto esencial de ese bien tan anhelado que llamamos *la paz*.

## 10. El "desbordamiento" de la tutela en Colombia

De un tiempo para acá, y casi desde el mismo momento en que empezó a regir la

Constitución de 1991, se ha vuelto un lugar común en los círculos forenses, y particularmente en los ámbitos más próximos a las altas Cortes, la afirmación de que la tutela se salió de madre, que anda desbordada, que es urgente una nueva reglamentación que la vuelva a su sitio. Consecuencia de esa persistente opinión "autorizada" es la propuesta del gobierno, incluida en el proyecto de reforma constitucional que actualmente cursa en el Congreso, encaminada a "reencauzar" la acción de tutela.

No juzgo pertinente ahora, en esta circunstancia, detenerme a analizar las enmiendas propuestas, sino más bien llamar la atención sobre un hecho que me parece inquietante: se ha dado por supuesto que los males de la tutela radican en ella misma y no en factores externos que la tutela ha ayudado a desvelar y a identificar y que son, ellos sí, los que claman por una reforma.

El Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad de los Andes (CIJUS), que dirige el jurista y sociólogo del derecho Mauricio García Villegas, ha realizado un valioso y esclarecedor trabajo de investigación denominado "Incidencia Social de la acción de tutela", que demuestra, con suficiencia, que la citada acción ha producido efectos provechosos en el ámbito en que está llamada a operar y ha determinado consecuencias colaterales plausibles en órbitas afines, donde los hábitos de indolencia y de irrespeto por los derechos fundamentales, se abroquelaban detrás de procedimientos dilatorios y prácticas burocráticas encaminadas a escamotear el derecho y no a hacerlo efectivo.



Una apretada síntesis de sus conclusiones nos la ofrece el profesor García Villegas en los siguientes términos:

1. Las encuestas realizadas a los actores de la tutela –demandantes, demandados y jueces– ponen de presente la existencia de una notable opinión positiva en relación con este mecanismo de protección judicial de derechos. Así por ejemplo, el 79% de los demandantes consideran que la tutela es un mecanismo útil para la protección de sus derechos. Este porcentaje es mucho mayor que el porcentaje de tutelas generalmente concedidas por los jueces (sólo 29%). En consecuencia, buena parte de los demandantes que han recibido decisiones negativas siguen considerando que la tutela es útil. De otra parte la encuesta a demandados dio como resultado una opinión mayoritaria favorable a la acción. Finalmente, es importante anotar cómo el 92% de los jueces tienen una opinión positiva sobre la acción.

2. La utilización masiva de la tutela por parte de los colombianos encuentra parte de su explicación en dos hechos relacionados: 1) la deficiente eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios establecidos para la protección de derechos<sup>3</sup> y 2) el deterioro de los meca-

*"Se ha dado por supuesto que los males de la tutela radican en ella misma y no en factores externos que la tutela resguarda o desahoga y que, en consecuencia, con ellas se debe actuar, pero no por ella mismo."*

nismos sociales de solución de conflictos. Aproximadamente el 40% de las demandas de tutela son consideradas "pequeñas causas". Los conflictos subyacentes a estas demandas claramente podrían encontrar solución en mecanismos informales, no judiciales. El éxito de la tutela como acción judicial se explica entonces no sólo por sus bondades intrínsecas –ampliamente defendidas en la doctrina y jurisprudencia nacionales– sino también por el contexto de deterioro de los procedimientos sociales e institucionales de justicia.

Desde este punto de vista la tutela contribuye al mejor funcionamiento del sistema democrático, en cuanto la democracia es un sistema político de solución de conflictos por medio de terceros independientes que deciden con fundamento en normas depositarias de la voluntad popular.

3. La acción de tutela ha producido transformaciones institucionales importantes a lo largo de estos primeros años de aplicación. El caso más evidente es el de los procedimientos para el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de Cajanal y otras instituciones similares. Gracias a la tutela los pensionados pueden hoy obtener sus derechos pensionales a través de la tutela con una relativa rapidez, lo cual era impensable cuatro años

3. El problema de lentitud y congestión en los despachos judiciales tiene características estructurales de larga data, de tal manera que la acción de tutela no es una causa, sino más bien un intento de solucionar este fenómeno autónomo, sino como una parte –mínima además– del fenómeno conocido como "la pirámide de la litigiosidad". En efecto, los conflictos sociales susceptibles de ser afrontados por la justicia son sólo un mínimo porcentaje de los que realmente resultan tratados por los jueces. El mayor o menor porcentaje de oferta judicial en relación con la demanda se debe a múltiples factores que no es el caso analizar en este momento. Lo cierto es que en Colombia la disociación entre estos dos factores demanda potencial y oferta efectiva de justicia es demasiado grande e incide cada día más en el ahondamiento de la brecha entre el Estado y la sociedad civil.

La acción de tutela ha sido un instrumento judicial que sin duda ha contribuido a disminuir dicha disociación. La simplicidad de su procedimiento, la posibilidad de que cualquier persona puede hacer uso de ella sin necesidad de abogado y, en general, su carácter ágil y accesible, hacen de la tutela una acción especialmente efectiva para resolver los problemas de la gente. Es cierto que estas características también pueden ser aprovechadas justamente para entorpecer la justicia, en un país donde no son escasos los abogados temerarios e inescrupulosos. Sin embargo, sería una torpeza y una rendición injustificada, acabar con la tutela o desnaturalizarla, por estas disfunciones.

atrás. En términos generales, la protección del derecho a la igualdad por medio de la acción de tutela ha transformado de manera silenciosa algunas relaciones privadas e institucionales claramente discriminatorias en materias tales como educación, trabajo, petición, salud.

4. La tutela también ha sido útil como instrumento de educación social en materia de derechos fundamentales. Las decisiones de los jueces de tutela han puesto al descubierto una cantidad enorme de comportamientos violatorios de derecho que anteriormente no aparecían como tales. Desde este punto de vista la tutela ha servido para crear ciudadanos activos y conscientes de sus derechos".

## II. Pregunta impertinente de profano a una comunidad de expertos

Es claro que una institución como la tutela, o el amparo, si nos atenemos a un lenguaje más generalizado en América Latina, articula asuntos propios del derecho constitucional con problemas que incumben al derecho procesal. Estos últimos corresponden sin duda, específicamente, a la materia propia de un certamen como el presente. No obstante, no era ese el aspecto que razonablemente podría esperarse que yo tratase, pues ni mis antecedentes académicos ni las funciones que hoy desempeño certifican mi idoneidad ni para ocuparme de ellos. Por eso me he limitado a hacer algunas reflexiones sobre una institución nueva en el constitucionalismo colombiano, esforzándome por mostrar cómo ella resulta rigurosamente congruente con la filosofía democrática que informa la Carta de 1991.

*¿No debería pensarse preferentemente, antes de alterar una institución que ha rendido frutos positivos, en reformar normas procesales cuya ineficacia ha determinado, en alguna medida, que la tutela las subplante para procurar, por ese camino, lo que por las vías ordinarias no se logra, a saber: administración pronta y cumplida de justicia?*

Pero como al poner de presente algunos de los hechos que corrientemente se han analizado como disfunciones de la institución, se ha sugerido que éstas deberían más bien atribuirse a mecanismos, normativos o fácticos, externos a la tutela, me atrevo a formular una pregunta a los distinguidos profesores y tratadistas presentes en las jornadas y, de modo particular, a los colombianos, que conocen con profundidad y rigor nuestras normas procesales, en sus diferentes ámbitos materiales de validez. La pregunta, muy gruesa y general, es la siguiente: ¿No estará clamando la Constitución de 1991, tan sensiblemente distinta a la de 1886, por una renovación de nuestros estatutos de procedimiento, más congruentes con la filosofía de la nueva Carta?

Intentar yo mismo una respuesta, sería irresponsable e irrespetuoso con un auditorio tan altamente calificado como el presente. Por ese motivo, apenas

me atrevo a plantear el interrogante: ¿no debería pensarse preferentemente, antes de alterar una institución que ha rendido frutos positivos, en reformar normas procesales cuya ineficacia ha determinado, en alguna medida, que la tutela las subplante para procurar, por ese camino, lo que por las vías ordinarias no se logra, a saber: administración pronta y cumplida de justicia?

Piénsese, por ejemplo, que en la Constitución anterior no existía una norma explícita como el actual artículo 228 que consagra, no ya a modo de postulado teórico, sino con carácter normativo, vinculante, la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que, a mí

modo de ver, tendría que se pauta constrictiva del nuevo legislador procesal.

Pero, repito, son inquietudes que, desde afuera, formula un profano a una comunidad académica, ella sí altamente capacitada para dar respuesta autorizada a esos interrogantes.

## 12. Lo que comporta la judicialización de los derechos fundamentales consagrados en la Carta

En un hermoso ensayo ("El pudor de la historia") Jorge Luis Borges escribe lo siguiente: "El 20 de septiembre de 1792, Johann Wolfgang von Goethe (que había acompañado al Duque de Weimar en un paseo militar a París) vio al primer ejército de Europa inexplicablemente rechazado en Valmy por unas milicias francesas y dijo a sus desconcertados amigos: *En este lugar y el día de hoy, se abre una época en la historia del mundo y podemos decir que hemos asistido a su origen.* Desde aquel día han abundado los jornadas históricas y una de las tareas de los gobiernos (singularmente en Italia, Alemania y Rusia) ha sido fabricarlas o simularlas, con acopio de previa propaganda y de persistente publicidad. Tales jornadas, en las que se advierte el influjo de Cecil B. de Mille, tienen menos relación con la historia que con el periodismo: yo he sospechado que la historia, la verdadera historia, es más pudorosa y que sus fechas esenciales pueden ser, asimismo, durante largo tiempo, secretas. Un prosista chino ha observado que el unicornio, en razón misma de lo anómalo que es, ha de pasar inadvertido. Los ojos ven lo que están habituados a ver. Tácito no percibió la Crucifixión, aunque la registra su libro".

Luego señala algunos de esos acontecimientos que sí cambian el curso de la historia aun cuando no hubieran merecido la atención de los periodistas, por no satisfacer las condiciones de dramatismo y espectacularidad que de un hecho ordinario se exige para que haga noticia. Cito

uno solo de ellos: cuando Esquilo, según cuenta Aristóteles en la Poética, elevó de uno a dos el número de actores... "un día, quinientos años antes de la era cristiana, los atenienses vieron con maravilla y tal vez con escándalo (Victor Hugo ha conjeturado lo último) la no anunciada aparición de un segundo actor... Un espectador profético hubiera visto que multitudes de apariencias futuras lo acompañaban: Fausto y Segismundo y Macbeth y Peer Gynt, y otros que, todavía, no pueden discernir nuestros ojos".

Como quien dice: ese hecho aparentemente insignificante contenía ya, en embrión, todo el teatro occidental que no se concibe sin el diálogo.

A los acontecimientos de esa clase, enunciados por Borges, yo me atrevería a añadir uno: el día del año 1804, en que el juez John Marshall, al desatar el caso *Marbury vs. Madison*, reivindicó para los jueces, sin norma explícita previa, la potestad, aneja a su función, de interpretar la norma fundamental del Estado, y extraer de ella conclusiones individualizadas y concretas.

No parece un mero azar que hayan sido contemporáneos suyos, quienes, en este siglo, hayan antepuesto al derecho abstracto contenido en los textos, el derecho vivo que dicen los jueces.

Por eso decía al comienzo, que el dar vigencia a los preceptos constitucionales y muy especialmente a los que consagran los derechos fundamentales, implica, sin duda alguna, su judicialización.

Los colombianos, entonces, podemos leer nuestra Carta del 91, particularmente cuando diseña el mecanismo de la tutela, como el más significativo intento por vivificar el derecho hermosamente consagrado en los textos. Y como el propio Kelsen ha admitido que *la paz* es el primer don que la vigencia plena del derecho comporta, que esa Carta de 1991, como un juego de espejos, es una propuesta de conquistar la paz, que no tenemos, por la única vía civilizada que la humanidad conoce, a saber: *el derecho*.