

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

La búsqueda de un nuevo orden social con capacidad para generar procesos democráticos, la incorporación de nuevas instituciones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y la incidencia de otras formas de concebir y aplicar el derecho, especialmente como consecuencia del liderazgo de la Corte Constitucional, son factores jurídicos que en el crepúsculo de entre siglos, sin duda, han contribuido a una mayor visibilidad social del tema de los mencionados derechos y sus correspondientes mecanismos de protección. De una parte la jurisdicción constitucional y concretamente la idea de juez constitucional, ha sido una de las instituciones que mayor impacto político y social ha generado en Colombia. De manera colateral, la tarea pedagógica asumida unas veces por ex constituyentes y otras en cabeza de doctrinantes, es otro aspecto bastante relevante en el empeño de afianzar dicha realidad.

En el caso concreto del jurista Juan Carlos Esguerra Portocarrero, este doble rol (a lo largo de su meritoria carrera como docente o servidor público) resulta recurrente y con mayor brillo confluyen en sus reflexiones sobre la protección constitucional del ciudadano vertidas en su estudio bajo el mismo título, y el cual nos proponemos ahora reseñar. Y desde luego, fiel a su clara convicción en el sentido de que en el constitucionalismo moderno, antes que la forma de organización y gobierno de un Estado, importa es cómo se reconocen los derechos y las libertades de los ciudadanos y cómo se definen los instrumentos necesarios para garantizar su efectividad y su protección.

Y así el autor del libro *La Protección Constitucional del Ciudadano* se ocupe en detalle de estas herramientas, a su núcleo esencial, a sus propósitos, a su operatividad, a la génesis e historia particular de cada una de ellas, la mira del libro va mucho más allá: apunta a demostrar que dichos mecanismos conforman un verdadero conjunto, como que en Colombia, a la luz de la Constitución Política de 1991. En sus propias palabras:

“los instrumentos constitucionales de protección de los derechos no son una serie de monólogos aislados si no un todo. Un todo heterogéneo, es cierto, pero sin duda integrado, sistemático y más o menos armonioso, que forzosamente exige que sus árboles se miren con visión de bosque».

Afortunadamente hoy es común hablar de “Estado Constitucional” como algo diferente al “Estado de Derecho” y referirse a los cambios que esta transición está marcando en la concepción del Derecho, del método jurídico y del propio **garantismo constitucional**. Si el modelo de Estado de Derecho (o Estado Legal de Derecho) gravita en torno a la idea de imperio de la Ley, el modelo de Estado Constitucional (o Estado Constitucional de Derecho) gravita en torno al carácter normativo (regulativo) de la Constitución. De la Constitución como norma jurídica, como instrumento político-jurídico, como fuente de las fuentes del Derecho. En nuestro ordenamiento, concretamente a partir de 1991, el carácter normativo de la Constitución es un concepto axiomático. Dicho imperativo debió conducir a la construcción de una teoría constitucional propia, basada en la comprensión, interpretación, concreción y aplicación de la Constitución por lo menos de una manera racional, eficiente y congruente con sus mandatos.

Sin que de paso sea necesario aclarar que por garantismo constitucional entendemos al conjunto de protecciones jurídicas, políticas y jurisdiccionales que tienen por objeto tornar vigente al modelo de Estado constitucional de derecho, tanto en cuanto a las formas de producción del derecho, como también en torno a las sustancias constitucionales afincadas en los derechos fundamentales.

El garantismo jurídico, y particularmente el constitucional, tiene una naturaleza instrumental y gradual. Su existencia se encuadra en la categoría de la eficacia, por cuanto frente a los distintos incumplimientos que puedan suscitarse, los diferentes instrumentos previstos por el ordenamiento (garantías) tendrán por objeto dotar de plena vigencia al modelo constitucional determinado estructuralmente. Las garantías (liberales y sociales) no son otra cosa “que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y por lo tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.

La Constitución Política, además de configurar y ordenar los poderes del Estado, también establece límites al ejercicio del poder, señala el ámbito de las libertades y derechos fundamentales, fija los objetivos y las prestaciones que ese mismo poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. Y que más que una norma jurídica, encarna todo un “cuerpo normativo” con sus propias peculiaridades, diferenciable, de manera sustancial, de las restantes normas del ordenamiento jurídico.

En otras palabras: se trata de una inscripción dentro del neoconstitucionalismo¹ que presupone un modelo de organización política denominado Estado constitucional. La principal ley de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Este reconocimiento es correlativo a la creación de una Corte Constitucional, es decir, un tribunal especializado para la interpretación y concreción de la Constitución. A su vez, esta creación implica una modificación en el sistema de fuentes del derecho y en el equilibrio de los poderes del Estado.

Pero en mi sentir, lo más novedoso de este libro en el que se profundiza en el análisis individual de las acciones de tutela, cumplimiento, populares y de grupo; en la presunción de buena fe, en el recorte de la potestad reglamentaria, en la acción y la excepción de inconstitucionalidad, en la responsabilidad patrimonial del Estado, es el enfoque sobre la **suspensión provisional**. El autor reivindica la importancia de esta garantía que más que una institución de derecho administrativo de “rancio linaje francés”, o un simple “apéndice” que sólo tenía jerarquía legal, que consiste en la congelación de los efectos de un acto administrativo mientras se debate en juicio su conformidad o no con el orden jurídico, y que jamás fue concebida como un remedio principal sino apenas accesorio de protección de los derechos, constituye ante todo un verdadero instrumento de tipo procesal, por cierto muy dinámico y efectivo, de auténtico rango constitucional, como que textualmente reza el art. 238 de la C.P.:

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca

¹ En una de sus acepciones, entendemos por neoconstitucionalismo un cierto modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo es tributario de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han caminado separadas: la norteamericana (que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció constituciones con un denso contenido normativo pero sin garantías). El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia un sistema de constituciones normativas garantizadas en última instancia (dotando al Poder Judicial de la “última palabra” en cuestiones controvertidas) por el control de constitucionalidad.

En su primera acepción, el neoconstitucionalismo se asienta sobre una *naturaleza estructural* y presenta los siguientes elementos caracterizadores: a) carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, b) supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes, c) eficacia o aplicación directa, d) garantía judicial, e) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, que está formado por principios, derechos y directrices más o menos precisos pero que están llamados a ser aplicados en los casos concretos, f) la rigidez constitucional (en donde se produce una relación que indica que a mayor dificultad de reforma para la mayoría legislativa, mayor fortaleza del modelo constitucional).

la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”.

Mejor lo expresa el autor en sus propias palabras:

*“Aunque **la suspensión provisional** se halle apartada del «mundanal ruido» de la protección constitucional de los derechos; aunque en rigor ella sea más bien del resorte del derecho administrativo que del resorte del derecho constitucional; aunque no tenga autonomía funcional y sea apenas un suplemento accesorio de las acciones judiciales que apuntan a la invalidación de los actos administrativos contrarios a derecho y aunque por todo ello pueda dar, procesalmente hablando, la impresión de una institución más bien opaca, lo cierto es que no hay tal. Ninguna de estas circunstancias puede conducir a demeritar la importancia y las bondades de la figura de la suspensión provisional, que no son pocas; ni dar la impresión -a la que en no escasa medida ha contribuido el recelo que tradicionalmente ha caracterizado la actitud de nuestros jueces para con ella -, de que se trata de un remedio procesal casi inaplicable”.*

La suspensión provisional es, efectivamente, por potísimas razones, una herramienta insustituible. En si misma, en su papel de detener la ejecución -en principio inexorable- de los actos administrativos manifiestamente contrarios a derecho, no ya solo en aras de la preservación del orden jurídico, sino, sobre todo, en pos de la salvaguardia de los derechos particulares que gravitan en torno de ellos. Igualmente, como engranaje del sistema de garantías ciudadanas, pues:

“resulta muy a propósito como complemento de aquellas concebidas para la invalidación de los actos espurios, en cuanto evita que, mientras estos están siendo juzgados, continúen produciendo sus efectos -con frecuencia irreversibles- al amparo del enorme poder que representa la gabela estatal de la ‘presunción de legalidad ‘.

E insiste el autor que lo es, además,

“por razón de su especificidad y de su unicidad, ya que se trata de la sola garantía ciudadana que tiene la virtualidad de congelar, en vida, los efectos de un acto de poder del Estado, ya ejecutorio y por ende

plena y definitivamente apercibido para ser cumplido. Y sobre todo lo es, finalmente, como desarrollo y expresión del ‘derecho a la tutela judicial efectiva’.

Dicho de otra manera: como instrumento para la realización de aquel postulado esencial a un Estado de derecho, el cual señala que todo ciudadano debe contar con la posibilidad de pedir y obtener de la justicia que se le respete y proteja lo que es suyo.

Ese es pues el sentido y la trascendencia de la suspensión provisional, en buena hora reivindicada por el profesor Esguerra Portocarrero. Por mandato de la Constitución Política se erige en guardiana del orden jurídico y de los derechos de los asociados en la instancia de la ejecución de las determinaciones y resoluciones del gobierno. Sin eufemismos concluye que,

“la arbitrariedad lo sabe bien y por eso se aprovecha, buscando ganar la partida a base de apresurar la ejecución de los actos administrativos antijurídicos, galopando sobre las ‘prerrogativas de poder’ de las que estos están dotados, de modo que ella resulte más rápida que la usualmente lerda posibilidad de defensa del interesado frente a ellos».

Y agregaríamos que el procedimiento administrativo es la primera de esas garantías, en tanto que supone que la actividad de la administración tiene que canalizarse obligadamente a través de unos cauces determinados, como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima. El sistema de recursos contra los actos y disposiciones constituye un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener, eventualmente, su anulación, modificación o reforma.

Aparece así la figura como una demostración más de los efectos de la constitucionalización del derecho y más concretamente del derecho administrativo. De ese constitucionalismo que, como quedó dicho, se ha desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo pasado extendiéndose hasta el presente, que ha supuesto y está suponiendo un verdadero cambio de paradigma dentro de la cultura jurídica en el mundo entero. Sabido es que ese cambio de modelo comenzó a afirmarse muy lentamente pero sobretodo, en las últimas tres décadas, su notoriedad es ineludible.

Finalmente, no resulta gratuita la afirmación en el sentido de que en la obra de Juan Carlos Esguerra Portocarrero se destaca también un amplio estudio de Derecho Comparado, complemento necesario del examen de unas herramientas que a más de ser hoy parte del patrimonio jurídico universal, se caracterizan por la diversidad de su origen y de su stirpe, ya que junto a algunas auténticamente colombianas, las hay que provienen del imperio romano, de la España medieval, de la Inglaterra y la Francia revolucionarias y del federalismo Norteamericano y Mexicano.

En la misma dirección, los derechos fundamentales constituyen una pieza básica en el funcionamiento de los estados contemporáneos. Su presencia en los ordenamientos jurídicos caracteriza y condiciona el sistema jurídico en su conjunto y la organización política que se asienta sobre éste. Los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección no pueden reducirse a estructuras exclusivamente formales. Son expresión de dimensiones axiológicas que, traducidas al derecho, adquieren plena virtualidad jurídica. A partir de ese momento, y en función de las diferentes concepciones al respecto, se vinculan a determinados modelos de Estado. Tanto los derechos fundamentales como el Estado, constituyen conceptos en constante evolución. Dada su evidente vinculación, las variaciones y transformaciones respectivas repercuten tanto en la organización interna de los sistemas de derechos como en la organización de los poderes públicos estatales. El Estado de Derecho Constitucional, con su tensión interna entre democracia y derechos, constituye en este sentido el escenario en el que se producen las relaciones entre derechos fundamentales y Estado de Derecho. Dichas relaciones no se circunscriben exclusivamente al ámbito interno, sino que tienen una evidente traslación al ámbito del Derecho internacional y de las relaciones internacionales, cada vez más condicionados por la imperatividad de los derechos fundamentales.

No sobra advertir, finalmente y a modo de conclusión, sobre la existencia de una nueva estrategia para el logro, la protección y la efectividad de los derechos fundamentales: o sea la coherencia y la sabiduría en su interpretación. Sobre todo la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, que en gran parte están confiados a la Corte Constitucional. Esta nueva relación (y es otra constante en el libro de Esguerra Portocarrero) entre derechos fundamentales y jueces, significa un cambio fundamental con respecto a la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de

los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a una mera fuerza simbólica.

JAVIER ARISTIZÁBAL VILLA