

# LECTIO INAGURALIS: LA LUCHA POR LOS DERECHOS

*Juan Carlos Esguerra Portocarrero\**

A finales del siglo XVIII aconteció uno de los movimientos jurídicos más importantes de todos los tiempos. Se les ocurrió a los hombres un nuevo mecanismo para limitar el ejercicio abusivo del poder estatal. Se trataba del reconocimiento expreso de un catálogo de derechos que le pertenecían a cada hombre por el hecho de ser hombre. Esos derechos individuales marcaban el límite de acción del poder público y la esfera de libertad de cada hombre. Fue en el marco de este movimiento intelectual que nace la Declaración de los Derechos del Hombre al otro lado del atlántico, y la Declaración de los Derechos de Virginia de este lado del océano. Sin embargo, no pasó mucho tiempo antes de que la propia humanidad llegara a la conclusión de que no bastaba con una pomposa declaración para que los derechos se convirtieran en una realidad cotidiana. Y entonces se da un paso más adelante, creyéndose que por fin se lograría la meta que se llevaba buscando por siglos. Ese paso consistió en la constitucionalización de los derechos; en elevarlos a la categoría de normas constitucionales, para garantizar su respeto, su efectividad, su práctica en la vida cotidiana. La historia demostró que no bastaba con esto, a pesar de que las constituciones se emulaban unas a otras para ver cual lograba incorporar una carta de derechos más completa, más amplia y más larga. Las declaraciones constitucionales no reflejaban necesariamente lo que en esa materia ocurría en la realidad. Entonces, viene una etapa posterior: la de crear normativamente, incluso también en la propia Constitución, una serie de instrumentos, de mecanismos, de remedios, llámeselos como quiera, que pudieran garantizar la efectividad de esos derechos.

En este sentido, Colombia tiene el orgullo de poder mostrarle al mundo, y de poder hacerlo desde hace mucho tiempo, una de las más completas

---

\* El anterior es el texto de la Lección Inaugural pronunciada por el doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero a los estudiantes de la carrera de derecho el 15 de agosto de 2003. doctor Esguerra es abogado javeriano y ha sido Ministro de Defensa, Embajador en Washington y miembro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

constituciones, tanto en materia de consagración de derechos y libertades, como en el conjunto de los instrumentos de protección y de realización de esos derechos. La protección constitucional no nació en 1991, hay gente que cree que en Colombia comenzó la defensa de los derechos o la constitucionalización de los instrumentos de protección de los derechos en 1991. Esto no es cierto. Nosotros hemos venido incorporando no pocas instituciones en esa materia que nacieron en otros lugares del mundo y que hemos adaptado a nuestro ser nacional y a nuestra identidad. Pero también, podemos mostrarle orgullosos al mundo creaciones en esta materia a las que podemos ponerles el título de “hecho en Colombia”. Así por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad que hoy aparece en el artículo 241 de la Constitución, estaba en la Constitución de 1886 desde 11 años antes de que Hans Kelsen la “inventara” y la entronizara en la constitución austriaca en cuya elaboración participó.

Antes de 1991 nuestro ordenamiento jurídico contenía una serie de disposiciones de distinta categoría, unas constitucionales y otras legales, que en realidad conformaban un muy completo elenco de instrumentos o de mecanismos de protección de los derechos. En la Constitución de 1991 se agregaron algunos; por ejemplo, uno al que quiero hacer una brevísima referencia por su especial significación, no obstante el hecho de que no le damos todavía la trascendencia que se merece: la presunción de buena fe. Algunos podrían replicar: ¿Qué clase de instrumento procesal es ese si no es una acción, ni una excepción, ni una medida cautelar como ocurre con la acción de cumplimiento, la acción de inconstitucionalidad, con la excepción de inconstitucional, o entre las medidas cautelares con la suspensión provisional? Es tal vez Colombia el único país del mundo en donde hay una norma que consagre como medio de protección de los derechos la afirmación de que debe presumirse la buena fe en las actuaciones que los particulares cumplan frente al Estado. No podemos seguir viviendo en un país, y ya hemos comenzado a superar esto, en donde es necesario que los ancianos que van a cobrar la mesada de su pensión de jubilación, aparte de su humanidad agobiada y doliente, tengan que llevar un certificado notarial de supervivencia; ¿en qué otro país del mundo no le creen a una persona que va en cuerpo y alma que está viva? O la exigencia que cuando los padres vayan a viajar fuera del país con sus hijos deben llevar un permiso que ellos mismos hubieron de otorgar en una

## HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

notaría autorizando a sus hijos a viajar con ellos. Y así podrían nombrarse otras cuantas situaciones que se presentan en un país en el que los funcionarios públicos nos miran a los mortales siempre con una tremenda cara de desconfianza. Para eso se estableció ese instrumento de la presunción de la buena fe, aún no suficientemente desarrollado.

Hay otro mecanismo de protección de los derechos, al que me voy a referir más extensamente: la acción de tutela. Comencemos señalando que no fue inventada en Colombia, que no la concebimos los constituyentes de 1991 como una figura novedosa. Es parienta cercanísima del derecho de amparo, como se le conoce en otras latitudes y que, a decir verdad, fue originalmente concebido por los mexicanos que lo incorporaron en sus constituciones, primero en 1847 y luego en 1857. Hoy en día, existe en muchos lugares del mundo; en América Latina en prácticamente todos los países; en Europa hay figuras o instituciones semejantes al amparo. En español, casi siempre, se ha conocido en todas partes con ese mismo nombre. ¿Por qué en Colombia no? ¿Por un vanidoso prurito del constituyente del 91? No. Fue absolutamente deliberado, porque se quería resaltar uno de los aspectos que son esenciales a la tutela. Se trata de un instrumento complementario de protección de los derechos; se trata, si se quiere, de un instrumento subsidiario de protección de los derechos. La acción de tutela es el instrumento de protección de los derechos que no tienen un instrumento de protección. Pero para que sea eso, es indispensable que se trate de un instrumento que efectivamente cumpla su misión. Por eso, desde este punto de vista discrepo, con todo respeto, absolutamente de las propuestas de reforma que se han venido haciendo y que ha presentado el Gobierno a consideración de las Cámaras en donde dice: *“hay que reducir la tutela para que ella solamente sirva para la protección de determinados derechos fundamentales”*. Si solo sirve para la protección de determinados derechos fundamentales habrá perdido parte de lo que le es esencial, que es servir para protegerlos todos en cuanto no tengan instrumento de protección. Lo cierto es que, no obstante, lo completo de nuestro sistema de mecanismos jurídicos de protección de los derechos, siempre había algunos que se quedaban por fuera; siempre había algunos derechos que no tenían consagrado en una disposición jurídica un instrumento de protección, un medio para protegerlos. Imagínense ustedes, por ejemplo, cuan útil habría sido la tutela para los habitantes de Cartagena en contra del alcalde progresista que resolvió mandar derruir parte

de la muralla hace ya algún tiempo con el propósito de que la ciudad pudiera crecer; en este caso cualquier otro instrumento de protección habría llegado tarde. O para la protección de una Ceiba centenaria que pretende remplazarse por una banca de parque. O para la protección de la integridad física y espiritual de unos niños cuyos padres maltratan a base de violencia un día sí y otro también, y que no disponía de oportunidad alguna de quejarse, entre otras cosas, porque en nuestro ordenamiento tradicionalmente para poder acceder a un funcionario y conseguir de él que se imparta justicia es necesario contar con la respectiva capacidad jurídica, y los representantes de los hijos menores han sido normalmente sus padres; y así mil casos.

Pues bien, la tutela es para eso, tiene si se quiere el inconveniente de que solo sirve para eso; sólo debe servir en el caso que no haya otro instrumento, pero debe tener la ventaja de servir para todos aquellos casos en los cuales no hay otro instrumento de protección de los derechos, o la Tutela habrá perdido parte de su ser esencial.

Otra característica que la tutela tiene es su infinita sencillez, tanto que ustedes habrán tenido oportunidad de comprobarlo directamente, pero también en la prensa, oyendo al ciudadano del común para quien en buena medida la Constitución de 1991 es la acción de tutela. Y tiene de bueno el haber establecido una acción, que le permitió a ese ciudadano del común, por primera vez, la oportunidad de acceder fácilmente a la justicia en muchos casos, en los que de otra manera no habría encontrado respuesta.

Se trata, también, del único caso en el cual se ejerce una acción judicial sin necesidad de tener una representación, pues no se necesita un abogado para interponer una tutela. Incluso, resulta discutible la posibilidad que se diga que se trata de una acción jurisdiccional propiamente tal. No estoy convencido de que los jueces que tienen a su cargo el estudio y la decisión de las tutelas estén cumpliendo una función jurisdiccional en estricto sentido. Ellos, en estos casos, no dicen el derecho en la forma de una declaración o de una condena, sino que se limitan a impartir una orden; de hecho en la propia Asamblea Constituyente hubo propuestas y no pocas, en el sentido de que se estableciera que los funcionarios encargados del manejo de la tutela no debían ser los jueces sino,

## HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

tal vez, los inspectores de policía, simplemente porque hay lugares de la República en donde es más fácil el acceso a un inspector de policía que a un juez. Al final se optó por el juez ¿Por qué? ¿Por sus conocimientos jurídicos profundos? ¿Por su preparación en materia de códigos? No, porque se confió en su prudencia, en su buen juicio, en su objetividad, en su hombría de bien, en su verticalidad. Porque se consideró, y yo sigo convencido de que así es, que los jueces deben ser el paradigma de ese *pater familias* impecable, impoluto de que se hablaba en el derecho romano.

Por eso duele tanto cuando a veces los jueces resuelven abusar de su poder en materia de tutela y hacer política. Recuerdo una sentencia de tutela que se produjo en esta misma ciudad y que todavía me vibra en los oídos, en la que se dijo una vez: “*hay que proteger a los compañeros trabajadores de la bota opresora del Ministerio de Trabajo*”. Esa frase no puede caber en una sentencia judicial, no importa cuál sea la formación política del juez; él ahí ha dejado de cumplir su sagrada misión, que es incluso mayor en el caso de la tutela por la proximidad a los seres humanos que le están invocando su derecho y la necesidad de protegerlo, y por el deber que él tiene de impartir esa protección. Y sigamos aquí en esta tierra, con todo respeto, tampoco estoy de acuerdo con decisiones como la del juez de Palmira que resolvió dar la orden de que se revocara el nombramiento del rector de la Universidad Nacional por considerar que con ese nombramiento se había violado un derecho constitucional fundamental de un estudiante de la Universidad Nacional que había nacido en Palmira. ¿Qué tiene que ver eso con la tutela? O los jueces que resuelven que son ellos quienes van a fijar los horarios de los aeropuertos en la República de Colombia. O los abogados que acuden ante los jueces para tratar de conseguir que a través de una tutela, sabiendo que existen otros caminos para conseguirlo, se pueda brindar una protección a cierto derecho. Y también como el accionante tiene el derecho de escoger el juez, se entiende mal esta facultad; no se la entiende en el sentido para el que fue consagrado, esto es, para que una persona pueda acudir ante el juez que le resulta más próximo, sino para acceder al que es más amigo y tal vez el que no me puede negar ese favor. O el caso de los ciudadanos que naturalmente distorsionan la tutela y pretenden utilizarla absolutamente para todo, como si se tratara de la lámpara de Aladino. Que bella es en medio de su infinita sencillez la tutela. Un instrumento de protección de los derechos que no tienen un instrumento de protección; para el

cual puede acudirse ante cualquier juez, abstracción hecha de su jerarquía, abstracción hecha de su ubicación geográfica, con el propósito de pedirle que él en su sabiduría, en su corrección dé una orden que haga que cese la vulneración de un derecho fundamental o la amenaza que se cierne sobre él.

Tampoco fue concebida con el propósito de que a través de la tutela se consiguieran sentencias condenatorias al pago de perjuicios. Sin embargo, en el decreto que la reglamentó, el 2591 de 1991, se incorporó una disposición que dice que en las tutelas también puede conseguirse una sentencia que imponga una condena. ¿Y de dónde sale eso? La Corte Constitucional encontró que puede haber sentencias de tutela de condena cuando en realidad la Constitución dice simplemente “*para que a través de una orden*” se vuelva por los fueros de la justicia o de la efectividad de un derecho que anda por ahí refundido.

De otro lado, imaginen lo que le ocurriría a la tutela si alguien aparece para decir que la tutela no va a ser para los derechos económicos y sociales, sino sólo para los derechos consagrados en el Capítulo I del Título II de la Constitución. ¿Por qué? Resulta que ese Capítulo I del Título II de la Constitución se llama *De los derechos fundamentales*. Varias veces a lo largo de la Asamblea Constituyente se quiso restringir la tutela a aquellos derechos que aparecen en ese Capítulo. ¿Y es que acaso no hay más derechos fundamentales que esos? Además, ¿es que acaso derechos que hoy no son fundamentales no podrían serlo mañana, como ha ocurrido a lo largo de la historia siempre? Por eso no se quiso que hubiera ese encasillamiento que ahora pretende el Gobierno. Y si vamos a dejar la tutela solamente para los derechos fundamentales que aparecen consagrados en el Capítulo I del Título II, entonces derechos tan fundamentales en un país capitalista como el derecho de propiedad no podría protegerse nunca a través de la tutela. ¿Y la libertad de competencia, que también es un derecho fundamental pero que no está en ese capítulo? De manera que deben ser todos los derechos fundamentales de jerarquía constitucional los que se protejan a través de la tutela.

Que se ha abusado de ella, no me cabe duda. La Corte Constitucional, y esto lo digo también con todo respeto pero en absoluto desacuerdo, ha resuelto extender el concepto de los derechos fundamentales a unos que ella llama *los*

## HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

*derechos conexos con los derechos fundamentales*, y por ahí ha podido concluir que todo derecho está protegido o es susceptible de protegerse a través de la Acción de Tutela; con lo cual convertimos la acción de tutela en el amparo mexicano. Pero allá el amparo es todo un sistema de protección de los derechos; por ejemplo, el recurso de casación es parte del amparo, y se habla del amparo-casación; allá buena parte del sistema de protección de los derechos a través de la responsabilidad patrimonial del Estado se cumple a través del amparo; también, la acción de inconstitucionalidad, o mejor, la versión mexicana de la acción de inconstitucionalidad, bastante recortada por demás, se cumple a través del amparo. Lo que queríamos aquí no era establecer un sistema paralelo de administración de justicia que empezara a crear los cortos circuitos que por obra y gracia de la Corte Constitucional - me da pena decirlo pero estoy convencido de que es así - han venido creándose; cuando incluso le permiten a un abogado preguntarle al cliente: “cuéntame una cosa, quieres que esto lo tramitemos por la vía ordinaria o a través de una tutela”. Pero no, es que si se puede acudir a la vía ordinaria, por definición no cabe una tutela, salvo que se trate de prevenir un perjuicio que luego sería irremediable.

Ha sucedido que la tutela se ha convertido en un sistema paralelo de administración de justicia, que ha conducido entonces a que parte apreciable de la tarea que normalmente corresponde cumplir a los jueces laborales se esté cumpliendo por el camino de la tutela, inclusive en casos de carácter penal. Y se ha llegado a la aberración aún mayor de que las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema de Justicia resulten anuladas o dejadas sin vigor por una decisión de un juez promiscuo municipal, que llega a la conclusión de que la sala de casación respectiva no tuvo en cuenta un derecho fundamental o un derecho conexo con un derecho fundamental.

La tutela no se concibió para que a través de ella pudieran impugnarse las decisiones judiciales, es más, durante todo el tiempo de la sesiones de la Asamblea Constituyente hubo en el artículo un inciso que decía: “*la tutela no podrá utilizarse para efecto de impugnar las decisiones judiciales que hayan hecho tránsito a cosa juzgada.*” Pero naturalmente, alguien dijo: “*perdóname, perdóname, ¿tú estas negando la posibilidad de que una sentencia judicial desconozca o vulnere un derecho fundamental?, ¿no es verdad que una sentencia, incluso una sentencia de la Corte Suprema de Justicia puede*

*vulnerar un derecho fundamental?” Entonces se respondió: “Si, es innegable, por eso debemos aceptar que sea posible la tutela en contra de las decisiones judiciales”. Si tal fuera el caso, yo pregunto: ¿Alguien puede garantizarme a mí que en una sentencia de tutela no cabe la posibilidad de violar un derecho fundamental?, ¿qué tienen las sentencias de tutela que no tengan las otras sentencias? Entonces según la primera respuesta, el siguiente paso habría de ser, horror de horrores, el paso que ya han tenido que dar en otros países, del que ya se han arrepentido. En Venezuela, por ejemplo, donde hay la posibilidad de interponer un amparo contra una sentencia de amparo, ha dado lugar a lo que ellos denominan la *amparitis*, y eso claro está, eso no tiene cura. En efecto, si caben las tutelas contra las sentencias judiciales, también deben caber las tutelas contra las sentencias de tutela, y si caben las tutelas contra las sentencias de tutela, caben las sentencias contra las sentencias de tutela, y así hasta el infinito. ¿Dónde detenerse? Son esos desquiciamientos los que justamente hay que corregir; pero ellos no son culpa de la tutela consagrada en la Constitución, sino de la forma como ella ha sido mal interpretada y mal utilizada en no pocas oportunidades.*

Hay que recortar los excesos en que se ha incurrido en materia de tutela, los cuales desaprobamos. Acabemos la tutela contra las decisiones judiciales. Pero mejor, establezcamos un sistema que resultaría ideal, que tal vez debió quedar incorporado en la Constitución. Se trataría de que los recursos ordinarios y extraordinarios que tiene establecidos nuestro sistema de administración de justicia, tanto en la parte administrativa como en la parte jurisdiccional propiamente, deberían servir como el camino para que a través de ellos también puedan remediarse los males de violación de un derecho fundamental en los que eventualmente se hubiera incurrido en la respectiva providencia judicial; y así por ejemplo, si un auto o una sentencia de un juez conllevan, o se considera que conllevan, una violación de un derecho fundamental, que entonces sea a través del recurso de reposición o del recurso de apelación o del recurso extraordinario de casación o del recurso extraordinario de revisión o de cualquiera otro que está establecido entre nosotros, que se vuelva por los fueros de ese derecho fundamental vulnerado. Porque ello se haría entonces en la forma ordenada que corresponde y no desquiciándolo todo sobre la base de que la seccional Cundinamarca del Consejo Seccional de la Judicatura resuelve

## HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

echar para atrás una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en materia penal o civil o laboral, o que un juez laboral deje sin efectos una sentencia del juez civil y las cosas que han venido ocurriendo. Esa sería una reforma que para nada desnaturalizaría la institución de la Tutela, por el contrario la volvería por el camino que corresponde, por el sendero que le ha sido trazado y señalado en la propia Constitución.

Eso es lo que corresponde hacer, eso es lo que vale la pena para efectos de volver a enarbolar plenamente una institución tan novedosa como esa de la Acción de Tutela, y no el de sostener que es que a través de la eliminación de la misma que se acabará con la congestión de los despachos judiciales. Falso, los despachos judiciales siempre fueron congestionados; aquí nunca fue extraño, por el contrario, era más frecuente antes que ahora que un proceso judicial tardara 15, 20 ó 25 años. De manera que la culpa no la tiene la Tutela. Que los jueces digan: *“Es que a mi me distraen de mi trabajo con las acciones de tutela”*. Señor juez, no lo distrae de su trabajo, le permiten concentrarse más aún en él, ¿o es que acaso su trabajo no consiste en administrar justicia?, ¿o es que por sencilla la Tutela es menos jurídica que la casación? No he dicho jurisdiccional, he dicho jurídica. Tal vez hasta más, porque está más cerca de la justicia, está más cerca de la necesidad palpable, inmediata de ese ciudadano de carne y hueso. Porque no se trata de resolver un asunto sobre hechos que ocurrieron hace 18 ó 20 años, sino sobre algo que está ahí a la vuelta de la esquina. Ahora bien, hay quienes piensan que este es un asunto al que solo deben dedicarse algunos pocos debates académicos porque finalmente está en manos del Congreso de la República y del Gobierno. Pero en mi opinión, más que en las manos del Congreso o del Gobierno, de modo mucho más trascendente está en las manos de ustedes, los futuros abogados. La Tutela no va a ser hacia el futuro, lo que haga de ella el Gobierno nacional o lo que haga de ella el Congreso a través de una reforma constitucional, si es que ella pasa, sino lo que hagan de ella ustedes, el día en que sean jueces, lo que hagan de ella ustedes el día en que sean abogados que estén pidiendo justicia para su cliente, o para alguien que no es su cliente y a quien quieren ayudar a defender. El futuro de la Tutela está en manos de ustedes como ciudadanos con una formación jurídica que les permita explicarles a todos sus congéneres de qué se trata, para qué es, en dónde están sus grandes cualidades, cuáles son sus defectos que también los tiene y cómo se pueden corregir, lo mismo que los

demás instrumentos de protección. Podrá pensarse, por ejemplo, que si el Gobierno logra sacar adelante su idea y decir se acabó la tutela para la protección de los derechos económicos y sociales será un gran triunfo para éste, quizá, pero que gran derrota para la justicia. Gran derrota la de la justicia porque entonces habremos vuelto a los tiempos en que hay algunos derechos, que no cuentan con un instrumento de protección. Hay que entender la Tutela, ponerla en su dimensión, entenderla, admirarla, quererla, les repito una vez más, miren el Artículo 86 de la Constitución con otros ojos y verán como lo que tiene de más interesante es lo que tiene de sencillo. ¿Se han detenido, por ejemplo, alguna vez, en aquella expresión que a uno se le pasa desapercibida las primeras veces, en donde a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los otros instrumentos judiciales de protección de los derechos, no se dice que quien pueda demandar, quien pueda elevar la respectiva petición, sea un interesado o quien lo represente? Sino que en este caso hay una expresión muy bella que dice: *por quien haya sufrido o por quien obre en su nombre*; es el único caso en el derecho colombiano en el que se le dan posibilidades a un buen samaritano, a una persona que pide para otro porque quizá considera que ese otro, el menor de mi cuento de la violencia familiar, no está en condiciones de hacerlo por sí mismo. Y entonces está el buen samaritano en la forma de un vecino, de un profesor, de un amigo, de un padrino, de un ahijado, que pide para otro a quien no representa en absoluto, pensando en el bien de ese ser humano y en la causa de la justicia.

Miren ustedes, pues, insisto, el Artículo 86 de la Constitución y con él por supuesto el resto de la Constitución. Verán, además, que vivimos en un tiempo en el que la Constitución está mucho más cercana de nosotros y nosotros más cerca de ella; en comparación con lo anterior de la historia colombiana, en donde se trataba solamente de un libro especializado para iniciados que solo vendían en determinadas librerías. Hoy las cosas son diferentes, en los aeropuertos, en las esquinas se vende la Constitución, la gente lee la Constitución. Y sean ustedes como estudiantes de derecho y mañana como abogados, apóstoles de la Constitución; por ese camino, el de la Constitución y el del Estado de Derecho, y sólo por ese camino por el que crearemos para nuestros hijos la Colombia que nos soñamos.