

## LA REFORMA A LA TUTELA: ¿AJUSTE O DESMONTE?<sup>1</sup>

Mauricio García Villegas<sup>2</sup>  
Rodrigo Uprimny Yepes<sup>3</sup>

Una de las principales innovaciones de la Constitución de 1991 fue la introducción de la tutela para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Pocos niegan el impacto de esta acción judicial: en estos diez años, los jueces no sólo han resuelto más de 600.000 tutelas sino que además han debido pronunciarse sobre temas muy disímiles: situación de presos, quejas de estudiantes, tragedia de los desplazados, peticiones de pensión y salud, derechos de los trabajadores, alcance de la libertad de información, etc. Por el contrario, la valoración de sus contribuciones genera controversias: para algunos, la tutela no sólo representa un avance democrático indudable sino que incluso constituye casi una revolución judicial pues permitió materializar los derechos fundamentales en la vida cotidiana de los colombianos; otros en cambio, ven en ella un nuevo factor de congestión judicial y de desarticulación institucional, que no sólo ha afectado gravemente la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica sino que ha agravado los desequilibrios económicos y fiscales, por el ordenamiento de gasto por los jueces. Un ejemplo de esta distinta valoración son las opiniones disímiles sostenidas al respecto por dos importantes miembros del actual gobierno. Así, el 26 de julio de 2001, el entonces candidato y hoy presidente, Alvaro Uribe Vélez, pronunció un discurso de evaluación de los 10 años de la Constitución de 1991<sup>4</sup> y defendió la tutela de la siguiente manera:

*“Mi profesor y magistrado Carlos Gaviria Díaz ha dicho con su habitual lucidez que, gracias a la acción de tutela hoy el derecho y la Rama Judicial se han democratizado, se han hecho más asequibles al hombre de la calle. Sin duda alguna, es este el más relevante efecto de la acción de tutela, darle al ciudadano un instrumento expedito para hacer valer sus derechos; hacerlo sentir que tiene algún poder frente al Estado cuando pisotea sus derechos fundamentales. Y eso ya de por sí la salva”.*

Algunos meses después, el entonces litigante y hoy ministro de justicia y del interior, Fernando Londoño, escribió un artículo sobre la Constitución de 1991, en donde criticaba la tutela en los siguientes términos<sup>5</sup>:

---

<sup>1</sup> Este artículo fue originariamente publicado en la revista Derecho Público No 15 de la Universidad de los Andes, 2002, y es fruto de una investigación que contó con la importante colaboración de Ethel Castellanos y Javier Tovar, quienes actuaron como asistentes de investigación.

<sup>2</sup> Profesor Facultad de Derecho Universidad Nacional

<sup>3</sup> Profesor Facultad de Derecho Universidad Nacional

<sup>4</sup> Este discurso puede consultarse en [www.alvarouribevelez.com.co](http://www.alvarouribevelez.com.co)

<sup>5</sup> Ver su artículo (Londoño 2001)

*“El Estado Social de Derecho, con su séquito inagotable de equivocaciones, no iba a quedarse como fórmula escrita. Así que lo apuntalaron con la nunca bien lamentada tutela, camino por donde llegamos de un solo salto al gobierno de los jueces en materia económica. Que la Empresa de Acueducto no tenga dinero, o no considere económica o socialmente razonable llevar agua a un barrio, eso no importa. En un Estado Social de Derecho no puede haber barrio sin agua y basta la sentencia de cualquier juez para que en diez días el acueducto se extienda hasta ese barrio o el gerente pare con sus huesos en la cárcel. Y así, sucesiva e indefinidamente, viene la marcha inexorable de la estupidez judicial, que ignorando todo en materia económica se volvió el factor esencial de la economía”.*

Esta diversa valoración de la tutela explica que haya habido varias propuestas para reformar este mecanismo, y en muchos casos, restringir su alcance; pero igualmente que esas propuestas hayan suscitado también resistencias<sup>6</sup>. En tal contexto, la finalidad de este artículo es la de evaluar brevemente las principales reformas propuestas. Ahora bien, según nuestro parecer, la tutela ha provocado tres grandes controversias, a saber, (i) en qué medida ella ha sido un factor de congestión y qué hacer con la posible congestión que ha provocado; (ii) en qué medida esa acción judicial ha provocado inseguridad jurídica y ha afectado la cosa juzgada, debido a la existencia de tutela contra providencias judiciales, y qué se debe hacer frente a ese fenómeno; y, (iii) finalmente, si debe o no mantenerse la tutela para los derechos sociales. El artículo analiza esos tres puntos, intentando en cada uno de ellos reseñar la situación y los términos del debate, para luego ofrecer algunas perspectivas de solución.

El texto comienza por la cuestión de la congestión, que es un tema más pacífico a nivel político, y por ello tal vez resulte posible un cierto consenso entre las distintas posiciones; sin embargo, las posibles soluciones no son fáciles de poner en marcha, debido a que son difíciles técnicamente. Luego discutimos el problema de la tutela contra providencias judiciales, cuya naturaleza parece opuesta a la anterior: la solución es fácil técnicamente, pero resulta muy difícil lograr acuerdos políticos. Finalmente, la discusión de la tutela en derechos sociales es la más difícil de todas, pues los acuerdos políticos son difíciles y las soluciones técnicas de enorme complejidad.

## **I. La congestión**

El tema de la congestión de casos de tutela en la justicia es complejo pero puede dar lugar a algún consenso político entre los críticos y defensores de la tutela. Los datos al respecto son relativamente claros. La demanda por tutela en estos diez años se ha incrementado

---

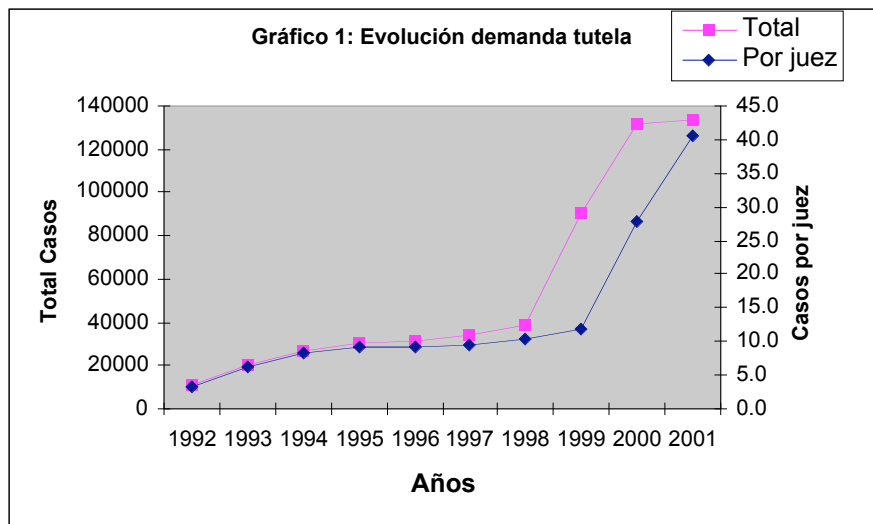
<sup>6</sup> Las dos propuestas de reforma más importantes han sido el proyecto presentado conjuntamente en marzo de 1997 por el Consejo de Estado y la Corte Suprema, y el proyecto presentado en octubre de 2002 por el Gobierno Uribe.

vertiginosamente. Hemos pasado de 20.000 tutelas en 1993 –primer año completo con esta figura- a 133.000 tutelas el año pasado, lo cual significa una multiplicación de aproximadamente seis veces<sup>7</sup>. Como el número de jueces en ese periodo se ha mantenido estable - aproximadamente 3.250 jueces en el país - el número de tutelas por juez ha pasado de 6 a 40 aproximadamente, tal y como se puede ver en el cuadro No 1.

<i>Cuadro No 1</i>		
Evolución demanda de tutela		
	Total	Por juez
1992	10732	3.3
1993	20181	6.2
1994	26715	8.2
1995	29950	9.2
1996	31248	9.2
1997	33663	9.6
1998	38248	10.3
1999	90248	11.7
2000	131765	27.7
2001	133273	40.4
Fuente: Datos relatoría Corte Constitucional		

El gráfico No 1 muestra esa evolución creciente de la demanda de tutela:

<sup>7</sup> Para estos datos, ver Base de datos Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura en [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). Ver igualmente (Fuentes 2001)



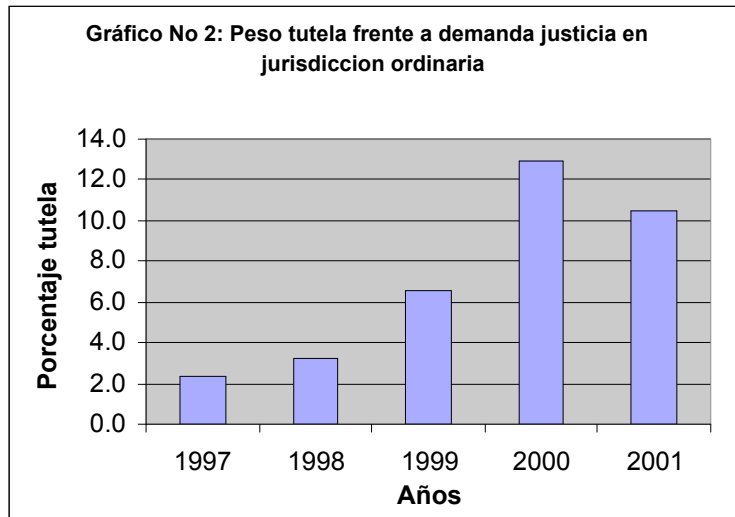
Este crecimiento del número de tutelas ha generado una importante presión sobre el aparato judicial. Ahora bien, la demanda de tutela no es la única que ha aumentado; la demanda judicial en general también ha crecido. Así, en la jurisdicción ordinaria, en 1993, ingresaron unos 750.000 casos nuevos y en el año 2000 entraron aproximadamente 1.400.000. Sin embargo, la demanda de tutela ha crecido mucho más rápido que la demanda general de justicia, pues mientras que el número total de nuevos casos en la jurisdicción ordinaria se ha multiplicado por aproximadamente dos, la demanda de tutela ha crecido más de seis veces. Esto ha hecho que la tutela represente una carga creciente de trabajo para los jueces. Así, el cuadro No 2 muestra que en 1997 la tutela sólo representaba un 2% de la carga cuantitativa laboral de los jueces en la jurisdicción ordinaria, calculada por número de casos, y que ese porcentaje a partir del año 2000 es cercano al 10%.

<i>Cuadro No 2</i>		
	Demanda Justicia en	
	jurisdicción ordinaria (1)	
	Total casos Tutelas (2) % Tutela/total	
1997	1,033,042 23972 2.3	
1998	1,135,637 37180 3.3	
1999	1,438,451 94099 6.5	
2000	1,422,904 184187 12.9	
2001	1,260,085 132015 10.5	

Nota: (1) Es la suma de los ingresos civiles, penales, laborales y de familia  
(2) Incluye únicamente tutelas en la justicia ordinaria

Fuente: Base de datos Consejo Superior de la  
Judicatura en [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co).<sup>8</sup>

El gráfico No 2 muestra ese peso creciente de la tutela en la jurisdicción ordinaria:



No hay duda pues de que la tutela ejerce una importante presión sobre el aparato judicial pues aproximadamente 10% de las nuevas demandas son tutelas. Es cierto que es posible que esa cifra podría sobreestimar el peso de la tutela en el sistema judicial pues se basa en el número de casos, y no en un cálculo sobre el tiempo o los recursos dedicados por los jueces a solucionar esas nuevas demandas. Ahora bien, como se mostrará posteriormente, la mayor parte de las tutelas recaen sobre problemas recurrentes, que se han vuelto en cierta medida rutinarios (como derechos de petición o solicitud de tratamientos médicos), y ello permite que los jueces los solucionen muy rápidamente. Por ello, es muy probable que los jueces dediquen menos del 10% de su tiempo y recursos a examinar tutelas<sup>9</sup>. A pesar de esa precisión, es claro que de todos modos la tutela ejerce una presión creciente sobre el aparato judicial. Esta presión todavía no es crítica pero en algunos años puede volverse dramática si continúan las tendencias actuales; por eso es necesario tomar medidas desde ahora. Por el contrario, donde la situación es ya realmente dramática es en las altas cortes. En especial en la Corte Suprema de Justicia y en menor medida en el Consejo de Estado. En 1999, último año sobre el que contamos con datos consolidados disponibles, la Corte Suprema de justicia resolvió aproximadamente 8.500 casos, de los cuales aproximadamente 4.400 fueron tutelas (Fuentes y Amaya, p 55). Esto significa no

<sup>8</sup> Es posible que los datos de 1999 y 2000 para tutela estén sobreestimados. El número es mayor al suministrado por la secretaría de la Corte Constitucional para esos años.

<sup>9</sup> Entrevistas informales con jueces indican que un gran porcentaje de las tutelas son rutinarias y son resueltas con sentencias formato, por lo que no les dedican mucho tiempo.

sólo que más de la mitad de la carga laboral de la Corte suprema de justicia estuvo dedicada a la tutela<sup>10</sup> sino que, además, cada magistrado debió proyectar, en promedio, 190 tutelas, sin contar las salas a las que tuvo que asistir para decidir los casos de sus colegas. Así, el cuadro No 3 muestra esa situación de congestión creciente en la Corte Suprema de Justicia.

CUADRO No 3:					
CONGESTION CORTE SUPREMA DE JUSTICIA					
	I	II	III	IV	V
1993	1546	1393	2939	47.4	60.57
1994	2309	1779	4088	43.5	77.35
1995	5146	2556	7702	33.2	111.13
1996	3148	2809	5957	47.2	122.13
1997	2925	2458	5383	45.7	106.87
1998	4680	2562	7242	35.4	111.39
1999	4218	4348	8566	50.8	189.04

(I) Providencias distintas a tutela

(ii) Tutelas

(iii) Total = I+II

(IV) Porcentaje tutelas sobre total. II/III

(V) Tutelas por magistrado: II/23

Fuente: Fuentes y Amaya, p 53.

Dos conclusiones surgen del anterior examen: la tutela ejerce una presión creciente sobre el aparato judicial en su conjunto, que aún no es crítica, pero que podría transformarse en un factor grave de congestión en el futuro cercano. Y, de otro lado, las altas cortes enfrentan una situación grave de congestión en materia de tutelas, que es insostenible y que debe ser remediada.

Sin embargo, cualquier reforma destinada a enfrentar el problema de la congestión judicial derivada de la tutela debe ser muy cuidadosa, pues el crecimiento de la demanda de tutela no debe verse sólo en términos negativos, como un aumento de la congestión judicial. Estos datos también muestran un incremento del acceso a la justicia, lo cual es

<sup>10</sup> Entrevistas informales que hemos realizado a algunos magistrados auxiliares de la Corte suprema de justicia indican que más de la mitad del tiempo del trabajo efectivo de los despachos se dedica a evacuar tutelas.

muy bueno. No hay duda de que los ciudadanos han encontrado en la tutela un mecanismo ágil para resolver sus conflictos, mecanismo que por lo general no encontraban en las acciones ordinarias ofrecidas por el sistema judicial. Y esto se explica por ciertos rasgos de la tutela, que le confieren un perfil definido: de un lado, es una acción judicial muy rápida, pues el juez de instancia resuelve la petición en diez días, y si hay apelación, el superior debe decidir en los siguientes veinte días. Unos pocos casos son seleccionados y revisados por la Corte Constitucional para unificar la jurisprudencia sobre derechos fundamentales; en tal evento, ese tribunal tiene dos meses para sentenciar. Eso significa que la mayor parte de las tutelas son resueltas en poco más de un mes, y aquellas que son revisadas por la Corte en unos cuatro o cinco meses, lo cual es un record de celeridad judicial en el país. De otro lado, la tutela es muy informal: no requiere de abogado y los jueces gozan de gran libertad para evaluar y practicar las pruebas, y deben evitar las ritualidades innecesarias. En tercer término, su finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales, que resulten amenazados o vulnerados por las autoridades, e incluso, en ciertos casos, por los particulares. Por consiguiente, al decidir estas controversias, los jueces deben, en muchos casos, aplicar directamente la Constitución.

Las anteriores características hacen de la tutela un instrumento no sólo atractivo sino relativamente original en derecho comparado pues es al mismo tiempo un mecanismo de protección constitucional y una tentativa por lograr una justicia rápida y asequible a los ciudadanos. Esto explica no sólo la popularidad de la tutela sino además que muchas personas hayan encontrado en ella un instrumento para que los derechos proclamados en la Constitución no se queden en el papel sino que se realicen en la vida cotidiana. Además, teniendo en cuenta la morosidad de la justicia ordinaria, muchos colombianos vieron en la celeridad e informalidad de la tutela una posibilidad para resolver muchos conflictos, y por ello han recurrido masivamente a ella. La creciente demanda de tutela no es pues únicamente un factor de congestión: ella expresa no sólo un mejor acceso a la justicia para ciertos conflictos sino además una "constitucionalización" del derecho ordinario y de parcelas importantes de la vida de los colombianos.

La solución de los problemas de congestión derivados de la tutela debe entonces hacerse sin afectar las virtudes democráticas de esta acción judicial, que son, entre otras cosas, haber facilitado el acceso a la justicia y haber permitido que la Constitución sea realmente aplicada. Dos preguntas surgen: De un lado, ¿cómo enfrentar la presión creciente de la tutela sobre el conjunto del aparato judicial, pero sin introducir obstáculos al acceso a la justicia? De otro lado, ¿cómo afrontar la crítica congestión en las altas cortes, pero sin que esos tribunales abandonen la aplicación de la constitución? A continuación intentamos resolver estos interrogantes.

Para enfrentar la presión sobre el sistema judicial en su conjunto, creemos que el punto de partida debe ser repensar el tema de demanda judicial. Es necesario preguntarse cuáles son los factores que llevan a los ciudadanos a presentar tutelas. En efecto, si los análisis sociojurídicos muestran que una gran parte de las tutelas proviene de cierto tipo de abusos

recurrentes, que pueden ser enfrentados con otras medidas estatales, entonces podría aminorarse la demanda de tutela, sin vulnerar la eficacia de esta acción constitucional, tratando de incidir en la demanda, por medio de políticas públicas destinadas a reducir los abusos que llevan a los ciudadanos a utilizar este mecanismo judicial<sup>11</sup>. Por decirlo coloquialmente, la mejor forma de evitar la congestión judicial derivada de la “tutelitis”, sin afectar el derecho de acceso a la justicia, es reducir la “abusitis”.

Los problemas de congestión de la tutela se deben a su éxito como mecanismo para solucionar toda suerte de problemas. Intentar remediar las causas que originan tales problemas es una tarea indispensable no sólo para descongestionar la tutela sino para mejorar los servicios que presta la administración pública. Y proponemos esa estrategia no sólo porque creemos que la mejor forma de solucionar democráticamente la posible congestión derivada de la tutela es atendiendo, por otras vías, la demanda que la alimenta, sino además porque consideramos que, como lo han puesto de presente ciertas reflexiones contemporáneas en sociología jurídica, las acciones judiciales son no sólo 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 donde existen problemas sociales que ameritan intervenciones públicas. Y la razón es obvia: salvo casos aislados, las personas sólo presentan una demanda judicial cuando se encuentran insatisfechos con la situación existente, y consideran que ésta puede ser mejorada.

Al respecto, las investigaciones muestran que aproximadamente en un 50% de los casos, las peticiones hechas a través de la tutela podrían solucionarse con medidas distintas, de tipo administrativo, las cuales evitarían el recurso a la justicia. En efecto, como lo muestran los cuadros No 4 y No 5, una gran cantidad de peticiones - aproximadamente un 20% - son derechos de petición no resueltos, concentrados fundamentalmente en el Seguro Social y CAJANAL. Medidas fuertes contra estas entidades para que cumplan los derechos de petición de los ciudadanos reducirían de manera significativa la demanda de tutela.

<i>Cuadro No 4</i>	
DERECHOS INVOCADOS (PRIMER SEMESTRE DE 1999)	
DERECHOS PETICIÓN	% 15.3
DEBIDO PROCESO	6.3
IGUALDAD	11.2

<sup>11</sup> En un sentido similar, ver (Fuentes 2001) (García Villegas 1997).



TRABAJO	8.6
VIDA	14.8
SALUD	14.4
SEGURIDAD SOCIAL	13.8
EDUCACIÓN	3.3
PAGO PENSIONES	-2
SALARIOS	
OTROS	10.3
TOTAL	100

Fuente: Estadísticas acción de tutela, p 64.

<i>Cuadro No 5</i>	
ENTIDADES DEMANDADAS (Primer Semestre 1999)	
ENTIDAD	%
CAJANAL	6.4
AUTORIDAD DEPARTAMENTAL	1.5
GOBERNACIONES	7.5
ALCALDÍAS	10.5
AUTORIDAD MUNICIPAL	4.8
DESPACHOS JUDICIALES	6.5
E.P.S.	2.8
HOSPITALES	2.1
SEGURO SOCIAL	28.3
EMPRESAS PRIVADAS	5.1
OTRAS	24.5
TOTAL	100
Fuente: Estadísticas acción de tutela, p 68.	

Un segundo factor que congestiona la tutela, como lo indican esos cuadros, está relacionado con la crisis del sistema de salud, que requiere soluciones de tipo político y

administrativo. Políticas efectivas dirigidas a resolver los problemas estructurales de la salud reducirían considerablemente las tutelas por este concepto.

Un tercer factor, proviene de los denominados conflictos de convivencia. En la medida en que existan mecanismos adecuados de resolución de conflictos a los cuales las personas acudan antes de optar por una demanda de justicia, por abandonar toda esperanza de solución, o por una solución ilegal del problema, no sólo se descongestiona la tutela sino que se contribuye a la paz social.

En cuarto lugar, muchas tutelas se originan en las disfunciones de la justicia ordinaria. El mejor ejemplo es la tutela para el pago de acreencias laborales. Ahora bien, muchos de los casos en donde los actores invocan el derecho al trabajo se refieren a la falta de pago de salarios y prestaciones. Si el ejecutivo laboral funcionara adecuadamente no habría tutela por este concepto. Habría entonces que pensar en reformas profundas a los procedimientos judiciales para que éstos adquieran una agilidad semejante, guardadas las proporciones, a la tutela. Por ello, recurriendo nuevamente al lenguaje coloquial, para evitar la “tutelitis” bien valdría la pena intentar “tutelizar” el conjunto del ordenamiento porcesal colombiano.

Finalmente, un elemento que alimenta la demanda de tutela es la falta de claridad sobre el alcance de los derechos fundamentales y la ausencia de una fuerza vinculante clara de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia. Una posibilidad, como lo ha destacado Cepeda<sup>12</sup>, es expedir leyes estatutarias sobre los derechos que más demanda de tutela generan, y que más controversia hayan suscitado. Estas leyes estatutarias, basadas en los criterios y “sub-reglas” jurisprudenciales elaboradas por la propia Corte Constitucional, no sólo tendrían clara fuerza vinculante sino que darían mayor seguridad jurídica sobre el alcance de los derechos fundamentales, evitando litigios innecesarios. Pero eso no es todo: ese procedimiento permitiría además que el propio Congreso debata el tema de los derechos fundamentales, lo cual es importante, pues los jueces distan de tener el monopolio de estas discusiones.

Todo lo anterior muestra que una de las primeras medidas para evitar la congestión es enfrentar los factores estructurales que alimentan la demanda de la acción de tutela. Creemos que en la actual situación hay medidas que se pueden tomar; ellas darían lugar a un crecimiento más razonable de la demanda de tutela y evitarían la congestión del aparato judicial. Eso no significa obviamente que esas medidas sean fáciles de diseñar y poner en marcha. Pero todo indica que ésta es la vía democrática más adecuada para enfrentar esta situación.

Sin embargo, estas medidas no resuelven el problema de la congestión en las altas cortes, que es grave y debe ser enfrentado ¿qué hacer entonces? Creemos que la propuesta del

---

<sup>12</sup> Ver (Cepeda 2000).

Gobierno de excluir a las altas cortes del conocimiento de tutelas es adecuada, pues si la congestión está localizada en esas corporaciones, mientras que en el conjunto del sistema judicial la situación no es crítica, entonces la solución parece ser diluir esa demanda en los otros jueces. Pero esa estrategia tiene un costo, y es que acentúa la falta de sensibilidad y aprecio de los magistrados de las altas cortes respecto de la aplicación de las normas constitucionales. En muchos de estos magistrados todavía prevalece una concepción de la Constitución no normativa, sobre todo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de los procesos ordinarios.<sup>13</sup> Excluir a las altas Cortes del conocimiento de la tutela podría estimular la falta de compromiso que allí existe por las normas constitucionales. Y por ello nos distanciamos de aquellos críticos que han menospreciado la participación de las altas cortes en la decisión de tutelas, argumentando despectivamente que se trata de “asuntos de vecindario”. El argumento es inaceptable: en primer lugar los casos de vecindario son muy importantes. En segundo lugar, la tutela es una acción para proteger derechos fundamentales en todos los ámbitos, incluso en aquellos casos que parecen de poca monta, y por ello nada de indigno tiene que un alto tribunal se preocupe de esos asuntos. Por ello, sería deseable preservar la participación de las altas cortes en la decisión de tutelas. Sin embargo, no hay muchas alternativas. Las propuestas que se planteaban en el pasado resultan hoy insuficientes debido a los niveles actuales de congestión<sup>14</sup>. Bajo las condiciones presentes parece necesario aceptar la reforma propuesta por el gobierno, que consiste en excluir a las altas cortes del conocimiento de la tutela. Sin embargo, creemos que este tipo de reforma es aceptable, pero bajo dos condiciones: (i) de un lado, convendría que en los procesos ante las altas cortes, las partes pudieran reclamar directamente la aplicación de las normas constitucionales. Una posibilidad, defendida por algunos magistrados de la Corte Suprema, podría ser que se introdujera explícitamente como causal de casación la vulneración de normas constitucionales de derechos fundamentales<sup>15</sup>; (ii), de otro lado, es indispensable que se preserve la posibilidad de que exista tutela contra sentencias, cuya

---

<sup>13</sup> Un ejemplo cuantitativo de esa situación es el siguiente. Entre las sentencias distintas a la tutela de la Sala de Casación Civil del primer semestre del 2001, sólo 8 citaron la Constitución, mientras que 400 citaron el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil (Datos construidos por los autores a partir del índice normativo de la Relatoría de esa Sala). Es cierto que se trata de una sala civil y que muchas sentencias son de casación, que es todavía vista como un control de legalidad de la sentencia; sin embargo, ello muestra una falta de aprecio normativo, tanto de los jueces, como de los litigantes, por una norma – la constitucional – que es superior y directamente aplicable. Y eso sucede en esa Sala Civil, que es tal vez la sala que más ha intentado en las altas cortes aplicar los principios y valores constitucionales en su jurisprudencia.

<sup>14</sup> Algunas propuestas eran las siguientes: (i) El juzgamiento de la tutela en las altas cortes podría hacerse de tal manera que en él no participaran la totalidad de las salas de casación o las secciones sino salas de tres magistrados o incluso que fueran resueltas por magistrados únicos. (ii) Podría también preverse un mecanismo para que sólo algunas tutelas llegaran a las altas cortes. Ver al respecto, (Botero 1997).

<sup>15</sup> En sentido estricto, esa reforma legislativa resulta innecesaria, pues la violación directa de una norma de derecho sustancial es la causal clásica de casación, y es obvio que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales son normas de derecho sustancial. Pero la reforma tendría la virtud de mostrar expresamente que la casación, en un Estado social de derecho, fundado en la prevalencia de la Constitución y de los derechos fundamentales, es un mecanismo que no sólo está al servicio del principio de legalidad sino que también opera, dentro de ciertos límites, en función del principio de constitucionalidad, y en especial de la protección efectiva de los derechos fundamentales, como lo señaló uno de nosotros en una aclaración de voto sobre el tema. (Ver alaración de voto de Rodrigo Uprimny a la sentencia T-1306 de 2001).

necesidad y legitimidad justificaremos en el siguiente punto de este artículo. Dos razones apoyan esta propuesta. En primer lugar, porque por la vía de la tutela contra sentencias se logra una cierta constitucionalización del derecho que se pierde con la exclusión de la tutela de las altas cortes. Y en segundo lugar porque de todos modos las altas cortes tendrían que conocer al menos de la tutela contra sentencias.

En síntesis, en el tema de la congestión se pueden lograr consensos relativamente razonables: en primer lugar, la tutela conlleva una presión sobre el aparato judicial; ésta no es dramática pero es necesario estar atentos a su evolución en el futuro; segundo es necesario estudiar los factores que alimentan la demanda de tutela para encontrar soluciones a los problemas de la gente que pasen por la administración y el gobierno antes de que se conviertan en casos judiciales; finalmente, frente a las altas cortes, es necesario distribuir la carga de trabajo que actualmente tienen en el conjunto del aparato judicial, pero intentando preservar la vinculación preferente de esas corporaciones a la Constitución y a los derechos fundamentales.

## **II. Tutela contra sentencias**

El Gobierno propone una reforma en la cual se elimina cualquier posibilidad de tutela contra providencias judiciales. En este punto hay un enfrentamiento que toca no sólo con la concepción misma del tipo de justicia constitucional consagrado en la constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales sino que además implica una cierta disputa institucional sobre quien es el intérprete último del significado de los derechos fundamentales. Es por esto que este tema ha generado múltiples susceptibilidades en las altas esferas del Estado, las cuales han enrarecido el debate y oscurecido los argumentos de fondo que cada parte defiende. Una reformulación del debate mostrará sin embargo que las soluciones a este problema son relativamente simples, desde el punto de vista técnico, aunque no por ello más capaces de generar consenso, pues existen conflictos de poder y se oponen visiones distintas del derecho. Mientras en el tema anterior de la congestión, los acuerdos políticos pueden ser fáciles pero las soluciones prácticas y técnicas difíciles, aquí pasa lo contrario: los consensos son difíciles pero las soluciones técnicas son relativamente fáciles.

¿Cuál es el problema de la tutela contra providencias judiciales y cómo ha sido planteado el tema en Colombia? Para responder a esta pregunta hay que empezar por un breve recuento histórico.

La Constitución de 1991 no define claramente si puede o no puede haber tutela contra decisiones judiciales. El texto constitucional sólo se refiere a la posibilidad de entablar tutela contra la actuación de las autoridades públicas, lo cual sugiere que ésta procede contra las providencias judiciales, pues los jueces son una autoridad pública. El decreto reglamentario de la tutela (decreto 2591 de 1991) incorporaba la posibilidad de entablar

tutela contra providencias judiciales. En la sentencia T-006 de 1992, la sala segunda de revisión revocó una sentencia de tutela decidida por la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil - en la cual se denegó una acción interpuesta contra la Sala Penal de esa misma corporación<sup>16</sup>. La Corte Constitucional intentó consolidar y expandir la doctrina de la tutela contra sentencias en la sentencia T- 494 de 1992; en esta decisión, la Corte revocó la decisión de tutela de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la cual se denegaba el amparo a los derechos de posesión, debido proceso e igualdad de una mujer que buscaba la herencia de su compañero permanente. La Corte utilizó casi los mismos argumentos expresados en la T-006 de 1992. Entre estos argumentos sobresale el siguiente: si una sentencia no tiene un mínimo de justicia material, no puede aspirar a la cosa juzgada, y entonces puede atacarse a través de la acción de tutela, para evitar la vulneración a los derechos fundamentales.

En ese estado de la discusión, se presentó una demanda de inexecutableidad contra los artículos 11 y 40 del decreto 2591 de 1991, que regulaban la tutela contra providencias judiciales. La sentencia C-543 de 1992 decidió entonces declarar la inexecutableidad de las disposiciones demandadas con el argumento de que ellas afectaban los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, especialidad de las jurisdicciones y autonomía de los jueces. Sin embargo, esa misma sentencia abrió la posibilidad de que la tutela procediera contra las actuaciones de hecho de los jueces. Posteriormente, la sentencia T-079 de 1993 revisó una decisión de tutela emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que precisamente había amparado a un ciudadano contra una providencia judicial que configuraba una actuación de hecho. La Corte Constitucional empezó entonces a formular la doctrina de la vía de hecho, según la cual la tutela procede contra una decisión judicial cuando ésta incurra en un error de tal magnitud, que pueda concluirse que la misma se aparta, de manera tan ostensible, del ordenamiento jurídico, que en el fondo no es realmente una providencia sino una vía de hecho. La Corte ha precisado que existen cuatro defectos o yerros que transforman una providencia en vía de hecho susceptible de tutela: (i) el defecto sustantivo, si la norma invocada es claramente inaplicable al caso concreto; (ii) el defecto fáctico, o error grosero en la valoración probatoria; (iii) el defecto orgánico, por falta absoluta de competencia; (iv) y el defecto procedimental, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> El argumento de la Corte Suprema se basaba en que una de sus salas no podía conocer de las tutelas interpuestas contra decisiones judiciales de otras salas. La tutela fue revocada por la Corte Constitucional, que concedió la protección del derecho alegado. Para esta corporación, la decisión proferida por la Corte Suprema desconoció que el asunto planteado en la acción de tutela tenía como fondo la búsqueda de protección de un derecho fundamental. En consecuencia, su análisis no debió ser meramente formal o procesal sino que debió resolver de fondo el problema allí presentado, a cuyo estudio no podía sustraerse ese Tribunal. Según la argumentación de la Corte Constitucional, la acción de tutela es un mecanismo idóneo para evitar que a las personas les sean vulnerados sus derechos, sin importar si la vulneración tiene como origen una sentencia.

<sup>17</sup> Para el desarrollo de esta doctrina, ver, entre otras, las Sentencias T-231/94, T008/98, T-567/98 y T-654 de 1998. Ver también (Quinche 2001).

Como vemos, desde 1992 el debate sobre la tutela contra sentencias se ha planteado como una polémica entre defensores de la justicia material y defensores de la seguridad jurídica. Así, los defensores de la justicia material estaban llamados a defender la tutela contra sentencias, dado que, según lo dicho por los magistrados de la Corte Constitucional defensores de esa tesis, sólo puede aspirar a la cosa juzgada una sentencia que tenga un mínimo de justicia material<sup>18</sup>. Y ese mínimo de justicia material es el respeto de los derechos fundamentales. Y por ello, argumentan esos magistrados, la anulación de un sentencia ejecutoriada, por medio de la tutela, por violar los derechos fundamentales, en realidad no afecta la cosa juzgada, pues esa providencia no había alcanzado ese mínimo de justicia material que requiere toda providencia para poder aspirar a tener firmeza e inmutabilidad. De otra parte, los defensores de la seguridad jurídica, consideraban que la tutela contra sentencias destruía los principios de la cosa juzgada, la autonomía funcional de los jueces y el principio de especialidad, pues permitía no sólo que un juez revocara una sentencia ejecutoriada sino que además ese juez diera órdenes al funcionario que había decidido el caso inicial. Así, la tutela contra sentencias era vista como sinónimo de la defensa de la justicia material, mientras que la interdicción de la tutela contra providencias era concebida como sinónimo de la defensa de la seguridad jurídica. Sin embargo creemos que en estos términos el debate está mal planteado. En efecto, como veremos, la tesis inicial de los defensores de la tutela contra sentencias es tan admirable como insostenible. La tesis de los críticos de la tutela contra providencias, por su parte, es simplemente contradictoria.

La primera tesis es insostenible porque si siempre se requiere de un mínimo de justicia material para que una sentencia haga tránsito a cosa juzgada, entonces siempre se mantendría la posibilidad de impugnar una decisión judicial sin importar el paso del tiempo, lo cual es desde luego inconveniente, pues la función pacificadora del derecho depende, en gran medida, de que las decisiones judiciales adquieran firmeza y hagan tránsito a cosa juzgada, de tal manera que la determinación del juez sea definitiva y el asunto decidido no pueda ser nuevamente discutido. La tesis del mínimo de justicia material como presupuesto de la cosa juzgada elimina toda posibilidad de lograr un mínimo de seguridad jurídica.

De otra parte, la tesis de que la tutela contra sentencias afecta la seguridad jurídica es contradictoria. Más aún, la tutela contra sentencias tiene justamente por finalidad proteger la seguridad jurídica. Así como la casación es el mecanismo mediante el cual se unifica la interpretación de la ley, la tutela o el amparo ante el tribunal constitucional son los mecanismos que garantizan uniformidad en la interpretación de la constitución, teniendo en cuenta que distintas personas razonables pueden llegar a defender interpretaciones diversas sobre el alcance de una disposición constitucional.

---

<sup>18</sup> Al respecto, ver no sólo las sentencias T-06 de 1992 y T- 494 de 1992, sino además el salvamento de voto de los magistrados Angarita, Cifuentes y Martínez a la sentencia C-543 de 1992.

Un buen ejemplo que ilustra este argumento se encuentra en una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1816, en el caso *Martin v Hunter's Lessee*. En aquel momento, el tribunal supremo del Estado de Virginia se opuso a la aplicación de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU con el argumento de que, debido a la cláusula federal, la Corte estatal era suprema en el Estado respectivo, y no podía recibir orden de nadie. Con todo y dicha oposición, la Corte Suprema de los EEUU revocó la sentencia de la Corte de Virginia, y defendió la competencia de la Corte Suprema Federal para revocar sentencias de los tribunales supremos de los Estados. Luego de indicar algunos argumentos textuales e históricos que justificarían esa competencia, el juez Story, magistrado que redactó la sentencia, que es considerada una de las más importantes de la historia de Estados Unidos<sup>19</sup>, señaló el argumento decisivo, que es el siguiente

“Un motivo de otra naturaleza perfectamente compatible con el respeto más sincero por los tribunales estatales, induce a la concesión de un poder de apelación sobre sus decisiones. Este motivo es la importancia, incluso la necesidad de que se dicten decisiones uniformes en todos los Estados Unidos sobre todos los temas al amparo de la constitución. Jueces igualmente conocedores e íntegros en diferentes Estados pueden interpretar en forma diversa la ley, un tratado o la propia constitución. Si no existiera una autoridad con competencia para revisar esas sentencias discordantes y disonantes a fin de armonizarlas y unificarlas, las leyes, los tratados y la Constitución de los EEUU serían diferentes en los diferentes Estados y no tendrían tal vez nunca la misma interpretación, fuerza vinculante y eficacia en dos Estados”.

Esta sentencia es perfectamente aplicable al debate colombiano sobre la tutela contra sentencias pues la relación entre jurisdicción federal y jurisdicción de los Estados es semejante a aquella que existe entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria. Así, si no se admite la tutela contra sentencias, pues no hay la posibilidad de unificar la interpretación que los jueces del país hacen de la constitución. Por eso resulta extraño que un proyecto de reforma a la tutela que pretende introducir un sistema de precedentes y, a través de dicho sistema, pretende generar seguridad jurídica y uniformidad en la interpretación de la ley, no acepte que también debe existir un órgano que determine la uniformidad en la interpretación de la constitución. Sin tutela contra sentencias no existe aquello que en todo régimen constitucional se conoce como órgano de cierre. La última palabra sobre el alcance de los textos constitucionales se desdoblaría, de hecho, al menos en cuatro palabras: la de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema), la de la jurisdicción contenciosa (Consejo de Estado), la de la jurisdicción disciplinaria (Sala Disciplinaria del

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, Oliver Wendell Holmes, uno de los más prestigiosos magistrados y juristas de Estados Unidos, argumentó que esa sentencia era incluso más importante que el Fallo *Marbury v Madison*, que inventó el control constitucional. Según Holmes, es posible construir una nación sin control de constitucionalidad de las leyes; pero resulta difícil lograr ese propósito sin la existencia de una instancia que unifique la interpretación de las normas básicas.

Consejo de la Judicatura) y la de la propia jurisdicción constitucional, que en tal evento, dejaría de hacer honor a su nombre. Cada derecho estaría sujeto a interpretaciones diferentes en cada corte sin que hubiese posibilidad de unificar un sentido constitucional. Así, por ejemplo, el juez contencioso administrativo tendría que someterse a la doctrina de la Corte Constitucional cuando un determinado asunto se le presente por medio de una acción de tutela; sin embargo, se acogerá a lo dicho por el Consejo de Estado si el mismo asunto se le presenta a través de una acción de nulidad. Si, por ejemplo, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado no se ponen de acuerdo sobre el alcance de la consulta necesaria para expedir una licencia de explotación minera, ¿qué debe hacer el funcionario cuando intenta acatar la Constitución? ¿Y el particular?.

Un ejemplo más específico aclara lo anterior. Supongamos que la Corte Suprema tienda a privilegiar la protección del honor sobre la libertad de expresión, mientras que la Corte Constitucional tiene la posición contraria. Ambas interpretaciones son plausibles, pero que las dos coexistan como interpretaciones últimas de la Constitución genera una inseguridad jurídica total. Así, un periodista podría ser encarcelado por injuria, conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema, por un hecho que podría ser tutelado por la Corte Constitucional como legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Y este caso no es tan hipotético, como lo muestra la sentencia T-322 de 1996 de la Corte Constitucional, en donde este tribunal, en defensa de la libertad de expresión de los congresistas, revocó una decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema, que había ordenado a unos congresistas abstenerse de efectuar declaraciones en contra el secretario de Gobierno de Antioquia. Así, según la Corte Suprema, había habido violación a la intimidad y al buen nombre del secretario de Gobierno, mientras que la Corte Constitucional consideró que se trataba del legítimo derecho a la libertad de expresión y del control político de parte de los congresistas.

Incertidumbre total: un nuevo y promisorio campo para la argucia jurídica que tan maltrecho tiene el derecho en Colombia. Esta situación de incertidumbre sobre el sentido del derecho era considerada por Kelsen como una característica del derecho primitivo.

En todo régimen constitucional, que asuma que la Constitución es norma vinculante, es esencial que exista un tribunal judicial que diga la última palabra sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Por ello, Como dice Pérez Tremps, la supremacía de la interpretación del tribunal constitucional es la consecuencia lógica de la supremacía de la constitución y de la necesidad de unificar su interpretación (Pérez Tremps 1985)).

La importancia de la función que cumple este tribunal explica además el hecho de que su origen sea parcialmente político, a diferencia de lo que sucede, en general, con los demás órganos judiciales. Por esto, el Congreso, al eliminar el carácter unitario de la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales y dividirla en cuatro, está perdiendo la posibilidad de ejercer un cierto control sobre esta función jurisdiccional. En otros términos, la elección política de los magistrados de la Corte Constitucional crea un



vínculo entre control constitucional de derechos y la democracia representativa, vínculo que está ausente en el caso de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. Esto es de una gran importancia en sistemas jurídicos que poseen una constitución principialista, valorativa y abierta a la interpretación judicial, como es el caso colombiano. La reforma propone varias interpretaciones sobre los derechos fundamentales, cada una de ellas en cabeza de un alto tribunal y todas ellas con alguna dosis inevitable de subjetividad política. Es el peor sistema posible. El único sistema razonable es el que establece una sola visión de los derechos en cabeza del órgano más próximo a la democracia política y ante el cual puede tener lugar una cierta responsabilidad frente a los ciudadanos. Este órgano es la Corte Constitucional.

Por todo lo anterior creemos que el argumento de la seguridad jurídica es contradictorio. Si uno defiende la seguridad jurídica debe defender una cierta consistencia en la interpretación de las normas, tal vez no uniformidad absoluta, pero sí una cierta uniformidad en la interpretación jurídica. Y dicha coherencia sólo puede ser lograda por medio de la existencia de un órgano de cierre que asegure una consistencia en la interpretación de las cláusulas esencialmente abiertas del texto constitucional <sup>20</sup>.

Pero si no fuere suficiente lo anotado hasta el momento, podemos agregar que la revisión de amparos o tutelas provenientes de la jurisdicción ordinaria es un mecanismo acogido por la casi totalidad de los sistemas jurídicos dotados de un tribunal constitucional. En España y Alemania, por ejemplo, existe la posibilidad de que el tribunal constitucional, vía amparo, revoque providencias judiciales no sólo de todos los jueces sino incluso de la Corte Suprema. Más aún, la decisión de los amparos contra decisiones judiciales es considerada como la labor más importante de esos tribunales constitucionales (Favoreu 1994). En el ámbito latinoamericano también hay países que tienen tutela contra providencias judiciales. En México se contempla el amparo de casación, que es una forma de tutela contra providencias judiciales (Losing 2002). Es cierto que en otros países no existe la tutela contra sentencias. Por ejemplo, en Europa, Austria limita el amparo a las decisiones administrativas (Favoreu 1994), mientras que Ecuador, en América Latina, excluye el amparo contra providencias judiciales (Losing 2002). Sin embargo, esta breve referencia de derecho comparado muestra que no tiene pues nada de estrambótico, ni es ningún “imposible jurídico<sup>21</sup>”, que el tribunal constitucional revise y revoque las sentencias de los tribunales supremos, pues dicha práctica es muy usual en otros países con jurisdicción constitucional. Eso no significa que dicha competencia no haya suscitado controversias, y por ello en esos sistemas jurídicos también se ha hablado de la guerra entre las cortes (en Italia en los años sesenta) o han ocurrido enfrentamientos intensos

---

<sup>20</sup> En el mismo sentido véase (Botero 2002)

<sup>21</sup> La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 19 de marzo de 2002, Rad 13396, MP Luis Gonzalo Toro Correa, al negarse a cumplir una decisión de la Corte Constitucional que había dejado sin efectos una sentencia de casación, calificó de “imposible jurídico” toda orden judicial “contraria a una decisión de casación”. Todo indica que en España y Alemania proliferan esos imposibles jurídicos.

entre el tribunal supremo y el tribunal constitucional<sup>22</sup>. Sin embargo, en esos países, a pesar de esas controversias ocasionales, la doctrina es uniforme en defender el amparo contra providencias judiciales y la posibilidad de que el tribunal constitucional revoque las decisiones de los otros jueces, incluso del tribunal supremo, pues considera que es la única forma de que la constitución tenga verdaderamente fuerza normativa y exista una cierta unificación de la interpretación<sup>23</sup>. Esto es, el amparo contra providencias judiciales es visto como el mecanismo para lograr la seguridad jurídica en el respeto de los derechos fundamentales.

Así las cosas, si la tutela contra sentencias no sólo no atenta contra la seguridad jurídica sino que incluso la protege, ¿cuál es entonces la verdadera razón de la oposición de ciertos sectores de la doctrina y de la judicatura a esa figura? Según nuestro criterio, dos pueden ser las motivaciones: de un lado, un distinto entendimiento de la fuerza normativa de la Constitución; y, de otro lado, una disputa sobre quien tiene la última palabra sobre el alcance de los derechos fundamentales.

El debate conceptual no se desarrolla entonces entre los defensores de la justicia material y los defensores de la seguridad jurídica, sino entre los defensores de la constitucionalización del derecho y sus opositores. Es decir, el verdadero debate se libra entre una visión constitucional del derecho y una visión legal del derecho. Alguien que admita una visión constitucional del derecho de manera razonable admitirá que exista tutela contra providencias judiciales. Alguien que, en cambio, rechace dicha visión, sólo aceptará la unificación legal a partir del tribunal de casación. Cerrar la Corte Constitucional y excluir el control constitucional - dado que la ley es considerada como la única fuente del ordenamiento - es una consecuencia perfectamente consistente con esta visión. Si muchos de los opositores de la tutela contra sentencias no se atreven a llegar a esta conclusión, ello se debe a que quieren lograr los efectos legitimadores y simbólicos del constitucionalismo contemporáneo sin asumir plenamente sus implicaciones.

Y la disputa política se da por la resistencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado a admitir que la supremacía de la Constitución implica lógicamente una supremacía hermenéutica del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional. Esto es, esas altas corporaciones no aceptan que en una democracia constitucional, la interpretación que de la Constitución hace el tribunal constitucional debe ser la interpretación autorizada y

---

<sup>22</sup> Sobre la disputa entre el tribunal constitucional español y el tribunal supremo de ese país, ver (Marín 1998) capítulo 7, que relata en detalle esos conflictos, en especial el suscitado por la sentencia T-7 de 1994, que llevó al tribunal supremo a solicitar la intervención del rey, para evitar lo que veía como extralimitaciones del tribunal constitucional.

<sup>23</sup> La bibliografía sobre el tema es muy extensa, pero tiende a ser uniforme en este aspecto. Para no sobrecargar al lector con referencias bibliográficas, ver por todos (Pérez Tremps 1985). Como dice este autor, el amparo contra providencias “garantiza la unidad interpretativa de los derechos fundamentales, ya que cualquier actuación opuesta a dicha interpretación, y en su caso, las sentencias de los tribunales ordinarios que pudieran confirmar esa actuación, acabarán quedando sin efectos al poder ser recurridas ante el Tribunal Constitucional” (p 237).

vinculante de la Carta, no tanto porque sea siempre la mejor, sino exclusivamente porque es la única forma de asegurar una cierta consistencia en la interpretación de la norma básica. Y por ello, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado se resisten a admitir que la Corte Constitucional pueda revocar sus decisiones, porque comprenden que esa posibilidad implica reconocer una supremacía funcional del tribunal constitucional sobre los otros órganos judiciales. El ataque a la tutela contra sentencias desarrollado por esos tribunales es pues una tentativa por mantener la intangibilidad de sus decisiones. Pero como resulta poco elegante admitir que la crítica a la tutela contra sentencias es simplemente una lucha por mantener la supremacía de esos tribunales, el Consejo de Estado y la Corte Suprema han envuelto su ataque en el argumento de la seguridad jurídica, cuando, como creemos haberlo mostrado, el amparo contra providencias judiciales busca proteger ese trascendental valor.

Fuera de la anterior discusión conceptual, varios ejemplos ponen en evidencia que la verdadera razón del ataque a la tutela contra sentencia es la resistencia de esos tribunales, y en especial de la Corte Suprema, a admitir el valor normativo de la constitución y la fuerza preferente que debe tener la doctrina del tribunal constitucional. Un primer ejemplo es la sentencia T-13.561 de la Sala de Casación Laboral del 11 de mayo de 2000 MP. Germán Valdés. En esta decisión, la sala de casación laboral reconoce que la Corte Constitucional en la C-470 de 1997 (que es una sentencia de control) concluyó que existe un deber de reintegro en el caso de que una mujer embarazada que haya sido despedida sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo. Sin embargo, la Sala Laboral no acepta esa doctrina constitucional, y adopta su propia interpretación. Resulta pues paradójico que los defensores de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, a través de una acción de casación, desconozcan una sentencia de control constitucional que había hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y tiene fuerza *erga omnes*. Esto indicaría que el problema no es tanto de seguridad jurídica sino de resistencia a la doctrina constitucional elaborada por la Corte Constitucional, con el fin de defender la supremacía interpretativa de la Corte Suprema. La consideración 10 de la sentencia es significativa pues expresa claramente el rechazo a la fuerza normativa de la constitución y a la relevancia normativa de la doctrina constitucional sobre el derecho a la estabilidad reforzada que ampara a las mujeres embarazadas. Dice ese párrafo:

“Se traen estas reflexiones porque el Tribunal parece considerar viable recoger el entendimiento que le propone la parte demandante (que es la doctrina constitucional elaborada por la sentencia C-470 de 1997), pero como se vio, ello no es posible. La realidad es, como ya se dijo, que si una norma se declara exequible, ella continúa intacta y con su texto original, el cual podrá ser aplicado o interpretado según el criterio del juez quien solo está sometido al imperio de la Ley, como claramente lo determina el artículo 230 de la Carta Política. La jurisprudencia y la doctrina, según esa misma norma, solo "son criterios auxiliares de la actividad judicial", por lo que no se le pueden imponer como obligatorios al fallador. En rigor, si una norma brinda diferentes posibilidades de entendimiento o de aplicación, la definición en uno u otro sentido corresponde

precisamente a la actividad judicial y el señalamiento de la orientación jurisprudencial para el efecto es la función de la Corte Suprema en la jurisdicción ordinaria, por la vía del recurso de casación, cuya finalidad es precisamente la unificación de la jurisprudencia nacional como medio, a su vez, de procurar la seguridad jurídica. Por vía general el intérprete de la ley es el Congreso de la República y por vía particular, el intérprete de la misma es el juez.”

Otro ejemplo es la propuesta de reforma constitucional presentada en 1997 conjuntamente por la Corte Suprema y por el Consejo de Estado, en donde planteaban sustituir la tutela contra sentencias por una acción o recurso extraordinario por violación de derechos fundamentales<sup>24</sup>. Aparentemente esta propuesta parece ser simplemente un dispositivo para ajustar la tutela contra sentencias. Sin embargo la motivación era otra, pues el implícito de la misma es que dicho recurso debía ser planteado ante la misma Corte Suprema o ante el Consejo de Estado, con lo cual esas corporaciones quedaban desvinculadas de la doctrina constitucional.

Finalmente, el auto de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema del 19 de marzo de 2002, Proceso 15285, MP Alvaro Orlando Pérez Pinzón, expresa esa misma tendencia. En esa ocasión, esa Sala se negó a cumplir una decisión de tutela, que había revocado una sentencia de casación. La Corte Suprema argumentó que sus decisiones eran “inmodificables e intangibles” y no podían ser atacadas por tutela, “quizás exclusión hecha de la posibilidad de que por caso presentada una demanda en búsqueda de amparo contra la Corte Suprema de Justicia, ella misma, y sólo ella, y jamás otros organismo, sería la encargada del trámite correspondiente dentro su propio seno.” Nuevamente es pues claro que el ataque a la tutela contra sentencias no busca tanto proteger la seguridad jurídica sino desvincular al tribunal supremo de la doctrina sobre derechos fundamentales elaborada por la Corte Constitucional, lo cual obviamente incrementa la inseguridad jurídica.

Por todo lo anterior, estamos convencidos de que si uno cree en la constitucionalización del derecho ordinario y en la seguridad jurídica, debe entonces reconocer la necesidad de que exista un órgano unificador de la jurisprudencia, y por ende aceptar alguna forma de tutela contra providencias judiciales. ¿Quiere eso decir que en Colombia la situación es ideal, en la medida en que existe la tutela contra aquellas providencias judiciales que sean vías de hecho, y que por ende no hay que hacer reformas? Creemos que no. Existen por lo menos seis puntos que pueden ser objeto de reforma y que tienen por objeto hacer que la tutela contra providencias judiciales sea más racional, respete las jerarquías judiciales, y no se convierta en un mecanismo de última instancia en todos los procesos. Estas reformas son relativamente simples.

---

<sup>24</sup> Ver proyecto de Acto Legislativo 259 de 1997 –Cámara- y 34 de 1997 –Senado-

En primer lugar, se deben establecer competencias especiales para resolver los casos de tutelas contra sentencias; así se evita, por ejemplo, que una sentencia de la Corte Suprema sea anulada por un juez del circuito, lo cual es contrario al principio de jerarquía judicial. Ahora bien, esto ya fue en parte solucionado por el Decreto 1382 de 2000, que reguló algunas competencias especiales en esta materia, y que fue declarado exequible por la sentencia del 18 de julio de 2002 de la Sección Primera del Consejo de Estado<sup>25</sup>. Sin embargo, algunos ajustes siguen siendo necesarios.

En segundo lugar, la tutela contra sentencias debe tener un término de caducidad como cualquier otra acción judicial. Vencido ese término, la sentencia queda en firme por más de que no tenga el mínimo de justicia material.<sup>26</sup> De esa manera se evita que la tutela afecte la cosa juzgada, pues simplemente se entiende que, como lo dice la doctrina española, toda decisión judicial que ponga fin a un proceso no hace tránsito a cosa juzgada hasta que no haya transcurrido el plazo para interponer el recurso de amparo (Pérez Tremps 1985).

En tercer lugar, las tutelas contra providencias judiciales deberían requerir de abogado, si el proceso originario necesitaba también de abogado. Esto es importante pues evitaría la proliferación de tutelas injustificadas, ya que los jueces podrían imponer sanciones a aquellos abogados que abusen de esta acción judicial. Y no puede considerarse que este requisito implique un obstáculo al acceso a la justicia, pues si el demandante ya se valió de un abogado en el proceso original, no es desproporcionado exigirle que también recurra a un abogado para presentar la tutela.

En cuarto término, la ley debería establecer que quien quiera presentar una tutela contra una providencia judicial que ponga fin a un proceso, tendría la carga de haber invocado previamente la violación de ese derecho fundamental dentro del propio proceso, salvo que la vulneración ocurra en la propia sentencia<sup>27</sup>. Esta exigencia tendría un doble propósito: (i) fomentar la protección de los derechos fundamentales en el propio proceso ordinario, lo cual no sólo estimula la constitucionalización del derecho sino que además controla el incremento de la demanda de tutela; y (ii) evita que aquellos que pierden un caso recurran a la tutela como un mecanismo desesperado, e inventen posteriormente el derecho violado, pues la vulneración debe haber sido invocada desde el proceso ordinario.

---

<sup>25</sup> Esta conclusión es obviamente independiente de la opinión que uno pueda tener sobre la calidad jurídica de esa providencia, que es muy discutible, pues erosiona la reserva de ley estatutaria en esta materia.

<sup>26</sup> En todos los países que aceptan el amparo contra providencias judiciales, esta acción constitucional tiene un término de caducidad, que es en general de un mes. Así, Alemania prevé un mes y España veinte días (Favoreu 1994).

<sup>27</sup> Así lo prevé la regulación en otros países. Por ejemplo, en España, el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que para que el amparo prospere es necesario “que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello.”.

En quinto término, la doctrina sobre la vía de hecho debería ser perfeccionada y clarificada. En la actualidad, al menos en su enunciación formal, la tutela sólo procede contra actuaciones caprichosas o manifiestamente equivocadas de los jueces, que puedan ser calificadas como vías de hecho. Y la procedencia en esos eventos debe ser mantenida, a fin de que la tutela pueda operar como un remedio último contra graves injusticias. Sin embargo, como hemos visto, tal vez la función esencial de la tutela contra sentencias es la necesidad de unificar la interpretación del alcance de los derechos fundamentales. Y es claro que pueden existir discrepancias razonables sobre el alcance de los derechos fundamentales; sin embargo, la seguridad jurídica obliga a que sólo una de las interpretaciones pueda tener fuerza vinculante y obviamente debe ser aquellas del juez constitucional. Por ello la Corte Constitucional ha también aceptado que la tutela procede contra aquellas decisiones judiciales que se aparten de la doctrina fijada por la propia Corte sobre el alcance de un derecho fundamental<sup>28</sup>. Sin embargo, resulta discutible denominar “vía de hecho” esas decisiones, que expresan una visión distinta, pero que puede ser razonable, sobre el significado de la Carta. La procedencia de la tutela no proviene en estos casos del carácter caprichoso de la decisión judicial revisada sino de la necesidad de unificar los criterios sobre el alcance de los derechos fundamentales. Esto muestra pues que la doctrina de la vía de hecho resulta insuficiente.

Finalmente, podría pensarse que, salvo los casos de omisiones o situaciones que generen perjuicios irremediables, las acciones de tutela contra providencias que han puesto fin a un proceso podrían estar sujetas a plazos un poco más largos, pues si la persona ya esperó el trámite de un proceso ordinario, no parece existir la necesidad de que el juez constitucional deba decidir el asunto en el apremiante término de diez días. Podría preverse un término de uno o dos meses para decidir esos asuntos.

Con estos ajustes podría mantenerse una razonable legislación que permita lograr una seguridad jurídica compatible con el respeto a la cosa juzgada, la autonomía judicial y el principio de especialidad<sup>29</sup>. Se evitaría también el llamado “choque de trenes” del que hablan algunos: habría una instancia clara de unificación de la doctrina constitucional, de la misma manera como habría una instancia clara de unificación de la doctrina legal en el tribunal supremo o en el Contencioso o un tribunal supremo disciplinario en el Consejo Superior de la Judicatura. Sin tutela contra sentencias no habrá ningún mecanismo para que los colombianos nos entendamos en materia judicial, lo cual es agregar un motivo más para los ya demasiados desencuentros y conflictos que vive el país.

---

<sup>28</sup> Ver, entre otras, la sentencia T-1342 de 2001, fundamento 3.1. que dice que la tutela también procede “cuando los jueces se apartan en sus decisiones de los lineamientos fijados por ésta Corporación, como interprete autorizado de la Constitución Política, toda vez que a las autoridades judiciales y administrativas les corresponde aplicar en sus decisiones y actuaciones, primeramente, el ordenamiento constitucional, tal y como ha sido interpretado por la doctrina constitucional.”

<sup>29</sup> Respecto a este último punto es importante anotar que uno de los argumentos contra providencias judiciales sostiene ella rompe el principio de especialidad, debido a que, por ejemplo, un juez penal estaría decidiendo una tutela laboral. Sin embargo, la crítica está mal planteada. La tutela está concebida para proteger el derecho fundamental y no para pronunciarse sobre las consideraciones legales en litigio.

### III. La Tutela y los derechos sociales

Una de las discusiones más recurrentes, importantes y difíciles del constitucionalismo colombiano contemporáneo se refiere a la posibilidad de que los jueces, a través de decisiones de tutela, protejan derechos sociales, de tal manera que al hacerlo, afecten los presupuestos y el gasto público. Mientras en el tema de la congestión los consensos son fáciles y las soluciones difíciles y en el tema de tutela contra sentencias los consensos son difíciles y las soluciones fáciles, aquí en el tema de derechos sociales tanto los consensos como las soluciones son difíciles. Para desarrollar este tema procederemos de la siguiente manera. Inicialmente plantearemos el problema teórico y práctico que plantean los derechos sociales en el ámbito judicial y mostraremos algunas soluciones que dicho problema ha tenido en el derecho comparado (1). Enseguida nos ocuparemos de la solución que en Colombia se ha dado a este problema a través de la jurisprudencia de la Corte constitucional y de los efectos que ella ha ocasionado (2) luego explicaremos el debate que dicha solución ha causado entre defensores y opositores a la judicialización de los derechos sociales (3). Finalmente intentaremos una reorientación del debate (4).

#### 1. Problema teórico y derecho comparado

El tema de la judiciabilidad de los derechos sociales adquiere matices especialmente intensos hoy en día en nuestro país, debido a la dificultad de conciliar una constitución muy progresista en materia de derechos sociales con una realidad social colmada de necesidades e injusticias. Sin embargo, este no es solamente un debate colombiano; la tutela de derechos sociales suscita polémica en muchos otros países.<sup>30</sup> La judicialización de los derechos sociales plantea un problema de interpretación singular que consiste en la evaluación de los medios para lograr el fin constitucional propuesto. En efecto, mientras que en los derechos de libertad - o derechos negativos - la simple acción u omisión del Estado es, por lo general, un elemento suficiente para determinar la violación o la protección del derecho, en los derechos sociales se requiere de la evaluación de las

---

<sup>30</sup> La inclusión de los derechos sociales en el constitucionalismo temprano del siglo XX, es obra de la crítica socialista y marxista al principio liberal de igualdad, entendido como mera igualdad ante la ley. Según esta crítica de nada sirve la igualdad legal si esta no se complementa con una igualdad material que suponga las diferencias entre las personas e intente remediarlas al menos parcialmente. En El contrato Social, Rousseau dice lo siguiente: “Respecto de la igualdad, no hay que entender por esta palabra que el nivel de poder y de riqueza sea absolutamente el mismo, sino que, en cuanto poder, este quede por encima de toda violencia y nunca se ejerza sino en virtud del rango y de las leyes, y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse...” (Rousseau 1993). Siguiendo a Rousseau, se considera que una cierta igualdad mínima es necesaria para el ejercicio de la libertad. Se habla entonces de la necesidad de proteger la *libertad fáctica*, incluso por vía judicial, cuando la simple mayoría parlamentaria, por acción o por omisión, la deje en situación de desprotección (Alexy 1993).

acciones de protección - que pueden ser múltiples y variadas - para emitir un juicio de eficacia. Mientras en los derechos de libertad los problemas de realización resultan, por lo general, de obstáculos jurídicos, en los derechos sociales tales problemas provienen casi siempre de obstáculos fácticos. ¿Cómo determinar cuáles prestaciones son las requeridas por el derecho social? (Alexy, 1994: 453). Esta dificultad hace de los debates propios de la aplicación de los derechos sociales asuntos directamente ligados a la justicia distributiva y, por ende, a la actividad política. De ahí el problema que se origina en la atribución judicial - prevista por el constitucionalismo contemporáneo - de interpretar y proteger tales derechos, incluso, en ocasiones, en contra de lo previsto por las mayorías políticas en las disposiciones legales.

En el derecho comparado existen dos vías para la protección judicial de los derechos sociales<sup>31</sup> : la primera es una vía directa que se origina en la aplicación de normas de derecho positivo, de origen constitucional o legal, en las cuales se consagran derechos sociales judicializables, y la segunda es una vía indirecta que se construye judicialmente a través de la conexidad que, en caso concretos, los derechos sociales guardan con otros derechos considerados como judicializables por vía directa.

Casos de exigibilidad directa se encuentran en países como Argentina, México, Venezuela y Sudáfrica entre otros. En Argentina, por ejemplo, a través del amparo colectivo, los jueces han justificado la protección de los derechos sociales sin necesidad de establecer su conexidad con otros derechos civiles judicializables. Así por ejemplo, se ha logrado que el Estado produzca una vacuna contra la fiebre hemorrágica que las empresas farmacéuticas habían decidido no producir debido a la escasa rentabilidad económica que representaba<sup>32</sup>. De igual forma, los tribunales de justicia han concedido el amparo al derecho a la salud en el caso Paynemil, en donde una contaminación del agua con mercurio y plomo afectó a una comunidad indígena<sup>33</sup>. También merece destacarse el proceso iniciado por la asociación Benghalensis con el cual pudo lograrse que el Estado diera asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos a los enfermos de VIH - SIDA<sup>34</sup>.

En México, desde 1917, la exigibilidad de derechos sociales tiene su fundamento en la misma Constitución<sup>35</sup>. Aunque en la mayoría de los casos, el juicio de amparo no es el mecanismo principal para lograr la exigibilidad de los derechos sociales, en ciertos

---

<sup>31</sup> Los datos que citamos a continuación, fueron extraídos de (Abramovich 2002) y de (AA.VV 2002). Sobre el caso argentino puede consultarse (Sabsay 2002)

<sup>32</sup> Véase (Maistegui 2002)

<sup>33</sup> Defensoría de menores No. 3 Poder ejecutivo Municipal, Acción de amparo 46-99 (1999). Cf.(Abramovich 2002).

<sup>34</sup> Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, Sala I, Caso asociación Benghalensis y otros Vs. Ministerio de Salud, amparo ley 16.986 del 5 de marzo de 1998. Confirmada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2000. Citado por (Abramovich 2002).

<sup>35</sup> Véase (De la Rosa Rodríguez 2002).



eventos este ha sido aplicado directamente. Un ejemplo de ello es la protección de los derechos de los campesinos sometidos al régimen de reforma agraria.<sup>36</sup>

En Venezuela también existen derechos sociales cuya exigibilidad está consagrada en la Constitución a través del amparo. Si bien la carta venezolana sugiere que la protección de los derechos sociales se origina a partir de su conexidad con los derechos civiles, en ciertos eventos los derechos sociales han sido aplicados de manera directa. Así por ejemplo, en el año de 1998 se interpuso un amparo contra la Universidad Simón Bolívar por el cobro de aportes obligatorios a los estudiantes. La Corte sostuvo en ese entonces que el cobro establecido por la Universidad era una excepción a la gratuidad de la educación en instituciones oficiales y por tanto violaba la Constitución<sup>37</sup>.

En Suráfrica la Corte Constitucional ha protegido los derechos sociales por aplicación directa de la constitución. Son célebres los siguientes dos casos. El primero ocurrido en 1997 cuando un grupo de personas privadas de la libertad que padecían VIH-SIDA, interpusieron un recurso para que el Estado les brindara un tratamiento médico adecuado. La Corte del Cabo Sud-oriental, les concedió el amparo, argumentando por un lado, que el Estado no podía justificar la carencia de recursos para brindar el tratamiento a los reclusos, y por otro, que el tratamiento solicitado por los accionantes era imprescindible para mantener su salud<sup>38</sup>. El segundo caso fue fallado por la Corte Constitucional de Suráfrica en el año 2000. En esa oportunidad, la Corte estableció que la falta de diseño de políticas públicas efectivas en materia de vivienda, afectaba los derechos de los residentes de una población sobre la cual existía una orden de desalojo<sup>39</sup>. Sin embargo, si bien la Corte ha recibido un gran respaldo a su política de exigibilidad directa de los derechos sociales<sup>40</sup>, también ha denegado la protección cuando se demuestra que no obstante la ausencia de políticas diseñadas al respecto, no existe la apropiación de recursos para su satisfacción<sup>41</sup>.

Los derechos sociales en derecho comparado también suelen ser protegidos por vía indirecta. En estos casos la protección no se origina en una aplicación de normas constitucionales sino que se lleva a cabo a través de otros derechos y mediante la jurisprudencia. Los Estados Unidos adoptaron este sistema. El caso más célebre es quizás

---

<sup>36</sup> Cf. Cossio José, Justicia Constitucional en Iberoamérica, <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-mexico.htm>, visitada el 4 de noviembre de 2002.

<sup>37</sup> Citado en (Cubas 2002)

<sup>38</sup> (Abramovich 2002)

<sup>39</sup> Cf. Constitutional Court of South Africa, Grootboom Vs. The Government of South Africa, Case CCT 11, October 2000. Al respecto véase (Sunstein 2002).

<sup>40</sup> Por ejemplo respecto del artículo 38 de la Constitución sobre derecho a la libertad de asociación.

<sup>41</sup> Constitutional Court of South Africa, Soobramoney Vs. Minister of Health, Case CCT 32 November 1997. En esa oportunidad, la Corte denegó el amparo al derecho a la salud, a un enfermo renal terminal. El argumento tuvo como base el que tal protección afectaría a otros pacientes con una mayor posibilidad de superar su enfermedad.

Brown Vs. Board of Education<sup>42</sup>, en el cual la Corte apeló al criterio de igualdad para condenar la discriminación racial en las escuelas e imponer un modelo de educación integrada. En Canadá, por su parte, es muy conocido el proceso seguido por John y Linda Warren contra hospitales públicos que prestaban un servicio de salud discriminatorio en relación con la población sorda<sup>43</sup>.

En India, la Corte Suprema ha sido muy activa en la defensa de los derechos sociales de la población, al menos desde finales de los años setenta. En especial, ese tribunal ha intentado crear nuevos remedios judiciales para enfrentar la situación de pobreza y marginalidad en ese país, así como la explotación de ciertos grupos sociales. Por ejemplo, para evitar la explotación laboral de los niños, la sentencia Metha v State of Tamil Nadu, ordenó que si un empleador empleaba ilegalmente a un niño, debía pagar una multa de 20.000 rupias, las cuales eran manejadas por un fondo en beneficio de la infancia. Adicionalmente ordenó al Estado que asegurara que un miembro adulto de la familia del niño explotado recibiera un empleo, para satisfacer las necesidades del menor. Como si esto fuera poco sostuvo que si el Estado no era capaz de encontrarle empleo, entonces debía contribuir con 5.000 rupias al fondo. En otro caso conocido como Paschim Banga<sup>44</sup> la Corte protegió a unos moradores que intentaron, mediante demanda judicial, evitar ser desalojados de sus residencias, no obstante haberlas ocupado por la fuerza. En este caso la Corte sostuvo que el derecho a la vida resultaba afectado si no se encontraba una solución habitacional para los demandantes.<sup>45</sup>

En Israel también ha sido protegido el derecho a la salud de comunidades de beduinos que eran objeto de un trato discriminatorio por parte del Estado. Fue así como la Corte determinó que el Estado israelí debía garantizar servicios de salud y políticas de vivienda a estas poblaciones, tal como lo hacía para las comunidades israelitas<sup>46</sup>

Por otras vías los derechos sociales también han sido protegidos en Francia, por ejemplo a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes que establecían un trato discriminatorio en materia de seguridad social<sup>47</sup> y en España, en donde la Corte consideró discriminatorias las leyes que limitaban el otorgamiento de pensiones únicamente a las viudas.

---

<sup>42</sup> También puede consultarse Corte Suprema Estadounidense, 394 U.S. 618 (1969) Shapiro Vs. Thompson.

<sup>43</sup> Corte Suprema Canadiense, Eldrige Vs. British Columbia (Attorney General). 577, 616, año 1997

<sup>44</sup> (Abramovich 2002) . También puede consultarse el caso Olga Tellis Vs. Bombay Municipal Corporation.

<sup>45</sup> Sobre la evolución de la jurisprudencia india, ver (Cassels 1989); (Sathe 1998); (Van Bueren 1999)

<sup>46</sup> (Abramovich 2002)

<sup>47</sup> Consejo Constitucional Francés, Decisión No. 96-387 DC del 21 de enero de 1997.

Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha impuesto a ciertos Estados la obligación de proteger los derechos sociales. Tal es el caso Osman en Reino Unido<sup>48</sup>, en donde el Tribunal indicó que era una obligación del Estado proteger a individuos cuya vida estaba por actos criminales. Si bien este no es un caso de derechos sociales muestra como los jueces pueden imponer deberes positivos de prestación. Igualmente en España, en el caso Ostra<sup>49</sup>, el Tribunal determinó que era una obligación del Estado, controlar una planta depuradora que emitía gases con los cuales afectaba la salud de la población.

## **2. La solución dada por la jurisprudencia de la Corte y sus efectos recientes**

La Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por los jueces por la vía indirecta. La Corte diferencia entonces entre derechos fundamentales y otros, como los derechos sociales que sólo resultan protegidos por conexidad con aquellos. Para que un derecho social sea protegido se requiere que la desprotección que se invoca ante el juez implique la afectación de otro derecho que se considera fundamental y de aplicación inmediata, como es el caso, por ejemplo, de los derechos a la vida, a la salud, o a la dignidad humana.

Hasta 1998 la protección de derechos sociales por vía judicial, no obstante el carácter progresista de la jurisprudencia, no trajo consigo mayores conflictos entre jueces y funcionarios de las otras ramas del poder público. El número de decisiones de tutela por derechos sociales en sentido estricto<sup>50</sup> que fueron concedidas no superaba el 2%, de tal manera el activismo judicial sólo aparecía como algo inaceptable para los más aguerridos opositores del constitucionalismo social. La mayoría de estas decisiones, además, se referían a casos de personas vinculadas por contrato a un sistema estatal de prestación de servicios de salud, educación o seguridad social.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Osman Vs. Reino Unido, sentencia del 28 de octubre de 1998

<sup>49</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Ostra Vs. España, A 303 – C, 1994

<sup>50</sup> Hay una diferencia entre casos de derecho social, casos de derecho social prestacional y casos de derecho social prestacional en sentido estricto: los primeros son casos de tutela que se refieren a derechos sociales simplemente; los segundos implican una erogación económica por parte del Estado para proteger el derecho social invocado y, finalmente, los últimos, es decir los casos de derecho social en sentido estricto, son aquellos casos prestacionales, menos los casos que implican el pago de dineros debidos por el Estado, como por ejemplo cuando por medio de la tutela se paga una pensión de jubilación que había sido reconocida anteriormente. Son sólo estos últimos los que implican un activismo judicial en sentido estricto. Al respecto ver (García Villegas 2001).

<sup>51</sup> Las personas no vinculadas a estos ámbitos de protección de derechos, esto es, los más pobres, los marginados sociales, no eran objeto de ninguna protección. La mayor necesidad iba de la mano con el menor uso de la acción de tutela. La población marginada de los círculos de protección de derechos sociales no considera que la tutela es un instrumento adecuado para garantizar sus derechos constitucionales. Existe una especie de escepticismo de la población excluida en relación con las posibilidades reivindicativas de la acción de tutela. Esta actitud puede encontrar explicación en la falta de información, o quizás en el conocimiento del carácter restrictivo de las decisiones de los jueces.

Desde 1998 la situación cambia dramáticamente debido al aumento extraordinario de demandas de tutela por derecho a la salud contra el Instituto de los Seguros Sociales-EPS<sup>52</sup>. De 2.999 demandas contra el Instituto se pasó a 10.771 en 1998. Los costos se multiplicaron por tres: mientras en 1998 se necesitaron 4.793 millones de pesos, en 1999 fueron requeridos 15.878 para responder a la demanda de salud por tutela<sup>53</sup>. Así, a nivel general, las tutelas en donde se invocan formalmente los derechos a la salud o a la vida, en donde en general el peticionario reclama un tratamiento que considera necesario para preservar una vida digna, representaron en 1995 más o menos el 10% del total de tutelas presentadas y fueron aproximadamente unas 3.000. En el primer semestre de 1999, ese porcentaje se incrementó al 30% y el total de tutelas por ese concepto, en ese semestre, fue de casi 20.000, esto es, unas 40.000 al año<sup>54</sup>.

Nos parece entonces que, por los hechos anotados, el tema de la salud ha pasado a ser el más importante dentro del debate sobre la tutela por derechos sociales y por eso, en lo que sigue, nos concentramos en este tema más específico.

El aumento de las demandas de tutela por salud encontró apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la cual una persona puede instaurar una tutela para proteger su derecho a la salud cuando la prestación médica sea necesaria para llevar una vida digna y el demandante haga parte del sistema de seguridad social contributivo y se encuentre vinculada a una EPS. Pero incluso cuando en aquellos eventos en los cuales tales prestaciones se encuentran excluidas del plan obligatorio de salud (POS) el paciente tiene derecho a demandar el servicio por medio de la tutela cuando se cumplen las siguientes tres condiciones (i) un médico de la EPS respectiva haya ordenado el tratamiento, (ii) no exista un tratamiento equivalente en el POS y (iii) la persona no cuente con los recursos para pagar directamente el servicio. Con el fin de no alterar el equilibrio contractual de las EPS, la Corte ha admitido que éstas pueden repetir contra la cuenta pertinente del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). La Corte ha desarrollado, con algunas variaciones, una doctrina similar para las personas que hacen parte del régimen subsidiado. En determinados casos, en especial vinculados con personas que son portadoras del VIH, la Corte ha protegido incluso a personas que no hacen parte ni del régimen subsidiado ni del contributivo, y se encuentran entonces tan sólo vinculadas al sistema por subsidios a la oferta.

### **3. El debate**

---

<sup>52</sup> El ISS es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional vinculada al Ministerio del Trabajo. Desde 1995 se autorizó al Instituto para competir dentro del mercado de las EPS.

<sup>53</sup> Véase : (Las Tutelas al ISS: un problema por fallas jurídicas 2000); igualmente (Sotelo 2000)

<sup>54</sup> Ver (Estadísticas sobre la tutela 1999). Las cifras exactas son las siguientes. En 1995, fueron presentadas 1.1178 tutelas por vida (5.3%) y 1.525 (4.6%) por salud. En el primer semestre de 1999, hubo 9.383 (14.8%) tutelas por vida y 9.118 (14.4%) por salud.

Esta jurisprudencia de la Corte desencadenó, a partir de 1999, severas críticas contra la Corte Constitucional. Estas objeciones despertaron especial entusiasmo entre quienes defienden los beneficios de la economía de mercado y de la separación clásica entre los poderes del Estado de tal manera que se facilite la predecibilidad de las reglas de juego económicas. Según esta concepción los derechos sociales que consagra la constitución limitan la actuación de los jueces al desarrollo de programas decididos de conformidad con el proceso democrático y consagrados en leyes<sup>55</sup>. Los más radicales estiman incluso que los textos constitucionales que consagran derechos sociales no generan obligación alguna para el Estado y por lo tanto no contemplan derechos sino meros ideales<sup>56</sup>.

Del conjunto de críticas lanzadas contra la Corte sobresalen cuatro objeciones íntimamente relacionadas: 1) Los costosos tratamientos ordenados por vía de tutela para salvar unas pocas vidas drenan recursos que podrían ser utilizados más eficientemente para ampliar la cobertura de la salud a los sectores más pobres de la población. De esa manera, la Corte estaría produciendo decisiones que, por concentrarse en la protección de individuos de manera aislada, no tendría en cuenta los problemas de inequidad que resultan una vez se relacionan los recursos disponibles con las necesidades. 2) Esta inequidad resultaría de asignarle a los jueces una función que no les corresponde, como es la de decidir sobre la repartición de los recursos estatales. Los jueces al no tener una visión de conjunto de las

---

<sup>55</sup> Estos economistas reaccionaron no sólo contra las tutelas por derechos sociales las cuales, como se dijo tuvieron un fuerte aumento a partir de 1998, sino contra las sentencias de constitucionalidad de la Corte que desmontaron el sistema UPAC. Al respecto véase (Uprimny 2000). Así por ejemplo, a finales de 1999 Miguel Urrutia sostuvo que la Corte Constitucional carecía de sentido común y de conocimientos económicos (El Espectador del 29 de Octubre de 2000, sección 1 B). Rudolf Holmes y Maria Mercedes Cuellar, por su parte, sostuvieron que los fallos constitucionales mantendrían las nefastas condiciones de desempleo y que resultaría mejor elegir popularmente a los jueces, para evitar la dictadura judicial que impusieron en materia económica. (citados en: ¿Aquí quien manda?, En Semana, 30 de octubre a 11 de Noviembre de 2000, Pág.. 35 – 42). Sergio Clavijo, de su lado, sostuvo que “...en materia económica la escogencia de alternativas conlleva una subjetiva ponderación entre costos y beneficios cuyo resultado le corresponde a los elegidos en el proceso democrático”(Clavijo 2000). De igual forma en su texto “Banca central y coordinación económica” sostuvo que la Corte genera inseguridad jurídica con sus fallos “por la extralimitación en sus funciones legales (que) cubre amplios aspectos económicos”. Según su opinión, los efectos de las decisiones de la Corte repercuten negativamente en el presupuesto nacional, “agravando los efectos que ya han tenido los fallos que extendieron la mesada adicional para los regímenes especiales, la aplicación de la pensión gracia a casi todos los maestros, la prestación de salud sin atención a preexistencias, limitaciones en la provisión de medicamentos o la falta de pago en las contribuciones” (Cf. Pg 21 y ss.). Afirma igualmente, que su posición parte de los análisis que ha realizado J.C. Restrepo (“memorias de hacienda 1999 – 2000) y J.H. Botero (“Una crítica al funcionamiento de la Corte Constitucional”)

<sup>56</sup> Seguidores de Nozick y Hayek por ejemplo, podrían argumentar que los derechos sociales son espejismos de justicia incompatibles con el Estado constitucional y la protección de los verdaderos derechos, esto es, los derechos individuales. Por ejemplo Hayek (Hayek 1985), señala que “los derechos civiles y los nuevos derechos económicos y sociales no sólo no pueden ser realizados al mismo tiempo sino que son de hecho incompatibles; estos nuevos derechos no pueden ser aplicados sin destruir al mismo tiempo el orden liberal que persiguen los viejos derechos civiles”. Esta tesis niega pues la legitimidad de los derechos sociales. Obviamente no la compartimos.

necesidades de salud de la población, repartirían los recursos de manera arbitraria, 3) las sentencias de la Corte desconocen la necesidad de llevar a cabo un debate democrático sobre el alcance del derecho a la salud y 4). En una sociedad pobre, como la nuestra, los tratados internacionales sobre la materia sólo exigen que esos derechos se realicen de manera progresiva. Mientras no pueda satisfacerse integralmente el contenido de todos los derechos sociales, la sociedad debe tomar decisiones trágicas, como reducir los recursos para enfermedades de alto costo a fin de ampliar los programas de salud básica.

La Corte y sus defensores han respondido a esas objeciones con una defensa vigorosa de la cláusula de inmunidad de los derechos fundamentales<sup>57</sup>. Según esta cláusula los derechos fundamentales son derechos subjetivos que la Constitución reconoce, y lo hace por su enorme importancia para amparar la dignidad de las personas y para proteger incluso el propio procedimiento democrático. Al amparar los derechos sociales de las personas cuando su desprotección conlleva una afectación de la vida digna, los jueces sólo están cumpliendo con el deber aplicar una constitución que en esta materia es clara y enfática. Suponer que la realización de esos derechos se encuentra sujeta a una negociación política o a la disponibilidad de recursos es acabar con el sentido normativo que la constitución le otorga a la protección efectiva de la vida digna. Es al poder legislativo al que le corresponde resolver los problemas presupuestales y otros problemas que resultan de la protección de tales derechos. El impacto económico de las decisiones no es un argumento que justifica la no protección de estos derechos. Las consecuencias económicas de los fallos, son el precio que

---

<sup>57</sup> Entre los defensores de la jurisprudencia de la Corte vale la pena destacar la teoría elaborada por Rodolfo Arango, y destinada a la fundamentación dogmática de los derechos sociales. Según este autor es necesario crear un modelo de protección de derechos sociales que desplace el énfasis desde el contenido del derecho hacia la situación fáctica del individuo. En este nuevo enfoque el derecho subjetivo queda definido como “una posición normativa basada en razones válidas y suficientes, cuyo no-reconocimiento injustificado amenaza causar un daño inminente a su titular” (Arango 2001, 2002). Esta tesis encuentra en el concepto de *urgencia* un signo fundamental para el reconocimiento del derecho por parte de los jueces. El modelo propuesto por Arango se apoya en tres presupuestos teóricos. En primer lugar el concepto de libertad fáctica, en contraste con los conceptos de libertad positiva y negativa. La libertad fáctica se origina en las condiciones materiales necesarias para elegir efectivamente y, en consecuencia, para poder hacer uso de la libertad negativa. Desconocer esta dimensión de la libertad implica defender una noción idealista de la libertad que no toma en cuenta las condiciones de desigualdad existentes entre unos y otros. En segundo lugar el concepto de justicia compensatoria, en contraste con la idea de la justicia distributiva y en sintonía con la función correctora del control constitucional, y finalmente el concepto de dignidad humana como fuente de obligaciones en el Estado social de derecho. Bajo estos presupuestos, cuando las condiciones fácticas conllevan un atentado contra la dignidad, el Estado, a través de los jueces, debe acudir en auxilio de la persona afectada. Sin embargo, aclara Arango, no se trata de cualquier protección judicial, sino sólo de aquella indispensable y necesaria para restablecer el sentido de la vida humana. En un escrito reciente Arango sostiene que el Estado está *prima facie* obligado a brindar una prestación positiva a través de los jueces cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1) la persona se encuentra en una situación de necesidad que amenaza en forma inminente sus derechos fundamentales; 2) el legislador no ha tomado las medidas para enfrentar esta situación; 3) la actuación positiva del Estado puede evitar dicha situación y 4) la omisión del estado en este caso implica una violación de sus derechos fundamentales (Arango 2002).

se debe pagar por la realización de un Estado Social de Derecho en una sociedad con tantas carencias como la nuestra.

#### **4. Reformulación del debate**

Una conclusión inicial acerca de este debate es que este ha sido indebidamente radicalizado. Pareciera como si todo se jugara entre quienes defienden la tutela por derechos sociales y quienes se oponen. Sin embargo en estos términos el debate es insuficiente y equívoco, debido a que supone una claridad del significado de justiciabilidad de los derechos sociales que en realidad no existe. Puede haber distintas formas de protección judicial de los derechos sociales. Quienes se oponen a la jurisprudencia de la Corte en esta materia desconocen el hecho de que se oponen a un tipo específico de judiciabilidad de derechos sociales y que, en consecuencia, podrían eventualmente estar de acuerdo con otro tipo de protección judicial en el cual se eviten las consecuencias perjudiciales que ellos critican. Adicionalmente el debate se encuentra viciado por una argumentación crítica que se apoya en casos concretos y aislados y no en un análisis general de tipo teórico o empírico<sup>58</sup>. El debate no parece haber dejado claro que quienes defienden la tutela por derechos sociales no tienen que ser defensores incondicionales de toda la jurisprudencia de la corte constitucional en esa materia.

Creemos entonces que esta polémica debe ser replanteada. Aquí proponemos una posible manera de hacerlo. En primer lugar, se debe reconocer que ambas partes poseen argumentos de peso. A favor de la tutela para derechos sociales cuenta no sólo el énfasis normativo de la carta de derechos sino también los pactos internacionales de protección de los derechos sociales. A favor de la desjudicialización de los derechos sociales cuentan algunas preocupaciones bien fundadas sobre las consecuencias inequitativas de las dogmáticas desarrolladas por la Corte Constitucional en el tema.

En segundo lugar creemos que la pregunta que debemos hacernos no es la de si debe o no haber tutela para derechos sociales, sino más bien cuál debe ser la dogmática adecuada en materia de derechos sociales y cuáles deben ser los procedimientos para obtener dicha tutela. Esto supone desde luego tomar partido a favor de la judicialización de los derechos sociales. Algunos discutirán este supuesto, sin embargo creemos que en la medida en que se acepte el carácter normativo de la constitución colombiana hay que aceptar alguna

---

<sup>58</sup> Por eso los opositores a la judiciabilidad de los derechos sociales no disponen de un buen argumento cuando intentan mostrar las consecuencias graves de la tutela por derechos sociales a partir de lo sucedido en una decisión judicial específica. Un ejemplo que terminó siendo célebre entre los críticos de la Corte fue el de un niño que obtuvo tutela para obtener un tratamiento contra la leucemia que sólo podía llevarse a cabo con un trasplante en los Estados Unidos. Dicho tratamiento costó aproximadamente unos 2.000 millones de pesos del año 1999. Con ese dinero, decían los opositores a la Corte, dejó de proteger a cientos de personas. Dónde queda el principio de igualdad y la deliberación democrática del gasto público? Sin embargo, este no es un buen argumento debido a que generaliza a partir de un caso aislado y además supone que se trata de una decisión adecuada.

forma de protección de estos derechos. Lo que debemos preguntarnos, repetimos, es por el tipo de protección para los derechos sociales. Para responder a esta pregunta creemos que se podrían repensar algunos de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte. No todos aquellos que defienden el carácter normativo de los derechos sociales y en consecuencia su judiciabilidad están satisfechos con la manera como la Corte ha elaborado su jurisprudencia de derechos sociales<sup>59</sup>. El problema radica en que con un tal acento en la dignidad, la Corte desatiende posibles efectos inequitativos que resultan de la protección del derecho a la salud caso por caso. En este punto parecen tener razón los críticos de la Corte que reseñamos al inicio de este apartado. En efecto, la teoría de la Corte corre el riesgo de provocar profundas desigualdades cuando la prestación otorgada es tan costosa que no puede ser concedida por el sistema de salud a todos los que la requieren, entonces la decisión judicial estaría consagrando privilegios contrarios al principio de igualdad de trato, según el cual, todas las personas que se encuentren en una misma situación deben recibir un mismo tratamiento por las autoridades. Más aún, incluso si la prestación fuera universalizable, y su concesión por vía de tutela fuera entonces compatible con la igualdad de trato, ¿hasta qué punto la adjudicación de un tratamiento por fuera del POS afecta el principio de igualdad material, según el cual el Estado debe esforzarse por lograr que la igualdad entre los colombianos sea real y efectiva? La protección del derecho a la salud debe entonces intentar construir una teoría capaz de articular la protección del derecho a la vida digna con el respeto de la igualdad. Lo primero que advierte esta posición es que dicha articulación es difícil; hasta el momento no se ha logrado construir una dogmática constitucional satisfactoria al respecto. Sin embargo, esta dificultad no hace menos urgente la reflexión al respecto.

En relación con el derecho a la salud, uno de nosotros ha propuesto una posible articulación entre dignidad humana e igualdad que a continuación exponemos<sup>60</sup>. Esta propuesta consiste en asumir la visión del derecho a la salud como un derecho en sí mismo fundamental pero reducido a unos mínimos universalizables. La integración entre ambas concepciones podría operar así: en principio, el derecho a la salud debe ser

---

<sup>59</sup> Sin embargo en ambos casos, se acepta el carácter normativo— no simplemente programático - de los derechos sociales y en consecuencia se acepta la posibilidad de que estos sean protegidos, en ciertos eventos, por los jueces. En este sentido ambas posiciones comparten los siguientes postulados: 1. Por tratarse de normas que se aplican en una realidad social colmada de carencias, su aceptación como normas constitucionales implica una redistribución de recursos importante, 2. Por tratarse de normas y no simplemente de aspiraciones dicha redistribución debe llevarse a cabo en el presente 3. Debido a que es imposible transformar una sociedad en donde predomina la inequidad social y la marginalidad económica en una sociedad justa, tal como lo prevén las normas constitucionales, el problema consiste en determinar cuál parte del contenido normativo de los derechos sociales es de aplicación inmediata, quién determina dicha parte y cómo. 4. La respuesta a estos últimos interrogantes implica pensar el problema no sólo desde la perspectiva del juez sino también a partir de la elaboración de un modelo de protección de derechos sociales en el cual participa el legislador; cada uno de estos operadores mantiene sus respectivos ámbitos de definición y sus respectivas posibilidades de control y limitación de la actividad del otro.

<sup>60</sup> Se trata de una aclaración de voto a la Sentencia T-1207 de 2001, redactada por Rodrigo Uprimny quien en ese entonces actuaba como magistrado (e) de la Corte Constitucional



asumido como fundamental, y el Estado tiene entonces el deber de ampararlo a toda la población.

El derecho a la salud debería pues ser en sí mismo tutelable. Sin embargo, dado que sólo existen recursos limitados, el deber del Estado no consiste en proveer inmediatamente todos los servicios de salud que requieren las personas, sino que se limita a unos componentes básicos que se encuentran señalados en los artículos 12 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas y 10 del Protocolo de San Salvador, los cuales definen las obligaciones básicas y las prioridades elementales en este campo<sup>61</sup>. Estas prestaciones podrían ser eventualmente consideradas como el contenido esencial de este derecho. A partir de ese mínimo, el Estado tiene entonces la obligación de desarrollar progresivamente la satisfacción de ese derecho, por medio de planes de salud asegurados a toda la población. La extensión de esos planes dependerá de la disponibilidad de recursos y del propio debate democrático, pero una vez establecidos, por el carácter fundamental del derecho a la salud, esos componentes de desarrollo progresivo serían también tutelables, en caso de que existan omisiones o retardos injustificados por parte de las instituciones prestadoras de esos servicios.

La definición del alcance de los servicios de salud - lo cual hace parte del contenido de desarrollo progresivo del derecho - corresponde a las autoridades políticas, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social. Sin embargo, la libertad de las autoridades y de las mayorías en el diseño de esos planes tiene dos limitaciones: de un lado, toda restricción a un grado de protección ya alcanzado por la sociedad colombiana debe presumirse inconstitucional, pues sería regresiva en vez de progresiva; y, de otro lado, y es en este aspecto que la tradición jurisprudencial colombiana muestra toda su riqueza, en principio todas las prestaciones necesarias para proteger la vida digna de las personas deben ser incorporadas en esos planes, y por ello debe presumirse que la omisión de una prestación de esa naturaleza es inconstitucional.

Esto significa que la función del juez constitucional no sería la de añadir al POS todas aquellos servicios y medicamentos que pueden ser necesarios para preservar la vida digna del peticionario, sin importar su costo, pues esa jurisprudencia es problemática en términos de igualdad. Pero tampoco la definición del alcance del POS puede estar librada totalmente a la discreción de las autoridades política, ya que una tal jurisprudencia desprotege el derecho

---

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, dice al respecto el ordinal 2º del artículo 10 Protocolo de San Salvador: “2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: *a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables*”.

a la vida digna de las personas. Por ello, la solución podría ser que cada vez que se constate que se encuentra excluida del POS una prestación médica, que es necesaria para amparar la vida digna del peticionario, entonces el juez constitucional debe exigir de las autoridades políticas encargadas del diseño de esos planes, que justifiquen claramente esa exclusión. En tales circunstancias, si la justificación es insuficiente, la presunción de inconstitucionalidad operaría y la tutela debería entonces ser concedida.

La anterior visión debe ser complementada con una referencia especial a la situación de las poblaciones potencialmente discriminadas. El juez constitucional debe dar tratamiento especial a aquellas personas que, por ciertas condiciones sociales, o por las enfermedades que padecen, están sujetas a discriminaciones sociales. En estos casos, la exclusión de los planes de salud de los tratamientos y medicamentos que esas personas requieren para llevar una vida digna estaría cubierta por una doble presunción de inconstitucionalidad, por lo cual las autoridades tendrían que explicar convincentemente no sólo por qué esos tratamientos no pueden ser concedidos, sino además que la decisión de excluirlos del plan no obedeció a motivaciones discriminatorias. Por ello que la Corte ha tenido razón en proteger especialmente a los portadores de VIH y a los enfermos de SIDA.

Esta concepción estimula un diálogo creativo entre el juez constitucional y las autoridades políticas en el desarrollo progresivo de los derechos sociales en general, y del derecho a la salud en particular. Así, corresponde al proceso democrático definir el alcance de esos programas, pero el juez constitucional, al exigir una especial justificación de ciertas omisiones o regresiones en el diseño de esos planes, racionaliza la deliberación social y política sobre el derecho a la salud. Esta doctrina incita entonces una cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional, que vigoriza la democracia, al mismo tiempo que protege los derechos individuales, y por ello parece deseable. Y es que el juez constitucional, al proteger los derechos fundamentales, debe evitar adoptar fórmulas demasiado rígidas, salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática, que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema. Por ello, como bien lo destaca Nino, los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten del debate democrático, únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio "*pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos*"<sup>62</sup>. Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y en cambio deben rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es "*contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas*"<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup>(Nino 1997).

<sup>63</sup> *Ibidem*, p 293.

Esta propuesta, sin embargo, puede ser objeto de una crítica fundada en la debilidad del sistema democrático en nuestro país y en la consecuente dificultad de defender derechos a través de la legislación. Dicha crítica apunta a lo siguiente: el debate sobre la protección de los derechos sociales por vía de tutela no se reduce ni al problema de sus efectos económicos, ni tampoco al problema interpretativo o dogmático. El contexto inter-institucional en el que deciden los jueces también parece ser importante. En materia de derechos sociales tal contexto está marcado por las relaciones entre jueces y gasto público, o mejor aún, entre los jueces y la legislación, entendida ésta como la expresión democrática encargada de definir el gasto público. Los derechos sociales deben ser desarrollados prioritariamente a través de las leyes. Los jueces, en cambio, están llamados a cumplir una función remedial, en aquellos casos en los cuales la legislación ha sido insuficiente para proteger los derechos. La constitución contempla pues una situación ideal de división del trabajo, control y complementariedad entre legislador y juez. Hasta aquí lo que dice la constitución. Pero ¿qué pasa cuando esta situación ideal no se cumple en la práctica?. Qué pasa cuando los jueces perciben que la intervención del legislador ha sido deficiente? Dicho en otros términos, ¿cambia el sentido de la interpretación de las normas de derechos constitucionales cuando los jueces estiman que se encuentran frente a una omisión del legislador que viola los derechos consagrados en la constitución?. Todo indica que sí. Desde el punto de vista de la interpretación judicial, la percepción de un sistema legislativo inoperante sirve como razón para justificar el activismo, como un remedio contra la ausencia de la ley. La valoración del activismo judicial en materia de derechos sociales no parece ser la misma cuando existe un desarrollo legislativo adecuado de la constitución que cuando este no existe. En este último caso, la brecha entre la situación de desamparo de quienes acuden a la justicia a través de la tutela, por una parte, y la fuerza normativa y protectora de los derechos sociales constitucionales, por la otra, crea en el juez una justificación axiológica de su activismo y de su intervención en las competencias atribuidas a otros funcionarios del Estado. No es fácil asumir una actitud pasiva cuando se es el guardián de una constitución tan progresista como la colombiana y se vive en medio de tanta indolencia social e institucional frente a sufrimiento y el ostracismo de una buena parte de la población (García Villegas 2001).

Estas consideraciones sociojurídicas sobre el funcionamiento del sistema político colombiano son importantes. Sin embargo, no creemos que pongan en tela de juicio la solución que aquí hemos planteado y que se funda en un esquema de protección doble: debe haber, por un lado, unas autoridades políticas que mantengan la competencia de definir el sentido y alcance de los derechos sociales, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social y, por el otro lado, debe haber una justicia constitucional que guarde la posibilidad de intervenir en defensa de los derechos cuando se incumplan los mínimos -no negociables en el ámbito político- que consagra la constitución. Entre esos mínimos estaría la incorporación a la ley de todas las prestaciones necesarias para proteger una vida digna. Quedaría entonces abierta la posibilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en aquellos casos en los cuales el legislador no desarrolle la constitución. La

constitucionalidad por omisión sería la manera como los jueces constitucionales podrían ejercer una presión sobre el legislativo para que este asuma sus responsabilidades en materia de derechos sociales. El modelo contempla así una dosis de activismo judicial necesaria para jalonar la intervención de las instancias políticas en el desarrollo de los derechos sociales, sin que ello implique una subordinación de tales instancias frente al poder judicial. La experiencia que hemos tenido con la constitución de 1991 en materia de derechos sociales muestra cómo la intervención de los jueces, y de la Corte en particular, ha sido útil para movilizar al gobierno y a los legisladores en beneficio de políticas sociales que de otro modo no habrían visto la luz pública. Es deseable que eso continúe. Sin embargo, también es deseable que el proceso de deliberación democrático juegue un papel más activo e importante en la protección de los derechos sociales. Si de lograr unos mínimos no negociables en la protección de derechos sociales se trata, es mejor que la Corte consiga dicho propósito por la vía indirecta de la presión sobre los legisladores y no asumiendo ella misma dicha función. Esto no sólo evita el desgaste político de la Corte, sino que también fortalece la función del Congreso.

#### **IV. Conclusiones**

En este ensayo nos hemos ocupado de tres propuestas de reforma a la acción de tutela presentadas recientemente por el gobierno nacional. Ellas son: la exclusión del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia del conocimiento de tutelas; la exclusión de la tutela contra sentencias y la supresión de la tutela por derechos sociales. En la justificación dada por el gobierno, estas tres reformas son respuestas adecuadas para resolver, respectivamente, los siguientes tres problemas: en primer lugar la congestión que la tutela ha producido en las altas Cortes; en segundo lugar el riesgo de menoscabo del principio de la cosa juzgada como consecuencia de la existencia potencial de las tutelas contra sentencias y, finalmente, el descalabro de las finanzas públicas y el desconocimiento de las competencias de los órganos políticos del Estado como consecuencia de la posibilidad de obtener protección de derechos sociales por medio de la tutela.

Hemos reconocido la gravedad del problema de la congestión y con ella la necesidad de la propuesta gubernamental; sin embargo, creemos que esta solución es un mal necesario que sólo sería aceptable si, por un lado, se reconoce la posibilidad de entablar tutela contra sentencias y por el otro se hace un mayor énfasis en la constitucionalización de los procesos ordinarios, por ejemplo, previendo como causal de casación la violación de normas constitucionales. La tutela contra sentencias compensaría en algo los efectos perversos de una cultura de desapego, e incluso de desdén que la Corte Suprema y del Consejo de Estado hoy en día exhiben respecto de la acción de tutela, cultura esta que se vería acentuada por la propuesta de excluirlas del conocimiento de la tutela.

Esta aceptación condicionada de la primera propuesta del gobierno es tanto más razonable cuanto que la condición que proponemos, es decir la tutela contra sentencias, está

plenamente justificada en el marco de la constitución. Como también lo está, creemos, la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por vía de tutela.

Nuestro desacuerdo con estas otras dos propuestas de reforma presentadas por el gobierno – exclusión de la tutela contra sentencias y de la tutela por derechos sociales – es un desacuerdo de fondo. Diferencias radicales de concepción jurídico-política median entre nuestros puntos de vista y aquellos plasmados en la reforma. Sin embargo, ni el gobierno ni sus defensores en esta materia se atreven a poner de presente la profundidad de tales diferencias - las cuales implican incluso poner en tela de juicio el andamiaje constitucional actual, lo cual no parece muy rentable desde el punto de vista político – y, en cambio, se refugian en una argumentación puntual de tipo dogmático y en ocasiones procesalista para defender su proyecto.

Estos desacuerdos profundos son de dos tipos. El primero de ellos se refiere a la concepción misma del sistema constitucional y, en particular, al papel que una Corte Constitucional cumple en tal sistema. El rechazo de la tutela contra sentencias, por ejemplo, con el argumento de que se atenta contra la cosa juzgada se origina en una profunda confusión sobre el significado del sistema constitucional, a tal punto que sólo puede explicarse como un intento de esconder una oposición política más o menos velada al control que ejerce la Corte, con la máscara procesalista de la defensa de la cosa juzgada, cuya protección es justamente una de las razones fundamentales de la existencia de la tutela contra sentencias.

El segundo desacuerdo de fondo se refiere a la concepción de la justicia y en particular del papel de la justicia constitucional en la protección de los derechos fundamentales. La exclusión de la tutela por derechos sociales, por ejemplo, obedece a una tipo justicia constitucional de muy buen recibo hoy en día entre los defensores de doctrinas neoliberales y los promotores de la reciente ola de reformas judiciales en América Latina, más interesados en la protección del mercado que en la defensa de los derechos de las personas (Rodríguez 2002). Es cierto que la aceptación de los derechos sociales plantea problemas agudos de distribución de competencias y de diseño dogmático; sin embargo, estas dificultades no son insuperables, como hemos intentado mostrarlo en este ensayo. Pero los opositores a la tutela social no se interesan en explorar otras vías de solución, por la simple razón de que su desacuerdo fundamental no es tanto con la vulneración de las competencias de las instancias de representación política, sino sobre todo con un tipo de protección de los derechos fundamentales que implica una cierta redistribución económica en beneficio de los pobres, la cual es contraria a los principios neoliberales. Su insistencia en la separación de competencias entre jueces y entidades de representación política es en realidad una manera elegante de esconder una concepción restrictiva del papel del juez de tutela, concepción esta que encaja mal en el andamiaje normativo ideado por la constitución de 1991.

## Referencias

- AA.VV. 2002. El derecho a exigir nuestros derechos. Barcelona: Observatorio de derechos económicos, sociales y culturales. In *Observatorio DESC*. Paris: Terre des hommes.
- Abramovich, Victor y Christian Courtis. 2002. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, Rodolfo. 2001. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de derecho público - Facultad de derecho universidad de los Andes* 12.
- . 2002. Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial. *El Otro Derecho* 28.
- Botero, Catalina. 2002. Acción de Tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico. Bogotá.
- Botero, Catalina, Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny. 1997. Comentarios al proyecto que intenta reformar la acción de tutela. In *Incidencia social de la acción de tutela*, edited by M. García Villegas. Bogotá: Cijus - Universidad de los Andes.
- Cassels, Jaime. 1989. Judicial Activism and Public Interest in India: Attempting the impossible? *The American Journal of Comparative Law*.
- Cepeda, Manuel José. 2000. Qué hacer con la tutela? *Justicia y desarrollo* Año III (11).
- Clavijo, Sergio, ". 2000. Fallos y fallas económicas de las altas Cortes: el caso de Colombia 1991 - 2001. Bogotá.
- Cubas, Raúl. 2002. La defensa y promoción de los DESC: una síntesis de la reflexión teórica y de la experiencia práctica en Venezuela. In *El derecho a exigir nuestros derechos*, edited by G. Maistegui. Barcelona: Observatorio de derechos económicos, sociales y culturales - Terre des hommes.
- De la Rosa Rodríguez, Javier. 2002. México, Alternar sin Alterar. In *El derecho a exigir nuestros derechos*. Barcelona Terre des Hommes: Observatorio DESC.
- Estadísticas sobre la tutela. 1999. Bogotá: Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura.
- Favoreu, Louis. 1994. *Los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Ariel.
- Fuentes, Alfredo y Carlos Amaya. 2001. Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste. In *Estudios sobre justicia en Colombia. Estudios Ocasionales*. Bogotá: CIJUS - Universidad de Los Andes.
- García Villegas, Mauricio. 2001. Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. In *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, edited by B. d. S. S. y. M. G. Villegas. Bogotá: Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes.
- García Villegas, Mauricio, Elena Olea, Cesar Rordíguez. 1997. Justicia Constitucional y Acción de Tutela. Bogotá: CIJUS Universidad de los Andes.
- Hayek. 1985. *Derecho Legislación y Libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Las Tutelas al ISS: un problema por fallas jurídicas. 2000. *Revista Económica Colombiana y coyuntura política* (278).
- Londoño, Fernando. 2001. La economía en la Constitución de 1991. *Revista Javeriana* 137 (678).
- Losing, Norbert. 2002. *La jurisdiccionalidad constitucional en América Latina*. Madrid: Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung.

- Maistegui, Graciela. 2002. La integración de estrategias complementarias de exigibilidad de DESC. In *El derecho a exigir nuestros derechos*. Barcelona: Observatorio de derechos económicos, sociales y culturales - Terre des hommes.
- Marín, José Angel. 1998. *Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Ariel.
- Nino, Carlos Santiago. 1997. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Pérez Tremps, Pablo. 1985. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Quinche, R. Manuel Fernando. 2001. *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Huella de la ley.
- Rodríguez, Cesar, Rodrigo Uprimny. 2002. Justicia para todos o seguridad para el mercado?. El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina. Bogotá.
- Rousseau, Jean Jaques. 1993. *El contrato social*. Barcelona: Tecnos.
- Sabsay, Daniel. 2002. El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales (Argentina). In *Exitos y fracasos en la defensa jurídica del medio ambiente*. Santiago: Terram publicaciones.
- Sathe, S.P. 1998. Judicial Activism. *Journal of the Indian School of Political Economy* 10.
- Sotelo, Luis Carlos. 2000. Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones economico-políticas. *Archivos de macroeconomía* Documento 133 - Departamento Nacional de Planeación.
- Sunstein, Cass. 2002. Social and Economic Rights? Lessons From South Africa, at Chicago.
- Uprimny, Rodrigo. 2000. Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC. *Pensamiento Jurídico* 13.
- Van Bueren, Geraldine. 1999. Alleviating Poverty through the Constitutional Court. *South African Journal of Human Rights* 15.