

# La Tutela: herejía necesaria

OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ\*

---

La acción de tutela perfila un nuevo derecho y exige un discurso jurídico diferente al tradicional y obliga a manejar una racionalidad progresista. Es, además, una ventana que permite la entrada de la luz en la oscura morada de la intolerancia colombiana.

Consagrada en la Constitución Política de 1991, su tardía aparición ha planteado situaciones muy interesantes: Por un lado, el ciudadano ha notado que por primera vez en la historia de la República la justicia está a la mano y, por otro aspecto, los jueces se han visto abocados a una nueva forma de la estatización de la justicia. Esto plantea un desafío para la literatura jurídica de nuestro país, huerfana de conceptualidad propia.

No será fácil proyectar una seria y creativa teoría al rededor de esta figura jurídica.

---

\* Abogado, político, ex-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Incca de Colombia.

contra quienes sueñan con un derecho abstracto inmune al sudor y a las lágrimas de nuestro pueblo. Es mas bién una invitación a la reflexión, animada por la ilusión de que lo razonable puede ser atendible. En otras palabras, es una invocación al verdadero **CRITERIO**, a pensar, a ser justos.

### **El criterio jurídico**

El vocablo criterio, del griego KRINO (juicio, discernimiento),designa expresamente la metodología para juzgar o discernir lo verdadero de lo falso. Los escolásticos lo calificaban como "judicium veritatis". Entonces, acudó a la criteriología, se ha violado o no un derecho fundamental.

Pero, si se trata de avanzar, el criterio no puede circunscribirse a la bipolaridad: lo verdadero y lo falso. En el mundo moderno existe lo verdadero, lo falso y lo posible.

Es interesante observar cómo un buen número de sentencias de la Corte Constitucional, en materia de tutela, desarrollan como premisa el respeto a un derecho y, sin embargo, en la conclusión, en la resolución, no se accede a la petición de quien instauró la acción. Esto causa perplejidad a quienes consideran que la justicia es para solucionar el conflicto entre dos partes. Visión en blanco y negro, secuela del maniqueismo. Hoy, la justicia también es pedagogía, debe acercarse a las ciencias sociales, alejandose muchas veces, por ser necesario, de la fria lógica formal. Sin convertir a la justicia, claro está, en simple orientadora de conductas sociales porque se desviaría a terrenos deleznable. Me explico:

Pedagogía constitucional, se lee con frecuencia en las sentencias de los Magistrados. Essto es muy bueno, mientras no se convierta en una ortopedia social que suplante la iniciativa del pueblo y se convierta en una forma de poder inherente a la sociedad disciplinaria. A esto últmino lo llama MICHEL FOUCAULT el "panoptismo".

"En el panóptico se producirá algo totalmente diferente, ya no hay mas indagación sino vigilancia, examen. No se trata de reconstituir un acontecimiento, sino algo, o mejor dicho se trata de vigilar sin interrupción y totalmente. Vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder-maestro de escuela, jefe de oficina, médico, psiquiatra, director de prisión- y que, porque ejerce ese poder, tiene la

Otro caso: se volvió costumbre que en la tutela la prueba no busca reconstruir un acontecimiento para juzgar su contenido agresivo contra el individuo, sino que, y esto se fácilmente en las providencias de la Corte Constitucional, se examina si el detentador de un poder grande o pequeño cumple o no con las normas y se conduce como debiera ser, se corre el peligro de convertir el nuevo derecho en la expresión mas acabada del viejo positivismo jurídico. Tan es cierto lo que afirmo que, en muchos casos la Corte Constitucional fija unas pautas de conducta en los considerandos y decide en contra del peticionario en la parte resolutive. No critico este procedimiento, llamo la atención sobre el peligro de su generalización.

No quiero decir que se llegue al extremo de limitar la decisión a un simple juzgamiento entre lo verdadero y lo falso, entre otras cosas porque nuestro pueblo requiere de ilustración sobre sus derechos y porque el avance de las ciencias obliga a un manejo más complejo del raciocinio y a una mayor agilidad en la comprensión de los problemas. Insinúo que se replantee el sistema de revisión y, mientras tanto, se solucionen estos y otros inconvenientes con el máximo de criterio jurídico.

Sin olvidar que el criterio juridico debe admitir que ahora hay pluralidad de lógicas. El Juez de la tutela tiene la obligación de superar el esquema liberal del Estado de Derecho, inspirado en el positivismo y elaborar interpretaciones humanas a sabiendas de que la filosofía ha abierto la posibilidad de que los modelos lógicos sean compatibles con las ciencias sociales.

### **Superación de la lógica formal**

Se oye decir que no es labor de los jueces crear, sino hacer cumplir las leyes. Esta esquemática afirmación se explica como resultado de una formación intelectual estamentaria en la cual el derecho se maneja con una indiscutible lógica formal. Dentro de este contexto, el Estado de Derecho era la panacea. Y hay que reconocer que con mucha profundidad la jurisprudencia nacional buscaba conformar algo que se acercara a la ciencia del derecho y se acogió el neopositivismo con respaldo en la teoría pura del derecho. Por eso, se ubica a Kelsen como el jurista mas importante de este siglo y se llegó a afirmar que hay identificación de la lógica formal y de la lógica trascendental en la lógica jurídica (Planteamiento de NIETO ARTETE). Como si solamente hubiera dos lógicas y una lógica suprema: la jurídica..

Magistrado no fue mas que una súplica, desatendida por el propio Presidente de la República. Y la estructura (arquitectónicamente opresiva) del Palacio de Justicia quedó vuelta escombros, sepultando archivos que se suponían históricos. De manera que las instituciones judiciales, operando dentro de su lógica formal, a la hora de la verdad quedan supeditadas a las decisiones del ejecutivo.

## Poder y legalidad

En el proceso de estatización de la justicia, los altos Tribunales del país basaban su imperio en el castigo de quienes se colocaran por fuera del espacio de la legalidad. La valoración que hacían entre la ley y la conducta no era solamente su oficio sino argumento de poder.

Por supuesto que esta actitud se enmarca dentro de la división tripartita de los poderes públicos, está institucionalizada y es históricamente explicable. Desde la Alta Edad Media se consideró que el conflicto entre dos individuos iba mas allá del daño que el acusado le ocasionaba a la víctima porque la ofensa también afectaba a la ley misma del Estado. Y, quedando en unos pocos el Poder de juzgar, quien lo hacía representaba mas el Estado que al afán de lograr soluciones equitativas. Se acuñó la frase: el imperio de la justicia. El ciudadano principió a mirar a los jueces y a considerar a la justicia como algo extraño o como parte del aparato represivo. En la Alta Edad Media los obispos de Reims, Lyon, Caambral, se creyeron los emisarios de un sol-Cristo al cual había que venerar de rodillas, en un idioma que no entendiera el pueblo y en una liturgia donde el oficiante estuviera separado de los laicos por las rejas y por el coro. Y esto condujo al aparecimiento de un Cristo de los campesinos y de los pobres defendido por innumerables sectas que los obispos calificaban de herejes y entre las cuales sobresalieron los valdenses y los cátaros. Si esto ocurrió hace casi mil años, vale la pena preguntar: que pasaría si la justicia se mantuviera incólume en la estratosfera y solamente pudiera ser manejada por unos escogidos?

La importancia burocrática que tuvo la Corte Suprema, debido al sistema de cooptación de sus miembros y de elección muchas veces por simpatía de quienes fueron Magistrados de Tribunal, desdibujó la aplicación de la justicia y el **PODER** se convirtió en el centro del ejercicio de la magistratura. Entonces, el conflicto jurídico fue superado en muchos casos por el conflicto

Esta postura que refleja una cierta forma de civilización es acogida por nuestro Consejo de Estado en Colombia, superándose la teoría clásica de la falta del servicio y hoy, frente a las miles de arbitrariedades cometidas especialmente por los agentes de la seguridad del gobierno, la jurisdicción contenciosa es pródiga en condenas contra la Nación. Por eso causa perplejidad que el Consejo de Estado, tan avanzado en el reconocimiento de la teoría de la responsabilidad objetiva, se torne tercamente intransigente en su ataque a la tutela, surgida también en momentos muy convulsionados de nuestra historia, y propugne porque el ciudadano se conforme con la palabra tutela pero no con el ejercicio de la misma. Esta incoherencia debe tener alguna explicación: parecería que dada la formación teórica de los Consejeros de Estado ellos se hubieran engolosinado idolatrando a un derecho idealizado, puro, que se mantiene por inercia y no por la fuerza de la historia.

Con esta forma de pensar fácilmente se cae en la lógica formal y se vuelve a Kant, olvidándose que con Hegel toma cuerpo la lógica dialéctica, luego no tiene mucho sentido lo dicho por Nieto Arteta de que la lógica jurídica es el sitio donde se encuentran la lógica trascendental y la lógica formal. Ni mucho menos puede ser compatible con el mundo moderno una interpretación recortada de la lógica cuando ya se habla de la lógica de los conjuntos, que hace suponer varios modelos lógicos, llegándose hasta el grado de darle lógica al mito (que muchas veces es conjunción de lo racional con lo absurdo). Si se leen con atención algunas sentencias del Consejo de Estado, hay que reconocer una coherencia formal en el raciocinio. Lo curioso es que algunas veces esto perjudica menos a los trabajadores (caso de las suspensiones de decretos sobre modernización del Estado), que la retórica favorable (pero con decisión adversa) de algunas sentencias de tutela en la Corte Constitucional.

### **Pluralidad de lógicas**

Sin llegar al extremo de considerar que la lógica formal es metafísica y que la lógica dialéctica es la valedera, sí hay que reconocer que debido a los procesos automatizados y de cibernización la lógica formal contemporánea se diferencia sustancialmente de la tradicional, la lógica formal contemporánea busca la corrección formal y la estructura del pensamiento, pero su objeto de estudio no es el pensamiento en abstracto sino el análisis de un aspecto específico de éste.

## El Derecho al alcance de todos

Una sentencia puede ser escrita con mucho brillo. De ahí no se deduce que esté en lo cierto, menos aún tratándose de la tutela que preferencia la justicia real a la justicia teórica.

Que lo práctico es superior a lo estético se demuestra con este ejemplo histórico: En el mismo año en que Martín Lutero termina su traducción del Nuevo Testamento (1522) salen también a la venta escasos números de la Biblia Políglota Complutense. ¿Cuál de las dos fue mas importante? Veamos.

Uno de los principales colaboradores en la Biblia Políglota Complutense fue el señor Nebrija, calificado como el primero de los humanistas españoles, defensor del latín como lengua superior, él mismo decía graciosamente que había abierto tienda de latín, por eso la famosa biblia ordenada por el Cardenal Cisneros se editó en latín, griego y hebreo, lenguas clásicas para lectura de pocos. Por el contrario Lutero llevó el mensaje bíblico al lenguaje de su pueblo para que fuera conocido por la mayoría y no por los elegidos, fue mas concreto. Continuemos con la Biblia hecha en Alcalá de Henares: en ella se hizo énfasis en los caracteres góticos, en los tipos redondos, en la estampación esmerada y en vitela, en la tinta intensamente negra, en las orlas de las portadas estilo plateresco, en fin, en lo accesorio, y qué ocurrió con los seiscientos ejemplares de esta única edición?. Unos pocos números que el cardenal Cisneros legó a la Universidad de Alcalá fueron embargados dentro del juicio de sucesión, los menos se vendieron a la exagerada cantidad de seis ducados y medio de oro, y la gran mayoría desapareció en un naufragio, así como también desapareció de la calle de Libreros de Alcalá de Henares el impresor Guillén, un alemán que talvez regresó a su patria a leer la Biblia en su propia lengua, puesto que, la traducción de Lutero hecha en el castillo de Wartburg fue reproducida en cuatrocientas ediciones (durante la vida del Reformador) que llegaron directamente al campesino, al habitante de los burgos y a los castillos alemanes, es decir, mientras la Biblia Políglota Complutense hacía énfasis en lo puro, la de Lutero se preocupaba por lo fundamental: que fuera leída por todos.

Lo mismo se puede decir de la justicia: las elucubraciones teóricas no son tan importantes como la realidad: solucionarle los problemas y conflictos al hombre común y corriente.

problemas. La tutela no puede ser algo residual, ni anecdótico, sino el producto jurídico que presentemos con autenticidad, imaginación y verdadero humanismo.

Nuestro Derecho requiere un racionalismo más auténtico

Hay aportes muy interesantes en los fallos de tutela. Por primera vez se reconoce la dignidad como valor jurídico, valorable moral y económicamente. Se logra que los derechos fundamentales no queden aprisionados en un articulado para ser discutido en las universidades, apto para la exportación, pero que no podía ser aplicado en beneficio de las personas. Se habló del derecho útil, así no se hubiera profundizado en la materia. Como también se le dio importancia a la probabilística, a lo común y corriente (a riesgo de convertir la tutela en una *letre-de-cachet*) y a sujetos de derecho que antes estaban muy desprotegidos como los ancianos y los niños. Todo ello, de por sí, justifica con creces el respaldo a la tutela. Pero se podría ir un poco más allá. A riesgo de cometer herejía me permito esbozar dos ideas: una sobre los sujetos del derecho, otra respecto a fuentes del derecho.

*¿Quién es sujeto del derecho?*

Tradicionalmente se ha hecho la distinción entre personas naturales y personas jurídicas, reconociéndoseles a ambas su calidad de sujetos de derecho.

Las cosas, los animales, la tierra, las aguas, la atmósfera, son objeto del derecho. Hoy, agua, bosques, la capa de ozono, las especies vegetales y animales desaparecen por culpa del hombre y de su desmesurado afán de enriquecerse. Entonces, la ecología adquiere una posición estratégica.

También, dentro de la búsqueda de la productividad, se cometen errores desastrosos valga la pena recordar algo que aparentemente iba a ser muy beneficioso para la humanidad: la revolución verde. Dice el profesor GALO RAMON VALAREZO que "la revolución verde sostenía hace unos veinte años que las plantas se trían directamente de oligo-elementos minerales y se dedicaron severos esfuerzos a la producción de estos nutrientes en forma soluble, para una rápida absorción por las plantas. . . la concepción de la compleja relación suelo planta era inadecuada, los nutrientes minerales

Si la misma Constitución del 91 ha reconocido funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su territorio (que al mismo tiempo es parte de Colombia), con arreglo a sus normas propias, y, si el artículo 94 de la Carta admite que los derechos y garantías son los inherentes a la persona humana, entonces, no vale la pena, al calificar y valorar los derechos fundamentales, aceptar como una fuente los principios jurídicos de nuestros antepasados?

Unas normas todavía existen. En otros casos habrá que rasguñar y excavar muy profundo para hallar el verdadero esquema jurídico de los aborígenes. No es una tarea fácil. En el caso de los Muisca, por ejemplo, primero se los agrupó en encomiendas, en la sola provincia de Tunja al principio fueron 25, pronto 131, pero en 1690, debido a la táctica de exterminio, quedaron 55 encomiendas de particulares y 17 encomiendas de la corona, 7 de las cuales se hallaban en los llanos. En encomendero administraba su propia justicia o manipulaba a los encargados de ejercerla. De todas maneras, los indígenas formulaban sus memoriales de agravios. Muy importantes los del cacique de Turmequé, don Diego de Torres, hijo de español y de la india Mayachoque, quien se enfrentó a su propio hermano por parte de padre, don Pedro, quien era encomendero y daba un trato inhumano a sus encomendados. Don Diego entregó directamente al rey de España, Felipe II, el 12 de noviembre de 1578, en audiencia especial concedida por la Corona, el "Memorial del Cacique de Turmequé en nombre de los indios del Nuevo Reino" y, en un segundo Memorial de Agravios, en 1583, presentó argumentaciones que influyeron en las reglamentaciones de las leyes de Indias. Por qué no investigamos lo nuestro y le damos la categoría de fuente de derecho?

Por qué no tenemos en cuenta algunos aspectos de la racionalidad indígena? es el caso de ver a la historia no como algo lineal en donde el pasado está atrás y el futuro al frente, sino como una espiral en la cual dialécticamente se rotarán frente a nuestra visión el pasado, el presente y el futuro, de ahí la existencia del vocablo **PACHACUTI**, que no significa volver al pasado, como algunos enemigos del movimiento indígena desean traducirlo; etimológicamente **CUTI** es revertir, y **PACHA** es tiempo, espacio, circunstancias, todo ello en un mismo vocablo. Esta es una lógica mas cercana a los avances de la ciencia, a la teoría de la relatividad, que la famosa lógica formal que es la única que se ha empleado para la vigencia de la ley en el tiempo.



que la Corte Constitucional es esquiva a protegerlo realmente. Lo peor que le puede pasar a la tutela es que se convierta en simple demagogia.

*¿Por qué no hacer de la tutela una fuente de nuestra creación jurídica?*

No quiere decir lo anterior que la tutela es la panacea. Ni mas faltaba. Ni que la tutela sea una invención de ahora, todo lo contrario, la tutela es un camino para llegar rápidamente a lo justo, y esto ha existido desde que el hombre existe. Siempre la justicia ha permanecido por encima de las conductas, aún sobre la misma norma escrita, a esto los griegos lo llamaban la EPIQUEYA.

La palabra epiqueya viene del griego (conviniendo, justo), es sinónimo de equidad, rectitud. Es la base del CRITERIO JURIDICO y en tal condición sirve de corrección de la ley en cuanto ésta puede ser defectuosa a causa de su universalidad (así lo planteó Aristóteles).

El acierto de la tutela es el de hacer confluir en una decisión el criterio jurídico con la solución inmediata a los problemas cotidianos dentro de una sociedad llena de conflictos.

### **Fernando Hinestrosa**

Abogado, catedrático, ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ex-ministro de Estado, directivo universitario a nivel nacional e internacional, Fernando Hinestrosa Forero, *cumplió, a finales de 1993*, treinta años de haber recibido, a la muerte de su padre, el maestro Ricardo Hinestrosa Daza, - quien la había desempeñado con todos los honores por otros treinta años,- la rectoría de la Universidad Externado de Colombia, la misma que lo había graduado en su Facultad de Derecho, pocos años antes. Con las palabras que publicamos a continuación - reflexión intelectual de profundo acento humano y síntesis de los valores que siempre han regido su excelsa y aplaudida rectoría,- el doctor Hinestrosa Forero, agradeció la condecoración impuesta por el Presidente de la República, doctor César Gaviria Trujillo, y respondió a los mensajes de congratulación de sus alumnos, condiscipulos y amigos del país entero, a los cuales nosotros unimos el nuestro.

C. R.

mental y estimula la confianza en sí mismo, a la vez que equilibra los procesos de decantación y depuración. En una palabra: vivifica y renueva. Así, tomo aquellas cifras cronológicas que Uds. evocan afablemente, como un alto en el repecho, para repasar en su confortante compañía, lo acontecido en mi trayecto y, apenas recobrado el aliento, reanudar la marcha, ojalá en ascenso, con mira cierta y paso firme, colmado de optimismo y de reconocimiento.

A tiempo que el Externado se fundaba en Bogotá, Ernest Renan alentaba a los estudiantes parisinos con esta proclama: "Es tan dulce, cuando las ventajitas se cierran de un lado verlas abrirse por el otro. Dichosos los jóvenes, porque delante de ellos está la vida- -Trabajad, trabajad sin cesar y, sin embargo, divertíos: no os fatigéis nunca. Dejad que el pensamiento llegue a vosotros con su vestido natural, que es la palabra; no lo llameis, no lo persigais.

... Descansad de un trabajo con otro....No le pongais límites a vuestra curiosidad, aspirad a saberlo todo, que los límites vendrán por sí solos....No os creais obligados a tomar aires de consternación porque las cosas no marchan de la manera como creais mejor. Cuantas veces nos ocurre que lleguemos a felicitarnos de que no se haya seguido nuestra opinión y de que los acontecimientos nos hayan hecho quedar mal!... ..No creamos nunca ser necesarios a la patria: basta que un día cualquiera podamos serle útiles... Estad contentos de vivir... Y cuando nos sucedais sobre la escena de la vida, sed indulgentes para con la generación que os precedió: sin duda obrareis mejor, pero acordaos que os prepararon la vía en tiempos difíciles". De ella tuve noticia cuando me aprestaba a asumir la responsabilidad rectoral y, cual los consejos de don Quijote a Sancho para el gobierno de la isla de Barataria en otra oportunidad propia memorable, se me grabó y me sigue acuciando.

No es mi intención, ni me resultaría fácil, verter al exterior mi intimidad, como quien vuelve al revés su chaqueta. Con todo, es imposible eludir los jalones de un pasado aleccionador. Mi devoción por el derecho, en especial, el derecho privado; el escalamiento temprano de la docencia y el esfuerzo continuado por merecerla; el estudio directo y voraz de la actualidad latinoamericana, estadounidense y europea en materia de enseñanza e investigación jurídicas: planes de estudios, metodología, sistemas pedagógicos, y su adaptación al carácter propio de la institución

Antonio Cancino, Saúl Sotomonte, entre los mayores; Humberto, Blas, Roberto, Lucero, Myriam, Miguel, Luis Gustavo, Carlos Hernán, Mauricio, Fabio, Daniel, Gustavo, Francisco, Ramiro, Manuel Guillermo, Jairo, varios Jiamés, Richard, Lucy, Lucía, Luis Fernando, Juan Camilo, Armando, Manuel, Agosto, Hernán, Carlos, Sonia, Mario, Luis Carlos, Marta, Héctor, Teresita, Bill, Emilio, Ruby, Victoria, Irma, Sofía,.....y cuántos otros: son pléyade! Merced a su trabajo paciente, a su eficiencia y consagración, el Externado se mantiene pujante, y gracias a todos ellos cosecho ya triunfos que son comunes.

En la cúspide de la existencia me percato, sin jantancia, del arraigo y el peso de nuestra Casa en la opinión pública, de su poder de convocatoria, y confieso la satisfacción inmensa de haber podido preservar y robustecer su carácter y su orientación; de haber logrado mantener una continuidad ideológica, ética, cultural y afectiva; de conservar vivos el nombre, el ejemplo, los dictados filosóficos y morales de nuestros predecesores y de nuestros compañeros en la noble faena de educar para la libertad, que presupone y exige creer en la juventud y amarla; tener fe en la libertad y luchar por ella; sentir el dolor, la necesidad, la angustia del prójimo, conmovirse y ser solidario en su afán de igualdad.

Habiendo de serenarme, para retornar al ser y la actuación cotidiana, echo mano de su estímulo generoso, y me aferro a la racionalidad. "Pienso, luego existo", recalca el conocido apotegma cartesiano, que paladeándolo se extiende en variaciones: razono, tengo conciencia, autonomía personal, o como lo demandaba Kant: "El valor de utilizar la razón". La propia y no la ajena!..

Tales los principios y valores que han de inspirar y regir el pensamiento y la conducta del ciudadano, pero ante todo, del educador: darse íntegro: entrega generosa, sin reservas; dedicación al servicio de la igualdad social y de la moral pública, y compromiso con ellas, sin esperar recompensa distinta de la paz de la conciencia. He seguido ese rastro con pasión y ansiedad, no otra la explicación que puedo darme de esta adhesión fervorosa de Uds. Mi ser se regocija y rebosa de agradecimiento.

Un joven estudiante, con cariño filial me dice emocionado lo que para él y sus compañeros significa la figura del Rector perseverante al que, magnánimo, asigna virtudes y calidades ideales. Al recibir conmovido su