

# TEMAS PROCESALES

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL

Director: Dr. Eugenio Prieto Mesa

ISSN 0120-8519

**24**  
AGOSTO  
2000

- ◆ **La indemnización de perjuicios en las acciones especiales como las de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo**  
Dr. Gilberto Martínez Rave
- ◆ **El error judicial**  
Dr. Eugenio Prieto Mesa
- ◆ **Una política procesal mezquina**  
Dr. Alejandro Ochoa B.
- ◆ **Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas**  
Dra. Angela Figueruelo Burrieza
- ◆ **Terminación extraordinaria del proceso penal**  
Drs. John Jairo Ortiz Alzate, José Luis Jiménez Jaramillo
- ◆ **Comentarios a la nueva regulación en materia de competencia desleal. Régimen de medidas cautelares**  
Dr. Hugo Alberto Castaño Z.

**Editorial Leyer**

## **TEMAS PROCESALES**

---

**No. 24 • Agosto de 2000**

---

**Revista del Centro de  
Estudios de Derecho  
Procesal**

**Director:**

Eugenio Prieto Mesa

**Consejo de Redacción:**

Eugenio Prieto

Alejandro Ochoa

Edison Rivera

Andrés Prieto

**Correspondencia:**

Eugenio Prieto Mesa

Apartado Aéreo 50088

Medellín - Colombia

---

Los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores. Es permitida la reproducción total o parcial, citando la fuente.

---

## **Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal**

---

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Elena Quintero de P.

Fernando Ossa A.

Gilberto Martínez Rave

Rodrigo Velilla

Alejandro Ochoa

Dario González

Edison Múnera

Martin Agudelo

Mauricio Patiño

Juan Guillermo Jaramillo

Jhon Jairo Ortiz

Carlos Julio Arango

Luciano Sanín

Edgar Guillermo Escobar V.

Diana Ramirez

Rosa María Escobar

---

Colombia  
No. 24  
Agosto de 2000  
ISSN 0120-8519

# TEMAS PROCESALES

## DIRECTOR

Dr. Eugenio Prieto Mesa

**Artes y diseño**  
Editorial Leyer Ltda.

## Impresión, encuadernación y terminados

Editorial Leyer Ltda.  
Calle 20 No. 3-70  
Tels. 2827913-2827930  
Santa Fe de Bogotá

La revista es de circulación  
pública

*Editorial Leyer se hace  
responsable únicamente  
por las suscripciones  
efectuadas a través de  
nuestras sucursales o di-  
rectamente por la oficina  
principal en Santa Fe de  
Bogotá*

Los artículos publicados en la  
presente revista son de ex-  
clusiva responsabilidad de  
sus autores.

## PLANTA Y OFICINAS PRINCIPALES

Calle 20 No. 3-70  
Tels. 2821903 - 2827913 - 2827930  
FAX (091) 282 23 73  
Apartado Aéreo 31386 - E-mail edileyer@latino.net.co  
**Santa Fe de Bogotá - Colombia**

## LIBRERÍAS Y SUCURSALES

### SANTA FE DE BOGOTÁ

Cra. 7ª No. 12-15  
Tel. 3429097 FAX (091) 2822373- A. A. 31386

### MEDELLÍN

Av. La Playa con Sucre  
Calle 52 No. 47-28 Of. 804  
Tels. 2517381 - 2517382  
Edificio La Ceiba

### BARRANQUILLA

Cra. 44 No. 38-11  
Piso 13 Of. 13-F  
Tel. 414176  
Edificio Banco Popular

### PEREIRA

Cra. 8 No. 18-37 Piso 1  
Local 11  
Tel. 3344234  
Centro Comercial  
El Paso

### BUCARAMANGA

Cra. 13 No. 35-21  
Local 103  
Tel. 339749  
Edificio Las Villas

### CARTAGENA

Calle del Cuartel  
del Fijo No. 36-122  
Tels. 6646632

### CALI

Cra. 5ª No. 12-16  
Of. 809  
Tel. 8802217  
Edificio Suramericana

### TUNJA

Cra. 10ª No. 21-15  
Of. 904  
Tel. 402271 Edicamol

### NEIVA

Cra. 38 No. 8-15  
Ap. 403  
Tel. 8770214

TEMAS PROCESALES

© Propiedad Registrada  
EDITORIAL LEYER

Las características internas y externas, denominación comercial, marcas y propiedad intelectual son exclusivas de Editorial Leyer. Por lo tanto, queda prohibida la reproducción total o fragmentaria sin autorización expresa y escrita de la misma.

## SUMARIO

- ◆ **La indemnización de perjuicios en las acciones especiales como las de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo**  
Dr. Gilberto Martínez Rave ..... 7
- ◆ **El error judicial**  
Dr. Eugenio Prieto Mesa ..... 25
- ◆ **Una política procesal mezquina**  
Dr. Alejandro Ochoa B. .... 53
- ◆ **Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas**  
Dra. Angela Figueruelo Burrieza ..... 55
- ◆ **Terminación extraordinaria del proceso penal**  
Drs. John Jairo Ortiz Alzate, José Luis Jiménez Jaramillo ..... 109
- ◆ **Comentarios a la nueva regulación en materia de competencia desleal. Régimen de medidas cautelares**  
Dr. Hugo Alberto Castaño Z. .... 137

1. **Introduction**

2. **Background**

3. **Methodology**

4. **Results**

5. **Discussion**

6. **Conclusion**

7. **References**

8. **Appendix**

9. **Index**

10. **Notes**

11. **Abstract**

12. **Summary**

13. **Key Words**

14. **Keywords**

15. **References**

16. **Appendix**

17. **Index**

18. **Notes**

19. **Abstract**

20. **Summary**

21. **Key Words**

22. **Keywords**

23. **References**

# LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN LAS ACCIONES ESPECIALES COMO LAS DE TUTELA, DE CUMPLIMIENTO, POPULARES Y DE GRUPO

Dr. Gilberto Martínez Rave\*

SUMARIO: I- La acción de tutela. II- La acción de cumplimiento. III- Las acciones populares. A- Trámite. B- Pacto de cumplimiento. C- La indemnización de perjuicios. D- Incentivos. IV- Acciones de grupo.

La Constitución de 1991, se orientó hacia la defensa de las personas perjudicadas con la violación de sus derechos y por ello consagró acciones judiciales distintas a la ordinaria, para brindarles la protección real y efectiva de los diferentes derechos que fueron consagrados en ese estatuto. Por eso en el Capítulo 4º, estableció: "De la protección y aplicación de los derechos," a la cual le dedicó los artículos 83 a 94.

A partir de la vigencia de la Constitución, se han expedido paulatinamente normas o leyes que pretenden regularlas. Por eso, además de las acciones judiciales ordinarias

que regulan nuestros estatutos procesales, se han reglamentado otras acciones, que pretenden facilitar y agilizar la búsqueda de la protección efectiva de los derechos consagrados en la Carta Magna por parte del Estado.

## I- LA ACCIÓN DE TUTELA

La primera y más importante, según la mayoría de los tratadistas, es la *Acción de Tutela*, que se consagró como mecanismo especial y extraordinario para proteger los derechos fundamentales que la Constitución Política consagra en favor de los colombianos, en su artículo 86, en los siguientes términos: "Toda persona tendrá acción de tutela, para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por

---

\* Abogado. Profesor universitario. Tratadista en derecho procesal y responsabilidad civil. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín.

quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y en todo caso, éste remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de la tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de insubordinación o indefensión."

Esta acción fue reglamentada por el Decreto Ley 2591 del 19 de noviembre de 1991, mediante Sentencias C-543 de octubre 1º de 1992 y T-33 de febrero 2 de 1994, de la Corte Constitucional, fueron declarados inexecutable sus artículos 11,

12 y 40, mientras el resto del articulado fue declarado executable y continúa vigente.

Procede no solo contra acciones u omisiones de las instituciones y servidores públicos, sino también contra particulares que presten servicios públicos, o atenten contra los intereses colectivos o cuando el solicitante se encuentre en estado de indefensión o subordinación, en relación con el causante del daño.

Esta acción, según el artículo 25 del mencionado decreto, consagra la facultad al Juez de Tutela, de condenar al pago de perjuicios, si con la violación del derecho fundamental se han ocasionado. Su redacción es la siguiente: "Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial y la violación del derecho sea manifiesta, y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que concede la tutela, el juez de oficio tiene la potestad de ordenar en abstracto, la indemnización del daño emergente causado, si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo, así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual, el juez que esté conociendo de la tutela, remiti-

rá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será en contra de la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ello, sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas, cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad."

Para que el Juez de Tutela pueda condenar al pago de los perjuicios ocasionados con la violación del derecho fundamental, se requiere entonces:

a) Que no se disponga de otro medio judicial para la defensa del derecho fundamental, cuya protección se intenta. Esto es lo que se ha conocido como acción residual, o sea que opera sólo cuando no exista otro mecanismo judicial para superar el lesionamiento del derecho fundamental. La doctrina y la jurisprudencia, han suavizado esa exigencia, al permitir la acción cuando a pesar de existir otras vías judiciales, éstas no son efectivas o suficientes para la protección del derecho.

b) La violación del derecho fundamental que permite la acción, debe ser manifiesta, notoria y evidente. Cuando exista duda sobre la violación del derecho, no debe utili-

zarse la acción de tutela, sino las vías judiciales ordinarias.

c) El perjuicio cuya indemnización se reclama, debe ser consecuencia directa de una acción arbitraria, injusta, del servidor público o del particular que ocasiona la violación del derecho fundamental.

d) La indemnización puede ser dispuesta de oficio, por el Juez de Tutela o a solicitud de parte. Esto es, que si el funcionario determina que existieron perjuicios con la violación del derecho fundamental, puede disponer el pago de la indemnización, aun sin que haya sido solicitada en la demanda. Lógicamente si se le solicita, podrá atender a la petición del perjudicado.

e) Es potestativo del funcionario, el disponer o no el pago de la indemnización, tiene la potestad de ordenar, consagra la norma. No es por lo tanto una obligación o consecuencia necesaria de la aceptación de la tutela intentada. La norma es clara en darle esa posibilidad al funcionario y por ello debe utilizarla en forma justa y equitativa y no en forma arbitraria.

f) La condenación que puede hacer del pago de la indemnización, deberá ser *in genere*. La norma pretende que el Juez de Tutela, pueda imponer la obligación indemnizatoria en abstracto, pero su concreción, su cuantificación, debe hacerse a través de un incidente ante otro funcionario judicial. La

condena del Juez de Tutela es *in genere*, en abstracto, pero en la sentencia debe fijar los parámetros o elementos que deberá atender el juez del incidente que fijará el monto específico o concreto en la providencia que resuelve el incidente de regulación.

g) La condena al pago de perjuicios que puede imponer el Juez de Tutela, se referirá exclusivamente al daño emergente causado con la violación del derecho fundamental. Esto permite concluir, que los perjuicios calificados como patrimoniales o materiales en su manifestación de lucro cesante y como morales o extrapatrimoniales, no pueden ser materia de condenación por el Juez de Tutela. Las personas perjudicadas que pretendan reclamar esta clase de perjuicios, podrán intentarlo a través de un proceso ordinario indemnizatorio, pero por fuera del trámite de la tutela, si ésta prosperó. Sin embargo, consideramos importante el concepto de quienes sostienen que cuando la norma se refiere a "*la liquidación del mismo y de los demás perjuicios*", está autorizando al juez del incidente a referirse no solo al daño emergente, cuya condenación impuso *in genere* el Juez de Tutela, sino a los demás que se le acrediten y en ese caso, el perjudicado no requeriría de un proceso ordinario para el lucro cesante y los perjuicios morales, sino que en la liquidación de perjuicios presentada al juez del incidente,

podría incluirlos. Aunque esos argumentos son convincentes, no se recomienda ese camino por la oposición manifiesta de altos funcionarios judiciales y doctrinantes a que el Juez de Tutela condene al pago de perjuicios, por tratarse de un trámite rápido, que no permite las pruebas suficientes de los perjuicios.

h) Para que el Juez de Tutela disponga la condena al pago del daño emergente, debe determinar que éste haya sido necesario, indispensable, para el goce efectivo del derecho a su defensa, esto es que los gastos efectuados que se reclaman como daño emergente, hayan sido necesarios, indispensables, para la defensa del derecho fundamental vulnerado o puesto en peligro.

i) Cuando la violación del derecho fundamental se ha realizado por un servidor público, la condena impuesta por el Juez de Tutela, en este caso, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dispondrá el pago de los perjuicios materiales, en su manifestación de daño emergente, en forma solidaria entre la entidad o institución pública y el servidor o funcionado que realizó la violación del derecho, siempre que éste haya actuado en forma dolosa o gravemente culposa. Se debe remitir al funcionario competente, el proceso, para que éste adelante el incidente de concreción del monto o

*quantum* del daño emergente, teniendo en cuenta los parámetros y pautas fijadas por el Juez de Tutela y lo dispuesto por el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, para la proposición, trámite y efecto de los incidentes, a pesar de que la sentencia haya sido apelada o enviada en revisión a la Corte Constitucional, pues la norma dispone "remitirá inmediatamente".

j) La liquidación o incidente debe ser propuesta por la persona favorecida con la tutela dentro de los seis meses siguientes a la condena impuesta. De lo contrario se da la caducidad del incidente y ya no se puede intentar.

k) La liquidación presentada debe ser dada en traslado a la parte condenada por el término de tres días. Ésta se puede oponer y dar respuesta adjuntando las pruebas o anunciando las que estime necesarias para su defensa. El funcionario ordenará la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y las que de oficio considere importantes. Posteriormente decide en providencia interlocutoria, que admite los recursos de reposición y apelación.

Es bueno precisar que cuando prospera una acción de tutela y se han causado perjuicios con la violación del derecho fundamental, el perjudicado está habilitado para reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos por la vía del

proceso ordinario. Por lo tanto el hecho de que el Juez de Tutela no se pronuncie sobre los perjuicios, no es impedimento para que el perjudicado pueda intentar la indemnización correspondiente ante el juez civil ordinario, a través de un proceso indemnizatorio, que podrá referirse. Ahí sí, a toda clase de perjuicios, no solo los materiales en su manifestación de daño emergente y de lucro cesante, sino también los morales o de otra índole. O podrá hacerlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, si se trata de una entidad o un servidor público.

También es posible que el Juez de Tutela sólo condene al pago del daño emergente, caso en el cual queda abierta la posibilidad de reclamar, por el mismo hecho, esto es, por haber prosperado la acción de tutela, la indemnización de los otros perjuicios que se hayan causado con la violación del derecho fundamental como sería el lucro cesante de los perjuicios materiales y los perjuicios morales.

El auge que ha tenido la acción de tutela, con la agilidad de su trámite, ha originado una avalancha de demandas que ha congestionado los despachos judiciales, encargados de resolverlas. Paulatinamente se ha ido adquiriendo la cultura necesaria para su buena utilización y sigue siendo un avance procesal

en nuestro medio para la defensa de los derechos fundamentales.

Esta acción puede intentarse directamente por el perjudicado. No requiere la intervención de abogado titulado, pero tampoco está prohibida. Es por lo tanto posible intentarla directamente por el perjudicado o a través de apoderado.

## II- LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El artículo 87 de la Constitución Política, consagró la llamada acción de cumplimiento con la siguiente redacción: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente, el cumplimiento del deber omitido"

La Ley 393 de julio 29 de 1997, la reglamentó. Esta acción es una herramienta más que se entrega al ciudadano para que pueda exigir el cumplimiento de normas generales con fuerza material de ley o de situaciones más específicas, como los actos administrativos. La ley somete esa acción a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.

Aunque no se puede iniciar el trámite oficiosamente, pues es una acción rogada, sí es posible que una vez presentada la demanda o mejor la solicitud, el trámite se im-

pulse oficiosamente por el funcionario.

Son competentes para conocer de estas acciones, los jueces de lo contencioso administrativo en primera instancia y en segunda, el Tribunal correspondiente. Mientras entran a funcionar los jueces de lo contencioso, la competencia de primera instancia está en los Tribunales y la de segunda, en el Consejo de Estado.

Esta acción puede ser intentada por cualquier persona, por los funcionarios públicos, en especial, el Procurador General de la Nación y sus delegados, el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y el Contralor General de la Nación y contralores departamentales y municipales. Las organizaciones sociales y las organizaciones no gubernamentales como sindicatos, universidades, colegios de profesionales, etc.

Excepcionalmente puede intentarse contra particulares, pero cuando estos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas.

No es viable cuando se trata de la violación de derechos que pueden ser protegidos a través de la tutela, esto es, los fundamentales. Tampoco puede utilizarse para perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

El artículo 24 de la citada ley establece: "Indemnización de per-

juicios. La acción de cumplimiento no tendrá fines indemnizatorios, cuando del incumplimiento de la ley o acto administrativo se generen perjuicios, los afectados podrán solicitar las indemnizaciones por medio de las acciones judiciales pertinentes. El ejercicio de la acción de que trata esta ley, no revivirá en ningún caso, los términos para interponer las acciones de reparación de perjuicios."

Como claramente se indica, esta acción, no es de carácter indemnizatorio. Por eso cuando el incumplimiento de la ley o del acto administrativo, ocasiona daño o genera perjuicios, los afectados podrán solicitar las indemnizaciones con fundamento en las acciones judiciales ordinarias pertinentes, esto es, ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de reparación directa, cuando se trate de instituciones o servidores públicos o a través de un proceso civil ordinario indemnizatorio, ante la jurisdicción civil, cuando se trata de particulares.

### III- LAS ACCIONES POPULARES

El artículo 88 de la Constitución Nacional, las consagra como mecanismo de defensa de los derechos colectivos en su primer inciso. "La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos o intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la

seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella."

Con ese objetivo se expidió la Ley 472 del 5 de agosto de 1998, que regula conjuntamente las acciones populares y las acciones de grupo. El artículo 2º de esta ley, precisa y concreta el objetivo de las acciones populares: "Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas al estado anterior cuando fuere posible."

Estas acciones proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos o intereses colectivos. Están establecidas para la defensa de los derechos colectivos, que según el artículo 4º de la ley citada, son entre otros, los relacionados con lo siguiente:

a) El goce del ambiente sano, de conformidad con lo establecido por la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias referidas al medio ambiente, los recursos naturales, las cuestiones ecológicas, etc.

b) La moralidad administrativa, esto es, el buen comportamiento de

los funcionarios o servidores públicos en el manejo del patrimonio y la actividad pública.

c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, su restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad, relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente.

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

e) La defensa del patrimonio público ya de los funcionarios públicos como de los particulares.

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación.

g) La seguridad y la salubridad públicas.

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.

i) La libre competencia económica.

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

k) Prohibición de fabricación, importación, posesión, uso, de armas

químicas, biológicas, nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos.

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

m) La realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos, respetando las disposiciones legales, de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos, los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia".

Como puede verse, se trata de una lista simplemente enunciativa y no taxativa, lo que permite concluir que pueden existir otros de similar importancia para la colectividad, que aunque no aparezcan allí mencionados, se podrían tener como tales para efectos de su prevención y protección a través de las acciones populares.

El trámite de esta acción es preferencial, esto es, debe tramitarse inmediatamente, excepto en relación con el *habeas corpus*, la acción de tutela y la acción de cumplimiento, y aunque sólo puede iniciarse por solicitud de cualquier persona, su trámite sigue siendo

oficioso para el funcionario que deberá tener en cuenta los principios de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad, eficacia, el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes.

La titularidad de la acción, está en cabeza de cualquier persona natural o jurídica que pretenda la protección de los intereses colectivos. Se puede intentar directamente sin necesidad de la intervención de abogado titulado. Además se mencionan expresamente en la ley como titulares, a las organizaciones no gubernamentales o privadas, cívicas, populares o de índole similar. A las entidades públicas que cumplan funciones de control o vigilancia, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, a los personeros municipales y distritales, a los alcaldes y demás funcionarios encargados de la defensa y protección de esa clase de derechos.

Cualquier persona puede intentar la directamente o a través de apoderado. Cuando la acción se inicia por solicitud de persona que no es abogado titulado, el juez deberá notificarle el auto admisorio a la Defensoría del Pueblo, para que ésta designe a uno de sus abogados para que intervenga en el proceso.

El interesado podrá acudir ante el Personero Municipal o el Defen-

sor del Pueblo, para que le colabore en la redacción de la demanda o petición, cuando no sepa escribir o cuando se trate de cuestiones de urgencia.

La acción se puede intentar contra personas naturales o jurídicas particulares o contra instituciones o servidores públicos cuya acción u omisión se considere amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo.

Son funcionarios competentes para conocer de esta acción:

a) Si se trata de autoridades públicas, conocen en primera instancia los jueces de lo contencioso administrativo del lugar, de la ocurrencia de los hechos (mientras entran a funcionar, conocerá de la primera instancia el Tribunal de lo Contencioso Administrativo). La segunda instancia, la conocerá la Sección Primera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente (mientras entran a funcionar los jueces de lo contencioso, la segunda instancia la conocerá el Consejo de Estado).

b) Si se trata de particulares, la competencia está en los jueces civiles del circuito del lugar donde se sucedieron los hechos. La segunda instancia, corresponde a la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior, al cual corresponde el juez que profirió la sentencia de primera instancia.

### A- TRÁMITE

El juez debe pronunciarse antes de los tres días sobre la petición o solicitud presentada. Si no reúne los requisitos formales concederá un término de tres días para corregirla. Si no se corrige se rechazará. Se dispone la notificación al demandado y el traslado por el término de 10 días para responderla. Sólo son procedentes las excepciones previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada. Luego se dispone la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y las que de oficio, el juez considere necesarias.

Es posible tomar medidas cautelares antes de la notificación de la demanda, de oficio o a solicitud de parte, como: a) Cesación de actividades que hayan causado o puedan causar el daño. b) Cuando se trate de omisiones, disponer que se ejecuten las actividades necesarias para evitar el daño. c) Prestar caución que garantice el cumplimiento de las medidas cautelares. d) Ordenar, con cargo al Fondo para la Defensa de los derechos o intereses colectivos, los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes para mitigarlo o prevenirlo.

### B- PACTO DE CUMPLIMIENTO

Dentro de los tres días siguientes a la notificación de la demanda, el juzgado fijará una audiencia con el objeto de escuchar a las partes y los interesados en relación con la

controversia. Es lo que en el procedimiento ordinario se conoce como *audiencia de conciliación*, y en este procedimiento, en caso de llegarse a un acuerdo entre las partes sobre la forma de proteger los intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas al estado anterior, se denomina *pacto de cumplimiento*, que el juez aceptará mediante sentencia que publicará en un diario de amplia circulación y mantendrá vigilancia sobre su cumplimiento, directamente o a través de un auditor que designará para tal fin.

Practicadas las pruebas se dará un traslado común de cinco días a las partes para sus alegatos. Vencido ese término, el juez tendrá 20 días para proferir la sentencia. La sentencia que acoja las pretensiones de la demanda, puede disponer una orden de hacer o de no hacer y la de ordenar el pago de perjuicios en favor de la entidad pública, no culpable encargada de la vigilancia y protección del interés colectivo. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada frente a las partes y el público en general. La sentencia es apelable ante el superior jerárquico del funcionario que profirió la providencia.

### C- LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

No puede la persona que intenta una acción popular, ser indemnizada, aunque aquélla prospere, pues el objetivo de las acciones populares

es más preventivo que indemnizatorio. Es por eso, que en el artículo 33 de la ley, se establecen los requisitos que debe satisfacer la sentencia y las decisiones que puede tomar el funcionario. Como se observa en esa norma, la indemnización de perjuicios que se puede disponer, debe ser fijada en favor de la institución encargada de la defensa del interés público, del interés colectivo vulnerado, pero siempre y cuando ella no haya actuado culposamente en la defensa de esos intereses. No puede el actor popular, es decir, quien intentó la acción, ser indemnizado como consecuencia del éxito de esa acción. La condena deberá ser en abstracto, en favor de la institución pública y se concretará a través de un incidente de regulación que se tramitará como dispone el último inciso del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

#### D- INCENTIVOS

De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, el demandante en una acción popular, esto es el actor popular, tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez y ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes, en el momento de fijarlo. Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos, que se crea por la misma ley.

Si se trata de acciones populares relacionadas con la moral administrativa, el demandante o demandantes, esto es, el actor o los actores populares, recibirán un incentivo del 15% del valor que recupere la entidad pública, en razón de la acción. Esta participación no puede entenderse como una indemnización, por cuanto el perjuicio no lo sufrió directamente el actor popular. En este punto debe recordarse que el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, consagra la acción civil dentro del proceso penal, en favor del actor popular, cuando se trata de delitos que afecten los intereses colectivos y lo autoriza para constituirse parte civil dentro del trámite procesal.

Se puede concluir entonces, que las acciones populares no tienen carácter indemnizatorio. Las personas perjudicadas con la violación de los intereses colectivos que utilicen las acciones populares, no pueden ser indemnizadas a través de ellas. Las personas naturales o jurídicas afectadas, que sufran perjuicios para ser indemnizadas de los daños materiales y morales sufridos, deberán intentar las acciones individuales o de grupo, pues no es posible su indemnización a través de las acciones populares, que tienen una finalidad más preventiva que indemnizatoria.

Este mismo procedimiento debe cumplirse, si las que se intentan son

las acciones populares que consagran los artículos 2359 y 2360 del Código Civil y otras normas, que continúan vigentes como lo contempla expresamente el artículo 45 de la ley.

#### IV- ACCIONES DE GRUPO

El inciso 2º del artículo 88 de la Constitución Nacional, consagra: "También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares."

Para reglamentar esa disposición constitucional, el legislador utilizó la misma ley en la cual reguló las acciones populares, esto es, la Ley 472 de agosto 5 de 1998 y en su artículo 3º, que repite en el artículo 46, dispuso: "Acciones de grupo. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes, respecto a una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben ser también respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad. La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios."

Los artículos 46 y siguientes de la citada ley, regulan el trámite correspondiente. El número plural de

personas que puede intentarlas, debe ser de 20 o más, sin que se haya establecido un límite máximo.

En otros países, ha tenido esta acción mucha importancia, por cuanto ha permitido que cuando los daños provengan de hechos que lesionan patrimonial o emocionalmente a grupos numerosos de personas, no sea necesaria la acción indemnizatoria individual. Cuando con el mismo hecho, se lesiona un número amplio e indeterminado de personas, esta acción permite que se puedan favorecer inclusive las afectadas que no intervinieron en el proceso, pero desean acogerse a la condena impuesta. Son los casos en que la elaboración y comercialización de un producto, ocasiona daños o perjuicios a sus compradores o usuarios a nivel nacional, departamental o local. Cuando la acción o la omisión de un servidor público, origina perjuicios a muchas y diferentes personas. Cuando la mala calidad de un producto o un servicio afecta a los usuarios. Cuando se presentan tragedias que causan daños a muchas personas y ellas son imputables a negligencia, imprudencia de servidores públicos o privados. Cuando estalla una caldera que destruye bienes muebles e inmuebles y lesiona o da muerte a muchas personas por causas imputables a una persona natural o jurídica pública o privada. Estos son algunos de los ejemplos

en que se debe dar aplicación a las acciones de grupo, que facilitan la reclamación y que evita que cada uno de los afectados intente o utilice la acción individual. Simplemente se crea un mecanismo más para que los afectados pretendan su indemnización.

Tiene una caducidad de dos años que se contará a partir del día siguiente a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción causante del mismo.

Son titulares de dicha acción, todas las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido un daño o perjuicio. El Defensor del Pueblo, los personeros municipales o de distrito, podrán en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión, intentar dicha acción. En ese caso, serán parte dentro del proceso, junto con los demás afectados.

La persona que aparezca como demandante, como actor, llevará la representación de los demás que intervengan en el proceso, sin necesidad de que cada uno ejerza por separado su propia acción ni haya otorgado poder especial para ello.

No hay duda entonces, que la acción de grupo es una acción indemnizatoria, que tiene como objetivo la compensación de los perjuicios causados, y por ello, deberá ejercerse con la intervención de abogado titulado y portador de la

tarjeta profesional. Pero como por ser un grupo de veinte o más personas, es posible que los perjudicados otorguen poder al mismo o a diferentes abogados, la ley prevé que en ese caso, deberá conformarse un comité entre ellos y el juez reconocerá personería, como apoderado del grupo, al coordinador o al apoderado que determine el comité o en su defecto, al apoderado que represente el mayor número de perjudicados.

La competencia para conocer de esta acción, está en los Jueces de lo Contencioso Administrativo, en primera instancia, cuando se trata de acciones de grupo en contra de entidades de derecho público o de acciones u omisiones de servidores públicos. La segunda instancia, en ese caso, corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Mientras entran a funcionar los juzgados de lo contencioso, conocerá en primera instancia, el Tribunal de lo Contencioso y en segunda, el Consejo de Estado. Cuando se trata de particulares, la competencia es de los jueces civiles del circuito del lugar donde se presentaron los hechos en la primera instancia. La segunda, la conocerá la Sala de Decisión Civil del correspondiente Tribunal Superior. Por disposición expresa del artículo 51 de la ley, el demandante podrá optar por adelantar la acción ante el juez del domicilio del demandado o del demandante. En síntesis, podrá ade-

lantarse la acción en el lugar donde ocurrieron los hechos, en el domicilio del demandado o en el domicilio del demandante, según determinación de éste.

El trámite se inicia con una demanda que deberá satisfacer los requisitos ordinarios que contemplan el Código de Procedimiento Civil o el Código Contencioso Administrativo, según el caso concreto, más las exigencias que hace el artículo 52 de la ley, que tienen que ver con la identificación del demandado, el nombre e identificación de los componentes del grupo que intenta la acción. Admitida la demanda, se ordena un traslado de diez días al demandado y se dispondrá su notificación personal, y a los miembros del grupo demandante; se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier mecanismo eficaz, teniendo en cuenta los eventuales beneficiarios. Si la demanda no ha sido promovida por el Defensor del Pueblo, se le notificará personalmente a éste, el auto admisorio de la demanda para que intervenga en el proceso, si lo considera conveniente o designe uno de sus abogados para que lo haga.

Cualquier persona que resulte afectada por el mismo hecho, podrá hacerse parte dentro del proceso, hasta antes de la expedición del auto de apertura a pruebas, mediante un escrito en el cual informe su nombre, el perjuicio sufrido, el

origen de éste; y el deseo de pertenecer al grupo que interpuso la demanda y acogerse al fallo. Quienes no concurren al proceso y sus acciones no hayan prescrito o caducado, podrán acogerse al fallo hasta dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia, a través de un escrito en el cual informen su nombre, los perjuicios sufridos, el origen de estos y el deseo de acogerse al fallo. En este caso, no podrá alegar o invocar daños extraordinarios o excepcionales, diferentes a los que normalmente fueron planteados por los otros perjudicados y tampoco se favorecerá de las costas que se fijen en el proceso.

Estos aspectos, son los que diferencian esta acción de la ordinaria individual. La posibilidad de que personas que no aparecen como demandantes, puedan vincularse al proceso después de haber sido notificada la demanda o inclusive después de haberse proferido la sentencia y sin haber participado en el trámite.

Si se adelantan acciones individuales por los mismos hechos, éstas podrán acumularse a la acción de grupo pero a solicitud del interesado, caso en el cual terminará la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

Pero así como es de fácil ingresar al grupo, lo es para salir del mismo. Dentro de los cinco días al vencimiento del término de traslado

de la demanda, cualquiera de los componentes del grupo, podrá manifestar su deseo de ser excluido del mismo y de no ser vinculado al acuerdo de conciliación o a la sentencia y podrá intentar su acción individual.

Los componentes del grupo no quedarán vinculados a los efectos de la sentencia, cuando hayan solicitado expresamente su exclusión del grupo o cuando se demuestre por una persona vinculada con la sentencia, que no participó en el proceso y que sus intereses no estuvieron debidamente defendidos por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación. Si no lo expresa o manifiesta oportunamente, quedará sometido a las consecuencias de la sentencia o del acuerdo conciliatorio. Pero si decide excluirse y así lo hace conocer oportunamente, podrá intentar su acción individual.

La parte demandada podrá proponer excepciones de fondo y previas de acuerdo con lo consagrado en el Código de Procedimiento Civil, esto es, las mismas que pueden proponerse en las acciones individuales.

**Medidas Cautelares:** Las medidas previas contempladas en el Código de Procedimiento Civil, para los procesos ordinarios, esto es, las consagradas en el artículo 690, pueden ser solicitadas en la demanda y el juez las dispondrá en el

auto admisorio de la demanda y las practicará antes de la notificación de la misma.

**Audiencia de conciliación:** De oficio el juez ordenará la celebración de una audiencia de conciliación, que se celebrará dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término que tienen los componentes del grupo para solicitar su exclusión y que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a su convocatoria. Si esa diligencia fracasa, el juez podrá convocar a una nueva, si así lo solicitan las partes. En esa diligencia podrá actuar el Defensor del Pueblo o su delegado, para servir de mediador y colaborar con el conciliador, quien será el juez. Si la demanda hubiere sido presentada por el Defensor del Pueblo, esa función la cumplirá el Procurador General de la Nación o su delegado. El acuerdo de las partes se asimilará a una sentencia. El acta de conciliación que recoge el acuerdo, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. El juez dispondrá la publicación del acuerdo o conciliación en un medio de comunicación de amplia circulación nacional.

Si no se da el acuerdo conciliatorio, el juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas por las partes y las que oficiosamente considere necesarias, en un término de 20 días. Por circunstancias muy especiales, dicho término podrá prorro-

garse de oficio o a solicitud de parte, por un período igual.

Vencido el término probatorio, el juez dispondrá un traslado común de cinco días para que las partes presenten sus alegatos.

El juez tendrá un término hasta de veinte días para proferir la correspondiente sentencia.

La sentencia fuera de satisfacer los requisitos formales y de fondo de las sentencias que contempla el procedimiento civil, debe disponer:

a) El pago de la indemnización colectiva, que incluya las sumas ponderadas de las indemnizaciones individuales de los componentes del grupo.

b) Los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso y que quieran acogerse al fallo, a fin de poder reclamar la indemnización correspondiente.

c) El monto de dicha indemnización, entrará al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, que crea y regula en los artículos 70 a 73 de la misma ley y que será el encargado de pagar a los componentes del grupo, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del fallo. Este Fondo será administrado por el Defensor del Pueblo. El juez podrá dividir el grupo en subgrupos, para efectos de la indemnización, teniendo en cuenta las circunstancias de cada persona.

d) Las personas que han intervenido en el proceso y quienes se han vinculado al grupo, respetando las pautas fijadas en la ley, podrán recibir proporcionalmente el valor de sus indemnizaciones.

e) Se dispondrá igualmente la publicación de un extracto de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a la ejecutoria con la prevención a los interesados que resultaron lesionados o perjudicados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten al juzgado dentro de los 20 días siguientes, a manifestar su intención de reclamar su indemnización.

f) La liquidación de las costas y gastos del proceso a cargo de la parte vencida y en favor de quienes actuaron dentro del mismo.

g) La liquidación de los honorarios del abogado que actuó dentro del proceso como representante del grupo, corresponderá al 10% de la indemnización que obtenga cada uno de los miembros del grupo que no hayan designado su apoderado o representante judicial.

La sentencia es apelable en el efecto suspensivo, por quienes intervinieron en el trámite. El superior deberá decidir sobre la apelación interpuesta en un término no superior a los 20 días, excepto cuando deban practicarse nuevas

pruebas, se permite ampliarlo en 10 días más.

Las sentencias que deciden las acciones de grupo, admiten los recursos extraordinarios de casación y revisión de acuerdo con las normas generales que regulan dichos recursos. Sin embargo, esos recursos extraordinarios deberán resolverse dentro de un término que no podrá ser superior a noventa días.

El artículo 75 de la ley, que hace parte del Título V, y que se refiere a disposiciones comunes a las acciones populares y de grupo en materia probatoria, trae unas normas que facilitan la prueba. Pretende esa ley introducir algunos mecanismos que faciliten el aspecto probatorio, entre ellas, la colaboración de las partes, las cuales, de común acuerdo pueden realizar los siguientes actos probatorios.

a) Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, que reemplacen los dictámenes periciales. Deberán ser presentados personalmente por los expertos o con reconocimiento de firmas notarial o judicial.

b) Adjuntar documentos reconocidos o en los cuales se reconozcan otros que se encuentran en el proceso. Debe ser presentado personalmente o con reconocimiento judicial o notarial de quien lo suscribe.

c) Presentar la versión de los testigos, que se hará mediante do-

cumento que se presentará bajo la gravedad del juramento, con presentación personal del testigo o mediante reconocimiento judicial o notarial del mismo.

d) Documento donde aparezcan puntos importantes relacionados con una inspección. La presentación será personal o con reconocimiento judicial o notarial.

e) Solicitar que una inspección judicial que deba realizarse, se practique por la persona que ellas designan. Esta posibilidad no puede aplicarse cuando existe curador que representa a alguno de los intervinientes.

f) Presentar documentos que hayan sido objeto de exhibición.

g) Declaración de parte, que ante ellos haya hecho el absolvente. Que deberá ser firmada por los apoderados y el absolvente.

Estas pruebas aportadas, si deberán ser apreciadas por el juez, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, y podrá ordenar pruebas en relación con ellas, ya de oficio o a solicitud de parte, como lo autoriza el artículo 179 del Estatuto Procesal Civil.

Todo lo anterior, con el objeto de agilizar el trámite.

La misma ley en su artículo 74, establece un registro público de peritos para acciones populares y de grupo, que será organizado por

la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en un período no superior a los seis meses contados a partir de la vigencia de esa ley.

La ley en su artículo 85, consagra: "El Gobierno Nacional realizará durante el año siguiente a la promulgación de esta ley, un programa de pedagogía que incluya campañas masivas de educación y divulgación sobre los derechos colectivos y su procedimiento para hacerlos efectivos. La campaña de educación y divulgación será coordinada por el Ministerio de Educación, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del pueblo."

**Vigencia:** La Ley 472 de 1998, en su artículo 86 dispone: "La presente ley rige un año después de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y expresamente los trámites y procedimientos existentes en otras normas sobre la materia".

Como la ley fue publicada en agosto 5 de 1998, sólo entrará a regir a partir de agosto 5 de 1999, tanto para las acciones populares como para las acciones de grupo.

Del análisis de las acciones especiales (tutela, de cumplimiento, populares y de grupo), puede concluirse que la indemnización de perjuicios debe, en principio, reclamarse a través de las acciones individuales ordinarias o las de grupo. Las demás acciones no son indemnizatorias, a pesar de que la de tutela permite que el juez se pronuncie sobre la indemnización de perjuicios, pero sólo sobre el daño emergente y las populares ofrecen unos incentivos para el actor popular.

Está pendiente de aprobación del parlamento colombiano, el Estatuto del Consumidor, que consagra una serie de mecanismos ágiles y rápidos en favor de los consumidores para que sean indemnizados por los perjuicios que puedan sufrir, con la compra de artículos de consumo. Se consagran allí procedimientos y acciones que deben facilitar al consumidor, la reclamación de los daños y perjuicios que puedan sufrir con la adquisición de esos productos que hoy tienen que reclamarse a través de las acciones indemnizatorias ordinarias.

Medellín, Marzo de 1999

Gilberto Martínez Rave

# EL ERROR JUDICIAL

Dr. Eugenio Prieto Mesa\*

SUMARIO: I- Modalidades de la responsabilidad frente al sujeto pasivo. II- La responsabilidad personal del juez. A- Evolución de la legislación y jurisprudencia colombianas en relación con la responsabilidad del Estado en materia de error judicial. B- De la responsabilidad del Estado colombiano a partir de la Constitución de 1991. 1- El daño antijurídico. 2- La imputabilidad. III- De la responsabilidad del Estado. IV- Privación injusta de la libertad. V- Defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. VI- Responsabilidad de los empleados y funcionarios judiciales. VII- Acción de repetición.

Ningún texto de la época romana trata del error judicial.

En la edad media y siglos posteriores, no se conoció la construcción conceptual del error judicial, aunque casos aislados hubo de sonados asuntos judiciales que terminaron con espantosos errores cometidos por el juez.

El tema es nuevo sin duda. La admisión de su ocurrencia es revolucionaria y rompe con una anquilosada concepción que la niega, fundada en que los errores judiciales son corregidos por el sistema judicial mediante los recursos. "Error judicial" es una expresión imposible dentro de un Estado de Derecho, si

se admite, como es necesario hacerlo, que el elemento político de aquél se sujeta al elemento jurídico dando paso a un ideal del sistema que se identifica en una conformación judicial general de toda la vida del Estado. Este se subsume en el Derecho justificando la frase "Estado de Derecho". Esta concepción fundamenta la afirmación según la cual el juez no puede equivocarse, siendo precisamente él quien tiene la última palabra. "El Derecho es derecho, precisamente porque lo dicta el juez" (D'ors). Si por esencia, la palabra del juez es Derecho, está por encima del error. El juez *cannot do wrong*, según el lenguaje anglosajón.

Es por ello que, bajo esta concepción casi mesiánica, el juez puede cambiar de opinión instan-

---

\* Abogado. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín.

temente y contradecir sus propias determinaciones, sin equivocarse nunca. Dos o más jueces pueden tomar decisiones contrarias al mismo tiempo si se quiere, y no incurren en error... Hay en todos los jueces una especie de infalibilidad. Si esto ocurre en el juez de menor rango como en el Tribunal Supremo, si las decisiones son en toda la jerarquía judicial, susceptibles de ser cambiadas, al mismo tiempo o sucesivamente, no cabe hablar de error, porque no se sabe quién lo cometería, si el de menor rango o el de más alto rango, si el que se incrusta en una decisión pretérita o en una actual. Quién, por fuera de la jerarquía judicial, estaría en capacidad de señalar el error?, si de todas maneras ha sido posible corregirlo por medio del sistema impugnativo. No parece viable distinguir con certeza, el acierto judicial del error judicial, o la ignorancia judicial de la prevaricación judicial. Se requeriría acaso de "oráculos más altos", de dioses inexistentes?

La situación por espinosa que sea, es insusceptible de ser avalada por la razón, pero la solución es difícil especialmente por el temor a menoscabar una institución que se ha querido poner a salvo de toda crítica, no obstante que, como advirtió Schmitt, no es concebible ni lógico aplicar el concepto formal de justicia para dar al Juez, un poder ilimitado y sustraerle de todo control. Esta saludable pauta encuentra

un muro que la confina, enmarcado en la idea según la cual para que la indemnización por el error judicial tenga carta de naturaleza, es necesario establecer "quién juzga al juzgador", expresión que arraiga principalmente en la protección institucional que se dispensa al Juez a partir de los demás poderes, protección vinculada al Estado de Derecho, porque el Juez viene a ser un árbitro del sistema democrático y garante, además, de las libertades individuales. Así, la aversión al propósito de indemnizar el error judicial, es un afán de protección al sistema judicial en general, y guardarlo del desgaste, someterlo a la crítica oficial o pública.

Todo esto ha determinado que la jurisprudencia sea severa en exceso, cuando se trata de procesar reclamos indemnizatorios por causa de errores judiciales, se habla entonces "del hecho reprochable" (error o funcionamiento anormal), del "error craso o evidente" su estudio se somete a un procedimiento "muy particular" que mira principalmente a la postura de escollos y exigencias extremas a quien demanda, dando al traste con todo intento.

Muchos otros argumentos, que hicieron carrera en su tiempo, se han propuesto para dejar sin consecuencias el daño antijurídico sufrido por la víctima por causa del error judicial:

Si errar es humano, algunos errores son inevitables.

El error del juez ha de tomarse como el sacrificio que hace el individuo a cambio de la seguridad jurídica, de la paz y de la tranquilidad que le brinda el Estado como personero de la Nación.

El error judicial es una carga pública que pesa sobre todos los asociados.

La responsabilidad del Estado acabaría con la organización jurisdiccional, igualmente con la independencia y autonomía de los jueces. Se atentaría contra la especialidad de las jurisdicciones, pues no puede un juez revisar la sentencia de otra jurisdicción.

Quebraría el principio de la cosa juzgada.

Como se puede ver, son argumentos múltiples, y hay muchos más, con diversa fuerza de convicción, pero ciertamente desechables.

(El tema es de tanta importancia que no debe manejarse con una sola óptica de orden teórica, dando aplicación, en el punto, al pensamiento de Edmundo Burke, quien plasmó la siguiente idea: La libertad teórica, como cualquier otra abstracción, no tiene sentido; ella debe ser referida a algo concreto. Para el caso ha de remplazarse la palabra libertad por responsabilidad. Y ese algo concreto dice relación a una legislación dada y a cierta clase de

poder judicial, o a ciertos jueces y tribunales).

Una tal concepción protectora de la idea según la cual toda actuación judicial, concretamente la errónea, o mejor la que es causa de daño antijurídico, tenía que chocar con otras maneras de pensar: No puede aceptarse que el daño antijurídico, así se genere en la gestión del juez, escape al resarcimiento. Pero, por encima de cualquiera otra escrutación, hay una verdad apolínea: el poder judicial no puede escapar al principio axiomático propio de todo régimen democrático, en el que nada es incontrolable ni nadie es irresponsable.

El término "responsabilidad judicial" es ambiguo en cuanto significa tanto el ejercicio de un poder como la responsabilidad consiguiente. El poder involucra un derecho y un deber. Es un derecho-deber público que ostentan algunos órganos o personas para ejercer la función jurisdiccional de dictar sentencias, y como hay principios y normas que reglan ese derecho-deber, es consecuencia de ello, que exista una responsabilidad directa de quienes ejercen esa función, y una responsabilidad del Estado cuando esos principios y normas son transgredidos. Puede advertirse desde ahora que la función jurisdiccional está compuesta por tres elementos: administrativo, procesal y de derecho de fondo o sustancial. Por lo tanto, los jueces son administrativamente

responsables por la dirección de los juicios, fijación y recepción de audiencias y obligación de resolver; tienen responsabilidades procesales por su deber de intermediación y de tramitar los procesos de acuerdo con los preceptos de procedimiento; y responden finalmente por su obligación de dictar sentencia, que comprende la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho.

En el fondo se intenta responder el interrogante del poeta latino Decio Junio, conocido como Juvenal: "*Quis custodiet ipsos custodes?*". Es decir, ¿quién custodia a los custodios?, o para el mundo anglosajón, ¿quién vigila a los vigilantes?; o sencillamente, particularizando, ¿quién juzga al juez?

No es ajeno ni contradice los principios insertos en casi todas las Constituciones modernas, sino que más bien le da relevancia a la consideración de que los poderes públicos, entre ellos el judicial, tienen una responsabilidad nacida del ejercicio mismo de la potestad. En aquellos se evidencia que, junto a las nociones de independencia, inamovilidad y sometimiento al imperio de la ley, la responsabilidad es uno de sus caracteres, que corresponde igualmente al status inmanente, como también a la actuación de los jueces integrantes del poder judicial. De iguales principios dimana la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial y por funcionamiento anormal de la Ad-

ministración de Justicia. De esta percepción, se comprende que la responsabilidad tocante con el Poder Judicial tiene dos significados, a saber: desde un punto de vista es elemento configurador del status de quienes son titulares del Poder, y desde otro es garantía patrimonial del particular frente a sus actuaciones, vale decir una responsabilidad como límite subjetivo y como garantía objetiva. Cabe afirmar en consecuencia que el tema atinente al Poder Judicial y su responsabilidad, enmarca dos nociones: 1.- El principio de la independencia de los jueces tiene como contracara el de su responsabilidad. La clave de la eficacia del Poder Judicial está en la obtención de un ajustado equilibrio entre la independencia del juez y su propia responsabilidad; y 2.- La responsabilidad del Estado o del juez, es la garantía del individuo frente a las disfunciones del poder judicial. De este modo la conducta dañina del juez, debe ser reparada por éste o por el Estado, ya que la justicia es una de las funciones inalienables del Estado, tal vez la de mayor envergadura en relación con un Estado de Derecho.

Según Jhon H. Merryman "Los jueces ejercen poder. Eso origina su responsabilidad. En una sociedad racionalmente organizada, habrá equilibrio entre ambos. La amplitud mayor o menor de la responsabilidad dependerá del poder que se atribuya a cada juez". Esa relación equilibrada entre poder y responsa-

bilidad es un ideal. Y es inherente a lo que se denomina "sistema de equilibrio de poderes". Y trae consigo una ecuación jurídica: a mayor poder corresponde mayor responsabilidad. Y por supuesto, el poder irresponsable es anormal y corresponde a una falta de organización racional, esto es decir autoritarismo, o tiranía si se extrema. Es justa la concepción de Trocker: "un poder sin la condigna responsabilidad es incompatible con el régimen democrático."

Dos grandes obstáculos se han erguido históricamente contra la responsabilidad judicial, a saber:

1.- La infalibilidad del Estado (hoy incompatible con el concepto demoliberal del Gobierno), apoyado en el principio inglés llamado "el Estado no es demandable por error" (*The King can do no wrong*), aplicado principalmente en Inglaterra, Francia, Alemania e Italia, por considerar que la simple idea de "soberanía" era contraria a esa "responsabilidad". Empero, ha resurgido en casi todos los países la tendencia dominante de abandonar el principio de la irresponsabilidad del Estado, reafirmando el concepto político de la Grecia Clásica, según el cual "en nuestra ciudad todos aquellos que de cualquier manera ejercen una función pública, no están exceptuados de responder por sus actos". Este viejo principio fue recogido por la Constitución italiana, vigente desde 1948, que de acuerdo con su

artículo 28, es aplicable no solo a los jueces sino también a la función que ejercen. Reza así esta norma: "Los funcionarios y empleados del Estado y de los entes públicos serán personalmente responsables, conforme al Derecho civil, penal o administrativo, por actos violatorios de los derechos individuales. En los casos de responsabilidad civil, ella se extenderá también al Estado y a las corporaciones públicas". Esta orientación inspiró luego las Constituciones de Alemania y España, como también una ley especial de Francia. En todo caso, con altibajos, avances y retrocesos, arduas polémicas y legislaciones en pro y en contravía, se ha llegado a una inversión contraria al principio en comento, que así se enuncia: "Del principio de la irresponsabilidad se ha pasado finalmente al de la responsabilidad".

2.- El principio de la cosa juzgada o "*res iudicata facit ius*", en cuanto crea el Derecho. Si las sentencias son por principio apelables, las partes están protegidas para obtener la corrección de los errores cometidos. Se sostiene, para cautelar el principio de temporalidad de las litis y la seguridad jurídica, que la sentencia en firme tiene autoridad de cosa juzgada, con tal inexpugnabilidad que se llegó a decir de ella, en especial por los juristas medievales, con tono cantinflesco, que ella hace de lo blanco, negro, y de lo cuadrado, redondo. En esen-

cia, que aunque la sentencia en firme sea errónea en materia factual o de derecho, crea su propio "valor" su propio Derecho; vale decir hace el Derecho; y en tales términos, extremos sin duda; no podrá sostenerse que un acto creador de Derecho está en contra del Derecho mismo. Esta noción, ligada a la del interés público, sirvió para que en Inglaterra se afincara la tesis de la inmunidad judicial, contraria a la idea moderna de que el Estado debe responder por los perjuicios irrogados a los justiciables.

Esos atisbos encontrados que no logran la imposición definitiva y total de uno de ellos pueden apreciarse en un país como la República Federal Alemana que anda a la cabeza de las innovaciones en el punto, y de cuya Ley de 1982, sobre responsabilidad del Estado se dice que es la más perfecta, no obstante preceptuaria llamada "responsabilidad privilegiada", constitutiva de una limitación a la responsabilidad del Estado. En razón de este privilegio se distinguen dos categorías de actos perjudiciales por quebrantamiento del deber funcional: los actos realizados por funcionarios estatales que no son judiciales, o que siéndolo no aparejan la cosa juzgada; y los actos que tienen el efecto de la cosa juzgada: son estos últimos los que gozan del privilegio en cuanto se limita la responsabilidad del Estado a los casos en que se trate de delitos penales y

la sentencia no sea impugnada por medio de recursos extraordinarios.

Lo cierto es que a la cosa juzgada se le ha revestido con un absolutismo dogmático, con una rigidez lógica, semejante a la que concibe que siendo el Rey o el Estado la fuente del Derecho, sus actos no pueden calificarse violatorios del mismo. Si la cosa juzgada no es una mera entelequia, y si su autoridad radica no en una abstracción lógica, sino en la finalidad y en el valor consistentes en la paz y la seguridad jurídica, ínsitas en los sistemas legales, porque es necesario terminar los pleitos aunque la sentencia sea errónea, también la justicia es otro valor de igual o mayor rango, que puede mancillarse con una aplicación extrema de aquélla. Si ambos valores son importantes, la solución mejor será la que logre la armonización de los dos.

Con todo, pienso que el argumento último para negar que el principio de la cosa juzgada sea una verdadera cortapisa a la moderna concepción sobre la responsabilidad del Estado, descansa en apreciar que los dos conceptos no son contrarios. Aunque se responsabilice al Estado en forma directa reconociendo o no su derecho a repetir contra el juez causante del daño, o la pretensión se deba dirigir contra éste, según sea una u otra la legislación imperante, la cosa juzgada permanece impoluta e intocable, no se deroga ni se modifica ni

se le niega su imperio. Es que en toda hipótesis de cosa juzgada media una pretensión decidida judicialmente, y dicha pretensión, entre sus elementos esenciales tiene una causa o fundamento histórico jurídico, causa evidentemente distinta a la que fundamenta la imposición de responsabilidad al Estado o al juez, porque en este supuesto, la causa es claramente distinta: consiste en propinar un daño antijurídico al individuo, y si no hay identidad de causa, para cualquiera es fácil concluir lo extraño que resulta hablar siquiera de la cosa juzgada. Y no se diga, porque no es necesario, que tampoco habría identidad de sujetos y ni siquiera de objeto.

2.1.- A todo lo largo de esta confrontación dialéctico-jurídica se ha esgrimido también, con énfasis y no poco seso, el principio de la independencia del juez como argumento denso contra la responsabilidad estatal en lo tocante con la función jurisdiccional.

Con todo, parece que al concepto de independencia, se le ha dado un sentido absoluto que no conviene a una ciencia social sujeta a presupuestos y conclusiones no mensurables desde ángulos exactos o matemáticos.

A mi modo de ver, la independencia no se aminora por la responsabilidad. Si se ejerce una función ha de hacerse con responsabilidad, en especial si se tiene en

consideración la idea de derecho-deber, que no podría mutarse por la idea de derecho-irresponsabilidad, derecho absoluto, por lo tanto, sin control, que de alguna manera diviniza a quien lo ejerce, razón por la que toda desmesura, desorden, culpa o dolo, le serían inimputables. Cómo es posible alegar que un hombre libre e independiente no responde por el daño que causa a los demás?

La independencia y la responsabilidad, son principios que no se contradicen, ni se excluyen y deben operar juntos armoniosamente. Quien es independiente, se autodetermina y al hacerlo tiene la carga de hacerlo responsablemente, es decir responde por sus decisiones. Mejor se mira la otra perspectiva: quien no es independiente, puede ser irresponsable y quien lo es, debe soportar lo que racionalmente comporta la libertad o el poder.

La independencia de los jueces nace de la necesidad histórica de no subordinarlos a otros poderes estatales, quebrando la tradicional dependencia de la aplicación de la justicia al Monarca. Dicha independencia es una garantía funcional que se otorga a los justiciables, para crear la tranquilidad social de que el juez no está sometido a presiones de los poderes políticos, ni de ninguna otra índole, y pueda así administrar justicia, sin desvío, de acuerdo con los mandatos legales.

Como lo señala Cappelletti, la independencia no es fundamental sino instrumental del principio fundamental de la imparcialidad. Para que sea imparcial, el juez debe ser independiente. Mal podría argüirse, que apoyados en el principio instrumental de la independencia, debemos disculpar al juez inidóneo o inmoral. La inmunidad personal del juzgador bajo la consideración de su independencia, no es en síntesis, un argumento enteramente racional. Y mucho menos se puede pregonar la inmunidad del Estado con fundamento en la independencia, por obvias razones.

Un informante italiano expresó algo sobre el punto y que a mi juicio cancela, por así decirlo, el debate sobre el particular: "el privilegio de la irresponsabilidad judicial no puede ser el precio que se pida a la colectividad a cambio de la independencia de los jueces"<sup>1</sup>.

## I- MODALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE AL SUJETO PASIVO

1- Hay una orientación según la cual la responsabilidad por los errores judiciales, corre exclusivamente a cargo del Estado. Ni la víctima ni otros damnificados tienen acción

contra el juez. De esta manera se escuda la autonomía del juez, al tiempo que se da más seguridad a los damnificados para la obtención del resarcimiento. Esta estructura indemnizatoria rige en Alemania, Francia, España e Italia, entre otros países. En todos ellos se le reconoce al Estado una acción de repetición (*action recourse* o *Rückgriff*) por la cual se pretende que el juez causante del daño antijurídico, le pague al Estado la suma que éste pagó al demandante. En algunas legislaciones como en la alemana, el juez es tratado con benignidad, y tratado con la responsabilidad privilegiada que se dijo antes, por cuanto sólo responde cuando al cometer el error lo ha hecho con dolo o con culpa grave (igual sucede en Polonia, Escandinavia y Yugoslavia).

1.1.- Se estila también la responsabilidad solidaria entre el Estado y el juez, como está instituido en el artículo 28 de la Constitución italiana, y en la Constitución española más reciente. En Grecia, los críticos buscan una solución parecida, aunque su sistema hace que el juez responda personalmente (idéntico ocurre en Japón). Esta vertiente no tiene una aplicación plena, pues en la práctica es preferible demandar al Estado todopoderoso, que al juez carente de ese poder económico y psicológicamente vulnerable en su imparcialidad.

<sup>1</sup> Citado por Cappelletti, en su obra *La responsabilidad de los jueces*, JUS, Fundación para la investigación de las ciencias jurídicas, La Plata, 1988.

## II- LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL JUEZ

No se trata de la responsabilidad resarcitoria de que se habló antes, sino de algunos subtipos de responsabilidad, que son: la penal, la civil y la disciplinaria.

La penal se refiere a la investigación de los delitos penales cometidos en el ejercicio de sus funciones, la denegación de justicia, el abuso de autoridad, el prevaricato, como ejemplos.

La civil que difiere, como se dijo, de la mera resarcitoria en favor del Estado. Bajo esta mira se da, entre otras, la hipótesis de la responsabilidad solidaria del juez y el Estado.

Se aplican otros conceptos de responsabilidad en el juez, bajo diferentes tipos de limitación: hay una responsabilidad por error de hecho, hay otra por error de derecho, o de ambos errores, otras más por violaciones dolosas o culposas en el ejercicio de sus funciones. En todas ellas, cabe la pregunta de si se demandan ante los tribunales ordinarios o ante tribunales especiales, si se siguen los procedimientos corrientes o se necesita un trámite especial. Todas estas vertientes son de posible estudio comparando las distintas legislaciones.

La responsabilidad disciplinaria, también llamada responsabilidad profesional, que ya no se rige como la civil por el régimen legal de derecho privado, sino por normas del

Derecho público, y que se traduce en sanciones tales como la advertencia, la amonestación, la retrogradación, multa, traslado, remoción, etc.

## A- EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANAS EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN MATERIA DE ERROR JUDICIAL

Primero fue la irresponsabilidad absoluta del Estado, que cubre, en principio, una primera etapa que va desde la Constitución de 1886 hasta la Constitución vigente de 1991.

Durante esta etapa, empero, se presentaron decisiones de responsabilidad provenientes del Consejo de Estado. El escaso tratamiento que se dio a la responsabilidad del Estado, circunscrito a la Administración de Justicia, se basó tan solo en su defectuoso funcionamiento.

La Constitución del 86, no tenía precepto alguno referente a la responsabilidad del Estado. Su obligación de indemnizar provino de la jurisprudencia con sustento en los artículos 16 y 20, que corresponden a los artículos 2º y 6º de la Constitución vigente y se referían muy tangencialmente a la materia, lo que hizo que surgiera la tesis de la "falla del servicio", mediante el cual cabe sostener que el Estado responde porque el servicio ha funcionado mal. Se llegaba a la responsabilidad del Estado por falla en el funciona-

miento de la Administración de Justicia, pero no por ocurrencia del error judicial, y cuando por excepción, se dedujo responsabilidad por éste, fue sólo contra el juez como persona y no contra el Estado. Bajo esta concepción brotaron las nociones de "error inexcusable", "error grosero", y se habló naturalmente de dolo, fraude, abuso de autoridad, todo bajo la vigencia de los artículos 25 y 40 del Código de Procedimiento Civil. Estos preceptos hicieron parte de la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1970, y constituyeron un avance en materia de responsabilidad por motivo de error judicial, al hacer responsable del daño patrimonial a jueces y magistrados, aunque de verdad fue inoperante en el ámbito nacional, puesto que el juez está amparado por el miedo que causa la propuesta de pretensiones en su contra, y su vigencia desapareció por fortuna a causa del artículo 71 de la Ley 270 de 1996, según interpretación de la Corte Constitucional.

En el campo penal, el Código de Procedimiento Penal de 1971, en su artículo 591, consagró la responsabilidad de jueces, magistrados, testigos o peritos, que hubieren determinado la condena en la hipótesis de que el afectado fuere absuelto. Más adelante, el Decreto 050 de 1987, artículo 244, con mayor rigor, estableció que la indemnización procedía no solo con la prosperidad del recurso de revisión, sino tam-

bién con el de casación, pero este texto fue declarado inexecutable.

En síntesis, durante esta etapa, la responsabilidad no se pregonó del Estado sino del juez, que respondía sólo en los eventos de error inexcusable o error grosero, por fuera de los cuales, los gobernados soportaban el daño como una carga pública que pesaba sobre los asociados.

En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, se debatieron los puntos que apuntalaron la Constitución de 1991, entre los cuales, se discutió lo concerniente al tema de la responsabilidad especial que origina la falla en el servicio de la justicia: error grave o funcionamiento tardío o inadecuado de la Administración de Justicia. Se presentó al efecto una propuesta que fue aprobada por unanimidad: "El Estado es responsable por los perjuicios ocasionados por el error judicial o por falta en la prestación del servicio público de justicia". En el punto se hacía un trasplante de la Constitución española.

#### **B- DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

La Carta dispuso en su artículo 90:

"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causa-

dos por la acción u omisión de las autoridades públicas".

Esta norma es, en opinión del Consejo de Estado, "un importante avance en el derecho colombiano, como que por primera vez en forma expresa se contempla en la Constitución la responsabilidad del Estado".

Se trata de la responsabilidad por el daño antijurídico que se le impute al Estado, causado por las autoridades, por acción u omisión o con el legítimo ejercicio de sus funciones. No es un tema de culpa, en principio. Se desplaza la idea de antijuridicidad de la conducta por una de antijuridicidad del daño. Abarca por entero el daño que cause cualquier autoridad pública, pues se trata de una responsabilidad institucional. Subsiste la falla del servicio y se origina la responsabilidad objetiva. Difiere en todo caso de la responsabilidad personal del agente judicial.

Desde el texto en comento, es válido afirmar que el responsable único de los daños cometidos por las autoridades públicas e imputables al Estado, es el propio Estado. Se trata de una responsabilidad institucional y directa; no responde por el hecho de un tercero, de un agente, por el hecho de haberlo elegido equivocadamente o no haberlo controlado debidamente. Su responsabilidad deviene de haber causado un daño antijurídico; pro-

veniente del funcionamiento de un servicio a su cargo. García de Enterría, refiriéndose a la Constitución española, idéntica en el caso a la nuestra: "La responsabilidad de la Administración se formula, en efecto, como una responsabilidad directa, no como un simple sistema de cobertura de los daños causados por los actos ilícitos de los funcionarios y agentes de los entes públicos, que es como aparece en los ordenamientos norteamericanos, inglés, alemán e italiano". Siendo así las cosas, también se pregona que el Estado es el único titular de la acción de repetición contra el funcionario que con su conducta gravemente culposa o dolosa sea el causante del daño al individuo, a términos del inciso segundo del artículo 90 citado: "en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Son bien diferentes la responsabilidad del Estado y de su agente: aquél responde directamente por el daño antijurídico causado al particular; éste responde frente al Estado por su conducta dolosa o gravemente culposa: si una de estas conductas no es predicable del agente, el Estado no podrá repetir. La responsabilidad directa del Estado, comporta la consagración de una garantía de protección para el

individuo por los daños que puedan imputarse a las autoridades públicas y es la base adecuada para la interpretación de la disciplina legal de la responsabilidad por el error judicial.

De conformidad con lo dicho, la responsabilidad personal del agente judicial, debe separarse de la responsabilidad directa del Estado, para evitar la confusión o equivocación de limitar la responsabilidad de éste, en detrimento de la adecuada protección a la víctima, por razón del daño antijurídico, porque se itera, la responsabilidad del Estado no puede ser limitada en su alcance, ya que constituye una cláusula general de cobertura objetiva sin restricciones de ningún orden. Tiene dicho el Consejo de Estado: "En otros términos, el valor que privilegia el canon constitucional de la responsabilidad, no puede desvanecerse en su real alcance por interpretaciones que reducen la potencialidad constitucional del precepto, al introducir límites que no se articulan adecuadamente con el recto entendimiento de aquél, tal cual ha ocurrido, por ejemplo, con las interpretaciones de la noción de error judicial, realizadas desde la perspectiva de la responsabilidad personal del funcionario, que comportan consecuencias diferentes a las que se siguen cuando se considera dicha noción de error judicial, en casos de responsabilidad directa del Estado por responsabilidad antijurídica" (Sen-

tencia de enero 28 de 1999, Expediente 14.399, Consejero Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, publicada en Jurisprudencia y Doctrina, abril/99).

Como puntos esenciales de este asunto, pues son los cimientos en virtud de los cuales el Estado responde por la acción u omisión de las autoridades públicas entre las cuales se hallan las jurisdiccionales, es necesario puntualizar dos:

### *1- EL DAÑO ANTIJURÍDICO*

El concepto fue tomado de España, en donde su creación teórica fue obra de Eduardo García de Enterría, en el año de 1954, a propósito de la Ley de Expropiación Forzosa. Es una noción con carácter objetivo, y sucede cuando el individuo no tiene el deber de soportarlo. No interesa por ende, saber si hubo o no culpa en la causación del daño, si se trata de una conducta lícita o ilícita; sólo interesa esta simple idea: que el afectado no tenga el deber de soportar el daño. Para Leguina, "el daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada -por imperativo explícito del ordenamiento- a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica" (para García de Enterría, dada esta idea, el deber de resarcir surge incuestionable contra el Estado si le cabe la imputabilidad).

En su "Curso de Derecho Administrativo", obra del citado García de

Enterria y de Tomás-Ramón Fernández, especifican que "...toda minoración patrimonial imputable a un ente público (sea o no lícita la acción que la cause, pues ya hemos notado que no hay correspondencia entre la licitud o ilicitud de la conducta del agente y la juridicidad o antijuridicidad del daño producido), será una lesión, un perjuicio objetivamente injusto, esto es, no expresamente justificado, que por razón de su misma antijuridicidad objetiva tenderá a su reparación, generando un deber de resarcimiento..."

## 2- LA IMPUTABILIDAD

No se trata de la simple relación entre el hecho y el daño, puesto que la atribución de responsabilidad al Estado, precisa de un título que no es otro que la acción u omisión proveniente de la autoridad encargada de la prestación del servicio.

En estos términos la responsabilidad estatal exige que el daño antijurídico esté ligado a una acción u omisión del funcionario, la cual justifica la imputabilidad. Ésta consiste en un fenómeno jurídico que justifica la atribución a un sujeto determinado, la carga de reparar un daño, debido a la relación existente entre aquél y éste. En nuestro medio, la falla del servicio ha sido por excelencia el título jurídico de imputación.

## III- DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Como se viene diciendo, el artículo 90 de la Carta, en su primer inciso, estatuyó la responsabilidad (extracontractual) patrimonial del Estado, en toda la plenitud de sus funciones, cuando quiera que el daño antijurídico que le sea imputable, fuere causado por una autoridad pública de cualquier orden.

Esa misma responsabilidad es predicable cuando los causantes del daño antijurídico, por acción u omisión, sean sus "agentes judiciales", que son una especie del género conocido como "autoridad pública". Esta aserción se desprende del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia que desarrolla el texto constitucional citado.

El artículo de la ley, en su inciso segundo, plasma tres fuentes de responsabilidad, que son: el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad. De entre estas tres fuentes de responsabilidad, se destaca en primer lugar el *error jurisdiccional*, que el artículo 66 de la misma ley define como "aquél cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia, contraria a la ley". Bajo este tingla-

do, es elemental concluir que si el Estado se compromete por el error jurisdiccional, es menester definir qué autoridades públicas están en aptitud de caer en él.

El artículo 74 de la misma ley, se encarga de fijar su alcance: "Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado, pertenecientes a la Rama Judicial, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional, de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria". Es por ello que el segundo inciso, establece que los términos "funcionario o empleado judicial", usados en el capítulo concerniente a la Responsabilidad del Estado y a éstos, cubre a todas las personas enlistadas en el inciso transcrito. Para algunos comentaristas, la ley pecó por exceso, al incluir como "funcionario o empleado judicial" a quienes imparten justicia en virtud de los acuerdos de los particulares en el punto, por ejemplo en el caso de los árbitros; y se agrega que la Corte Constitucional, pecó por defecto, al dejar a salvo de tal nominación a los magistrados de las altas cortes, según Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996. En cuanto al primer comentario, se argumenta en contra, que el artículo 74, también habla de la función de administrar justicia, vale decir función jurisdiccional que tiene otro

alcance. Cuando se habla de "agentes judiciales", se hace una referencia inequívoca a los funcionarios y empleados vinculados a la Rama jurisdiccional, la que en términos también constitucionales, artículos 116 y 228 de la Carta, está integrada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, sin incluir a otros funcionarios públicos pertenecientes a otras ramas del poder que por excepción tienen la función de administrar justicia, como el Congreso de la República, por ejemplo, que no se incluyen como órganos encargados de administrar justicia, pero que al desempeñar la función jurisdiccional, así sea en forma transitoria u ocasional, asumen el mismo carácter que corresponde a los órganos. El tema es ciertamente espinoso, pero una opinión contraria llevaría al absurdo de deslindar caracteres, consecuencias y responsabilidades contrarias, en cuanto se trate de un agente judicial ordinario u otro funcionario que transitoria u ocasionalmente desempeñe la función jurisdiccional.

En ésta y en otras sentencias, la Corte Constitucional ha fijado su pensamiento en lo referente al error jurisdiccional, en los términos que aquí se sintetizan:

Se pregunta la Corte Constitucional, quién sería la autoridad compe-

tente para definir los casos en que hubiera error jurisdiccional, cometido en las providencias de las altas corporaciones. Afirma que la Constitución, ha señalado una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción: para la jurisdicción constitucional, está la Corte Constitucional, para la ordinaria, la Corte Suprema de Justicia, para la administrativa, el Consejo de Estado y para la jurisdicción disciplinaria, el Consejo Superior de la Judicatura. Es atribución de esas corporaciones, que sus providencias unifiquen la jurisprudencia y fijen criterio para la solución de asuntos similares, tornándose así en autónomas, independientes, definitivas, determinantes, y en el último eslabón de cada especie jurisdiccional. Concluyendo que de sus errores no cabe deducir responsabilidad contra el Estado, puesto que admitirla sería aceptar que por encima de ellas, existen otras autoridades u órganos superiores, extremos que no existen en Colombia, y que además se comprometería la seguridad jurídica.

Desde mi punto de vista, no comprendo cómo un razonamiento tan baladí puede soportar tamaña conclusión que inviste a las corporaciones de un fuero especial, haciendo regresar al Estado, en el punto, a la época superada, de la tesis de la irresponsabilidad, introduciendo además una especie de chocante preferencia para quienes tienen todo, en grado supremo e injusto, si se les compara con el

resto de servidores públicos. Es en una palabra un endiosamiento innecesario, arbitrario e injusto con el individuo que ha padecido el daño antijurídico imputable al Estado, por haber cometido un error jurisdiccional, uno cualquiera de sus funcionarios más mimados. Pero desde otro ángulo, ya no temperamental, es preciso recordar que el artículo 90 de la Constitución, fija un criterio eminentemente objetivo, no solo al establecer que la responsabilidad a cargo del Estado, surge con la causación del daño antijurídico que le es imputable, sino que es suficiente que ese daño sea ocasionado por acción u omisión, por "una autoridad pública", y no desde luego por ciertas autoridades públicas. Igual argumento es válido si se toma en consideración el primer inciso del artículo 65 de la Ley Estatutaria, en cuanto apunta que el daño antijurídico ha de ser cometido por acción u omisión de "los agentes judiciales", entre quienes se comprenden los magistrados de las altas corporaciones.

Que el error sólo se materializa por medio de una providencia judicial. Cualquier otra actuación del agente judicial que irroge daño antijurídico, y sea imputable al Estado, tiene que estudiarse bajo otra concepción y no por la que concierne al llamado error jurisdiccional.

El error jurisdiccional debe aplicarse tomando en consideración la autonomía funcional del juez y su

libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento, razón por la cual el error no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto proveniente de la libre interpretación jurídica, propia de todo administrador de justicia. Agrega textualmente: "...la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio".

Considera además, que el error jurisdiccional tiene los mismos presupuestos que la jurisprudencia ha definido como "una vía de hecho" dentro de los pronunciamientos atinentes a la tutela, lo cual condensa en este pensamiento: "Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela, cuando el agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona".

A las claras se aprecia que la Corte erró de rumbo al vertir estos conceptos. Cuando el proyecto de

Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, llegó a la Corte Constitucional para hacer el control constitucional, ya el Congreso había debatido plenamente el tema referente a la cualificación del error, y fue después de hacerlo que lo borró del texto. Todo porque el Senado en su segundo debate, aprobó el proyecto, cualificando el error jurisdiccional en el sentido de que para que conllevara responsabilidad del Estado, debería ser "grave y evidentemente contrario a la ley". Como quiera que, a su turno, la Cámara aprobó el proyecto en los dos debates sin cualificación alguna, surgió el conflicto entre las dos Cámaras, hecho que hizo necesaria la designación de comisiones de mediación para sortear el escollo, las cuales en junio 20 de 1995, propusieron que el artículo se aprobara sin las cualificaciones del Senado, y así se hizo por las plenarios del Senado y de la Cámara. La Corte no podía erigirse en una tercera Cámara. El Congreso consagró el error jurisdiccional sin cualificantes, en los mismos precisos términos como lo instituyó el artículo 90 de la Carta del 91. Por lo demás, a la Corte Constitucional le corresponde interpretar la Constitución, no la ley, que sólo ha de interpretarse por jueces y magistrados. A todo lo cual cabe agregar que la Corte no tiene función legislativa.

Cuando la Corte Constitucional, en la sentencia comentada, condi-

cionó la constitucionalidad del artículo 66, a que fuera interpretado según su criterio, se alejó de su atribución constitucional, consistente en examinar la correspondencia entre el proyecto y la Constitución, aplicando un criterio de conveniencia, que le está vedado porque compete al legislador. Y por sobre todo, es inocultable que la Sentencia C-037 se produjo en contravía de lo que la Constitución estatuye en materia de responsabilidad del Estado, con lo cual ha desconocido el propósito de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia al condicionar la constitucionalidad del artículo 66, referido al error jurisdiccional, a la sola interpretación impuesta por la Corte, en su sentido estrictamente subjetivo, caprichoso, arbitrario y flagrantemente violatorio del debido proceso, o dentro de las vías de hecho, no obstante que la responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución, tiene un andamiaje estrictamente objetivo, lo cual rechaza de plano una interpretación subjetiva: basta que se ocasione un daño que el afectado no esté en el deber de soportar. Hay más: el error opera con independencia de la calificación de la conducta del funcionario que lo origina, y sin que nada importe la responsabilidad del funcionario que obra con dolo o culpa grave.

Dejando a un lado la interpretación de la Corte, por ligera y errada, conviene determinar el alcance del

error jurisdiccional en el marco del artículo 66. La situación que esta norma contempla, se materializa únicamente por conducto de una providencia judicial: cualquier otra actuación de un administrador de justicia, será calificada a la luz de la responsabilidad del Estado, pero no bajo la concepción del error jurisdiccional.

Tal como se dijo, la responsabilidad por este ítem no atenta contra el instituto de la cosa juzgada, antes por el contrario, es imprescindible que la providencia que causa el daño antijurídico esté en firme, pues si existen recursos pendientes, aún no se evidencia la responsabilidad del Estado.

- El precepto legal no especifica qué clase de error incumbe a la responsabilidad, ni precisaba especificarlo. De esta manera, tiene el alcance general propio de este concepto, que para su estudio puede clasificarse conforme a la separación clásica del mismo, en error de derecho y error de hecho. El error de derecho sucede cuando se interpretan equivocadamente las normas de derecho aplicables al caso, o cuando se aplican las que no son procedentes o cuando dejan de aplicarse las que regulan el caso a estudio. Según opinión de un tratadista: el error de derecho se presenta cuando existe una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis normativa. El error de

hecho, cuando el sentenciador aprecia en forma inexacta o equivocada los hechos o las pruebas existentes en el proceso, o cuando no toma en consideración un hecho probado u omite considerar pruebas aportadas. Ambas nociones, como es de fácil advertencia, siguen los lineamientos de estas mismas concepciones en casación.

- Al juez le corresponde aplicar las normas jurídicas a los casos concretos sometidos a su conocimiento, y para hacerlo tiene que poner en funcionamiento los presupuestos de hecho contenidos en las normas, para cotejarlos con los actos y hechos que conoce, y de este modo declarar el derecho subjetivo que entraña facultades o poderes, deberes y obligaciones, para los sujetos de derecho. Esta es una tarea que requiere conocimientos por parte del juez, idoneidad, capacidad de razonamiento, todo dentro de la independencia y autonomía que la Constitución estatuye para destacar que sólo están limitados por el imperio de la ley. Dentro de ese proceso intelectual, el juez puede caer en error y con ello comprometer la responsabilidad del Estado. Para la Corte, ya se sabe, el error debe tener una connotación de gravedad, ser la actuación manifiestamente contraria a la ley, ser inexcusable en atención a su condición y competencia, todo lo cual hace de su valoración una tarea mental de muy difícil realización,

puesto que diferenciar entre el error excusable y el inexcusable, sin una medida mental objetiva, se convierte casi en imposible. No, sencillamente esa no es la clase de error que demanda la ley para hacer responsable al Estado: lo que se requiere simplemente es un error del juez que dañe injurídicamente a alguien; y es justamente este razonamiento simple, el que incumbe al fallador de la reclamación jurisdiccional. En la praxis, el asunto no tiene mucha envergadura: comprender que hay un error en el fallo no es un misterio, comprender que además ese error ha sido motor o causa de un daño antijurídico, corresponde a una reflexión de poca monta mental, y es lo que se hace todos los días en la vida jurisdiccional. Pero calificar ese error como excusable o inexcusable, si es algo que deja de pertenecer a una tarea corriente. Pensar, como lo hace la Corte, que el error jurisdiccional es insólito o extraño o de casi imposible ocurrencia, es vivir fuera del ámbito real, puesto que lo usual y corriente es la incursión en el error de este linaje, y seguirá siendo así y se irá incrementando cada día más y más mientras se mantenga como una talanquera difícil de saltar la reclamación de la indemnización, por los miles y miles de errores que los jueces cometen constantemente. Y estos serán cada vez más arrogantes e inidóneos, al entender que no incurren en error, que el Estado no sufre condena y que de

contera ellos tampoco. Es un trágico marco de desesperanza.

- Son elementos para la ocurrencia del error jurisdiccional los siguientes:

a.- Una equivocación de orden jurídico. Los errores cometidos por funcionarios que no tienen la potestad de dictar sentencia, los que no hacen parte de una providencia y los que no se cometen en el ejercicio de la función jurisdiccional, no constituyen errores jurisdiccionales, aunque puedan comprometer la responsabilidad del Estado, por la consideración de causar un daño antijurídico imputable a éste.

b.- Que el yerro se consigne en una providencia.

c.- Que sea cometido por un funcionario fallador, es decir con facultad jurisdiccional.

d.- Que el funcionario incurra en el error actuando en el ejercicio de sus funciones.

Además de los elementos anteriores, es necesario saber que conforme al artículo 67 de la Ley Estatutaria, son presupuestos del error jurisdiccional:

1.- El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado, cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial. El texto se contrae a los casos de exoneración de

la responsabilidad del Estado, cuando exista culpa exclusiva de la víctima, vale decir, cuando ha actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley, de este modo, la falta de interposición de los recursos de ley se asimila a la culpa grave o al dolo, o mejor aún, a sus efectos.

2.- La providencia contentiva del error, deberá estar en firme, puesto que, según el principio general, las resoluciones judiciales se cumplen sólo a partir de su ejecutoria.

Los dos numerales precedentes son pilares indispensables para que opere la responsabilidad del Estado. No basta, en consecuencia, que el error antijurídico suceda, ya que para que tenga como resultado la indemnización estatal, es necesario que las dos condiciones apuntadas tengan ocurrencia, a términos del artículo 67.

Lo dicho tiene un estricto sentido lógico.

Si la decisión que hipotéticamente contiene el error jurisdiccional, no es recurrida, ha de entenderse que el afectado se halla, tácitamente al menos, de acuerdo con ella y la pretensión de indemnización posterior devendría insostenible. A qué clase de recursos se refiere la ley? Por la simple naturaleza de las cosas, es perfectamente comprensible que sólo se trata de los recursos ordinarios. La impugnación debe comprender el error,

porque si se concentra únicamente sobre otros puntos, hay lugar a deducir una aceptación tácita de aquél.

Es interesante recordar que cuando se estudió la constitucionalidad del artículo, muchos pensaron que el numeral 1º, encarnaba un atropello al artículo 31-1 de la Carta, en cuanto establece que: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". Esta posición se respalda con estos argumentos: a.- El inciso transcrito preceptúa una facultad u opción para las partes, en tanto que el texto de la ley, lo hace obligatorio, rebasando sin duda el ideario constitucional; b.- Contradice el artículo 90 de la Constitución, que no condiciona la responsabilidad del Estado a la interposición de recurso ordinario alguno, contra la resolución jurisdiccional que irroga daño antijurídico.

Estas glosas no fueron suficientes para que la Corte Constitucional declarara la inexecutable. Sin mayor ahondamiento expresó la Corte, que su constitucionalidad se explicaba por el contenido del artículo 70, en cuanto que la no interposición de recursos tenía la consecuencia de calificar al damnificado como culpable único del daño (no tiene mayor fuerza este argumento, ya que en los mismos términos, este artículo es violatorio igualmente de los citados artículos 31-1 y 90 de la Constitución Nacional).

Finalmente, la exigencia de haber interpuesto los recursos ordinarios para que proceda la indemnización a cargo del Estado, por el daño antijurídico no es absoluta. No abarca las hipótesis en que no haya posibilidad de proponer los recursos, en cuanto no ha sido posible advertir el error en término, o porque el resultado dañoso se produzca una vez esté en firme la providencia, o porque el perjudicado no hubiese sido parte en el proceso dentro del cual se cometió el error. No se podría por ende, en los supuestos anteriores, demandar un requisito que está fuera de las posibilidades del afectado.

#### **IV- PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

Para que se gesticione el error jurisdiccional, en materia penal, no es necesario que el afectado interponga recurso alguno contra la providencia que lo contiene. Lo establece a manera de excepción la parte final del inciso 1º del artículo 67 de la Ley 270 de 1996. Y lo instituye sin condicionamiento alguno el 68 de la misma ley: "Privación injusta de la libertad." Quien haya sido privado injustamente de la libertad, podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".

Pensando que la libertad es condición propia del hombre y atributo principal de su personalidad, el artículo 28 de la Carta preceptúa: "Toda persona es libre. Nadie pue-

de ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

Para la Corte Constitucional, el concepto de "privación injusta de la libertad", que no tiene en la Constitución ni en la ley, institucionalización condicionada, es cualificado, siguiendo en ello la misma cortedad de criterio que usó a lo largo de su enjuiciamiento de constitucionalidad de la ley, en la Sentencia C-037, citada ya, pues consideró que el término "injusta" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. La desviación de la Corte, en su peculiar hermenéutica, llevaría a pensar que el juzgador no incurriría en error jurisdiccional, sino en limitados extremos de verdadero desvarío mental. No es así empero, porque es suficiente para calificar de injusta una privación de la libertad, que la providencia que la ha decretado se revoque. La determinación del superior, contraria a la medida de privación de la libertad, es suficiente parámetro para evidenciar la injusti-

cia. Los demás estimativos son enteramente subjetivos y no cuadran con el marco constitucional y legal. Lo dicho es riguroso, al menos en principio.

## V- DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Aunque la verdadera fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado se apuntala en la falla del servicio, es decir, el irregular funcionamiento del mismo en sus distintas expresiones, como son la no prestación del servicio, su prestación tardía o defectuosa, el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, la circuye a tres fuentes constituidas por el error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de que trata este capítulo y por la privación injusta de la libertad.

Si el artículo 66 define el error jurisdiccional y el 67 determina los presupuestos del mismo, como a su vez el 68 deslinda lo referente a la privación injusta de la libertad, el 69 se circunscribe al defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, para estatuir que "Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional, tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación".

Este ítem tiene que ver con toda la gama de situaciones en las que la

actividad de la Administración de Justicia se aparta de la concepción del buen servicio, evidenciando anomalías que afectan negativamente los intereses de los asociados. Son los actos, hechos y omisiones de magistrados, jueces, subalternos, etc., que tienen la connotación de ser irregulares. Cabe todo un mundo de cosas que escapa a la regulación de la ley, y daña al individuo. Como regla, cabe afirmar que todo lo comprendido que genera responsabilidad por causa de la función jurisdiccional, que no encaja en el error jurisdiccional, hace parte del concepto atinente al defectuoso funcionamiento de la misma jurisdicción. Mientras que el error está circunscrito a las providencias jurisdiccionales, como campo único, el funcionamiento defectuoso se extiende a un universo mayor, compuesto en general por actos, acciones y omisiones que arraigan en una finalidad jurisdiccional y que tienen la posibilidad de generarse cada vez que exista un proceso. No se trata entonces de error sino de un anormal funcionamiento de la justicia. Aunque la Ley Estatutaria no define lo que comprende el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, procede afirmar su referencia a la ejecución imperfecta o inadecuada de la parte operativa de la jurisdicción, comprendiendo todas las actividades propias del funcionario investido de

facultad jurisdiccional, como también las actuadas por las personas que se hallan bajo su autoridad o que lo auxilian en su tarea. Y como el Estado es el encargado de prestar el servicio, responde si no se presta en la forma y en el tiempo debidos.

El funcionamiento defectuoso se palpa a diario, de manera constante y nefasta, en el retardo de la Administración de Justicia, caracterizado por la dilación de las actuaciones que por frecuente, no debe ser tolerado. Viene a cuento transcribir el artículo 228 de la Constitución que refuerza, aunque no sea necesario, la responsabilidad del Estado: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado". Por si fuera poco, la Corte Constitucional tiene dicho que el cumplimiento de los términos procesales es un derecho fundamental a la luz del artículo 29 del mismo Estatuto Supremo, y que por lo tanto son de obligatorio cumplimiento para jueces y fiscales. Otros ejemplos son la alteración de documentos, la eliminación de pruebas, la pérdida de expedientes, deterioro de bienes entregados en depósito, etc.

## **VI- RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES**

La Ley 270 de 1996, siguiendo las pautas consagradas en los artículos 77 del Código Contencioso

Administrativo y 90 de la Constitución de 1991, estableció la responsabilidad personal del funcionario vinculado a la Rama jurisdiccional cuando quiera que el daño antijurídico es causado por una actuación suya tildada de dolo o de culpa grave.

El artículo 71 de la Ley Estatutaria, establece en su inciso 1º que "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

Aunque la ley no define qué debe entenderse por dolo o culpa grave, para el caso, tiene la acertada precaución de estatuir algunas presunciones para el efecto, a saber:

- La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.

- El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.

- La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el per-

juicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer.

Las presunciones transcritas son de rango legal, motivo por el que son susceptibles de ser desvirtuadas por el funcionario imputado, demostrando que obró de manera prudente y diligente.

Frente a la indefinición de la ley en lo tocante con el dolo o la culpa grave, procede aplicar el artículo 63 del Código Civil, en cuanto señala que:

"Culpa grave..., es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

"El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Es del caso apuntar que el error inexcusable de que trata el inciso 1º, tiene como antecedente el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto endilga responsabilidad a los jueces cuando obran con "error inexcusable", es decir con equivocación o desacierto que dimanar de un falso concepto sobre lo que una cosa es realmente o de ignorancia de la misma. La responsabilidad se fundamenta en una equivocación nacida de un conocimiento errado de hechos o de normas legales, o un completo desconocimiento de los mismos. Se ha

entendido que la equivocación ha de ser de tal relieve, que se entienda inexcusable, que quien incurre en ella carezca de motivo o pretexto válido para disculparlo. Desde luego que conforme con el silogismo que rige la materia, el solo error por inexcusable que sea no tiene la entidad bastante para aparejar responsabilidad en el funcionario que lo comete. Es menester que ese error cause daño, y que entre estos dos elementos, el error y el daño, exista el vínculo de causalidad. La Corte ha expresado que "sólo la torpeza absoluta del funcionario, o aquellos desaciertos que no pueden excusarse, es decir, los que no tengan razón válida alguna que pueda exonerarlo o disculparlo, comprometen al juez o magistrado". Es por ello que teniendo en cuenta que las normas jurídicas regulan hipótesis y que en su aplicación concreta es dable la ocurrencia racional de varias interpretaciones, el juez, no porque adopte una de ellas, incurre en error inexcusable.

## VII- ACCIÓN DE REPETICIÓN

Es el mecanismo que incumbe al Estado para exigir la responsabilidad del funcionario que ha inferido daño antijurídico por su obrar doloso o con culpa grave, motivo por el que aquél ha sufrido la respectiva condena a indemnizar. Los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo y las leyes y decretos que consagran el Régimen Depar-

tamental y Municipal, son sus antecedentes normativos.

La Ley 270 de 1996, en su artículo 72 determina que "La responsabilidad de los empleados y funcionarios judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado; será exigida mediante la acción de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que pueden configurar hechos punibles. Dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la indemnización a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público. Lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía."

A esta altura del tema resulta oportuno tratar de armonizar el ámbito de la cláusula de responsabilidad general del Estado, fundada en el daño antijurídico imputable a cualquier autoridad pública, incluido el poder jurisdiccional, y los presupuestos de la responsabilidad personal del agente judicial, que difieren sustancialmente, responsabilidades que se apuntalan, en su orden, en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en los artículos 65 y 66 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, textos es-

tos últimos que desarrollan el precepto constitucional. Es innegable que la norma constitucional contiene el derrotero para la cabal interpretación de las normas legales sobre responsabilidad por el llamado error jurisdiccional.

Hay una pretensión que, por activa, está asignada al individuo que sufre daño antijurídico con la actuación u omisión de cualquier autoridad pública, siempre que le sea imputable al Estado. Esa pretensión está inmersa en la cláusula general de responsabilidad de que trata el artículo 90 de la Carta, y no permite la introducción de límites que reduzcan su alcance. En dicha pretensión el sujeto pasivo es el Estado. El objeto está marcado por la indemnización pretendida. Y la causa factual está determinada por la narración o historia que relieve los hechos u omisiones que originaron el daño, al tiempo que la causa jurídica está enmarcada en la alegación de las normas de derecho que a juicio del pretensionante son aplicables al caso.

Hay, a su turno, una pretensión diferente que encarna la responsabilidad personal del agente judicial, que anuncia al Estado como sujeto activo, al agente judicial que incurrió en error con dolo o grave culpa como sujeto pasivo que ha de resistir la pretensión, el objeto constituido por el contenido económico de la repetición o monto de la condena contra el Estado, y como causa

factual la historia atinente al error en que se hubiere incurrido con sus agregados de dolo o culpa grave, además de la argumentación jurídica apoyada en los textos legales y constitucionales que el Estado pretensionante considere tener en apoyo de su reclamo.

Son dos pretensiones distintas que no hay porque confundir. Y tienen un matiz de la mayor trascendencia que rescata, si hubiese duda, la identidad esencial de cada una de ellas. La cláusula general de responsabilidad del Estado, se basa en un criterio absolutamente objetivo: es el acaecer de un daño antijurídico atribuible al Estado por haberlo causado un funcionario público; al paso que la responsabilidad del agente judicial se basa en el error cometido por éste con dolo o grave culpa: estas dos nociones absolutamente conceptuales marcan el distintivo subjetivo de la causa que hace responsables a los agentes judiciales. La responsabilidad general del Estado no tiene limitantes, al paso que la responsabilidad de los agentes judiciales está limitada a que su actuación esté contaminada de dolo o culpa grave. En ésta hay una búsqueda subjetiva, mientras que en aquélla la búsqueda es objetiva y se reduce estrictamente a la averiguación del daño antijurídico.

Para mejor entendimiento, considero útil la transcripción de un

párrafo del Consejo de Estado acerca de la diferencia entre las dos pretensiones en comento:

"... se ha de concluir que una es la responsabilidad directa del Estado por el error judicial y otra, diferente en sus fundamentos y manera de operar, la responsabilidad personal del funcionario; ambas con disciplina y régimen jurídico de distinto alcance y contenido, pero con algo en común, que lo es la existencia del error judicial, elemento este que cumple funciones diferentes en uno y otro tipo de responsabilidad..."

Es clave en el entendimiento de este tema, la justa apreciación que se dé al artículo 90 de la Constitución, y desde luego al artículo 65 de la Ley Estatutaria, que lo desarrolla. Desde luego, toda hermenéutica debe respetar el rango constitucional del texto primeramente citado, toda vez que el segundo apenas lo desarrolla o instrumenta. Es entendido que la responsabilidad disciplinada en el texto legal y en el 66 del mismo linaje, es concebida en forma objetiva y basta para su configuración que la providencia judicial que contenga el error sea "contraria a la ley", criterio solo que no requiere adición alguna. La sola lectura de la norma enseña que no echa mano de la noción de culpa grave o dolo, conceptos subjetivos, estos sí, que se reservaron para aplicarlos en lo

que toca con la responsabilidad personal del agente.

En una palabra, la forma como se comete el error y sus eventuales justificaciones trascienden únicamente cuando de la responsabilidad personal del funcionario se trata. Y no tienen, por el contrario, trascendencia alguna cuando la responsabilidad se pregona del Estado a causa de un daño antijurídico sufrido por el individuo con motivo de una acción u omisión de un agente judicial, siendo como es un mero desarrollo del ordenamiento inmerso en el artículo 90 de la Carta o cláusula general de responsabilidad, que no permite un juicio de valor en la conducta del funcionario. Y aún más: para contradecir una variante interpretativa es bueno iterar que el artículo 66 no plasmó un elemento calificador contenido en la exigencia de que se trate de una providencia "manifiestamente contraria a la ley", cuanto que el adverbio "manifiestamente" fue inventado, en este caso, en forma gratuita por el intérprete, razón por la cual deviene inadmisibles.

El Consejo de Estado ha concepuado con acierto que "... las orientaciones jurisprudenciales y doctrinarias que apuntan a la configuración y caracterización del denominado error inexcusable o culposo, de la vía de hecho, de la providencia arbitraria y desprovista de

toda juridicidad, y otras expresiones habituales de la noción de culpa grave cometida por el agente jurisdiccional, únicamente son de recibo y aplicación tratándose de la responsabilidad personal del funcionario...". En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina, especialmente la española que es fuente inequívoca de nuestra legislación al respecto.

Se ha puntualizado que el funcionario incurre en responsabilidad personal cuando desatiende una norma de sentido claro, o pretermite la consideración de una prueba, o supone la existencia de una que no hace parte del expediente, en una palabra cuando desatiende las orientaciones y las exigencias que presiden la tarea de la Administración de Justicia en la labor específicamente jurisdiccional, tanto frente a los hechos como frente al derecho, sin que se pueda sostener concluyentemente que toda equivocación conlleva su responsabilidad personal, porque el error, además de tener relevancia, requiere que contra la providencia que lo contiene haya sido impugnada en los eventos que proceden los recursos ordinarios, como también, agotado este extremo o requisito, procede escarmentar si se obró con culpa grave o con dolo, conceptos céntricos dentro de los que caben las peculiaridades inventadas por la jurisprudencia y la doctrina, tales como error inexcusable, vía de hecho, el

descuido evidente y otras expresiones de igual jaez. Desde el ángulo contrario, se ha acotado también, en el ámbito interpretativo del artículo 90, que opera con la simple demostración del daño antijurídico, al tiempo que la relación o nexo de causalidad entre éste y el error inserto en la providencia, que exige sólo el requisito de que sea contrario al ordenamiento jurídico, para cuyo establecimiento es suficiente un cotejo objetivo entre el contenido de la resolución y los preceptos normativos, sin consideración a otras nociones relacionadas con la conducta del funcionario, pues éstas sólo sirven para exonerarlo frente a la pretensión de repetición que incumbe sólo al Estado.

Y algo similar, en el campo de la lógica jurídica, se puede aseverar en relación con la conducta gravemente culpable o dolosa de los agentes que operan por fuera del rango jurisdiccional, en cuanto se guían, en su calificación, por nociones diferentes pero análogas a la autoría de providencias contrarias a la ley, como que en su caso no es dable hablar de providencias sino de otros actos o decisiones como son, por ejemplo, los actos administrativos. Para arribar a su juzgamiento y condena se debe analizar, con apoyo en la doctrina y en los principios generales de derecho, los conceptos atinentes a la culpa grave y al dolo, nociones estas de abigarrada variedad jurídica.

Por ello mismo, la pretensión que el Estado deduzca en contra de sus agentes, para repetir, en caso de culpa grave o dolo por parte de estos, como toda pretensión, debe ser explícita y precisa en la presentación de la *causa petendi*, en el punto, historiando debidamente cuál o cuáles son los hechos que pergeñan adecuadamente y justifican argumentalmente las imputaciones de culpa grave y dolo, pues no basta desde luego, que la demanda informe sólo que el demandado obró con culpa grave o dolo, estos son opiniones que deben apuntalarse en una relación narrativa completa e inconfundible.

Hay otra consideración indispensable, que toca con los efectos relativos de la cosa juzgada. La sentencia condenatoria en firme, ejecutoriada, pronunciada en el proceso desencadenado por una persona contra el Estado, tendiente a la indemnización de perjuicios por causa de una conducta antijurídica, vincula meramente a las partes intervinientes. De tal manera que si el agente oficial no fue llamado en garantía por el Estado al proceso en que concurre como demandado, y por ende no fue parte en el proceso, está libre de la cosa juzgada, en cuanto ésta no le afecta. Por ello mismo, puede asegurarse que no le afecta la parte resolutive del fallo condenatorio, y mucho menos la parte motiva. La prueba practicada tampoco, ya que no tuvo ocasión

procesal de controvertirla. Todo este prolegómeno sirve para afirmar que no basta como prueba contra el agente, que se arrime a la demanda del Estado contra él, para repetir, la sentencia ejecutoriada dictada contra éste. En el nuevo proceso es necesario probarlo todo: el daño, la antijuridicidad, la causa, el vínculo entre ésta y aquél, y además, por supuesto y con especialidad, de forma plena, la culpa con peculiaridad de grave o el dolo. Adunar la sentencia de condena, únicamente prueba que el Estado fue condenado y que por consiguiente se abrió para él, la opción de repetir, pero la nueva demanda no es un calco de la primera, y la sentencia sólo alcanza a demostrar lo que su parte resolutive determinó.

Este ensayo se ha encaminado primordialmente a la responsabilidad tocante con el llamado error jurisdiccional y a la responsabilidad que por este aspecto incumbe al Estado. Otros temas son conexos con éste, como los que tienen que ver con el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, que encuentra su tema álgido y palpitante en el retardo o mora en la Administración de Justicia, y con la privación injusta de la libertad, estudios de manifiesto interés, que quizá en otra ocasión, intente su estudio pormenorizado y que vendría a constituir un complemento o apéndice, si se quiere, del actual trabajo.

## UNA POLÍTICA PROCESAL MEZQUINA

Dr. Alejandro Ochoa B.\*

La lentitud de los procesos judiciales, que hoy tiene dimensiones verdaderamente alarmantes, ha sido la preocupación esencial de las reformas procesales de los últimos 28 años. En pro de la celeridad, se han establecido procedimientos abreviados, verbales y hasta verbales sumarios (estos últimos de única instancia); se ha tratado de fortalecer el principio de autoridad, imponiendo al juez de manera explícita, el deber de vigilar los presupuestos de validez y de eficacia del proceso, con el anhelo de evitar las nulidades procesales y las sentencias inhibitorias; con la finalidad primordial de evitar esfuerzos probatorios superfluos, se estableció la etapa de fijación del litigio dentro de la audiencia del artículo 101; se dio carácter preclusivo al término de instrucción del proceso; se suprimieron incidentes y trámites especiales en procedimientos especiales; en

fin, se han establecido unos mecanismos normativos, con los cuales el legislador procesal, ha creído dar soluciones a esa grave patología de la Administración de Justicia.

El rotundo fracaso de ellos, comprobado hasta la holgura por la experiencia forense de todos los días, tiene una explicación elemental: la morosidad de las actuaciones judiciales no es atribuible a una deficiente o antitécnica normatividad procesal, sino a una raquítica, inexistente, diría yo, organización judicial del Estado. Y como hay un grave error de diagnóstico, las soluciones normativas que se adoptan no solo resultan torpes e ineficaces, sino que además, producen el infortunado efecto de desquiciar los códigos, de desarticularlos, alejándolos progresivamente de las mejores conquistas de la dogmática procesal e incrementando, de paso, esa nociva cultura del desacato que se nutre de la ineficacia normativa.

Como hoy la lentitud de los procesos judiciales es sustancialmente mayor que la que existía antes de esas reformas, llamadas "eficientis-

---

\* Abogado. Profesor universitario de Teoría General del Proceso. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín.

tas", el Estado parece haber variado su concepción del problema, y por supuesto, de su solución. Se trata ya de privilegiar, hasta lo sumo, los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos. La idea es bien simple: la Administración de Justicia Estatal es inservible y no existe interés en sacarla de su postulación. Entonces la jurisdicción debe buscarse en otros ámbitos, como el del arbitramento (que en algún célebre caso se tomaba imperativo, a contrapelo de su naturaleza esencialmente convencional) de comprobada eficiencia para las partes, por su calidad y su celeridad, y para el Estado, pues no genera erogación alguna para el Fisco. Se desjudicializa la jurisdicción y entonces el Estado se siente liberado de esa pesada carga que implica la Administración de Justicia.

Ésta es una actitud estatal mezquina como lo que más. En nada se diferencia, a mi juicio, del patrocinio o legitimación de grupos de defensa privada que reemplacen a una fuerza pública, inmoral e inepta. Las circunstanciales bondades del proceso arbitral, que sin duda las tiene, no pueden edificarse sobre las ruinas de la justicia del Estado. Ésta es una actitud evidentemente antiética.

Que a los conflictos de intereses jurídicos se les busquen soluciones convencionales, es la otra proclama legislativa. Que los conflictos se desjurisdiccionalicen y que sean los titulares de los intereses compro-

metidos, los que acuerden su solución. Es la conciliación (tan privilegiada hoy, que inclusive se constituye en condición de procedibilidad -entiéndase de acceso a la jurisdicción- en la Ley 446 de 1998, para litigios laborales), manifestación de la más alta civilidad y tolerancia. Lo importante es que se concilie, pues ése será ya un litigio que el Estado no cargará. Poco o nada importa cuál sea la solución convenida -la justicia es un valor que en la conciliación, generalmente muere asfixiado por la habilidad de una de las partes- siempre y cuando no resulte contraria a normas superiores. Se vigila la legalidad, no la justicia. Y como en el arbitramento, las bondades de la conciliación toman su aliento de las deficiencias de la Administración Estatal de Justicia: la conciliación es buena en la medida en que evita acudir a una justicia estatal reconocidamente ineficaz.

Ni el arbitramento ni la conciliación, son mecanismos alternativos de solución de conflictos. Eso es un engaño. No pueden serlo, si el justiciable no tiene la real opción, la alternativa de elegirlos. Y ésta no existirá mientras en Colombia no haya una organización que garantice plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, el derecho a acceder libremente a la jurisdicción, para que en un proceso debido, sin dilaciones injustificadas, y ante un juez independiente e imparcial, se definan los conflictos de intereses jurídicos.

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL Y SU EFICACIA EN LAS RELACIONES PRIVADAS

Dra. Angela Figueruelo Burrieza\*

SUMARIO: I. Introducción. II. El significado constitucional de la cláusula Estado Social. III. Amplitud del concepto de derechos fundamentales. IV. La necesaria vigencia de los derechos económico-sociales en el Estado del bienestar. V. Las garantías de los derechos fundamentales. VI. Dificultades que presentan los mecanismos clásicos de protección para garantizar los derechos sociales. VII. La doble dimensión-subjetiva y objetiva en la estructura de los derechos fundamentales. VIII. La "Drittwirkung" o eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. IX. Los orígenes alemanes de esta teoría. IX.1. La cuestión jurisprudencial: el caso Lüth. IX.2. La cuestión doctrinal: Drittwirkung mediata (indirecta) o inmediata (directa). X. La teoría de la Drittwirkung en el derecho español. X.1. La recepción de la teoría de la Drittwirkung por la doctrina española. X.2. El reconocimiento por la legislación ordinaria de la teoría de la Drittwirkung. X.3. La teoría de la Drittwirkung y el Tribunal Constitucional. XI. La necesidad de nuevos planteamientos dogmáticos: las aporías de la Drittwirkung. XII. Orientación bibliográfica. XIII. Addenda. XIV. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El tema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (Drittwirkung der Grundrechte) debido a la importancia que conlleva, es seguramente una de las cuestiones singulares que más atención han recibido en el análisis de las relaciones del Derecho Constitucional

con el Derecho Privado. A pesar de todo, la cuestión dista mucho de haber obtenido una clarificación definitiva<sup>1</sup>.

---

\* Ponencia presentada por la autora al Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas de la Universidad Externado de Colombia en diciembre de 1996; autorizada su reproducción por la autora. Constitucionalista española.

---

<sup>1</sup> Sobre este tema, en la doctrina alemana, merecen ser citados los siguientes trabajos: G. DURIG: "Grundrechte und Zivilrechtsprechung" en "Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Naviasky" (1956); W. LEISNER: "Grundrechte und Privatrecht" (1960); C. W. CANARIS: "Grundrechte und Privatrecht" AcP, 1984; W. RÜFNER: "Drittwirkung der Grundrechte" en "Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens", 1987; H.C. NIPPERDEY: "Die Würde des Menschen" en F. NeumanNipperdey-Scheuner: "Die Grundrechte Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte" Duncker, Humblot, Berlin, 1954; J. SCHWABE: "Die sogenannte Drittwirkung der

De sobra es sabido que los derechos fundamentales y su reconocimiento positivo en las declaraciones y constituciones a partir de fi-

*Grundrechte*, München, 1971. Del mismo autor "Bundesverfassungsgericht und Drittwirkung der Grundrechte" en *Archiv des Öffentliches Rechts* 100, Band, Heft, 3 1975. R. THOMA: "Grundrisse der allgemeine Staatslehre" Ferdummers Verlag, Bonn, 1948. H. P. SCHNEIDER: "Die Grundrechte" en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1954. E. FORSTHOFF: "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" publicado en: "Festschrift für Carl Schmitt". Duncken und Humblot, Berlin, 1959. Entre los autores españoles que se han ocupado de esta problemática, merecen ser consultadas las siguientes publicaciones: T. QUADRA-SALCEDO: "El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares", Civitas, Madrid, 1981; J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO: "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares", Civitas, Madrid, 1986; P. de VEGA: "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social" en el volumen colectivo Derecho y economía en el Estado social, Tecnos, Madrid, 1988; C. de CABO: "Democracia y derecho en la crisis del Estado social" Sistema, No. 118-119; J.M. PABÓN DE ACUNA: "La llamada «Drittwirkung» de los derechos fundamentales" en el Vol. III de la obra colectiva "El Poder Judicial", I.E.F., Madrid, 1983. A. POYAL COSTA: "La eficacia de los derechos humanos frente a terceros" U.N.E.D. Revista de Derecho Político, No. 34, Madrid, 1991. M.C. PALOMEQUE: "Despidos discriminatorios y libertad sindical", Civitas, Madrid, 1983; S. VARELA: "La idea del deber constitucional" R.E.D.C. No. 4, Madrid, 1982. A. EMBID IRUJO: "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en el vol. I de la obra colectiva "El Tribunal Constitucional", I.E.F., Madrid, 1981. J. BALLARÍN IRIBARREN: "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" R.E.D.C. No. 24, Madrid, 1988. C. ROGEL: "Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas": Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985. L. AGUIAR de LUQUE: "Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión". Actualidad Jurídica, X, 1981.

nales del siglo XVIII, se fundamentan en la idea de garantizar un ámbito personal inmune a las injerencias del poder del Estado. El esquema se completa con la idea de una sociedad autorregulada, compuesta de hombres iguales ante la ley, que sobre la base de la autonomía de la voluntad, participarán en el tráfico jurídico:

La libertad, la igualdad y la independencia, son los supuestos apriorísticos del Estatuto Jurídico de la Concepción Constitucional Clásica (Kant), que permitía la separación tajante entre el Estado y la sociedad. Por ello, los derechos y libertades del individuo se entendían como derechos absolutos, que en ausencia de límites, el hombre podía ejercitar siempre frente al poder político. Así las cosas, la mejor garantía para esos derechos consistía en reducir al máximo la acción del Estado. En correlación a la función que los derechos fundamentales desempeñaban en el ámbito de lo público, en el campo del Derecho Privado se crearía una legislación inspirada en la generalidad de la ley, igualdad ante la ley y autonomía de la voluntad privada. En este esquema, el Código Civil regularía las relaciones jurídicas entre seres libres, autónomos e iguales, en cuanto estatuto fundamental de la sociedad civil, mientras que la Constitución aparece como estatuto regulador del Estado.

Sucede que actualmente el par Constitución - Código Civil, entendi-

do como dos textos normativos sin ningún punto en común, ya no sirve para describir la estructura fundamental del ordenamiento jurídico, porque la idea que en ello subyacía (separación entre la sociedad y el Estado) también ha dejado de existir. El modelo de sociedad burguesa basado en el individualismo, no tiene nada que ver con las formas de organización social del presente; la aparición de la nueva sociedad corporatista pone de relieve el fracaso histórico del modelo estatutario de las relaciones entre particulares, que ha operado en la sociedad burguesa. Dicho fracaso se aprecia cuando entran en crisis los dogmas jurídicos del liberalismo clásico a que antes hacíamos referencia (generalidad de ley, igualdad formal ante la ley y autonomía de la voluntad privada).

El carácter corporatista de la sociedad moderna, conlleva que los poderes privados desempeñen no solo un papel relevante en el campo de las relaciones particulares, sino que además inciden en las relaciones públicas, a la hora de adoptar decisiones políticas. No le falta razón a Habermas, cuando al respecto ha señalado: "La norma jurídica liberal que era antes fundamento de la existencia burguesa, en la actual fase de estrecha interdependencia de todos los sectores de la sociedad, no solo no impide llevar a cabo al Estado Social, todas sus intervenciones, sino que bajo su pro-

tección, los intereses privados organizados consiguen a la inversa, ejercer una influencia sobre los órganos del Estado. El poder social es hoy "*eo ipso*" poder político.

Desde esta perspectiva el problema de la protección eficaz de la libertad del individuo debe ser replanteado, porque la garantía de la misma no debe quedar reducida al ámbito estatal (sector público) sino que afecta a la propia organización de la sociedad civil, es decir, al hombre entero en cuanto ser social. Y así, la situación de indefensión a la que se ve sometido el individuo en una sociedad controlada por poderes privados, hace que el planteamiento de las garantías de los derechos y libertades no se conciba ya solo en relación con el poder del Estado sino también frente al conjunto de los poderes privados capaces de conculcarlos. Esto supone, sin duda alguna, que debemos enfrentarnos a un cambio radical en el tratamiento dogmático de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.

## II. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA CLÁUSULA ESTADO SOCIAL

Se mantiene prácticamente sin discusión doctrinal alguna, que el modelo del Estado Social debe ser entendido como una continuación del Estado Liberal, sin que se produzca una ruptura con esta forma de Estado. Lo cierto es que se tiene una idea más o menos exacta de lo

que es el Estado Liberal, identificándolo con el no intervencionismo en las relaciones sociales que se dejan al libre juego de la autonomía individual, es decir, del mercado. No se tiene, en cambio, una idea tan clara de lo que cabe entender por el concepto Estado Social, ya que es insuficiente sostener que se materializa interviniendo el sector público en los procesos sociales, realizando la función de "procura existencial"; la vaguedad de esta fórmula no permite identificar al Estado Social como forma política concreta, ya que la intervención estatal para garantizar el bienestar de los ciudadanos, tiene sus límites en la propia sociedad de hombres libres en que se asienta cualquier Estado Democrático.

Será, pues, la propia relatividad del concepto en que ese Estado se fundamenta, lo que dificulte la definición del Estado Social. Además, hay que tener en cuenta que es consustancial a la naturaleza de esta forma de Estado, su indefinición en el aspecto terminológico, debido a que en su seno se pretende conseguir un equilibrio entre la libertad y la igualdad; dicho equilibrio está en permanente tensión, siendo susceptible de distintas interpretaciones, como corresponde a un sistema político basado en la democracia pluralista. Así las cosas, y a pesar de que se enfrenta el modelo definido del Estado Liberal a la indefinición del término Estado Social, la crisis actual de este modelo de

Estado, no pasa por una vuelta al modelo "no social" de Estado, puesto que, en la actualidad, en los países desarrollados, no hay Estado que no intervenga de una u otra forma en el proceso económico. Es más razonable afrontar esa crisis mediante reformas y adaptaciones que permitan reorganizar el sistema del bienestar.

Conviene aclarar, no obstante, que el Estado Social no supone modificaciones respecto de la organización del poder típico del Estado Constitucional Democrático de Derecho, porque se trata de una modalidad de esta forma de Estado. La "cláusula social" añadida a este Estado, no afecta a la estructura sino a los fines, es decir, el Estado asume nuevas tareas, como por ejemplo: salud, educación, vivienda, orden público, seguridad..., que no vienen a sustituir sino a complementar a las antiguas; con ello se pretende proteger a los sectores sociales menos favorecidos a través de una determinada forma de actuar de los poderes públicos. De este modo conviene centrar el problema, que consiste en la actualidad, no en afirmar o negar la cláusula social del Estado sino en discutir acerca de la intensidad y las formas de actuación del Estado en el ejercicio de las tareas sociales.

Si de las consideraciones realizadas en un plano general, descendemos a las cuestiones concretas que plantea nuestro propio Derecho Constitucional, es necesario dete-

nermos en analizar el significado jurídico que debe tener la fórmula del Estado Social, que por hallarse reconocida a nivel constitucional (art. 1.1 de la C.E. de 1978), goza de una garantía más sólida que si no tuviese un reconocimiento expreso y fuese necesario deducirla por vía de la interpretación. Coadyuvan a este reconocimiento, otros preceptos constitucionales como los artículos 9.2, 33.2, los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 al 52 y los arts. 128, 129, 130 y 131), que son manifestación concreta de la necesaria intervención del sector público en la economía.

Dado el lugar que ocupa el artículo 1.1 en nuestra Constitución, obligado es mantener que la vigencia del Estado Social en España no se discute y que su desaparición sólo puede llevarse a cabo por el procedimiento de revisión agravado, previsto en el artículo 168 de la Constitución.

Lo que importa, desde un punto de vista jurídico, es conocer el contenido de la cláusula. Al parecer los tres postulados "Estado Democrático", "Estado de Derecho" y "Estado Social", que definen la forma del Estado español, son principios jurídicos y no reglas. Por este motivo y al tratarse de un principio puramente material, no impone por sí mismo el establecimiento de órganos determinados, ni exige modalidades específicas de composición y

funcionamiento de los órganos públicos; su cometido orientador de la actuación del Estado, indica que la acción pública debe tender a la reducción de la desigualdad social.

Si esto es así en el plano de los principios, a la hora de operar en la práctica, aparecen una serie de problemas derivados de la conexión entre Estado Social y pluralismo político, que implican apostar por una interpretación suficientemente flexible, para que sean posibles políticas distintas según la mayoría que en cada momento alcance el poder. Ahora bien, el principio constitucional "Estado Social" debe tener un contenido mínimo que debe ser preservado incluso frente al legislador y que debe ser extraído de la conexión de dicho precepto con otros preceptos constitucionales, mediante una interpretación sistemática. Dicha interpretación encierra ciertas dificultades, porque el significado de la cláusula "Estado Social" no es estrictamente jurídico, ya que la igualdad social que persigue, le concede un contenido político que le acerca más a la idea de valor constitucional.

Deben contribuir, además, a determinar el significado de la citada cláusula, los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, así como los preceptos constitucionales que enuncian fines o tareas de los poderes públicos tendentes a la realización de la igualdad social, los mandatos al legislador y aquellas

normas que expresan una cláusula habilitante de intervención pública, en la medida en que puedan suponer límites a la actuación de la mayoría política, que en cada momento por decisión popular ocupe el poder.

### III. AMPLITUD DEL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los temas que han suscitado más debates en el mundo jurídico occidental, es el del significado y alcance del término "derechos fundamentales". Ante la dificultad de encontrar un concepto único para su definición, se deja a un lado el problema conceptual que ello encierra y se insiste en la necesaria efectividad de sus garantías. Pero, no puede olvidarse que la vigencia efectiva y la protección de estos derechos, depende en gran medida de la clarificación del concepto de derechos fundamentales.

En el constitucionalismo democrático, la parte dogmática de las Constituciones, que suele dar comienzo al texto, recoge una tabla de derechos fundamentales, junto a los cuales aparecen libertades públicas, otros derechos históricos e incluso ciertas prestaciones de carácter social. Este elenco de derechos, positivados, hoy por las Constituciones, son herencia directa de las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, como la Declaración de Virginia, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Destacan de esas declaraciones, su carácter programático y el aspecto humano que se predica de los derechos que contienen.

En la actualidad, la doctrina discute acerca del alcance de las distintas expresiones "derechos humanos", "derechos fundamentales", pareciendo aceptada la idea que destina el primero de los conceptos a denominar los derechos naturales reconocidos en los textos internacionales y reserva el término derechos fundamentales para designar los derechos positivados a nivel interno. En busca de una mayor clarificación de estos conceptos, no han faltado quienes, como Pérez Luño, precisan que "los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que, con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos, en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada."

No obstante, conviene poner de manifiesto que las Constituciones actuales, suelen incorporar en sus contenidos, el derecho internacional de los derechos humanos (art. 10.2

de la C.E.) y que además de las cláusulas generales reconocidas en sus textos (art. 1.1. C.E.), enuncian de manera casuista, abundantes derechos fundamentales, intentando una cierta sistematización clasificatoria (arts. 10 al 52 C.E.). Esta doble técnica de positivación (*lex generalis* y *lex specialis*) que refunde los instrumentos jurídicos citados, unida a la estructura abierta e indeterminada que caracteriza a las normas reguladoras de derechos fundamentales, dificultan la posibilidad de fijar con precisión cuáles son estos derechos en un determinado ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de acudir a criterios materiales y formales que más allá de la simple exégesis puedan arrojar alguna luz sobre el tema.

Desde un punto de vista material, un derecho es fundamental si su desaparición impide el desarrollo de un cierto concepto de Estado y de la sociedad. Pero no deja de ser evidente, que todo criterio material requiere de una ideología del Estado y de la Constitución, que implica una teoría de los derechos fundamentales ideológicamente determinada. De este modo, el catálogo de derechos fundamentales varía según que la idea de libertad, sea analizada desde la ideología liberal-burguesa, la democrática o la del Estado Social de Derecho.

En el pensamiento liberal-burgués, serán considerados derechos fundamentales, aquellos que por naturaleza le correspondan al

hombre individual libre. El cometido que se persigue a través de ellos es la prosecución de la libertad como un fin en sí misma; para la realización efectiva de la libertad, al Estado no le corresponde obligación alguna, ya que de él se espera que interfiera lo menos posible en el goce de los derechos por parte de los ciudadanos. De este modo, cualquier manifestación de la libertad individual, propiedad privada, igualdad ante la ley, libertades de prensa, reunión..., perseguirá su materialización a través de la iniciativa individual.

La teoría democrática, en cambio, legitima los derechos fundamentales, encomendándoles la función de permitir un proceso democrático de formación de la voluntad política: ya no se predica la separación entre el Estado y la sociedad, sino que se establecen esas normas para conseguir la libre participación del ciudadano en los asuntos públicos. La libertad ya no es un fin en sí misma, antes bien, se trata de una libertad funcional (derecho de asociación, protección del pluralismo, sufragio activo y pasivo...) orientada a garantizar el proceso político democrático.

Por su parte la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social, no concibe al hombre como sujeto aislado, sino como miembro activo de una sociedad plural, en la cual se pretende que todos los ciudadanos puedan gozar en condiciones de igualdad de una libertad

efectiva. La prosecución de la libertad material conlleva amplias repercusiones en la estructura y funcionamiento de las instituciones y la ampliación del catálogo de derechos fundamentales con aquellos de contenido económico, social y cultural, que en virtud del componente igualitario que les impregna, obligan a una redistribución de la riqueza, que posibilite la participación de los ciudadanos en el proceso social y político.

A través de argumentaciones diferentes, cada ideología define a los derechos fundamentales, en cuanto aspiraciones de libertad en cada momento histórico. El catálogo de dichos derechos es cambiante, complicándose en la medida que aparecen nuevas condiciones de vida que hacen de los mismos un concepto relativo e histórico; las variaciones producidas en las condiciones materiales de vida, crean distintas demandas de protección y aspiraciones de libertad, que exigen mecanismos actualizados para su satisfacción. Es acertado mantener, pues, que en cada momento el catálogo de derechos fundamentales estará delimitado por la fuente ideológica, propia de un sistema jurídico determinado, más el contexto histórico que la rodea.

#### **IV. LA NECESARIA VIGENCIA DE LOS DERECHOS ECONÓMICO-SOCIALES EN EL ESTADO DEL BIENESTAR**

La teoría de los derechos fundamentales del Estado Social, pretende

superar el desdoblamiento entre libertad jurídica y libertad real. Para que ello sea posible, el carácter delimitador negativo de los derechos fundamentales frente al Estado, se verá transformado por la adquisición de un contenido prestacional exigible ante el poder público. Esta evolución en el contenido y alcance de los derechos fundamentales, conlleva una transformación del concepto de libertad.

Así, en el Estado de Derecho liberal-burgués, el concepto de libertad que permanece es el de la libertad natural y preestatal. No surge de la organización social, puesto que es anterior a ésta. Los presupuestos de este concepto de libertad, son la propiedad y el trabajo, como fundamento del funcionamiento de la sociedad burguesa. Este esquema basado en la posesión y unido al desarrollo industrial, generó la formación de clases sociales y el empobrecimiento de la clase asalariada, cada vez más numerosa.

A esa situación pudo llegarse como consecuencia de que la libertad general de acción, unida a la igualdad jurídica, no relativiza la desigualdad natural y económica de los hombres, sino que permite que se desarrolle por completo, porque los particulares tienen garantizada y consolidada, mediante la herencia, la propiedad adquirida a lo largo de distintas generaciones. De este modo, la libertad jurídica, igual para todos, produce necesariamente la

desigualdad social, y garantizando la propiedad, consolida las desigualdades sociales previamente generadas. Las garantías jurídicas de la libertad acabaron convirtiéndose para un número creciente de ciudadanos -sobre todo asalariados- en fórmulas vacías de contenido, al carecer de los presupuestos sociales de la posesión y educación necesarios para su realización concreta.

En esta situación jurídica y social, es donde encuentran su razón de ser los derechos sociales y económicos, a partir de una idea de la justicia que tiende al aseguramiento de la libertad. Ahora bien, esta libertad jurídica debe transformarse en una libertad real y para que ello sea posible, la propiedad y el trabajo que eran el fundamento social de la vida burguesa, ya no se van a sobreentender, sino que deben ser producidos y asegurados; Este cometido se le encomienda al sector público. De acuerdo con esta idea, los derechos fundamentales sociales tienden al mantenimiento de la participación en los bienes materiales: derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho a la educación, derecho a la vivienda..., que se dirigen al Estado con una pretensión no abstencionista sino de intervención. La libertad debe posibilitarse y asegurarse mediante prestaciones sociales y garantías estatales.

Vistas así las cosas, en el Estado Social de Derecho, no se niegan las garantías de la libertad del Esta-

do Liberal de Derecho, sino que las mismas se transforman como consecuencia lógica de una situación social modificada. Porque el individuo busca en el Estado lo que en la sociedad no encuentra, se irá produciendo una paulatina socialización del Estado, a la que paralelamente acompañará una estatalización de la sociedad, ya que ésta dejará de ser el campo de actuación espontáneo de voluntades individuales, para convertirse en el lugar de encuentro de grupos y organizaciones complejas, donde el individuo tiende a desaparecer.

Es en este cúmulo de transformaciones sociales y jurídicas, que acarrea el paso del Estado gendarme-liberal a un Estado planificador y programador, donde junto a los derechos y libertades clásicos, aparecen los llamados derechos sociales que tuvieron sus primeras proclamaciones constitucionales en las Constituciones de Querétaro y de Weimar y que se consolidarán definitivamente en las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial.

Con lo que hemos puesto de manifiesto se ha pretendido legitimar la idea de los derechos fundamentales sociales, en términos del Estado de Derecho y con relación a la consecución de la libertad real y efectiva. Cuestión diferente es la incardinación del concepto de los derechos sociales en el marco de las Constituciones democráticas, basadas en el principio del Estado de Derecho. Sucede que la mayor

parte de las Constituciones actuales, los incluyen al lado de los clásicos derechos de libertad, y aparte de su aplicabilidad, sólo se ocupan de dejar su concretización a la acción del legislador, de la Administración y de los tribunales. Ello no impide reconocer las diferencias estructurales entre los derechos fundamentales de libertad y los derechos sociales o de prestación, que exigen necesariamente diferentes garantías jurídicas para su aseguramiento.

## V. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si prescindimos del aspecto ideológico que impregnan las teorías materiales, nos fijaremos en una serie de categorías formales del sistema jurídico, que permiten analizar el tema de los derechos fundamentales a partir de su positivación, es decir, haciendo hincapié en el sistema de garantías que para su protección se establecen. Dicho sea de antemano, el carácter fundamental de un derecho, no viene definido por las garantías procesales de que se dote, ya que, sucede que en un determinado ordenamiento jurídico, a veces no todos los derechos fundamentales gozan de la misma protección jurisdiccional y ello puede inducir erróneamente a negarle su carácter de fundamentalidad; la solución a este problema, pasaría obviamente, por revisar tales garantías.

Con relación a lo previamente dicho, puede servirnos de ejemplo el artículo 53 de la C.E., donde se han establecido grupos diferentes de derechos fundamentales en función de los privilegios jurisdiccionales de que se les han dotado. Todo ello conlleva a crear cierta confusión, en cuanto al catálogo y contenido de los mismos, ya que la incorrecta sistematización de los preceptos constitucionales que contienen estos derechos, hace que en determinados casos el grado de las garantías no se corresponda con la naturaleza de algunos derechos.

En este orden de ideas se aprecia la existencia de un primer grupo de "derechos fundamentales y libertades públicas", comprendidos en los artículos 15 al 29 de la C.E., los cuales siguiendo una interpretación literal y restrictiva del texto constitucional, conforman el "núcleo duro" de los derechos que la norma suprema reconoce al tenor de la doctrina del máximo intérprete de la Constitución. Este aserto se mantiene por el Alto Tribunal y por algún sector de los estudiosos del tema, basándose únicamente en el plus de garantías que para los mismos se establecen; a saber: procedimiento agravado de reforma (art. 168 C.E.), desarrollo de los mismos (art. 81.1 de la C.E.), que puede ser impugnada en inconstitucionalidad ante el T.C. y una garantía jurisdiccional extraordinaria, específica para este grupo de derechos (más los reconocidos en los arts. 14 y

30.2 de la C.E.), el recurso de amparo en sus dos vertientes, ordinaria y constitucional (art. 53.2 de la C.E.).

Además de estas garantías procesales, nuestra Constitución admite como garantía suprallegal, la positivación de los derechos en una norma jurídica indisponible para el legislador, estableciendo un ámbito de vinculación que afecta a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (arts. 9.1, 53.1 de la C.E.). Esta garantía se hace extensiva a todos los derechos del Capítulo Segundo del Título I de la C.E. (arts. 14 al 38), para el desarrollo de los cuales, el legislador, en el supuesto de proceder a ello, debe respetar su contenido esencial.

El elenco de garantías disminuye cuando se trata de la protección del segundo bloque de derechos, denominados constitucionalmente "Derechos y deberes de los ciudadanos". Al parecer, aquí el carácter de fundamentalidad disminuye (arts. 30 al 38 de la C.E.), siendo el desarrollo legal, únicamente por ley ordinaria frente a la que cabe, en su caso, recurso de inconstitucionalidad ante el T.C. La protección jurisdiccional en supuestos de infracción de esos derechos, no se llevará a cabo a través del recurso de amparo, sino que únicamente es factible la vía jurisdiccional ordinaria (art. 117.3 de la C.E.) y la reforma, de efectuarse, tendría lugar por el procedimiento ordinario que regula el artículo 167.

A pesar de que el grado de las garantías ha disminuido, en este bloque de derechos se encuentran algunos como la igualdad de los cónyuges, la libertad de contraer matrimonio, el derecho de propiedad, etc., que desde el punto de vista de la ideología del Estado Liberal, deberían gozar de la misma fundamentalidad que algunos de los derechos que calificados como tales y situados en el primer grupo, gozan de la protección reforzada del recurso de amparo. Quizás la naturaleza y estructura de los "derechos-deberes" constitucionales, conlleva alguna dificultad a la hora de su protección, puesto que se trata de normas que junto al reconocimiento de un derecho, aparece el correspondiente deber constitucional, pero en las que la sanción ante el incumplimiento del mismo, dependerá de lo que prescribe la norma legal de desarrollo.

Por último, en la parte dogmática de la C.E. (Título I) se advierte, como no podía ser menos en un Estado Social de Derecho, un tercer grupo de normas calificado como "Principios rectores de la política social y económica", cuya extensión abarca los artículos 39 al 52 del texto constitucional. Se trata, sin lugar a dudas, de la positivación a nivel constitucional de una amplia gama de derechos sociales o derechos de prestación, acerca de cuya protección dispone el apartado tercero del artículo 53 de la C.E.: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconoci-

dos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Como veremos a continuación, las dificultades para garantizar estos derechos se aprecian ya en el propio contenido de la norma constitucional.

## **VI. DIFICULTADES QUE PRESENTAN LOS MECANISMOS CLÁSICOS DE PROTECCIÓN PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS SOCIALES**

La definición constitucional de los derechos sociales en relación con el resto de los derechos recogidos en nuestro Título I, sólo puede hacerse en sentido negativo, es decir, aludiendo a ellos como no-derechos fundamentales. No vinculan, sólo orientan la acción de los poderes públicos; tampoco son alegables directamente ante los tribunales de justicia, ya que es necesario proceder de acuerdo con lo que prescriba la ley que los desarrolle. Se trata, pues, de lo que doctrinalmente denominamos derechos de configuración legal. El intérprete de los derechos sociales se encuentra con nuevos problemas, cuando de lograr mecanismos eficaces de protección se trata, debido en gran medida, a la estructura propia de las normas jurídicas que los regulan. Estas normas configu-

radas como principios, si bien contienen un supuesto de hecho, no prevén una consecuencia jurídica completamente determinada, porque admiten distintos grados en su cumplimiento y diversas formas de realización. Un principio no se agota en cuanto norma jurídica, cuando resuelve una situación concreta, puesto que la variación de las situaciones de hecho, abre nuevas posibilidades de acción cuyo desarrollo viene exigido por la propia naturaleza del principio.

Es corriente la idea de incluir en las Constituciones, los derechos sociales junto a los derechos de libertad y dejar luego su concretización en manos del legislador, de la Administración y de los tribunales. Este hecho no puede hacer olvidar las diferencias en el alcance de ambas categorías de derechos, que necesariamente conllevan otra forma de garantía jurídica.

Las diferencias en su estructura, implican el que los derechos de libertad sean realizables directamente en el nivel de la Constitución, por la vía de pretensiones jurídicas concretas. La libertad, en cuanto bien jurídico protegido, existe por sí misma y sólo requiere una delimitación negativa por parte de los poderes públicos. No sucede lo mismo con los derechos sociales, en los que la pretensión jurídica es tan general, que no puede deducirse por vía de interpretación. Y el juez si se viese compelido a la aplicación inmediata de un derecho social,

mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador.

En consecuencia, los derechos sociales no pueden fundamentar directamente pretensiones reclamables ante el poder judicial; su naturaleza conlleva el que no representen derecho directamente aplicable para los ciudadanos, mientras no han sido objeto de desarrollo legislativo. En cambio, se dirigen con aplicabilidad inmediata a los poderes públicos (Gobierno y Administración) a los que obligan a la realización de los mandatos en ellos contenidos. Lo cual no excluye que los derechos sociales, cuando ya han generado determinadas pretensiones por obra del legislador o de una práctica administrativa continuada, den cobertura jurídico-constitucional a tales pretensiones y protejan al ciudadano contra su supresión definitiva (no contra sus modificaciones en las que se ven implicadas decisiones políticas, de planificación económica, etc.).

En resumen, los principios rectores de la política social y económica, en cuanto fines del Estado Social, contienen especificaciones concretas, a las que les corresponde un carácter obligatorio, porque se dirigen a programas concretos; ofrecen al ciudadano un apoyo para expectativas determinadas a la hora de participar en los bienes sociales materiales, haciendo posible la fijación de un componente jurídico

subjetivo del que carece la indeterminación y generalidad de la definición del Estado Social.

Ahora bien, la mera incorporación de los derechos sociales en los textos constitucionales, no implica una adecuada protección y cumplimiento, porque se trata de instituciones jurídicas lábiles, sensibles a los equilibrios políticos y económicos del sistema en su conjunto. La bifronte estructura jurídica de estos derechos -posición subjetiva de ventaja y garantía objetiva de carácter institucional- conlleva el que las normas que los regulan, se vean a veces reducidas a garantías institucionales o a meras directrices al legislador. De ahí que sea su eficacia jurídica lo que se cuestiona.

Las estructuras garantistas del Estado Liberal no resultan suficientes para la protección de los derechos sociales, porque sus aporías se hallan no solo al relacionarlos con los derechos clásicos de libertad, sino también en el interior de los propios derechos sociales. Esto es así, porque la posición del ciudadano no es la misma en un Estado abstencionista que en otro responsable del proceso productivo y de las decisiones de política económica. En este Estado, la categoría de los derechos públicos subjetivos, resulta insuficiente a la hora de entender el alcance actual de la teoría jurídico-política de los derechos fundamentales, que conduce

también a cuestionar la actual eficacia de sus institutos de garantía. No puede olvidarse que los derechos sociales, en cuanto situación jurídica de ventaja, suelen quedar reducidos para el ciudadano a meros intereses simples, lo cual implica que permanezcan sin la necesaria efectividad jurídica, contrastando su protección con la concepción actual de los derechos fundamentales como derecho directamente aplicable.

Es conveniente insistir en una propuesta de renovación dogmática a la hora de entender los derechos sociales desde una perspectiva estrictamente constitucional, porque aunque tradicionalmente se ejercitan frente al Estado "*a parte debitoris*", su eficacia se despliega también frente a terceros particulares que pueden verse afectados por esa situación. Ante las dificultades que encierra su protección con los mecanismos constitucionales del Estado de Derecho, han sido otras ramas de la vida jurídica -Derecho Administrativo, Derecho de la Economía, Derecho del Trabajo...- las que han permitido la entrada del Estado Social en la Teoría del Derecho Público. Estas ramas del ordenamiento jurídico, presentan una dimensión social más acentuada, pero adolecen también de una imperfección normativa porque no determinan con precisión las condiciones en que deben ser aplicadas. Así, cuando desde la perspectiva del Estado Social, los poderes del Estado a través de la Administra-

ción, transformen esas obligaciones jurídicas en derechos subjetivos del individuo, se verán obligados, a veces ante la insuficiencia de formas jurídicas propias, a derivar hacia módulos jurídicos de Derecho Privado, que aumentarán las dudas ante la caracterización que debe darse a sus actos.

Así las cosas, y a pesar de la existencia de límites difícilmente superables a la hora de la protección jurisdiccional de estos derechos, no deben olvidarse los posibles medios de tutela existentes, como la tutela judicial ordinaria, el control de constitucionalidad o incluso el propio procedimiento administrativo.

## VII. LA DOBLE DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA EN LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la actualidad, los derechos fundamentales se caracterizan por una doble dimensión. Se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, ejercitados frente al Estado por su titular, y por otro, como normas objetivas de principio que tienen validez para todos los ámbitos del derecho. Sin esta doble cualificación no se procederá de forma correcta a una auténtica interpretación de la Constitución, porque los derechos fundamentales rigen como principios supremos del ordenamiento en su conjunto, no solo en las relaciones del individuo

con el poder público sino que afectan también a la relación recíproca de los actores jurídicos particulares, limitando su autonomía privada; es decir, no solo actúan como normas de defensa de la libertad, sino al mismo tiempo como mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.

Esto conduce a una transformación en la estructura constitucional, que afecta sobre todo a las funciones del Tribunal Constitucional, que se convierte en órgano de la concretización jurídica de la norma suprema. De esta forma lo ha entendido desde sus inicios, el Alto Tribunal español, que ha reconocido la doble dimensión de los derechos fundamentales, llamando la atención sobre el mandato que en virtud de su dimensión objetiva recae sobre los poderes públicos, en especial sobre el legislador, para proveer a la protección efectiva de dichos derechos. En una línea semejante, el Tribunal Constitucional Federal alemán, a partir de la Sentencia del caso Lüth, ha venido elaborando jurisprudencialmente la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales.

Así pues, la estructura dual precitada, conlleva que junto a los derechos subjetivos tradicionales, ejercitados frente al poder público, aparezcan los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que establecen correlativamente un sistema de valo-

res. Este contenido axiológico que se irradia en todos los ámbitos del derecho, no pertenece con carácter general al conjunto de los derechos fundamentales, sino que ha de ser deducido de cada derecho fundamental en particular. Por ello la dimensión axiológica u objetiva corresponde en concreto a cada derecho fundamental y rige no solo en las relaciones jurídicas donde el Estado participa directamente, sino que su vigencia es universal hacia todos los ámbitos del Derecho, de forma indeterminada y abierta.

Según H. Huber la estructura lógica jurídica de los derechos fundamentales en la actualidad no se opone a su extensión a las relaciones horizontales, aunque se definan como derechos absolutos, es decir, subjetivamente sin relación. Si se entienden como principios elementales de ordenación de la vida social, no serán ni derecho público, ni derecho privado, sino derecho constitucional superpuesto que con su fuerza normativa penetra de modo inmediato en el ámbito de las relaciones jurídicas especiales. Si partimos de esta idea de los derechos fundamentales, se podrán resolver más fácilmente el resto de los problemas que ocupan y preocupan a la dogmática de los derechos fundamentales: Entre otros, el efecto de irradiación, la eficacia frente a terceros en las relaciones horizontales o los derechos fundamentales entendidos como mandatos de actuación.

El efecto de irradiación que tiene su fundamento en el aspecto objetivo de valor de los derechos fundamentales, permite entender que cada ámbito del Derecho -Civil, Penal, Administrativo, Laboral...- queda en cierto modo conformado por la influencia del Derecho Constitucional. A mayor abundamiento, ese efecto de irradiación no se limita al poder judicial y a su función de interpretación y aplicación de derecho, sino que se extiende a la conformación material del derecho por parte del legislador y a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones. Incluso el tema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales responde a un intento de elaborar dogmáticamente las consecuencias de ese efecto de irradiación. Admitiendo en principio la eficacia objetiva de los derechos fundamentales el tema de la *Drittwirkung* mediata o inmediata ocuparía un lugar secundario.

### VIII. LA "DRITTWIRKUNG" O EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

El concepto "*Drittwirkung der Grundrechte*" o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, hace referencia a la teoría alemana que defiende la eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, es decir en las relaciones jurídicas "*inter privatos*".

Frente a la idea de limitar la acción del Estado reconociendo y garantizando los derechos fundamentales frente a los poderes públicos, idea que se encuentra en el origen histórico del constitucionalismo moderno, surge en la doctrina alemana esta nueva teoría que supone la revisión de la citada doctrina clásica. El fundamento jurídico de la defensa de los derechos fundamentales sólo frente al Estado se encontraba en el deber de abstención que a éste le correspondía sin que ello acarrease un plus de protección con significación positiva, ni tampoco el reconocimiento de una eficacia directa en las relaciones con otros titulares de idénticos derechos. Y así, cuando en el ámbito privado se ejercitaba un derecho fundamental, sería el derecho civil la disciplina que regulaba esa relación y el juez ordinario el encargado de su aplicación.

Paulatinamente la doctrina se dio cuenta de que si bien algunos derechos (por ejemplo, tutela judicial efectiva, derecho de petición, etc.) sólo pueden ser ejercitados en las relaciones verticales con el poder público, otros sí pueden obtener una eficacia horizontal [en las relaciones particulares] y por ello es necesario pensar en los correspondientes instrumentos constitucionales de garantía. En función de lo antedicho, podemos cuestionarnos ¿un profesor de un centro privado puede hacer valer su libertad de cátedra frente al ideario del centro?; ¿razo-

nes ideológicas o sindicales pueden servir para que los trabajadores invoquen un derecho fundamental frente a un despido discriminatorio? ¿el derecho de reunión permite a unos manifestantes boicotear un determinado comercio impidiendo actos de compra en el mismo?

El problema no se encuentra, claro está, en determinar si las normas de la Constitución que consagran tales derechos o libertades, afectan o no al Derecho Privado, ya que el carácter de norma suprema de la Constitución conlleva su primacía sobre el resto de las fuentes del derecho. Tampoco el fundamento de esta cuestión se halla en el marco de las denominadas colisiones de derechos fundamentales, puesto que la colisión no se da tanto entre ciudadanos como entre estos y el Estado. En el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la no intervención estatal es la causa principal de este problema.

La cuestión planteada desde fundamentos filosófico-jurídicos de lo más diverso, dista bastante de hallar una solución definitiva, porque teorías con fundamentos ideológicos diferentes apuntan a soluciones semejantes. Tampoco los textos constitucionales o las normas ordinarias ofrecen un apoyo expreso al reconocimiento de esta teoría. Y allí donde se ha afirmado la existencia de la *Drittwirkung*, se debe al quehacer de la doctrina y de la jurisprudencia. Pero si entre los postulados doctrinales y jurisprudenciales, fuera ne-

cesario destacar algún rasgo, convendría citar la inseguridad y la cautela dominantes, que obligan a dirigir las soluciones antes que a la situación presente de los problemas a planteamientos más o menos previsibles de cara al futuro.

Conviene, no obstante, para un conocimiento aproximado del tema en el caso español, partir de unas ideas generales: la autonomía de la voluntad privada aparece recogida en distintos preceptos del Código Civil y en otras normas ordinarias alcanzando el nivel de principio constitucional en el artículo 10.1 de la C.E., que reconoce el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. Junto a ello es preciso atender al carácter de norma suprema del ordenamiento que le corresponde a la Constitución, el ámbito que dentro de ella ocupan los derechos fundamentales y las garantías que para su protección se establecen ante el Tribunal Constitucional. Y por último, y en relación con el tema de la interpretación constitucional, conviene resaltar que no se puede predicar el mismo grado de eficacia frente a terceros de todos los derechos reconocidos a nivel constitucional. Se impone un tratamiento casuístico de la cuestión para alcanzar resultados mucho más razonables.

## IX. LOS ORÍGENES ALEMANES DE ESTA TEORÍA

Se suelen cifrar los orígenes de esta teoría en la tesis mantenida

principalmente por Thoma que con relación a la Constitución de Weimar se pronunciaba a favor de la máxima efectividad de los derechos fundamentales. Este autor pretendía desmentir el mero carácter programático que se quería reconocer a los derechos positivados en la Constitución Republicana del Reich y para ello se pronunciaba a favor de la aplicación de las reglas interpretativas jurídico-privadas, pero nunca apuntó la posibilidad de la aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Fue la doctrina, al analizar su teoría, la que confundió la efectividad con el alcance de los derechos.

Posteriormente, y con la Ley Fundamental de Bonn, ya en vigor, fue Nipperdey quien con sus aportaciones doctrinales dio un paso definitivo para la elaboración de esta teoría. El citado autor apreció en la nueva Constitución un valor mayor de los derechos fundamentales respecto al texto de Weimar, puesto que al estar configurados como principios jurídicos, su eficacia no podía quedar reducida al campo de actuación del Estado. El ámbito material de los derechos fundamentales se veía ampliado con base en los siguientes argumentos:

a) Aquello que le está prohibido al Estado, no le debe estar permitido a los particulares. Argumento que fue rebatido señalando que los poderes públicos están positiva-

mente vinculados a la Ley y al Derecho, y que mientras los ciudadanos pueden hacer todo aquello que la ley no les prohíbe, los órganos del Estado sólo pueden actuar en el sentido que la ley les marca.

b) Ante el fracaso del primer argumento, se potenció la siguiente idea: si la defensa de los derechos fundamentales frente al Estado fue propiciada por el riesgo que implica su poder, en la actualidad es conveniente propiciar esas garantías frente a los poderes económicos y sociales que directa o indirectamente amenazan las libertades del individuo aislado, y a mayor abundamiento esta idea sería extensible a todos aquellos supuestos en los que en las relaciones jurídico-privadas predominase una de las partes.

La elaboración doctrinal de Nipperdey comienza admitiendo que aunque existen una serie de derechos fundamentales que sólo vinculan al poder público en el sentido estricto de la palabra (por ejemplo, libertades de reunión y circulación, inviolabilidad del domicilio, propiedad privada y herencia... constitucionalizados, entre otros, en la Ley Fundamental de Bonn), hay no obstante, otras normas sobre derechos fundamentales que no solo protegen la esfera de libertad del ciudadano frente al Estado, sino que además garantizan al ciudadano, un status social en sus relaciones jurídicas con los demás y en especial con aquellos grupos y organizacio-

nes que en la nueva sociedad corporatista amenaza al individuo aislado y frente a los que el Estado debe intervenir para proteger al ciudadano indefenso. Además, la *Drittwirkung* no se detiene en esos casos de manifiesta desigualdad entre las partes, sino que el efecto obligatorio del Derecho Constitucional concede a los particulares una determinada posición jurídica en sus relaciones con otros particulares.

A estas aportaciones doctrinales se le añade el contenido normativo que extraído de la Ley Fundamental de Bonn, puede dar apoyo a la tesis que Nipperdey defiende. Así, la GG se abre con un Título I denominado "Los derechos fundamentales". En él se reconocen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad junto con la proclamación de los derechos y libertades habituales en todas las Constituciones. El último precepto del Título I -artículo 19.4- reconoce una garantía judicial ordinaria para estos derechos en el caso de que sean violados por el poder público.

A su vez, el artículo 93.1, 4, a), prescribe que las violaciones de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 son tutelables por el Tribunal Constitucional Federal Alemán mediante el recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) siempre que dichas violaciones hayan sido causadas por el poder público. La alusión únicamente a los poderes públicos vuelve a aparecer

en el párrafo 90.1 de la Ley que regula el Tribunal Constitucional Federal.

Con estos materiales doctrinales y normativos quedó el terreno más o menos abonado para la creación del aspecto jurisprudencial de la teoría de la *Drittwirkung* que tuvo lugar cuando Nipperdey ejerció de presidente del Tribunal Federal Laboral y dejó reflejadas sus ideas en la jurisprudencia del citado Tribunal. A pesar de todo lo que hemos destacado, la aplicación en la práctica por la jurisdicción laboral de las ideas de Nipperdey, tenían que ver más con la teoría que él sostenía de la *Drittwirkung* que con las competencias del Tribunal Constitucional Federal y su apertura a la revisión de sentencias laborales y civiles. Pero conviene señalar que la doctrina del Derecho Público acogió con muchas reservas la teoría que preconizaba el efecto obligatorio de los principios jurídico-constitucionales en el derecho privado, forzando el término "violaciones por actos de poderes públicos" consagrada en el artículo 93.1.4, a) de la G.G.

#### IX.1. LA CUESTIÓN JURISPRUDENCIAL: EL CASO LÜTH

El tema de la *Drittwirkung* der Grundrechte llegó al Tribunal Constitucional Federal Alemán con el célebre caso Lüth resuelto por Sentencia de 15 de enero de 1958. Esta sentencia, por ser la primera en esta materia era esperada con impaciencia y fue generadora de

abundantes comentarios por parte de la doctrina.

Lüth, que era presidente de un club de prensa, se expresó en público, con motivo de un festival cinematográfico, contra el director de una de las películas presentadas por sus actividades durante el Tercer Reich. La productora de la película, temiendo el perjuicio de sus intereses, le requirió para que explicitase el significado de su intervención, a lo cual nuestro protagonista contestó enviando una carta abierta a la prensa en la que exhortaba a todos aquellos que se dedicaban al mundo de la cinematografía, a la no comercialización de la película, y en su caso, al público para que no fuera a verla. La productora en cuestión acudió a la vía procesal civil en defensa de sus intereses y obtuvo sentencia favorable en la cual, basándose en que Lüth había "incitado a un boicot contrario a las buenas costumbres" el juez ordinario le condenaba a no seguir en sus manifestaciones en pro de la no comercialización de la película y a pagar las costas del pleito.

Contra esta sentencia, Lüth apeló ante el Tribunal Superior de Justicia del Land, así como en amparo ante el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, fundamentando su demanda en la violación del derecho a la libertad de expresión (art. 5.1.1. de la G.G.) del que en su opinión, era parte del contenido esencial la posibilidad de influir en otro mediante el uso de la palabra.

El Tribunal Constitucional Federal admitió a trámite la demanda de amparo y resolvió el recurso mediante sentencia que otorgaba el amparo solicitado. Todo ello con base a que calificaba las decisiones judiciales como actos del poder público -requisito "*sine qua non*" para la tramitación del recurso de amparo- y a continuación centra el debate en el tema principal de si los derechos fundamentales inciden en el tráfico privado y en el caso de respuesta afirmativa, en qué forma lo hacen. En su argumentación jurídica, el Alto Tribunal huye de las posiciones extremas, que o bien sólo admiten efectos frente al Estado de los derechos fundamentales, o amplían de forma indiscriminada sus efectos al tráfico jurídico privado. Así, dice el Tribunal:

"Sin duda, los derechos fundamentales tienen por objeto, en primer lugar, asegurar la esfera de libertad de los particulares frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Ello se deriva tanto del desarrollo histórico-espiritual de la idea de los derechos fundamentales, como de los hechos históricos que han llevado a la recepción de los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados y tal sentido es el que tienen también los derechos fundamentales de la G.G., que con su ubicación preferente quieren afirmar la primacía del hombre y de su dignidad frente al poder del Estado. A

ello responde que el legislador haya arbitrado el remedio especial de defensa de estos derechos, die *Verfassungsbeschwerde*, sólo contra actos del poder público.

No obstante, es igualmente cierto que la G.G. que no quiere ser neutral frente a los valores, en su título referente a los derechos fundamentales también ha instituido un orden objetivo de valores y ha expresado un fortalecimiento principal de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, debe regir como decisión constitucional básica en todos los ámbitos del derecho; de él reciben directrices e impulso la legislación, la Administración y la jurisdicción. De esa forma influye evidentemente también sobre el derecho civil; ninguna disposición jurídico civil debe estar en contradicción con él y todas ellas deben interpretarse conforme a su espíritu".

Y continúa, más adelante la sentencia: "Por mandato constitucional, el juez ha de examinar si las disposiciones de Derecho Civil que él debe aplicar materialmente, están influidas por los derechos fundamentales en la forma expuesta, y en su labor de interpretación y aplicación, ha de tener en cuenta tales modificaciones del Derecho Privado. Tal es el sentido que también el juez civil esté vinculado a los derechos fundamentales (art. 3.1 G.G.). Si no

observa esa medida y basa su sentencia en el olvido de la influencia de la Constitución sobre las normas civiles, no sólo actúa contra el derecho constitucional al desconocer el contenido de las normas sobre derechos fundamentales en cuanto normas objetivas, sino que, en cuanto titular del poder público, viola mediante su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto, también por el poder judicial tiene el particular un derecho jurídico-constitucional. Contra dicha sentencia, y sin perjuicio de las posteriores instancias en la vía judicial civil, puede recurrirse al Tribunal Constitucional Federal en «queja constitucional».

El Tribunal Constitucional debe examinar si el Tribunal Civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Civil. Pero de ahí se deriva al tiempo, el límite de su labor revisora. No es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del juez civil; sólo debe examinar el llamado «efecto de irradiación» de los derechos fundamentales, sobre el derecho civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional. El sentido del instituto de la *Verfassungsbeschwerde* es que todos los actos del poder legislativo, ejecutivo y judicial, deban ser examinados según la medida de los derechos fundamentales. De la misma forma que el Tribunal Cons-

titucional Federal no puede actuar como instancia de revisión o de superrevisión sobre los tribunales civiles, tampoco puede prescindir del examen de tales sentencias y desentenderse de eventuales desconocimientos de las normas y medidas de los derechos fundamentales".

A partir de esta sentencia quedaron sentadas las bases para inducir a la confusión entre la teoría de la *Drittwirkung* y la posible competencia del Tribunal Constitucional, para conocer de sentencias que resolverían litigios entre particulares. En una sola resolución, el Alto Tribunal Constitucional Federal, apartándose de soluciones extremas, centró el problema en la violación del derecho fundamental, imputable al juez ordinario en cuanto poder público, hecho que permite al juez constitucional entrar a revisar la sentencia civil. De este modo, a dos problemas totalmente diferentes se les dio una única solución, mezclando las cuestiones sustantivas con las procesales sin que hasta el momento su deslinde haya podido verificarse.

## IX.2. LA CUESTIÓN DOCTRINAL: DRITTWIRKUNG MEDIATA (INDIRECTA) O INMEDIATA (DIRECTA)

El debate doctrinal en Alemania, a partir de los años cincuenta, se centra en discutir con muchas reservas, el significado inmediato de los derechos fundamentales de la Constitución en el tráfico jurídico de

los ciudadanos entre sí. Esas reservas se siguen manteniendo a pesar de que se acepta el hecho de la existencia de poderosos grupos sociales que influyen en la libertad personal, con más fuerza incluso que los poderes públicos. También se da por sentado que las Constituciones no pueden quedarse obsoletas regulando únicamente las relaciones individuo-Estado, entre otras cosas, porque los derechos constitucionales sociales amplían el campo de actuación de los derechos clásicos de libertad, transformando el concepto de libertad clásico en una libertad "socialmente vinculada".

A partir de estos planteamientos se han sucedido una serie de criterios doctrinales y de decisiones del Tribunal de Karlsruhe que van desde manifestaciones que niegan cualquier posibilidad de *Drittwirkung* a aquéllas otras que la aceptan, pero aportan matizaciones a la teoría inicial que lanzara Nipperdey.

Sin duda, la opinión más crítica del Derecho Público alemán, fue la mantenida por Forsthoff, quien mencionó la *Drittwirkung* y el debate existente, en torno a ella, como prueba que se estaba produciendo la disolución de la Constitución, al pasar de ley a mero sistema de valores; la introducción de cláusulas generales y el abandono de las reglas clásicas de interpretación conducen, en su opinión, a resultados desbastadores. En su crítica a la teoría de Nipperdey, llega a sos-

tener que "la aplicación del principio de igualdad a las relaciones sociales, significa desde el punto de vista de la política constitucional, la transformación de los derechos fundamentales en vinculaciones a deberes determinados socialmente en su esencia, con eliminación sustancial de su contenido liberal".

También Schwabe niega "*ab initio*" la teoría de la *Drittwirkung* en su construcción técnica, pero reconoce los efectos de esta teoría, es decir, la presencia constante del Derecho Constitucional en los derechos civiles. Fundamenta su tesis en la idea de que cualquier derecho privado que sea capaz de proyectarse sobre la esfera jurídica de otra persona, descansa siempre en el orden estatal, desarrollándose como todo derecho mediante un sistema de mandatos o prohibiciones. Por consiguiente, cualquier agresión a un derecho, proviene en última instancia, del propio Estado y requiere los mismos mecanismos protectores. En este razonamiento se hace girar todo el sistema en torno a la sentencia civil o laboral, como acto del poder público que viola un derecho fundamental, quedando reducida la doctrina a un problema de instancias procesales.

En una línea semejante Dürig y Klein, entre otros, no niegan que los derechos fundamentales operan en el ámbito de las relaciones entre particulares, pero su actuación debe llevarse a cabo sin alterar mínimamente el mundo de la libertad so-

cial, simbolizado en el principio de la autonomía de la voluntad. Los derechos fundamentales en las relaciones horizontales, se actuarían de forma indirecta a través de la ley ordinaria y la única causa que permitiría su actuación directa, en dichas relaciones, serían las lagunas y vacíos interpretativos que el juez debe rellenar a través de cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.). Los derechos fundamentales entrarían a dar contenido y significación jurídica a dichas cláusulas generales.

La tesis mantenida por Dürig y Schwabe, a título de ejemplo, que no se aleja mucho de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, sobre el tema, recibe el nombre de *Drittwirkung* mediata o indirecta, porque no pueden negar la realización concreta de los derechos fundamentales en el ámbito social, pero para no abandonar los esquemas del constitucionalismo clásico, admiten su eficacia directa sólo frente al poder público. Con relación a los particulares, su eficacia es mediata y se integra en los actos normativos que regulan las relaciones privadas.

Los sectores críticos a esta doctrina apuntan a la imposibilidad de que la legislación ordinaria o las cláusulas generales del Derecho Privado, consigan la eficacia de los valores y derechos constitucionales en el tráfico privado, ya que la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la paridad y si-

metría que exige la autonomía de la voluntad en las relaciones privadas. Por ello, cada vez es mayor la tendencia doctrinal y jurisprudencial a reconocer la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales frente a terceros.

El principal representante de esta teoría fue Nipperdey, seguido en sus postulados doctrinales por Laufke. Dicha teoría fue acogida en algunas de las sentencias del Tribunal Superior de Trabajo alemán. En la doctrina actual, defensores de la misma son autores como Lombardi y Gómez Canotilho, quienes con buen criterio, entienden que defender la *Drittwirkung* mediata y considerar que los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se hacen efectivos a través de la actuación de la legislación y por mediación del juez ordinario que la aplica, supone una desnaturalización del propio concepto de derecho fundamental como derecho público subjetivo. Esta categoría se ejercita frente a los poderes públicos, pero frente a los particulares no se configuran ni siquiera como lo que la doctrina italiana ha llamado "*Diritti affievoliti*", es decir, como figura intermedia entre el verdadero derecho subjetivo y el interés ocasionalmente protegido, sino como simples intereses amparados en cuanto derechos reflejos del derecho objetivo, establecido en la legislación ordinaria. Así las cosas, la eficacia de los derechos fundamentales se haría depender de la actividad es-

tatal y quedarían reducidos a simples intereses constitucionales protegidos por el legislador, en lo que al tráfico privado se refiere.

En opinión de los defensores de esta teoría, la lógica jurídica impone que junto al reconocimiento de los derechos fundamentales como Derecho Público Subjetivo, deben admitirse las máximas garantías constitucionales para su protección, en el marco de las relaciones frente a terceros particulares. Cualquier apelación a la *Drittwirkung* indirecta o al reconocimiento del significado objetivo de los derechos fundamentales, defendido por la teoría de los valores y asumido por el Tribunal Constitucional Federal alemán (caso Lüth, antes citado), no dejan de ser fundamentos más o menos logrados, para eludir el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Ahora bien, esta teoría no deja de encerrar riesgos, puesto que si las normas constitucionales suplantadas en su aplicación a las normas del Derecho Privado, estamos infringiendo el principio de legalidad y la autonomía de la voluntad que fundamentó el Derecho Constitucional Clásico. Conscientes de este peligro, los propios defensores de esta teoría aportan ciertas matizaciones a la misma; así, Gómez Canotilho defiende la *Drittwirkung* mediata "con soluciones materiales diferenciadas" que se concreten en un esfuerzo de "concordancia prác-

tica", para evitar que la eficacia irradiadora de los derechos fundamentales llegue a forzar la "capitulación" de los principios del orden civil.

También Lombardi, a su vez, considera que la eficacia inmediata no puede ser indiscriminada. De ahí que teniendo en cuenta la pluralidad de bienes jurídicamente garantizados y la distinta intensidad de sus garantías, no baste con las previsiones abstractas del texto constitucional, sino que se hace necesaria la existencia de normas de conexión que aseguren la protección de los derechos fundamentales frente a determinados poderes privados, asegurando así su eficacia (por ejemplo, el artículo 24 de la C.E., que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión).

Todas las dificultades que hemos puesto de manifiesto son tenidas en cuenta a la hora de la redacción de los textos constitucionales, en este aspecto concreto. Ello hace que no abunden normas explícitas de reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a particulares.

No obstante, conviene citar el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa, que dice: "Los preceptos relativos a los derechos y libertades son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas".

En una línea semejante, la Constitución colombiana de 1991, al

regular la aplicación y protección de los derechos, reconoce en su artículo 86.5, la acción de tutela frente a particulares, en los supuestos que expresamente se señalan. Dice así este precepto:

"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

## X. LA TEORÍA DE LA DRITT-WIRKUNG EN EL DERECHO ESPAÑOL

Para analizar este tema en el Derecho español, hay que comenzar naturalmente, por nuestras propias normas y sobre todo por la Constitución. De este modo vemos que la C.E. de 1978, en sus artículos 53.2 y 161.1.b), introdujo un procedimiento excepcional de garantía para la protección de un grupo determinado de derechos fundamentales: el recurso de amparo. El Constituyente español superó de esta forma los recelos que impidieron en Alemania constitucionalizar la Verfassungsbeschwerde (recurso de queja constitucional), lo cual retrasó su introducción hasta la publicación de la ley del Tribunal Constitucional que forzó la reforma del artículo 93 de la Ley Fundamental de Bonn y permitió a la queja constitucional adquirir carta de naturaleza.

Tanto en Alemania, como después en España, se alegaron razones de lógica jurídica y de utilidad política contra los citados recursos. Entre las críticas aducidas, destaca la que señala el peligro de convertir a los Tribunales Constitucionales, en una instancia de supercasación o al desprestigio que para estos tribunales podría suponer el hecho de verse imposibilitados para resolver de forma puntual, las reclamaciones que les sean presentadas, convirtiendo el instituto del amparo, según la doctrina crítica alemana, en un recurso "sin costo, sin esfuerzo y sin esperanza".

Al margen de las críticas formuladas, incluso en sede constituyente, los artículos 53.2 y 161.1.b), de la Constitución española, hacen nacer a la vida jurídica el recurso de amparo, que posteriormente será desarrollado en los artículos 41 al 58 de la Ley Orgánica 2/79, reguladora del Tribunal Constitucional.

Dice así el artículo 53.2:

"Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

De este precepto constitucional se deriva una doble circunstancia, ya que por un lado, la protección del amparo se limita a un número tasado de derechos, reducción que implica una graduación en los mismos, rompiendo así con el carácter monolítico y de sistema global que tuvieron en los orígenes del moderno constitucionalismo, y por otra parte, al configurar el recurso de amparo, como un remedio subsidiario se establece una doble vía para su tramitación: ordinaria y constitucional. Y de este modo, hasta que no se haya agotado el cauce de la jurisdicción ordinaria, no puede interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esto abre el interrogante a los problemas que puedan suponer las relaciones entre la justicia ordinaria y el órgano constitucional.

Por su parte la Ley Orgánica que regula el Tribunal Constitucional en el artículo 41.2 prescribe: "El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos en los términos que la presente ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes".

En una línea semejante el artículo 44.1 de la L.O.T.C., señala: "Las

violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya invocado formalmente en el proceso, el Derecho Constitucional, vulnerado tan pronto una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo, será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Vemos, pues, que siguiendo criterios idénticos a los recogidos en el derecho comparado, nuestra Ley Orgánica del Tribunal Constitucional deja claro que el recurso de amparo se ejercita únicamente contra actos del poder público y no contra violaciones de derechos causadas por terceros particulares. Esta construcción del recurso de amparo se for-

mula basándose en las premisas ideológicas individualistas del constitucionalismo liberal clásico, en el que los derechos fundamentales se conciben como derechos de defensa o de omisión y cuyo respeto es exigible únicamente al Estado.

Con la publicación de la L.O.T.C. y el desarrollo que en ella se hacía del recurso de amparo, la doctrina española puso de manifiesto su preocupación por las limitaciones procesales del recurso constitucional de amparo, que frente a la amplitud del artículo 53.2 de la C.E. (que hemos transcrito previamente) o incluso del art. 161.1.b) (que atribuye al T.C. la competencia del recuso de amparo "en los casos y formas que la ley establezca"), no ofrecía cobertura legal frente a la potencial acción agresora de los grupos sociales ajenos al Estado (Peces Barba y García Manzano, entre otros).

Así las cosas, podemos acercarnos al contenido de la Constitución y analizar si desde su normativa es factible el desarrollo sustantivo de la teoría de la *Drittwirkung* en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma apreciamos que dado su carácter de norma suprema, la Constitución obliga por igual a los poderes públicos y a los particulares, al margen de la relación que se dé en el tráfico jurídico. Embid Irujo interpreta conjuntamente los artículos 53.1, 9 y 10 de la C.E., y concluye que, si bien en el primero de ellos, los derechos fundamentales se limitan

en su vinculación a los poderes públicos, en el artículo 9 también se alude a la vinculación a la Constitución de los ciudadanos (y con ello se incluyen los derechos fundamentales). Por su parte, en el artículo 10 se invocan los derechos fundamentales como fundamento del orden político. De este bloque de normas, al que añade el artículo 53.3 de la C.E., que dispone que los principios rectores de la política social y económica "sólo podrán ser invocados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen", deduce (aunque el art. 53.1 queda sin encajar en este esquema) que el sistema civil de normas está afectado por estas disposiciones y que halla su fundamentación específica en la articulación constitucional de los derechos fundamentales.

Con todo, sectores críticos a esta opinión, subrayan que de admitirse la proyección procesal de ciertos derechos civiles como derechos fundamentales, se producirán entrecruzamientos insolubles que acarrearían una inflación protectora que además de paralizar el funcionamiento de la justicia constitucional, haría difícil tomar en serio la propia vinculación del legislador a los derechos fundamentales. Encuentran en cambio, mejores razones para admitir la *Drittwirkung* en el campo de los derechos sociales, porque se trata de derechos que debido a su naturaleza, su ejercicio conlleva la necesaria prestación positiva por parte de terceros.

De todo este debate, en el que no se separan cuestiones procesales y sustantivas, se constata que lo único que aparece claro es que si nuestros textos normativos -en especial la C.E.- no reconocen expresamente la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, tampoco su posibilidad se ve negada. La redacción de la L.O.T.C. pudo verse influida por razones de tradición histórica, derecho comparado, eficacia en el funcionamiento del Tribunal Constitucional y la acreditada independencia de los tribunales ordinarios. A ello hay que añadir el desarrollo insuficiente del recurso de amparo ordinario (art. 53.2 de la C.E.) que todavía con carácter provisional se efectúa en la Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Desde esta perspectiva, no puede extrañarnos que al igual que sucediera en Alemania, en el caso español, la teoría de la *Drittwirkung* ha sido objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, preocupándose ambos sectores de seguir la pauta marcada en el derecho comparado, antes que de estudiar la situación propia y de buscar una solución auténtica al problema debatido.

#### X.1. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA

El resumen más acertado de esta cuestión en la doctrina española se aprecia en las siguientes

palabras que escribe Pabón de Acuña: "Es comprensible que se vaya con cautela en un punto, en el que la doctrina no ha sabido encontrar una solución intermedia entre la estricta negación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o su admisión bajo criterios de pura discrecionalidad de los órganos llamados a su aplicación concreta".

No pueden sorprendernos estas palabras, porque aunque nuestros textos normativos ordinarios prescriban que el recurso de amparo sólo procede contra actos de autoridad, se dan razones de lógica jurídica que obligan a dudar de esas disposiciones. No en vano, la C.E. de 1978 reconoce derechos fundamentales que no se conciben frente a hipotéticas violaciones del Estado, sino de los particulares y frente a ellos habrá que articular los correspondientes mecanismos de garantía. Esto puede suceder, por ejemplo, con el derecho a una información veraz (art. 20.1) que vincula a cualquier medio de difusión y no solo a los de titularidad pública; también con los derechos sindicales y el derecho de huelga (art. 28), cuya efectividad opera frente a sujetos económicos privados. En la misma línea, el artículo 18.1 consagra el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y hace presuponer que las posibles lesiones se den antes en el ámbito de lo privado, que por la actuación de los poderes públicos. Pero a mayor abundamiento, encontramos dere-

chos fundamentales que al ejercitarse en las relaciones horizontales, es aquí donde pueden ser objeto de violación. Así, sucede que en el artículo 20.1.c) se reconoce la libertad de cátedra, y a su vez, la libertad de creación de centros docentes, en el artículo 27.6; cabe perfectamente la posibilidad de que un profesor en el ejercicio de la libertad de cátedra, se enfrente a quien habiendo creado un centro docente, aspire a imponer su propio ideario.

De antemano y en una visión de conjunto se observa que la doctrina española ha sufrido la influencia directa de la doctrina germana y se manifiesta de modo similar: Aparecen entre nosotros defensores de la eficacia mediata e inmediata de los derechos fundamentales, y en los representantes de las distintas corrientes doctrinales abunda la tendencia a analizar de forma conjunta el tema sustantivo de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares y los aspectos procesales de garantía (en concreto, la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional).

Entre los defensores de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a terceros, destacan los escritos pioneros de Quadra-Salcedo y Aguiar de Luque. Estos autores basándose en tempranas resoluciones del Tribunal Constitucional, se inclinan por admitir las bondades de la *Drittwirkung*

directa, si bien, sería necesario formular algunas matizaciones entre las dificultades que presentan los artículos 41.2 y 44 de la L.O.T.C., para en este punto interponer un recurso de amparo. Así las cosas, para que un acto y omisión de un órgano judicial pueda dar lugar a un recurso de esta naturaleza, debe tener la violación del derecho o libertad "su origen inmediato y directo en él" y ha de ser "imputable al órgano judicial" (art. 44 de la L.O.T.C.). Sostener dicha posibilidad implica una lectura no temporal de este precepto, olvidándose de la expresión "origen" debe ponerse el acento en el término "imputable" y así la lectura total del precepto, permitirá entender que se da una relación directa e inmediata entre la lesión del derecho y la actuación del Tribunal. De este modo, la relación no es temporal, sino causal, es decir, entre la decisión judicial y la lesión producidas. Esta sería la interpretación más favorable del artículo 44 de la L.O.T.C., de cara a permitir la posibilidad del amparo en las relaciones entre particulares.

Otros analistas del sistema español, en este punto concreto, se inclinan por aceptar la posibilidad de la Drittwirkung mediata o indirecta. Entienden (Embid y Varela, entre otros) que lo que se discute es la posibilidad de la eficacia directa (la indirecta, en su opinión, es comúnmente aceptada) y a la vista de nuestro ordenamiento jurídico, no parece posible defender dicha posi-

bilidad. El carácter inmediato de los derechos fundamentales según la Constitución se predica sólo frente a los poderes públicos (arts. 53 de la C.E. y 41.2 de la L.O.T.C.). De ahí que, los instrumentos de garantía se ejerciten únicamente frente a los actos de autoridad. Siguen esta doctrina muy de cerca también Peces Barba, Prieto y Rogel Vide.

Un tercer grupo de autores, fijándose únicamente en cuestiones procesal-constitucionales y a la vista del artículo 42.1 de la L.O.T.C., niegan la posibilidad de interponer recursos de amparo por violaciones causadas por actos de terceros particulares (Can Mata, González-Pérez, Cascajo-Gimeno Sendra). Estos autores no se preocupan de analizar los aspectos materiales o procesales de la cuestión, sólo centran el tema en la posibilidad de utilizar la garantía excepcional del amparo en este tipo de relaciones.

## X.2. EL RECONOCIMIENTO POR LA LEGISLACIÓN ORDINARIA DE LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG

La Ley 62/78 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, siguiendo el carácter abierto del artículo 53.2 de la C.E., no establece una tesis general favorable a la Drittwirkung, pero impide la acogida de una tesis general contraria. Es decir, mantiene en el plano legislativo, la misma situación que existe en el plano de la Constitución. Y en este

sentido, el legislador ordinario parece admitir la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sobre todo en alguno de ellos cuyos efectos se desprenden del sentido y finalidad de los preceptos constitucionales (por ejemplo, el derecho de huelga). Y así, en esta ley que suple la regulación del amparo judicial o recurso "preferente y sumario", se establecen unas vías jurisdiccionales ordinarias de naturaleza civil, penal y contencioso-administrativa, que no ven limitado el acceso a los tribunales en función del sujeto causante de la lesión que se alega.

El problema de esta norma radica en su carácter provisional hasta tanto el legislador se ocupe de desarrollar el recurso que contempla el artículo 53.2 de la C.E. Sucede en cambio, que la ley provisional de diciembre del 78, se ha convertido en la práctica, en ley estable de desarrollo del precitado artículo de la Constitución española. Para ello fueron necesarios ciertos desarrollos normativos (Real Decreto Legislativo 342/79 de 20 de febrero, Disposición Transitoria Segunda, 2, de la L.O.T.C. y L.O. 8/84 reguladora del Régimen de Recursos para la Protección de la Objeción de Conciencia) que la han convertido en la única ley general de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. El marco jurídico se completa con otras leyes específicas, para la protección de determinados derechos, en los que

se contemplan mecanismos de protección jurisdiccional de los mismos: la Ley Orgánica 1/82, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la Ley Orgánica 6/84, reguladora del *habeas corpus* (art. 17.4 de la C.E.) y el Real Decreto Legislativo 521/90, de procedimiento laboral que viene a subsanar la laguna de la Ley 62/78, que no contemplaba un procedimiento de estas características, en cuanto vía procesal adecuada para la protección ordinaria de aquellos derechos fundamentales, que dada su naturaleza socioeconómica o laboral, debieran agotar dicha vía ordinaria antes de acceder al amparo constitucional.

En ninguna de estas normas ordinarias se aprecian diferencias procedimentales en función del sujeto que causa la lesión. La protección es la misma al margen de que la lesión sea causada por un poder público o por una persona física o jurídica privada. En una línea semejante se ha pronunciado el T.C. en la Sentencia 18/84, en cuyo Fundamento Jurídico 6, señala:

"No debe interpretarse en el sentido que sólo sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas, en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado Social de Derecho como el que consagra el artículo 1º de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de

tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/78, de Protección de los Derechos Fundamentales, la cual prevé la vía penal -aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando se cae dentro del ámbito penal- la contencioso administrativa -ampliada por la disposición transitoria 2ª, 2 de la L.O.T.C.- y la civil no limitada por razón del sujeto autor de la lesión. Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales cuando los poderes públicos han violado ese deber".

Podemos apreciar con meridiana claridad como uno de los problemas más arduos con que se ha topado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -Drittwirkung der Grundrechte- ha encontrado las razones intelectivas de la interpretación de la normativa constitucional, en una ley que no deja de ser preconstitucional por un día y que se fija como piedra angular para una opción jurídico-

constitucional del máximo intérprete de la Constitución.

Quizás sea el párrafo transcrito uno de los más claros que el Tribunal Constitucional ha pronunciado sobre el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Destaca la alusión al tema de la *Drittwirkung* en el Estado Social de Derecho y el hecho de que sea la Ley 62/78, con su triple protección, la que ponga de manifiesto que el titular de los derechos fundamentales lo sigue siendo en la vida social. Al margen de la crítica que estos procedimientos jurisdiccionales merezcan como vía previa (amparo judicial) al acceso al Tribunal Constitucional, se echa en falta en la doctrina del máximo intérprete de la Constitución, la conveniencia del análisis casuístico para poder llegar a una conclusión aproximada de cuáles son los derechos fundamentales que gozan de la *Drittwirkung* y en qué grado la misma es efectiva.

### X.3. LA TEORÍA DE LA DRITTWIRKUNG Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el tema de "la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales no es un problema resuelto (tras un planteamiento preciso) sino un problema disuelto en una interpretación discutible de los artículos 41.2 y 44.1 de la L.O.T.C. Las consecuencias no eran difíciles de predecir: "aproblematicidad" de

la Drittwirkung, considerada como "algo natural" respecto de ciertos derechos (libertad sindical, huelga) y en ciertas esferas (relaciones laborales); escasez, por tanto, de formulaciones precisas; dudas acerca de si todos los derechos accionables en amparo poseen Drittwirkung y en qué grado" (García Torres y Jiménez Blanco). Estas acertadas palabras insisten en la opinión generalizada de la doctrina española de que en nuestro caso, a diferencia de lo que sucedió en Alemania -caso Lüth- el tema no ha sido frontalmente abordado en términos tales que permitan definir una postura concreta. A mayor abundamiento, cuando en alguna de sus resoluciones el propio Tribunal se aproxima al núcleo del problema, lo hace con cautela y pone de manifiesto que se trata de una cuestión no definida. De ahí que sea difícil hacer pronunciamientos generales sobre un tema acerca del cual el propio Tribunal se ha negado a hacerlos, sin que ello haya impedido una tendencia constante al reconocimiento generoso de la Drittwirkung, en los casos concretos que se le han planteado.

A pesar de todo conviene hacer alusión a algunos de los primeros pronunciamientos del Alto Tribunal sobre este tema. Así, en la Sentencia de inconstitucionalidad 189/80 sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, se aborda incidentalmente el problema, al juzgarse sobre la constitucionalidad del

"ideario de los centros al tratar de la libertad de cátedra como derecho en supuesta colisión con la existencia de un ideario. El F. Jurídico 1º de la Sentencia, razona: "Se trata, sin embargo, como en principio ocurre respecto de los demás derechos y libertades garantizados por la Constitución, de una libertad frente al Estado, o más generalmente, frente a los poderes públicos y cuyo contenido se ve necesariamente modulado por la naturaleza privada o pública del centro".

Con relación a los centros privados se señala que la libertad del profesor ha de ser compatible con la libertad del centro del que forma parte el ideario. La solución de los conflictos habrá de buscarse "a través de la jurisdicción competente y en último término en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas, de este mismo Tribunal por la vía de amparo". Con relación a este último punto, conviene reseñar la opinión disidente de un voto particular que al respecto señala: "a mi juicio, la admisibilidad de tales recursos podrá plantear serias dudas, sin que ello suponga en absoluto un intento de prejuzgar la futura doctrina del Tribunal a este respecto".

A su vez la Sentencia 101/80 (F. Jurídico 4º), con relación al derecho de reunión reconoce que "se tiene en principio frente a los poderes públicos... pero se pueden contemplar especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito

laboral o del personal al servicio de la Administración, en la manera en que se trate y que requiera además normalmente la colaboración de la empresa privada o de la Administración, para hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa)".

Con relación a la libertad de expresión (art. 20.1.a) C.E.), la Sentencia 211/80 que resuelve un recurso de amparo, señala "que es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos, que no esté apoyada en la ley e incluso frente a la propia ley... Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos".

Por su parte en la Sentencia 192/80, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad, sobre extensión del derecho de huelga (art. 28.1 de la C.E.) dice al respecto: "La Constitución configura un sistema de derecho de huelga. Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquellos. Es un derecho de los trabajadores colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar a otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa... El derecho de los huelguistas es un derecho a incumplir transitoriamente el contrato"... "De

aquí se puede extraer la conclusión de que en todos aquellos casos en el que el *lock out* o cierre patronal, vacía de contenido constitucional el derecho de huelga, o se alza como barrera que lo impide, el *lock out*, no puede considerarse como lícito, porque un simple derecho cívico impide un derecho fundamental".

Otras sentencias (en materia de amparo) 202 y 216/80, tratan el tema de la interpretación del artículo 41.2 de la L.O.T.C., que exige que para acceder en amparo ante el T.C., el acto causante de la violación del derecho fundamental proceda de un poder público. El acto en cuestión son unas circulares de régimen interior que lesionan los derechos de unos trabajadores de RENFE.

El amparo se pide frente a ellas y el problema se centra en determinar si esa Empresa que está exenta del Derecho Administrativo, es o no un poder público. Dice el T.C.: "Sin necesidad de penetrar ahora en el espinoso problema de determinar si son o no susceptibles de amparo constitucional, las violaciones de derechos que nazcan en el seno de las organizaciones económicas o empresariales de que el Estado sea propietario o gestor, es claro que los actos administrativos aquí impugnados fueron dictados por un órgano público como es el Delegado de Gobierno en la RENFE".

Otra sentencia, pionera, que se aproxima al reconocimiento de la

eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es la dictada sobre el recurso de amparo 189/81, de 23 de noviembre. Se estima una reclamación aducida por unos trabajadores despedidos cuyo recurso había sido declarado nulo por la jurisdicción laboral entendiendo el Tribunal Constitucional que de lo que se trataba era de un despido discriminatorio por razones de afiliación sindical. Estas prohibiciones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores entran en el marco del proceso constitucional de amparo, porque a juicio del Tribunal "la libertad de afiliarse y de no afiliarse... necesita garantías frente a todo acto de injerencia impeditivo u obstativo del ejercicio de esta libertad".

Analizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, apreciamos que en sus resoluciones aparecen referencias al tema que nos ocupa cuando se trata de violaciones de ciertos derechos, pero no de todos los que son susceptibles de amparo. Sin ánimo de exhaustividad y a título de ejemplo, conviene poner de manifiesto que los artículos 14 (derecho a la igualdad y prohibición de discriminación) y el artículo 24.1 (derecho a la tutela efectiva) cumplen en los amparos constitucionales el papel de normas sustentadoras de pretensiones que no tienen fácil acogida en otros derechos fundamentales. Al respecto es relevante la Sentencia 39/84, que resuelve "una controversia nacida en el ámbito de relacio-

nes entre particulares, lo que por sí solo no supone la exclusión del principio de igualdad. Este ámbito en el que el problema se suscita, va a originar una matización en la aplicación del principio de igualdad, con efectos determinantes en nuestro caso". Dicha matización, según se desprende de la Sentencia 59/82, consiste en que "las desigualdades de hecho no imputables a una norma, sólo adquieren relevancia jurídica cuando se demuestra que existe un principio jurídico que impone la igualdad de trato". Ese principio jurídico puede establecerlo la Constitución (por vía negativa, a través de las interdicciones concretas que se señalan en el art. 14) o la ley o una norma escrita de rango inferior.

El derecho a la libertad ideológica en materia de *Drittwirkung*, se analiza en la Sentencia 19/85 que establece una doctrina de alcance general. Dice el Fundamento Jurídico 1º: "el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas por la Constitución, es un componente esencial del orden público y que en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este precepto".

El derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, se trata en la Sentencia 114/84 que al respecto dice en el F.J. 7º: "El artículo 18.3 se dirige inequívocamente a garantizar su

impenetrabilidad [de las comunicaciones] por terceros públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes* ajenos a la comunicación misma".

También acerca de los derechos de libertad de expresión (art. 20.1. C.E.) han sido objeto de abundante jurisprudencia del Alto Tribunal. En todas las sentencias pronunciadas en esta materia, se ocupa de dar los primeros pasos en el tema de la *Drittwirkung* y de la posible colisión de este derecho con otras libertades fundamentales. Así la Sentencia 88/85, F.J. 2º dice: "La celebración de un contrato de trabajo no implica la privación, en modo alguno, para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones... Las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad, a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)".

Pero, la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, no obstante "ejercida sin tacha, atrae hacia sí, los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales" (Sentencia del T.C. 120/83).

Aunque hay otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en materia del derecho de asocia-

ción y de presunción de inocencia, que matizan aspectos relacionados con el tema que nos ocupa, son los derechos que gozan de una naturaleza socioeconómica (derechos sociales) y que debido a la peculiar estructuración del bloque de derechos fundamentales en la C.E. se enmarcan dentro del "núcleo duro" y gozan, en consecuencia, de la protección reforzada del amparo constitucional, los que dan un mayor margen de actuación al T.C. para la creación de su doctrina de la *Drittwirkung*: serían los derechos en materia de educación, libertad sindical y huelga. Así frecuentemente, también la materia de la negociación colectiva laboral, da lugar a numerosas situaciones conflictivas que acaban en los tribunales.

Sucede, que el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 de la C.E.), no puede invocarse en amparo ante el T.C. porque no se encuentra entre aquellos que cita el artículo 53.2 de la C.E., como susceptibles de esta garantía. Ahora bien, la norma pactada tiene origen privado, pero el convenio colectivo tiene valor normativo y ha de respetar el sistema de fuentes español y el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Si se produce un acto de un poder público (judicial o administrativo) que lesione algún derecho fundamental y se han agotado las vías judiciales ordinarias previas, la impugnación de un convenio colectivo puede terminar en el T.C. a través de un recur-

so de amparo. La lesión en un derecho o libertad que pueda invocarse en este recurso, puede venir de la aplicación de alguna de las cláusulas del convenio, de su contenido, del proceso seguido para su negociación o de la aplicación de alguna de sus cláusulas. Y los derechos que se alegan violados, suelen ser el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 de la C.E.) y el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 de la C.E.).

Según el T.C., el ámbito privado no puede quedar al margen de aquel principio constitucional y ha señalado en la Sentencia 31/84, que "tanto la regulación mínima como la que se deje a la autonomía colectiva de las partes sociales ha de operar respetando el principio de igualdad de remuneración, con exclusión de todo trato discriminatorio que implique violación de ese principio". También la Sentencia 136/87, relata que el derecho a la igualdad y a la no discriminación impone limitaciones a la negociación colectiva.

En cambio, la existencia de determinadas reglas, en algunas empresas, a la hora de la negociación colectiva, si no se establecen con carácter general, como pactar, por ejemplo, las edades de jubilación, no es discriminatorio (Cfr. S.T.C. 643/86). Por otro lado, el sexo en sí mismo, no puede ser motivo de trato desigual (S.T.C. 207/87) a la hora de la negociación colectiva y carecen de valor las cláusulas pactadas con carácter transitorio, que obliga-

ban al personal femenino -no al masculino- que prestaba servicios como auxiliar de vuelo, a jubilarse a una determinada edad.

En otras ocasiones el principio de libertad sindical, es el que se ha lesionado en alguna situación laboral en conflicto: la Sentencia 78/82, resuelve el caso de un trabajador despedido por haber sido elegido representante sindical. Su despido fue declarado improcedente y la sentencia laboral recurrida, pero mientras se resolvía el recurso, la empresa no permitió al trabajador ocupar su puesto de trabajo y continuar con el ejercicio de sus funciones de representante sindical. Esta decisión fue confirmada por la jurisdicción laboral y declarada nula por el T.C., por violación del derecho reconocido en el artículo 28.1 de la C.E.

Las Sentencias 55/86 y 104/86, aprecian lesiones sufridas por los particulares como consecuencia de incumplimiento por los órganos judiciales de sus obligaciones en el ejercicio de su jurisdicción en materia de derechos fundamentales. La primera resolución anuló una sentencia laboral que no reconoció las discriminaciones alegadas por un trabajador por entender que "todo procedimiento laboral es un procedimiento de cuantificación y de delimitación y liquidación de cantidades". En la segunda, se anula una sentencia penal que condenaba al autor de un artículo periodístico, sin haber tenido en cuenta la dimensión

del derecho al honor y a la libertad invocado por el periodista. Dice así la sentencia: "Al omitir indebida e inexcusablemente de su enfoque tal derecho fundamental, el juez lo desconoció y al desconocerlo voluntaria y conscientemente lo vulneró".

Otras veces la prudencia del Alto Tribunal en materia de *Drittwirkung*, parece excesiva, como en la Sentencia 94/84, donde la rescisión de un contrato de trabajo de una trabajadora en período de prueba que se hallaba embarazada, no es considerado discriminación por razón de sexo.

En este supuesto no se profundizó en las motivaciones y se resolvió directamente sobre la limitación del derecho fundamental que invocaba la persona particular. También la Sentencia 19/85, manifiesta una actitud muy prudente respecto al conflicto entre una trabajadora y su empresario, ya que la primera pretendía una modificación unilateral de su régimen de descanso, en razón de sus creencias religiosas particulares. La respuesta del T.C. es negativa porque entiende que la proyección del artículo 16 de la C.E. sobre el ámbito laboral, no tiene tal alcance.

Tras este muestreo de la jurisprudencia constitucional, no queda más remedio que constatar que el tema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares, no es el resultado de un proceso interpretativo más, sino

la elección expresa de un horizonte hermenéutico concreto por parte del juez constitucional, que es quien en definitiva, tiene el poder de atar y desatar, de corregir o confirmar las interpretaciones constitucionales de los jueces y tribunales ordinarios. Sucede que este control, sólo puede hacerlo de acuerdo a lo que digan la Constitución y la L.O.T.C. y es aquí donde no sólo no se resuelve el problema, sino que la cuestión se complica, pues en lugar de pretender separar las cuestiones procesales de las sustantivas, el Alto Tribunal sólo ha constatado que es posible la *Drittwirkung* en ciertos casos, y por ello es factible el acceso a esa garantía excepcional (recurso de amparo) de protección de los derechos fundamentales. El problema principal para admitir la posibilidad de este recurso, se halla en salvar la naturaleza del acto recurrible en amparo, ya que en el artículo 41.2 de la L.O.T.C., se dice expresamente que los causantes de las violaciones susceptibles de amparo constitucional, serán actos de los poderes públicos, y hemos comprobado que el T. C., ha conocido recursos de amparo en los que el acto que causó, en origen, la violación es un acto de particulares o poderes privados. ¿Cómo afronta este problema el máximo intérprete de la Constitución? Sirvanos por todas de ejemplo la Sentencia 78/82, que resuelve un despido discriminatorio sufrido por un trabajador en su empresa, por haber resultado elegido representante sindical. Di-

cho despido fue calificado de procedente por la jurisdicción laboral. En sede constitucional, en cambio, se aprecia violación de derechos fundamentales, aunque ello obligue al T.C., a dar una solución forzada al problema: por un lado, el artículo 41.2 de la L.O.T.C., le impide reconocer que la violación del derecho fundamental sea imputable al empresario (un particular) en el caso que entre en el fondo del asunto. Pero por otra parte, al apreciar claramente la violación del artículo 28.1 de la C.E., no quiere denegar el amparo solicitado. Debe optar por una vía indirecta -de clara influencia alemana- en la cual se imputa la violación "directa e inmediata" del derecho objeto del recurso a la Sentencia del Tribunal Central del Trabajo, que no restableció al recurrente en su derecho constitucionalmente reconocido. Aquí ya tenemos un acto de los poderes públicos, pero no tenemos una apreciación exacta de los hechos. Se dice en la Sentencia 78/82, que en el caso que se juzga puede hablarse de una violación autónoma, directa e inmediatamente originada en la sentencia judicial, e independiente de los hechos que dieron lugar al proceso fallado por aquélla (como exige e impone el art. 44.1 de la L.O.T.C.) cuando el juez o Tribunal no ampara el derecho violado o no aprecia violación alguna de derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional opina lo contrario. Es decir, que habrá violación autónoma, imputable directamente a un órgano

del poder judicial e independiente de los hechos que dieron lugar al proceso "a quo" cuando surge un conflicto de interpretación entre el Tribunal Constitucional y un órgano judicial ordinario sobre el significado y alcance del derecho fundamental accionable en amparo y que originariamente ha sido violado por un particular. A nuestro parecer, resulta un razonamiento bastante forzado entender que cuando en la vía judicial ordinaria no se obtiene solución al problema planteado, la violación originaria que es imputable a un acto de un particular, se traslada a la resolución judicial para pretender que sea ésta la que de forma directa e inmediata cause la violación de los derechos fundamentales. Razonando de esta forma, el obstáculo procesal del artículo 41.2 de la L.O.T.C. se reconoce pero no se salva; y no se salva, porque nos topamos con otro problema clave como es el reparto de funciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional, en el problema que nos ocupa, no ha querido privarse de conocer y reaccionar contra aquellas interpretaciones que a su juicio, pudieran ser erróneas y lesivas para los derechos fundamentales, objeto de recurso de amparo y que han sido realizadas por los órganos de Poder Judicial, aun cuando la violación del derecho sea originada directa e inmediatamente por el acto de un particular. Para sortear el obstáculo, el camino seguido al

igual que en la jurisprudencia alemana, es negar que el amparo tenga por objeto el acto de un particular y en atribuir la lesión del derecho fundamental, por deficiente tutela (art. 24.1 de la C.E.) a un acto judicial. Sucede entonces que no se puede entender que la violación haya tenido origen inmediato y directo en el acto jurisdiccional y tampoco es independiente de los hechos que dieron lugar al proceso (como exige el art. 44.1 de la L.O.T.C., para la interposición de un recurso de amparo frente a actos del poder judicial): el artículo 44.1 de la L.O.T.C., se utiliza como norma de cobertura para eludir el obstáculo del artículo 41.2 de la L.O.T.C., aunque se aprecia fácilmente la interpretación forzada del primero.

Si el Tribunal Constitucional hubiera entendido en su sentido literal la normativa constitucional y de su ley orgánica, sería tarea vana buscar en su jurisprudencia sentencias de amparo que trataran de la *Drittwirkung*, porque entre sus competencias no aparece la facultad expresa de corregir las interpretaciones que efectúen los jueces y tribunales ordinarios, en cualquier derecho fundamental -incluido el bloque de los artículos 14 al 29 y 30.2 de la C.E.- cuando conozcan de supuestos en los que las violaciones sean causadas por actos de particulares.

Y en esa línea intelectual la Sentencia 55/83 en el F.J. 5, responde a la cuestión suscitada por el

Fiscal, de "si cuando las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas a un particular, cabe recurso de amparo para su protección".

"Entiende esta Sala, que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla... es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión".

A continuación, en la citada Sentencia, se afirma que en estos supuestos existe una doble violación, la del artículo 24.1 de la C.E. (tutela judicial efectiva) y la del 28.1 que se ha conculcado porque el juez ordinario no atendió a tal violación.

También resulta significativa en este punto concreto la Sentencia 18/84: "Esta violación -de los derechos fundamentales accionables en amparo- puede producirse respecto de las relaciones entre particulares, cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos que corresponde a los jueces o tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela judicial de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la L.O.T.C.). En este sentido debe recordarse que el Tribunal ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de los órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares.

En consecuencia, necesariamente hemos de constatar que la interpretación que ha hecho el Tribunal, de los límites a su competencia, en amparo frente a resoluciones judiciales, tiene también la función de permitirle el control de las resoluciones anteriores, en materia de derechos fundamentales, y parte precisamente de la concepción según la cual también los particulares pueden violarlos. El hecho de que exista una vía preferente y sumaria (amparo judicial ordinario) de protección de esos derechos, no limitada por razón de los sujetos causantes de la violación, sucediendo además, que no hay en la Constitución normativa alguna que con carácter explícito niegue la posibilidad de la *Drittwirkung* y existiendo una inequívoca interpretación legislativa de la Constitución, que persiste en no cerrar el amparo judicial por razón de la fuente de la lesión, es inevitable que aquellos intereses de cuya protección se trata, se manifiesta a la vida jurídica sin duda alguna, como derechos subjetivos también frente a los particulares y en las relaciones jurídico privadas de coordinación.

Es frecuente en el mundo del derecho, la configuración de éste por la acción; y es la lógica de nuestro ordenamiento jurídico la que obliga a plantear jurídicamente, ciertos conflictos entre particulares "*sub specie*" de los conflictos entre derechos fundamentales o relativos a sus límites. La doctrina procesal del Tri-

bunal Constitucional, asegura el control de este proceso en su condición de intérprete supremo de la Constitución.

#### XI. LA NECESIDAD DE NUEVOS PLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS: LAS APORIAS DE LA DRITTWIRKUNG

El reconocimiento de la *Drittwirkung*, presupone sin lugar a dudas, una opción política según la cual, sin negar el constitucionalismo de la libertad (Estado Liberal), se pretende abrir una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad, otorgando una traducción efectiva al sistema de derechos reconocidos constitucionalmente en el Estado Social, y que conforme a la arquitectura jurídica del Estado Liberal de Derecho, resultan inoperantes. Esto es así, porque la aparición de la sociedad corporatista y la descomposición del individualismo social burgués, vienen acompañadas de un proceso de carácter universal de privatización de lo público, sustituyendo al Estado, en cuanto definidor de los intereses generales, por los grupos y corporaciones que se ven influenciados por los poderes privados.

De forma paralela a la privatización de lo público, se produce el movimiento inverso de publicación de lo privado, con lo que la unidad del ordenamiento jurídico, basada en el escalonamiento de las normas, se descompone. Ni todo el derecho procede de la Constitución

ni el que emana en consonancia con la norma constitucional, es el más adecuado para resolver los problemas de la vida cotidiana. Sirvanos de ejemplo el derecho laboral y sindical cuya normativa se produce la mayor parte de las veces al margen de la legalidad estatal.

En estas circunstancias, la igualdad formal ante la ley -en cuanto norma jurídica general que regula las relaciones entre particulares- sólo encuentra sentido en la medida en que pueda compatibilizarse con la desigualdad material y económica de las posiciones de los individuos que deben ejercitarla. Así las cosas, la *Drittwirkung* aparece como correctivo de unas formas de organización social que en la realidad chocan con el sistema de valores que definen en el plano de las ideas el derecho constitucional; Es decir, esta teoría implica el paso de un derecho constitucional de la libertad a un derecho constitucional, basado sobre todo, en la igualdad. En palabras de Heller se expresa con las fórmulas Estado Liberal y Estado Social de Derecho. Y si como se ha venido señalando, el Estado Social debe entenderse como superación histórica del Estado Liberal, se trataría en definitiva, de compatibilizar los clásicos derechos de libertad con los derechos sociales, que vendrían a enriquecer el contenido del Estado Liberal de Derecho. Sucede en cambio, que en el momento en que a nivel real y social se plantea el ejercicio de los derechos sociales,

es necesario aplicar un correctivo al dogma de la autonomía de la voluntad privada que fundamenta al Estado Liberal, con lo cual, el Estado Social no podría presentarse como continuación del Estado Liberal.

Aquí es donde la teoría de la *Drittwirkung* adquiere relevancia, porque los textos constitucionales establecen preceptos, a través de los cuales, se otorga valor normativo a los postulados del Estado Social, pero a la hora de intentar compatibilizar esas declaraciones con los postulados liberales y del derecho constitucional de garantía, quedan reducidas a simples declaraciones retóricas.

Se hacen pues, necesarias modificaciones en los esquemas jurídicos y en las construcciones dogmáticas que suponen un giro copernicano en el tratamiento de los derechos fundamentales. De esta forma, frente al entendimiento propio de las primeras y solemnes Declaraciones de Derechos, en las que estos aparecen como absolutos e ilimitados, las exigencias de la vida comunitaria y la solidaridad entre los distintos derechos, condicionaron en la praxis política liberal, interpretaciones relativas y restrictivas de los mismos, aunque no deja de ser cierto que existen derechos invocables, en torno a los cuales se ha elaborado la teoría de la posición preferente (USA) o la condición de

irreformables mediante el establecimiento de cláusulas de intangibilidad (Alemania).

También es cierto que las limitaciones que unos derechos imponen sobre otros, puede interpretarse como un mecanismo jurídico de armonización de valores y principios. Pero no es menos cierto, que las formulaciones abstractas y el tratamiento en bloque de los derechos fundamentales, hoy carece de sentido. Las Constituciones recogen entidades heterogéneas, difícilmente reducibles a un mismo orden conceptual, que impiden su análisis en bloque. El complejo mosaico de situaciones que se producen es el que condiciona el carácter de los derechos, antes absolutos y hoy sometidos a los principios de especialidad y jerarquía: cada derecho vale en la medida en que otro derecho especial o jerárquicamente superior permite su existencia, y de este modo la limitación en la práctica de los derechos, condiciona también el viejo dogma de la autonomía de la voluntad privada. Y puesto que ésta ha dejado de ser el reino idílico donde todos los derechos y libertades encontraban su realización (Leisner), tanto en las relaciones contractuales como extracontractuales, se verá sometida a la injerencia de la acción estatal. Aquí es donde se halla el nudo gordiano de la cuestión: la posible quiebra y el evidente deterioro que para el orden civil supone la *Drittwirkung*, ha sido el mayor obstáculo para su recono-

cimiento expreso, pero ocurre que los derechos fundamentales aplicados en el ámbito privado, para lograr ser efectivos, requieren cada vez más limitaciones y controles. Con lo cual, se nos presenta el siguiente dilema: si el constitucionalismo garantista de la libertad no gana en legitimidad histórica, el constitucionalismo de la igualdad, que no renuncia por ello a la libertad, tampoco se consolida (De Vega).

Las nuevas propuestas de renovación dogmática en el tratamiento de los derechos fundamentales, que implican ideas de progreso en el Estado Social, se afirman en la defensa de las tesis que mantienen la construcción de categorías que vinculen su protección a circunstancias objetivas, que incorporen los intereses colectivos y generales y amplien la legitimación (Parejo), todo lo cual contribuirá a construir el Derecho Público sobre bases autónomas que le desvincularán progresivamente del derecho privado y a otorgarle el protagonismo que frente a éste debe tener en sociedades democráticamente avanzadas (De Cabo).

## XII- ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Aguiar de Luque, L., *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español*, Revista de Derecho Político, UNED, Nos. 18-19, Madrid, 1983.

- *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española*, Revista de Derecho Político, UNED, No. 10, Madrid, 1981.

**Alexy, R.**, *Teoría de los derechos fundamentales*, C.E.C., Madrid, 1983.

**Alonso García, E.**, *La interpretación de la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1984.

**Aragón Reyes, M.**, *Libertades económicas y Estado Social*, McGraw Hill, Madrid, 1985.

**Bachof, O.**, *Jueces y Constitución*, Ed. Taurus, Madrid, 1963.

**Bobbio, N.**, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

**Böckenförde, E. W.**, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlags-gesellschaft, 1993.

**Borrajo Dacruz, E.**, *Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral*, en RL, AL, No. 28, 1987.

**Cascajo Castro, J.L.**, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, C.E.C., Cuadernos y Debates No. 5, Madrid, 1988.

**Cruz Villalón, P.**, *Derechos fundamentales y legislación en Estudios en homenaje a Ingacio de Otto*, Ed. Oviedo, 1993.

**Dworkin, R.**, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

**Forsthoff, E.**, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, I.E.P. Madrid, 1966.

**García de Enterría, E.**, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

**García Murcia, J.**, *Derechos fundamentales y negociación colectiva. Una aproximación desde la jurisprudencia constitucional*, R.E.P., No. 87, 1988.

**García Pelayo, M.**, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Revista de Occidente, Madrid, 1978.

**García Torres, J.**, *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales*, Revista del Poder Judicial, No. 10.

**Giannini, M. S.**, *Stato sociale: una nozione inutile*, Giuffrè, Milano, 1977.

**Habermas, J.**, *Historia crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. GG Mass Media, Barcelona, 1987.

**Hesse, K.**, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuadernos, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

- *Escritos de Derecho Constitucional*, C.E.C., Madrid, 1983.

**Münch, I. Von.**, *El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania*, R.E.P., No. 7, Madrid, 1979.

**Peces Barba, G.**, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Ed. Eudema, Madrid, 1980.

**Peinado López, A.**, *Discriminación de la mujer en el mercado de*

*trabajo español: un análisis empírico de la discriminación*, en RL, AL No. 28, 1987.

**Pérez Luño, E.**, *Los derechos fundamentales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

**Poyal Costa, A.**, *La eficacia de los derechos humanos frente a terceros*, Revista de Derecho Político, UNED, No. 34, Madrid, 1991.

**Rodríguez Piñero, M.**, *No discriminación en las relaciones laborales*, Tomo VI de los *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Edersa, Madrid, 1983.

**Rubio Llorente, F.**, *La forma del poder*, C.E.C., Madrid, 1993.

**Schmitt, K.**, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universitaria, Madrid, 1992.

**Schneider, H. P.**, *Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*, R.E.P., No. 7, Madrid, 1979.

**Smend, R.**, *Constitución y Derecho Constitucional*, C.E.C., Madrid, 1985.

**Valdes Dalre**, *La negociación colectiva en la Constitución*, R.P. Social, No. 121, Madrid, 1979.

**Vega García, P.**, *La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social* en el volumen colectivo *Derecho y economía en el Estado Social*, Madrid, 1988.

### XIII- ADDENDA

El contenido de la presente ponencia, quedaría incompleto si no hiciésemos alguna referencia necesariamente somera, a la situación objeto de estudio en los distintos países de Latinoamérica. Conviene, pues, resaltar que la protección de los derechos de la persona humana se había concentrado en su defensa, frente a las autoridades públicas, pero en la actualidad, se está dando paso a la idea de que los citados derechos también requieren de protección respecto de los grupos sociales, que cada vez con mayor intensidad, puedan afectarlos. De este modo, por ello podemos observar que algunos instrumentos que se han establecido con el propósito esencial de la defensa efectiva de los derechos humanos, en su dimensión individual, social, se utilizan en la actualidad contra los actos violatorios de los citados grupos. Además, el concepto clásico de autoridad o de poder público se ha modificado: ya no solo incluye a los funcionarios públicos, sino que la Administración moderna se ha descentralizado creando organismos prestadores de servicios públicos, que tienen en ocasiones carácter autónomo. A esto hay que añadir la creciente intervención del Estado en las actividades económicas a través de numerosas empresas para la producción y distribución de bienes y servicios esenciales para la comunidad, configurando un auténtico sector paraestatal.

Lo anteriormente reseñado, permite comprender que la tutela procesal de los derechos de los gobernados se haya ampliado respecto al sector paraestatal propiamente dicho y en relación con los grupos de presión, ya sean sociales, económicos, profesionales y culturales.

En este sentido conviene citar como instrumento de protección de los derechos consagrados constitucionalmente (excepto la libertad personal protegida por el *habeas corpus*) la acción, juicio o recurso de amparo que surgió en México en la Constitución Yucateca de 1841, y se consagró definitivamente en la Constitución Federal de 1857, extendiéndose posteriormente al ámbito centroamericano y a varios ordenamientos de América Latina. En la actualidad, esta garantía procesal está reconocida en Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. También en Brasil existe una institución denominada "mandado de segurança" que por la similitud que pueda guardar con el amparo ha sido calificada como "mandamiento de amparo". Y por último, la Constitución colombiana de 1991, en su artículo 86, reconoce la acción de tutela como instrumento procesal de garantía para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Si bien en sus orígenes el amparo (acción o derecho) surgió como remedio frente a las violaciones de

los derechos humanos causados por actos de autoridad, entendida esta expresión en su sentido clásico, varios ordenamientos latinoamericanos ya utilizan la citada garantía para tutelar los propios derechos respecto de grupos de presión y de organismos autónomos, debido a la necesidad de un procedimiento eficaz contra las violaciones causadas por poderes privados. Quizás, el ejemplo más relevante sea el caso argentino, porque si bien actualmente, tras la Reforma de 1994, la Constitución Federal en su artículo 43, establece expresamente la acción de amparo "contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares", anteriormente era reconocido por los ordenamientos constitucionales de carácter local. En la esfera nacional la acción de amparo surgió primero en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a través de los casos *SIRI* (27 de diciembre de 1957) y *KOT* (15 de septiembre de 1958). Posteriormente, esta acción de amparo se amplió de forma considerable en virtud de los fallos de los tribunales federales que la admitieron, no solo frente a actos de autoridad, sino también respecto de organismos públicos descentralizados y algunos grupos de presión.

Como consecuencia de dicha jurisprudencia, quedó establecido el proceso sumarísimo "amparo contra los actos de particulares" en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 29 de septiembre de 1967.

La importancia de las precitadas sentencias, perfectamente equiparables al caso Lüth alemán en el modelo europeo, hace que no nos resistamos a transcribir el siguiente párrafo de la sentencia dictada en el caso: "*Samuel Kot*" por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo:

"... aún menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia (protección de los derechos humanos solo frente a las autoridades y no respecto de otros sectores sociales), considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social en los últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: Los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representen, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales..."

Así las cosas y antes de ocuparnos del caso colombiano que consagra, aunque con limitaciones, la acción de tutela frente a particulares en el artículo 86, apartado 5º de su Constitución Política, conviene resaltar que un análisis completo del

tema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en Europa y América Latina, supera con creces las limitadas posibilidades propias de la naturaleza de este trabajo. Sería necesario un análisis pormenorizado de cada supuesto y un estudio comparado de las distintas legislaciones y jurisprudencias, ya que, decir que en Latinoamérica la tendencia general es admitir la acción de amparo frente a particulares ya sea frente a acciones u omisiones y que en Europa la idea dominante es la reticencia a su admisión, es quedarnos en el umbral del problema.

Existen tales diferencias en los sistemas de justicia constitucional europeos y latinoamericanos, en el objeto de la protección, en los procedimientos y en los efectos de las sentencias que los modelos son difícilmente equiparables. Que el problema existe, es cierto y también lo es que se aprecia su existencia en ambos continentes; pero no es menos cierto que los textos constitucionales latinoamericanos (dados sus sistemas de justicia constitucional, modelo difuso o mixto) tienen menos reparos a la hora de reconocerlo en el marco de las propias Constituciones. En los casos europeos que hemos analizado no se discute la eficacia frente a terceros en el marco de la garantía jurisdiccional ordinaria, es la protección constitucional lo que se cuestiona. De ahí que, la jurisprudencia haya tenido que desarrollar doctrinas es-

peciales que crean vías indirectas, principalmente a través del amparo frente a sentencias, para extender la protección extraordinaria del amparo a ciertas relaciones entre particulares.

Por todo lo anteriormente dicho, nos merece especial atención la Constitución colombiana de 1991, que habiendo optado por un sistema de justicia constitucional concentrado, estableció una Corte Constitucional, a la que entre otras competencias, se le encomienda velar por la supremacía de la Constitución y "revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales" (art. 241, apartado 9 de la C.P.).

Esta acción de tutela que recoge el artículo 86 de la C.P., no es concebida como un derecho genérico que se ramifica y se hace cumplir a través de diferentes mecanismos, sino como un procedimiento dirigido a proteger los derechos constitucionales fundamentales.

Es una acción, remedio extraordinario, que complementa los demás mecanismos de protección de los derechos ya existentes en Colombia. Ésta es la filosofía que desarrolla el Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

Además, preocupada por los hechos que causan las violaciones, la acción de tutela se establece frente a acciones u omisiones de cualquier

autoridad pública. Procede la tutela también contra particulares, pero sólo en determinadas circunstancias: cuando el particular está prestando un servicio público, cuando la actividad del particular compromete o afecta de manera grave un interés colectivo o cuando existe una relación de indefensión o subordinación entre dos particulares (supuestos tasados en el apartado 5º del art. 86 de la C.P.).

La norma suprema, además contenía un mandato al legislador para el desarrollo de este precepto, estableciendo los casos en que la acción de tutela podía ser ejercida frente a terceros particulares.

Dicho mandato fue cumplido por el Capítulo III del Decreto 2591, que en su artículo 42 establece nueve supuestos en los que la tutela puede ser interpuesta frente a acciones u omisiones de particulares; pero además, en algunos de dichos supuestos, el legislador señaló incluso los derechos que debían haber sido violados para poder interponer la acción de tutela. La Corte Constitucional en Sentencia C-134 del 17 de marzo de 1994, declaró inconstitucionales las enumeraciones de los citados derechos, pues el legislador limitaba aquello que el constituyente había reconocido en toda su amplitud. Así, aclaró la Corte, que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental (entendida

esta expresión en su sentido más amplio, al tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema).

Cabe la tutela frente a particulares, en los siguientes supuestos:

1º) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, esté encargado de la prestación del servicio público de educación.

2º) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, esté encargado de la prestación del servicio público de salud.

3º) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliados.

4º) Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

5º) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud, viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución (prohíbe la esclavitud, la servidumbre, la trata de seres humanos).

6º) Cuando la entidad privada sea aquélla contra quien se hubiere hecho la solicitud, en ejercicio del *habeas data*, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.

7º) Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o

erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8º) Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9º) Cuando la solicitud sea para proteger cualquier derecho constitucional fundamental de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión, respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

Se deduce del artículo 86 de la C.P. y de su desarrollo legislativo de una consagración a nivel constitucional de la tutela frente a particulares, no absoluta sino limitada, ya que "la acción de tutela no procede contra todos o contra cualquier particular.

Sólo procede contra los particulares o contra las organizaciones particulares, en aquellos casos en que lo autorice la ley. No es un principio extendible a otros casos" (Sentencia de la Corte Constitucional T-009 del 22 de mayo de 1992).

Así las cosas, el fundamento jurídico de la tutela contra particulares, se encuentra en que: "La equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a alguno de ellos se les encarga de la

prestación de un servicio público, o el poder social que por otras causas alcanzan a detentar, puede virtualmente colocar a los demás en estado de indefensión o subordinación. En estos eventos tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (C.P. art. 86).

La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitrada. (D. Younes).

Tras estas acertadas palabras se encuentra, a nuestro modo de entender, el verdadero motivo que inclinó al constituyente a introducir la acción de tutela frente a particulares, a nivel constitucional pero con carácter limitado, no absoluto. Si observamos cada uno de los tres grupos en que se divide dicha acción de tutela, apreciamos que la característica común de las relaciones jurídicas perturbadas y cuyo restablecimiento se pretende, es la relación de desigualdad existente entre las partes. Esto hace que la posición prevalente del particular sobre el que se ejercita la tutela, le coloque en una situación más próxima a la de un "poder público" que a la de otro particular que actúe en condiciones de igualdad en el ejercicio

pleno de la autonomía de la voluntad en el tráfico jurídico.

Aquí es donde se encuentra la limitación de la acción de tutela como sucede además, en Europa.

Así las cosas, cabe entender que cuando un particular asume la prestación de un servicio público (lo autoriza el artículo 365 de la C.P.) o si la actividad que realiza puede revestir ese carácter, entonces esa persona -según la jurisprudencia de la Corte Constitucional- adquiere una posición de supremacía material, con relevancia jurídica frente al usuario; recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad y que en algunos casos pueden vulnerar o desconocer derechos fundamentales de personas determinadas. No se pretende con este mecanismo de defensa, la protección del ordenamiento jurídico o de la comunidad en general -esta defensa se efectúa por medio de acciones populares o acciones de clase- sino el restablecimiento de un derecho subjetivo perturbado.

Se trata de la única excepción a la naturaleza individual y subjetiva de la acción de tutela, que tiene como fuente la protección de los derechos colectivos plurales que afecten a un número determinado de ciudadanos; estamos ante una modalidad de acción que se puede denominar "tutela de clase" a la cual ha recurrido la Corte Constitucional para, por ejemplo, lograr la protección del medio ambiente, cuando el causante de su alteración ha sido

un particular. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: "La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego, no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino solo de aquella que recae sobre un bien de gran significado para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente".

Por último, la acción contra particulares procede en aquellas situaciones en las que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Si bien su consagración no era necesaria (Santofimio), el constituyente quiso insistir en esta forma de tutela, basándose en el hecho cierto de que en la sociedad colombiana, un gran número de actos atentatorios de los derechos fundamentales provienen de las relaciones de jerarquía existentes entre particulares: Así, los padres para con los hijos, los patronos respecto a sus trabajadores, los maestros y directivos de instituciones frente a sus alumnos, el usuario y consumidor frente al prestatario de servicios y los productos...

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al igual que en el caso del servicio público, el fun-

damento jurídico de esta facultad se encuentra en el derecho de igualdad, ya que quien se encuentra en alguna de dichas situaciones, no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, en el caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental, el Estado debe acudir en su protección, pero teniendo en cuenta que "las situaciones de indefensión o de subordinación deben ser apreciadas en cada caso concreto".

También ha señalado la Corte Constitucional: "Debe existir una relación de subordinación o de indefensión del petente en relación con la persona contra quien se dirige la acción. Salvo en los casos de menores, en los que esa calificación de la relación se presume, deberá siempre probarse ese carácter (indefensión y subordinación), para que prospere la tutela. La situación de indefensión a que alude el numeral 9° del artículo 42, significa que la persona que interpone la tutela, carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra... Evidentemente, el concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular, habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos...

En casos como el presente, la labor del juez consiste, entonces, en evaluar si existe una amenaza del

derecho. Una vez establecido esto, el juez deberá considerar el carácter de la relación que existe entre el peticionario y la persona contra la cual se formula la tutela: sólo cuando la relación se caracterice por una subordinación o indefensión, procederá la tutela"

Finalmente, resaltaremos que además de admitir la tutela frente a acciones u omisiones de los particulares, en los supuestos que la Constitución y el legislador ordinario señalan, la Corte Constitucional ha ampliado el campo de protección ya que no limita los derechos fundamentales susceptibles de protección a los consagrados expresamente en la Constitución (Sentencia T-008 del 18 de mayo de 1991). Adicionalmente y reafirmando este propósito de extensión de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha comenzado a elaborar una jurisprudencia según la cual existen otros derechos, en particular los económicos, sociales y culturales, así como los colectivos, que dependiendo de circunstancias concretas, pueden llegar a ser tutelables, si con ello se protege un derecho fundamental (Sentencia T-415 del 17 de junio de 1992).

En conclusión y como balance general, la acción de tutela se ha consagrado como la mayor novedad de la Constitución de 1991, consiguiendo la transformación de la justicia en el siglo XX y devolviéndole la confianza perdida. (M.J. Cepeda).

#### XIV- BIBLIOGRAFÍA

**Carrión, Genaro R.**, *Recurso de amparo y técnica judicial. Análisis crítico de caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

**CEPEDA, Manuel J.**, *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*, Presidencia de la República, Santa Fe de Bogotá, 1992.

- *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992.

- *El derecho a la Constitución en Colombia. De la rebelión pacífica a la esperanza*, Vol. I del libro homenaje a C. Restrepo Piedrahita, Simposio Internacional sobre derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1993, También R. E.D.C., N° 44, Madrid, 1995.

**Figueroelo, Angela**, *Garantías para la protección de derechos en la Constitución colombiana de 1991: especial referencia a la acción de tutela*, R.E. Políticos, No. 84, Madrid, 1994.

**García Belaunde, Domingo**, *Esquema de la Constitución peruana*, Ediciones Justo Valenzuela, E.J.R.L., Lima, Perú 1992.

**Goig Martínez, J.M.**, *La protección de los derechos humanos en la nueva Constitución colombiana* en Revista de Derecho Político, No. 35, Madrid, 1992.

**Morello, Augusto M.**, *Cuestiones procesales de derecho comparado español-argentino*, Librería editora Platense, S.R.L., La Plata, 1987.

**Santofimio, Jaime O.**, *Acción de tutela. Institución básica para la defensa y preservación de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho*, Vol. I del libro Homenaje a C. Restrepo Piedrahita, Simposio sobre Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1993.

**Valencia Villa, H.**, *Los derechos humanos en la Constitución colombiana de 1991*, Revista Debate Abierto,

Nº 8, Madrid, 1992.

**VV.AA.**, *Lecturas constitucionales andinas*, 1ª ed., Perú, agosto, 1991.

**Younes Moreno, Diego**, *Derecho Constitucional colombiano*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1993.

**Zamudio, Héctor Fix**, *El juicio de amparo en Latinoamérica*, Memoria del Colegio Nacional 1977, México, 1978.

- *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, D.F., 1991.



# TERMINACIÓN EXTRAORDINARIA DEL PROCESO PENAL

*Dr. John Jairo Ortiz Alzate<sup>1</sup>  
Dr. José Luis Jiménez Jaramillo<sup>2</sup>*

SUMARIO: I- De la investigación previa. II- De la sentencia anticipada.  
III- De la audiencia especial.

El proceso penal colombiano desde la Constitución, está diseñado para que un órgano distinto al que investiga y si es del caso acusa, tome una decisión de fondo, lo que ha dado pie para que se diga que nuestro proceso penal es de naturaleza acusatoria, o en el mejor de los casos de naturaleza mixta. Todo desde el punto de vista de la existencia de dos órganos: uno que investiga y acusa (fiscal) y el otro que falla o juzga (juez).

Sin embargo, desde nuestra modesta opinión, no es eso lo que le da la nota distintiva a cualquier proceso penal, bien sea de acusatorio, mixto o inquisitorio, toda vez que no es la división de tareas en el proceso penal lo que propiamente lo caracteriza de una u otra forma o de

una u otra naturaleza, sino la sustancialidad en sí de dicha función, radicada por demás en dos órganos "diferentes", las más de las veces, el uno administrativo y el otro judicial, aunque no necesariamente.

Valga la pena indicar que un proceso acusatorio puro, debe cumplir al menos los siguientes caracteres:

El poder de decir el derecho (Potestad jurisdiccional) pertenece al juez.

El poder de iniciativa pertenece a persona distinta del juez.

No habrá proceso sin pretensión, y vinculación del juez a las pruebas allegadas por las partes.

En tanto que un proceso mixto debe reunir los siguientes caracteres:

- El proceso no puede nacer sin acusación.
- Ejercicio de la acusación por un órgano estatal diferente al juez.

<sup>1</sup> Abogado, Profesor Universitario. Magister en Derecho Procesal. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Procesal de Medellín.

<sup>2</sup> Ex Fiscal, Abogado y Profesor Universitario, Especialista en Derecho Probatorio Penal.

- División del proceso en dos fases.

- Lanzada la acusación, no puede abandonarse y su retiro voluntario por el órgano competente, no obliga al fallador.

- La selección de las pruebas y su crítica quedan al arbitrio del juez.

El proceso penal colombiano se desarrolla en dos etapas definidas: Instrucción y juicio. Cada una de ellas radicadas en cabezas diferentes, es decir, fiscal y juez, con lo que ha quedado prácticamente definido por la doctrina y la jurisprudencia, el modelo acusatorio de nuestro proceso penal, tan solo por la nota distintiva de la existencia de dos funcionarios u órganos encargados de una u otra fase, olvidando que la Fiscalía General de la Nación con su poder de acusar o precluir, no es un órgano diferente, al menos en la praxis del antiguo juez de instrucción criminal.

Para el caso colombiano, la naturaleza jurídica de la Fiscalía General de la Nación, viene perfilándose desde el artículo 116 de la Constitución Nacional, donde se le otorga a dicha institución la función de administrar justicia y en el artículo 249 *ibidem*, se expresa que la misma hace parte de la rama judicial, con lo cual podría afirmarse la naturaleza jurisdiccional de la Fiscalía General de la Nación, reforzando tal afirmación el Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, para concluir así entonces, que por

disposición constitucional -dicen algunos- y por desarrollo legal, se le asignaron funciones de naturaleza jurisdiccional a un órgano que desde la Constitución sólo fue perfilado de pertenecer a la rama jurisdiccional del poder público, mas no por ello, legalmente debían serle asignadas funciones jurisdiccionales. Y ello en gracia de discusión, debe entenderse así, si se quiere dar el carácter de acusatorio a nuestro sistema procesal penal con la consecuente asunción del proceso penal, por dos órganos diferentes, uno de los cuales no debe tener asignadas funciones jurisdiccionales porque entonces el cambio de denominación de juez de instrucción criminal por el de fiscal no rotula nuestro proceso de acusatorio.

Bien lo ha indicado el Dr. Juan Guillermo Jaramillo Díaz "La Fiscalía General de la Nación (un perfil confuso)"<sup>3</sup>, cuando al reconocer la titularidad de la pretensión punitiva por la Fiscalía General de la Nación mas no su naturaleza jurisdiccional expresa:

"...Infortunadamente ese pristino rasgo de la Fiscalía comienza a confundirse aun en sede de la propia Constitución, ante lo cual es preciso una sistemática interpretación. Por ejemplo, si la función jurisdiccional entendida como acaba de verse, no se ejerce durante la

<sup>3</sup> Revista *Temas Procesales*, Librería Jurídica Sánchez R., No. 19, 1994, pág. 7.

investigación sino al término del proceso y de ordinario en la sentencia, la incorporación de la Fiscalía General de la Nación en el inciso 1° del artículo 116 de la Constitución Nacional, para presentarla como otro órgano jurisdiccional, despunta abiertamente incorrecta. No por esa ubicación formal es claro, adquiere esa institución condición de tal...

Ahora bien, desligándonos de la confusión constitucional o no de la jurisdiccionalidad de la investigación, es claro que la misma radica en cabeza "del órgano judicial" Fiscalía General de la Nación, con lo cual podríamos aventurarnos a decir que nuestro proceso legal penal, es inquisitivo, porque radica en un funcionario judicial penal (fiscal-juez) desde su inicio hasta su sentencia definitiva (antiguos juez de instrucción criminal y juez de conocimiento). Si ello es así, si la naturaleza de la Fiscalía es jurisdiccional, al momento mismo de la investigación previa, dicho órgano ejerce funciones jurisdiccionales y con mayor razón al momento de calificar el mérito sumarial, pudiendo inclusive precluir la investigación penal. Con la glosa anterior, y con el ya sabido poder jurisdiccional del Fiscal, podemos indicar que él mismo puede y debe precluir definitivamente la investigación con mérito de cosa juzgada, tanto en su etapa previa como en su etapa procesal propiamente dicha.

Y por qué no decir que la discusión sobre indebida intromisión de un fiscal en asuntos del juez o viceversa, a más de ser estéril, no es más que un sofisma de distracción que esconde el verdadero problema: El proceso penal, aquél donde un tercero imparcial, ajeno totalmente del que formula los cargos, administra justicia como titular del poder jurisdiccional, en Colombia no existe.

Con fundamento en las consideraciones anteriores, en el presente ensayo pretendemos mostrar para el derecho procesal penal, una serie de posturas, si se quiere no pensables en la normatividad legal actual, permeadas por un procesalismo penal *sui generis*, mas no imposibles, y se dice no imposibles, ya que se fundan, no en la existencia de norma concreta, pero sí en los principios generales del derecho procesal penal colombiano, perfilados desde la Constitución y en los principios generales universales de interpretación y aplicación del derecho, que integran necesariamente las normas positivas para resolver los problemas que pretermite el legislador o que no prevé al momento de expedir la ley, siendo necesario entonces, aprehender y utilizar aquellas premisas, que por su lógica van adelante del desarrollo legislativo, dinamizando y exigiendo soluciones, se reitera, si se quiere no estrictamente legales, mas

no inconstitucionales, pero sobre todo justas y seguras para el destinatario especial del derecho en cada caso y para la sociedad en general.

Decimos entonces de una vez que en el presente ensayo nos apartaremos del actual texto legal, relativo a las terminaciones extraordinarias, proponiendo con ello, una nueva conceptualización de dichas instituciones y si se quiere, una visión proyectiva reformativa de la actual ley procesal penal.

La discusión a plantear puede reducirse a la demostración, de acuerdo con lo arriba transcrito de dos tesis:

■ En aras al efectivo reconocimiento del derecho material, la investigación previa puede precluirse por interpretación y aplicación análoga favorable de la norma procesal penal.

■ En la terminación del proceso por sentencia anticipada, procede la sentencia absolutoria.

Delimitado así el objeto de la presente elaboración, pasaremos a ocuparnos de la terminación de la investigación previa, de la sentencia anticipada y de la audiencia especial, en lo que respecta o hace referencia a lo que en doctrina y jurisprudencia ha dado en llamarse terminaciones extraordinarias del proceso penal.

## I- DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA

La investigación previa aparece definida en el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal, de la siguiente manera: "Finalidades de la investigación previa: En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad la de determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal. Pretenderá adelantar las medidas necesarias tendientes a determinar si ha tenido ocurrencia el hecho, que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrito en la ley penal como punible; la procedibilidad de la acción penal y practicar y recaudar las pruebas indispensables con relación a la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho."<sup>4</sup>

En primer lugar y a fin de desarrollar la idea central, es preciso dejar sentado, como lo ha considerado la Corte Constitucional, y posteriormente la ley penal complementaria, que la investigación previa penal en nada se diferencia en cuanto a garantías y oportunidades, de la investigación procesal propiamente dicha (Corte Constitucional, Sentencia de septiembre 28 de 1993,

<sup>4</sup> Código Penal y de Procedimiento Penal, Ed. Leyer, 1998, pág. 195.

Art. 81 inciso 3º de la Ley 190 de 1995, De las garantías procesales)<sup>5</sup>. Eso significa que debe respetarse el principio del debido proceso, el contradictorio, la defensa técnica, la presunción de inocencia, publicidad, el reconocimiento de la dignidad humana y la lealtad procesal entre otros. Ni más ni menos la investigación previa somete al imputado, al mismo escarnio del proceso penal propiamente dicho, psicológicamente lo maltrata, su dignidad indudablemente está en entredicho.

Lo anterior aparece por demás corroborado con el simple cotejo del contenido de los artículos 319, 333 y 334 del Código de Procedimiento Penal, donde se obliga al funcionario judicial, a investigar sobre la procedencia de la acción penal, la ocurrencia del hecho, la individualización de los autores y partícipes, como a llevar a cabo una investigación integral; sin dejar de lado la intangibilidad de las garantías cons-

titucionales (art. 314 C.P.P.) y la libertad probatoria (art. 322 C.P.P.).

Esta investigación previa, conforme lo ha establecido la ley, termina de dos formas a saber:

a) Cuando el funcionario judicial profiere resolución de apertura de instrucción.

b) Cuando el funcionario judicial profiere resolución inhibitoria.

¿Cuándo se profiere una resolución de apertura de instrucción?

Si bien la normatividad adjetiva no contiene en sí una disposición que precisamente diga o enseñe en qué momento se ha de proferir una resolución de apertura de instrucción, con un análisis integral y sistemático de los artículos 319, 324, 325 y 329 del C.P.P., se concluye que el fiscal o el funcionario judicial proferirá la resolución de apertura de investigación en los siguientes eventos:

■ Cuando se determina que hay lugar a la acción penal (existe querrela de parte cuando sea necesaria y no ha prescrito la acción).

■ Cuando ha ocurrido realmente el hecho o se ha demostrado su existencia.

■ Que el hecho ocurrido o demostrado esté descrito en la ley penal como hecho punible, es decir, como mínimo, es típica la conducta.

■ Cuando se ha identificado o individualizado el autor del mismo.

<sup>5</sup> "El debido proceso que se predica de toda clase de actuaciones judiciales (CP art. 29), se aplica a la etapa de la investigación previa... De otra parte, las normas legales relativas a la investigación previa no tienen por objeto delimitar el campo de las conductas humanas lícitas o ilícitas. Dichas normas se integran a las normas procesales enderezadas a establecer las formas esenciales que debe revestir la actividad del Estado...", Corte Constitucional, Sentencia C-412 de septiembre 28 de 1993, *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, diciembre de 1993, págs. 1297 y 1298.

¿Cuándo se profiere una resolución inhibitoria?

El artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, prescribe:

**"Resolución Inhibitoria.** El Fiscal se abstendrá de iniciar instrucción cuando aparezca que el hecho no ha existido, o que la conducta es atípica, o que la acción penal no puede iniciarse o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad."<sup>6</sup>

Concretamente en los casos contrarios para proferir apertura de instrucción.

Si bien se ha dicho que la investigación previa termina con la apertura de instrucción y con la resolución inhibitoria, de una vez dígase que el contenido y razón de ser del presente escrito no se dirige de manera alguna a verificar los eventos en los que procede la iniciación de la instrucción, que nada de anormal tendría, sino a aquellos que precisamente deberían dar lugar a la culminación definitiva de la misma, de ahí que sólo nos ocuparemos de la resolución inhibitoria, presentando como necesidad interpretativa y aplicativa, la posibilidad de ofrecer una verdadera termina-

ción anormal de la investigación, pre o procesal propiamente dicha.

**Conforme a la ley,** la resolución inhibitoria procede en los siguientes casos:

- Que el hecho no ha existido.
- Que la conducta es atípica.
- Que la acción penal no puede iniciarse.
- Que está plenamente demostrado una causal excluyente de antijuridicidad.
- Que está plenamente demostrado una causal excluyente de culpabilidad.

Nos preguntamos, será propio de un derecho procesal penal con vocación de defensa del derecho sustancial (Normas Rectoras art. 9º), el proferir una resolución inhibitoria que solamente hace tránsito a cosa juzgada formal y no material, (art. 327 y 328), en casos donde material y objetivamente, no hay lugar a controversia probatoria o jurídica?

Al respecto dicen los artículos 228 de la Constitución Política Nacional y el artículo 9º del Código de Procedimiento Penal, lo siguiente: "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y

<sup>6</sup> Código Penal y de Procedimiento Penal, Ed. Leyer, 1998, pág. 196.

su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”<sup>7</sup>.

“Finalidad del procedimiento. En la actuación procesal, los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad...”<sup>8</sup>.

Si bien este último artículo habla de la actuación procesal, es oportuno recordar que damos por sentado que la investigación previa y la procesal propiamente dicha, no han de diferir en nada, en cuanto a derechos y garantías de las personas sometidas a investigación penal; es entonces necesario traer a colación en este instante, lo prescrito por el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal en lo que hace referencia a la preclusión de la instrucción, que contempla como causales las siguientes:

En cualquier momento de la investigación en que aparezca plenamente comprobado:

- Que el hecho no ha existido.
- Que el sindicado no lo ha cometido.
- Que la conducta es atípica.
- Que existe una causal excluyente de antijuridicidad.

■ Que existe una causal excluyente de culpabilidad.

■ Que la actuación no puede iniciarse o proseguirse.

Para la presentación lógica y sistemática de nuestro ensayo, nos permitiremos hacer una simple comparación normativa entre las causales de inhibición y las de preclusión, así:

■ Que el hecho no ha existido (art. 327 y 36 C.P.P.).

■ Que la conducta es atípica (art. 327 y 36 C.P.P.).

■ Que la acción penal no puede iniciarse (art. 327 y 36 C.P.P.).

■ Que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad (art. 327 y 36 C.P.P.).

■ Que está plenamente demostrada una causal excluyente de culpabilidad (art. 327 y 36 C.P.P.).

Si bien se presenta como causal diferente en el artículo 36 del C.P.P., que el sindicado no lo ha cometido (el hecho), salvo mejor criterio, consideramos respetuosamente que esta causal puede comprenderse tranquilamente en aquella que dice que la acción penal no puede iniciarse, y que ésta a su vez no tiene connotaciones diferenciadoras con la causal que la acción no puede proseguirse, advirtiendo eso sí, que es frente a un mismo imputado.

Siendo consecuentes con los argumentos expuestos, nos preocupa lo siguiente:

<sup>7</sup> Constitución Política de Colombia, Ed. Leyer, 1996, pág. 91.

<sup>8</sup> Código Penal y de Procedimiento Penal, Ed. Leyer, 1998, pág. 116.

1. ¿Será constitucional que en nuestro proceso penal se legalicen investigaciones que no presenten una terminación material?

2. ¿Podrá argumentarse que la resolución inhibitoria es una terminación material de nuestra investigación penal?

3. ¿Si se acepta lo anterior, podrá afirmarse que la investigación previa es proceso jurisdiccional?

En cuanto a los problemas planteados, tenemos en primer lugar, que relativo a la no posibilidad de consagrar en nuestro sistema procesal penal investigaciones interminables, la Corte Constitucional en pronunciamiento ya resalta-do, expuso: "... es forzoso concluir que no se aviene al debido proceso, y por el contrario, lo niega, la configuración de una etapa investigativa carente de término: Se contraviene la idea medular del proceso que se sustenta en la esencialidad y en la previsibilidad de las formas, pues una etapa indefinida en el tiempo, no canaliza ni puede servir de molde idóneo a la actividad del Estado que reclama disciplina y orden, y que en la investigación del delito debe avanzar de manera progresiva y a través de una serie de actos vinculados entre sí y orientados hacia un resultado final, que necesariamente se frustraría si a las diferentes etapas no se les fija término, mas aun si son contingentes y

puramente instrumentales como acaece con la investigación previa..."<sup>9</sup>.

Conforme a lo anterior, y observados los principios lógicos que fundan la actividad punitiva del Estado, es decir, su *ius puniendi*, no es necesario hacer muchos esfuerzos para concluir que nuestra investigación previa o procesal, no puede ser interminable en el tiempo, es decir de alguna manera, de ella se tiene que predicar su terminación, pero no una terminación formal o si se quiere no absoluta, sino una terminación definitiva material que revista el carácter propio de la cosa juzgada.

Desde la perspectiva constitucional, conforme a los artículos 23, 29 y 228 de la Carta Política, observamos cómo en cada una de las citadas disposiciones, no solo se garantiza el acceso a la justicia por parte de los particulares, sino que se exige la prontitud y cumplimiento de los términos en general, es decir, propios de la investigación y del juzgamiento, exigiendo una justicia pronta, rápida, oportuna, pero no prontitud y celeridad para no terminar materialmente la investigación o actividad judicial o juzgadora, sino por el contrario, para definir precisamente la situación jurídica planteada, haciendo así uso de la po-

<sup>9</sup> Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, Sentencia ya citada.

testad jurisdiccional del investigador, se requiere decidir o decir el derecho de una manera concluyente, sin que se permita posteriormente someter nuevamente al investigado a una nueva pesquisa pre o procesal.

"...y a obtener pronta resolución..." (art. 23 C.N.).

"...a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas..." (art. 29 C.N.).

"...los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado..." (art. 228 C.N.).

Los apartes normativos anteriores nos conducen a afirmar ineludiblemente, que al existir legalmente la posibilidad de una revocatoria de la resolución inhibitoria, no es más que patentar o dar permiso legal a mantener una investigación indefinida e interminable en el tiempo, constituyéndose la inhibición en una resolución ilimitada, en cuanto a la posibilidad de una nueva reiniciación de la investigación, dilatoria e injusta, negligente, con inobservancia de las garantías definitorias constitucionales y con incumplimiento de términos, a más de la violación o vulneración de los principios rectores de la presunción de inocencia, reconocimiento de la dignidad humana, principio de la libertad individual y por ende su contenido del debido proceso.

Argumentar en nuestro Estado social de derecho que investigar e inhibir, constituyen una forma de terminación definitiva con visos de cosa juzgada material, es realmente desconocer el contenido normativo del artículo 328 del Código de Procedimiento Penal, que consagra expresamente la revocatoria de la resolución inhibitoria.

No es desconocido para nosotros, ni tampoco es ajeno a nuestra lógica, que en algunas o muchas oportunidades, la prueba que sustenta una investigación previa, pueda no ser latente o existente para el momento de la decisión inhibitoria, y que con posterioridad a la misma surja en el campo investigativo, y de ahí la consagración o previsibilidad de la revocatoria.

Pero si ello es así y pregonamos la necesidad aplicativa de un debido proceso, con respeto por la presunción de inocencia, lo aconsejable es que a quien se está investigando previamente, para hacerle intangible sus derechos materiales de cosa juzgada y presunción de inocencia, no se le vincule de ninguna manera a dicha investigación previa, es decir, se le respete efectivamente su inocencia y en caso de ser llamado, desde nuestra consagración legal, sea luego de la apertura del proceso o apertura de instrucción, para así, sin discusión alguna, en caso de causal objetiva o subjetiva le sea precluida la investigación procesal.

Igualmente, y en aras al debido proceso y para materializar la presunción de inocencia, pudiese ocurrir que quien está siendo investigado previamente, solicite ser escuchado en versión, esto es, ser por su iniciativa vinculado, proponemos entonces, que de ocurrir ello, el Estado con su potestad jurisdiccional e inmerso en su condición de Estado social de derecho, en caso de observar en dicho evento la existencia de causal objetiva o subjetiva de inhibición, reafirme el debido proceso y la presunción de inocencia, no inhibiendo, sino precluyendo con carácter de cosa juzgada material.

El derecho como ciencia o disciplina, sabemos que está regido por una serie de principios generales, los cuales a no dudarlo en situaciones concretas permiten resolver de manera justa y legal los casos materia de investigación o de decisión. Así:

- Quien puede lo más, puede lo menos.
- Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
- Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.
- Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición.
- Para exigir el derecho, debe existir el hecho, etc.

Fácil es colegir entonces, que al haberse resaltado cada una de las causales determinadoras de una u

otra decisión (inhibitoria y preclusiva), y habiéndonos planteado la problemática expuesta en los párrafos anteriores, no se entiende cómo frente a unas circunstancias legales idénticas, la persona vinculada a una investigación previa, no le sea definida su situación jurídica de manera definitiva, materialmente con una resolución preclusiva, generándose no solo un contrasentido sistemático normativo (debido proceso penal), sino una situación verdaderamente injusta para el imputado, ya que al no concluirse definitivamente la investigación, no obstante la identidad de causal, permanecerá *sub judice* en el tiempo, olvidándose y desconociéndose ilógicamente los principios generales del derecho resaltados, siendo oportuno señalar, para confirmar el contrasentido argumentativo, lo dicho por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en noviembre 25 de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Mejía Escobar, cuando expresa: "... Natural resulta determinar que la ejecutoria formal de la providencia, si bien hace revocable la providencia en cualquier tiempo (salvo que la acción haya prescrito) genera en todo caso cierta seguridad jurídica para las partes involucradas en el asunto..."<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, marzo de 1998, pág. 276.

No es precisamente la cierta seguridad jurídica lo que pretende la principialística procesal penal, ni lo que debe guiar a la Administración de Justicia Penal, no, lo que garantiza la efectividad del derecho sustancial es la absoluta seguridad jurídica, que ha de patentizarse en una decisión inmutable ante una causal demostrada e incontrovertible de improseguibilidad investigativa para el destinatario del derecho. El imputado tiene derecho a no seguir siéndolo, lo contrario es denegación de justicia.

No hemos dicho que la resolución inhibitoria sea una forma anormal de terminación de una investigación, todo lo contrario, pero insistimos, ante la inexistencia del hecho, la atipicidad de la conducta, la imposibilidad del inicio de la investigación no se ha de proferir, ni defender la existencia de una resolución modificable, que genere una seguridad jurídica maleable, acomodaticia de las circunstancias y conveniencias de turno, sino una decisión inmutable, esto es preclusiva de la investigación previa con carácter de cosa juzgada material.

Podría argüirse que fácilmente y para salvar la controversia o problema planteado, el funcionario judicial, que adelanta la investigación previa, puede proceder a la apertura de la instrucción y así en el proceso, ordenar la preclusión con carácter de cosa juzgada material,

pero de una vez advertimos que no compartimos dicho criterio y para ello presentaremos sucintamente los problemas prácticos y legales que se generarían:

a) ¿Cómo proferir resolución de apertura de instrucción en caso de muerte del imputado?

b) ¿Cómo proferir resolución de apertura de instrucción en caso de prescripción de la acción?

c) ¿Se justifica una apertura de instrucción, con obligación de vincular a una diligencia de indagatoria, a la persona que no ha cometido el hecho, con el argumento -por requisito legal- de posteriormente ser favorecida con una resolución preclusiva, advirtiendo que ello en algunos casos y competencias, implica orden de captura, con el consabido desmedro del reconocimiento de la dignidad humana?

d) ¿Y qué pensar de aquellos casos de interpretación, en torno a la tipicidad o atipicidad de la conducta? (ej.: porte por disponibilidad de arma de defensa personal, en caso de conservación de la misma).

e) ¿Para qué proferir resolución de apertura de instrucción, en casos de ostensible legítima defensa, estados de necesidad, o insuperable coacción ajena, para posteriormente con el mismo acervo probatorio precluir?

Podría pensarse que el planteamiento es ambicioso o iluso, sin

embargo, huelga recordar una y otra vez que la investigación previa debe seguir los mismos lineamientos de la instrucción, eso sin aventuramos a lo que podría ser tema de otro trabajo:

De acuerdo con nuestra normatividad procesal y a luz de las disposiciones constitucionales, ¿si es contingente la investigación previa?

Si no se comunica la investigación previa al imputado, para que ejerza su derecho al debido proceso-defensa, contradicción, libertad probatoria- ¿podríamos hablar de nulidad?

Esto conduce necesariamente a que estamos hablando de una verdadera investigación previa, donde el funcionario judicial realiza una investigación integral y garantiza el contradictorio, como lo establece nuestra normatividad procesal constitucional y penal.

Consideramos que en aras al efectivo reconocimiento del derecho material sobre el derecho formal, y al reconocimiento de un principio absoluto del derecho, debemos concluir que donde existe la misma razón, debe aplicarse la misma disposición, esto es, precluyéndose por interpretación y aplicación análoga favorable la investigación previa, eso sí preclusión directa como forma anormal de terminación de la investigación; en caso contrario, y para hacer inviolables las garantías constitucionales del ciudadano (de-

bido proceso, presunción de inocencia y cosa juzgada material), consideramos que lo correcto es diferir toda vinculación sólo a un verdadero proceso penal, es decir, al que se inicia con resolución de apertura de instrucción y que por ello permite en su momento, precluir materialmente la investigación.

## II- DE LA SENTENCIA ANTICIPADA

En nuestro Código de Procedimiento Penal, como es sabido, se ha consagrado en el artículo 37 con sus reformas del artículo 30 de la Ley 81 de 1993 y artículo 11 de la Ley 365 de 1997, la diligencia de sentencia anticipada, la cual, a no dudarlo, ha sido un mecanismo útil para agilizar en algo la Administración de Justicia. De esta diligencia procesal, en nuestro escrito, no pretenderemos abarcar todos y cada uno de los problemas prácticos que presenta dicha figura, pero de manera sintética formularemos algunos problemas, resaltando entre otros cómo se llega a ella, su titularidad, su funcionalismo y cómo partiendo del desarrollo legal, no siempre ha de ser con carácter exclusivamente condenatorio.

Dice el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, en su artículo 3º, a su vez modificado por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997, lo siguiente:

"Sentencia anticipada. Ejecutoriada la resolución que define la

situación jurídica y hasta antes que se cierre la investigación, el procesado podrá solicitar que se dicte sentencia anticipada.

Hecha la solicitud, el Fiscal, si lo considera necesario, podrá ampliar la indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días.

Los cargos formulados por el Fiscal y su aceptación por parte del procesado, se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.

La diligencia se remitirá al juez competente, quien en el término de diez (10) días hábiles dictará sentencia conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya violación de garantías fundamentales.

El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación, hasta antes de que se fije fecha para la celebración de audiencia pública, el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados.

En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena"<sup>11</sup>.

Para efectos de nuestro desarrollo programático sobre los temas puntuales que ofreceremos en la presente monografía, nos permitiremos hacer una transcripción igualmente del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, adicionado por la Ley 81 de 1993 y modificado por el artículo 12 de la Ley 365 de 1997, que a la letra dice:

"Disposiciones comunes. En los casos de los artículos 37 y 37A de este Código, se aplicarán las siguientes disposiciones:

1) Concurrencia de rebajas. La rebaja de pena prevista en el artículo 299 de este Código, podrá acumularse a aquélla contemplada en el artículo 37 o a la señalada en el artículo 37A, pero en ningún caso podrán estas últimas acumularse entre sí.

2) Equivalencia a la resolución de acusación. El acta que contiene los cargos aceptados por el procesado en el caso del artículo 37 o el acta que contiene el acuerdo a que se refiere el artículo 37A, son equivalentes a la resolución de acusación.

3) Ruptura de la Unidad Procesal. Cuando se trate de varios procesados o delitos, pueden realizarse aceptaciones o acuerdos parciales, caso en el cual se romperá la unidad procesal.

4) Interés para recurrir. La sentencia es apelable por el Fiscal, el Ministerio Público, por el procesado

<sup>11</sup> Código Penal y de Procedimiento Penal, Ed. Leyer, 1998, pág. 132.

y su defensor, aunque por estos dos últimos sólo respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes.

5) Exclusión del tercero civilmente responsable. Cuando se profiera sentencia anticipada en los eventos contemplados en los artículos 37 o 37A de este Código, en dicha providencia, no se resolverá lo referente a la responsabilidad civil.

Nota: El numeral 5º de esta norma fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia del 3 de junio de 1998.<sup>12</sup>

Luego de las anteriores transcripciones y conforme se ha anunciado, pasaremos a ocuparnos de los siguientes temas:

a) Ejecutoria parcial de la resolución de situación jurídica.

b) Cierre de la investigación.

c) Qué se ha de entender por violación de garantías fundamentales.

d) En la sentencia anticipada existe aceptación de responsabilidad o aceptación de autoría y cargos.

e) Aceptaciones parciales en la etapa del juicio y la posibilidad de la sentencia anticipada.

Conforme se ha transcrito, la norma procesal del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, además de reconocer la diligencia de sentencia anticipada como un derecho procesal de carácter personalísimo, al ejercicio del mismo, el legislador impuso el cumplimiento de unas condiciones a saber:

1) Ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica.

2) La no existencia de una resolución de cierre de investigación.

Entrar a exponer sobre qué es la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica, no es en sí el sentido de nuestro desarrollo temático en el presente acápite, ni tampoco lo relativo al cierre de la investigación, lo primero, por superfluo en nuestro nivel y lo segundo, por ser motivo de la subsiguiente elaboración.

Acordado lo anterior, nos proponemos plantear el siguiente problema: ¿Será posible acceder y llevar a cabo una diligencia de sentencia anticipada, en aquellos casos de multiplicidad de sindicados y ser su solicitante un sujeto no recurrente de la resolución que profirió medida de aseguramiento?

Si partimos del simple contenido prescriptivo del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, el

<sup>12</sup> Código Penal y de Procedimiento Penal, Ed. Leyer, 1998, págs. 123 y 124.

problema planteado no ofrecería dificultad alguna de solución, ya que la competencia del superior no le permitiría revisar ni tocar aquellos aspectos no impugnados, adquiriendo al parecer dichos aspectos una ejecutoria mínimo formal que es precisamente la que acepta el artículo 37 de la sentencia anticipada.

Significa entonces lo anterior, que la medida de aseguramiento frente al sindicado no impugnante o apelante, no obstante la impugnación de la resolución por otros sujetos procesales, resulta incontrovertible y permitiría al funcionario el llevar a cabo la diligencia de sentencia anticipada.

Sin embargo, respetuosamente consideramos que el problema planteado no resulta de fácil y viable solución por lo expresado en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal: "... La apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados..."<sup>13</sup>, por lo siguiente:

1) Si bien la competencia del funcionario superior en torno al conocimiento de un recurso de apelación, conforme lo ha estipulado la norma mencionada, se dirigiría exclusivamente sobre los aspectos apelados, lo cierto del caso es que ello en ningún momento le impide a

dicho funcionario de instancia, el ejercicio correcto de actos irregulares frente a factores propios de incompetencia, o de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, pudiéndose proceder entonces, por el funcionario, a la revocatoria o a la nulidad procesal de lo actuado, generando ello la ausencia del requisito legal para la procedencia de la sentencia anticipada, y en algunos casos podría llegarse al absurdo que mientras dicha invalidez se decreta, de otro lado el sindicado no recurrente que solicitó la sentencia anticipada aparezca, no obstante la ausencia del requisito legal, ya condenado. Al respecto, si bien no se hizo expresamente pronunciamiento sobre la ejecutoria de la resolución de la situación jurídica, sino sobre la sentencia, es válido extractar de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el siguiente aparte jurisprudencial: "... Esta unidad de ejecutoria para procurar la uniformidad de ejecución, se justifica para evitar resoluciones judiciales que sean contradictorias en sus consecuencias, pues, bastante preocupante y complicado sería que el *ad quem* o esta Sala de Casación, según el caso, decretara la nulidad de toda o la mayor parte de la actuación procesal, incluida la sentencia de primer grado, pero a la hora de cumplir lo resuelto por el superior, emergiera el absurdo de que el *a quo* ya había declarado la

<sup>13</sup> Código Penal y de Procedimiento Penal, Ed. Leyer, 1998, pág. 173.

ejecutoria y ordenado en concordancia, el cumplimiento de su decisión, en lo que atañe a los no recurrentes."<sup>14</sup>

Pensar contrariamente, es decir, conforme la transcripción normativa del artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, podría dar inclusive lugar a interpretaciones tales como, si el sindicado no ha recurrido y su defensor sí, procede igualmente la diligencia de sentencia anticipada, ya que no es más que el ejercicio del derecho personalísimo del mismo procesado, quien es en última instancia quien acepta o niega los cargos, permitiéndose entonces actuaciones realmente contradictorias en el proceso.

Así parece haberse entendido por el actual Fiscal General de la Nación, ya que en la presentación de su proyecto de Código de Procedimiento Penal, en el artículo 39, elimina la exigencia de ejecutoria de la resolución de situación jurídica y permite el pedimento por el sindicado "A partir de la diligencia de indagatoria".

2) En cuanto a la no existencia de una resolución de cierre de investigación, valga la pena indicar que en nuestro criterio, es la forma lógica en que se debe entender la expresión legal "hasta antes de que

se cierre.", por cuanto, que auscultado el espíritu teológico de dicha figura procesal, esa es al parecer la intención o finalidad de la diligencia de sentencia anticipada, toda vez que con el proferimiento del cierre investigativo, es obvio pensar que el funcionario judicial consideró la existencia de la prueba, necesaria para la calificación del mérito sumarial, de ahí que permitir solicitud de sentencia anticipada con la considerable rebaja de la 1/3 parte en la etapa instructiva, luego de proferido el cierre, sin su ejecutoria, no es más que hacer de la Administración de Justicia un objeto de burla, por cuanto con su consagración legal y su rebaja, lo que teleológicamente se pretendía era evitar precisamente el desgaste investigativo de su aparato judicial.

Lo anterior lo exponemos con absoluta independencia de criterio jurídico, y por razones estrictamente académicas, aun cuando reconocemos que son poco prácticas para el reconocimiento de beneficios al sindicado, pero ello se desprende de la oscuridad de la norma; sin desconocer además, la existencia de un fallo de casación de la Corte Suprema de Justicia de abril 16 de 1999, con ponencias de los Magistrados Drs. Jorge Anibal Gallego y Carlos Mejía, el cual, no es igualmente oculto, fue aprobado con una mayoría mínima de los magistrados (5-4) y donde por razones sistemáticas de redacción normativa (art.

<sup>14</sup> Sala de Casación Penal, *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, marzo de 1998, Auto diciembre 10 de 1997.

197 del C.P.P.) se entendió la expresión hasta antes de que se cierre la investigación, como hasta antes de la ejecutoria de dicha resolución: "Se concluye que éste, antes es- crutado, no se agota con la mera declaración de cierre de investiga- ción, sino que se proyecta hasta la ejecutoria de la respectiva provi- dencia. Aunque se pensara en gra- cia de discusión, que el genuino querer de los redactores de la ley, se orientaba a sellar la oportunidad con el sólo proferimiento de la re- solución"<sup>15</sup>.

Sobre la oportunidad de la soli- citud, esto es, de la no exigencia de ejecutoria del cierre investigativo, y la preclusión de la oportunidad para la solicitud de sentencia anticipada, hasta el proferimiento del cierre, es de idéntico criterio el actual Fiscal General de la Nación, cuando en su proyecto de Código de Procedi- miento Penal, expresa: "... y hasta antes de proferir la resolución de cierre de la investigación".

3) Que no haya habido violación de garantías fundamentales. Re- sulta fácil entender que cuando la norma procesal exige la no violación de garantías fundamentales, se refiere obviamente a que la actua- ción se haya verificado con obser- vancia absoluta de la legalidad, esto

es, exista captura legal, citación, ejercicio efectivo del derecho de defensa, cumplimiento en sus casos de la doble instancia (tanto en su interposición como en su decisión) y el cumplimiento sustancial del re- quisito condicional de existencia de indagatoria antes de la resolución de situación jurídica, sin embargo hemos querido plantear, por fuera de los casos expuestos, el siguiente presupuesto.

Consideramos realmente que este punto trata no la simple labor de verificación, sino que a más de una revisión de legalidad de lo actuado, es sustancial cuestionar el papel del juez en la diligencia de sentencia anticipada, en aquellos eventos donde la comprobación material del delito, ineludiblemente requiere de la aceptación por la multiplicidad de los sindicados, y no una simple aceptación de sentencia anticipada por uno solo de los mismos, v.gr. Cohecho propio e impropio; y con- cretamente de la labor que éste debe desempeñar, cuando siendo varios sindicados con comunidad de designio criminoso, división material del trabajo y comunidad probatoria, solo uno de ellos solicita dicho trá- mite.

Si partimos de la base que el de- recho al debido proceso en materia penal, es una garantía constitu- cional que se predica no solo para un sindicado, sino para todos los pro- cesados, la aceptación de respon- sabilidad por solo uno de ellos en

<sup>15</sup> Sala de Casación Penal, *Revista Juris- prudencia y Doctrina*, septiembre de 1998, pág. 1211.

aquellos casos planteados, obviamente, el proferimiento para ese solo sindicado sin la prueba integral de la existencia del hecho, ha de entenderse que se constituye de antemano en una violación del debido proceso para los otros procesados, ya que se da por comprobado y existente un hecho que por la naturaleza del delito (plural), no ha logrado su comprobación, conllevando con un sentido intuitivo que así igualmente resultarán condenados los sindicados no solicitantes de sentencia anticipada, no siendo óbice la ruptura de la unidad procesal.

4) En la sentencia anticipada existe aceptación de responsabilidad o aceptación de autoría y cargos. Si partimos de las simples expresiones legales de los incisos 4° y 5° del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, fácil y obvio resulta concluir, conforme lo allí escrito, que la aceptación del sindicado es una aceptación de responsabilidad penal:

"... El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera parte de ella, por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad..."

También se podrá aceptar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública,

el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados..."

Sin embargo, consideramos que la labor profesional no puede agotarse con la simple confrontación normativa y mucho menos ello, cuando es precisamente las normas procesales que dan lugar a la discusión.

En primer término, tenemos que según el artículo 37B numeral 2° del Código de Procedimiento Penal, el sindicado lo que ha aceptado en la diligencia de sentencia anticipada, son los cargos que le ha formulado el Fiscal: "El acta que contiene los cargos aceptados por el sindicado..." y si ello es así, si sistemáticamente se entiende que dicha acta equivale es a una simple resolución de acusación, y si equivale a una resolución acusatoria, no podemos entonces entender que la simple aceptación que hace el sindicado es de responsabilidad, ya que dicha categoría consecuencial del hecho punible es predicable única y exclusivamente en todo el proceso penal, en la sentencia que profiere el juez y no en un acta de formulación de cargos que hace el Fiscal, que como su nombre lo indica es un acta y no una providencia.

En segundo lugar, y siguiendo el orden sistemático normativo, no podemos predicar que en nuestro estatuto adjetivo, el legislador ha contemplado la existencia de dos sentencias, es decir, la sentencia

propiamente dicha del artículo 37 y la sentencia del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, sino que tanto en un procedimiento ordinario, como en un procedimiento especial, el juez penal no puede, so pretexto de una aceptación de cargos por el sindicado, renunciar a la demostración de la certeza de responsabilidad y ello, en aquellos casos donde no obstante la aceptación esté igualmente acompañada de una circunstancia excluyente de responsabilidad.

Así entonces, si el acta de formulación de cargos, conforme lo expone el artículo 37B numeral 2º, equivale a una resolución de acusación, entendemos que el sindicado lo que ha aceptado en dicha diligencia es su autoría o complicidad sobre unos cargos formulados y no su responsabilidad, ya que argüir lo anterior, sería contrariar el sentido lógico formal del proceso penal y dar por existente una categoría procesal que sólo adquiere su existencia y predica con el proferimiento de la sentencia, proferimiento que con la simple aceptación del sindicado nunca se ha realizado.

Así entonces, si aceptamos que en el proceso penal existe una sola sentencia, la misma como es sabido puede ser o condenatoria o sentencia absolutoria.

El planteamiento del anterior problema, nos ha llevado a pensar en la posibilidad que tiene el juez

que recibe el acta de formulación de cargos, de proferir, no obstante la aceptación de los cargos por el sindicado, una sentencia anticipada absolutoria.

Consideramos que sí es posible, no como consideración caprichosa, sino propia del análisis legal en torno a la regulación que en nuestro Código se ha hecho de la sentencia anticipada.

En primer lugar, observamos que el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal en su denominación escuetamente dice sentencia anticipada, sin precisar en su denominación, si tiene que ser condenatoria.

De otro lado, se tiene y así se ha reconocido, que la diligencia de sentencia anticipada es un mecanismo extraordinario de terminación de un proceso, pero por ello colegir inmediatamente que el proceso ha de terminar con condena, es una afirmación que no se hizo por legislador y si bien en su contenido se habla de que el juez dosificará la pena, es en aquellos eventos donde el procesado, conforme su aceptación y la prueba recaudada, sea responsable.

De ahí entonces, que conforme a la normatividad especial de la sentencia anticipada, no observamos obstáculo alguno para que el juez en su sentencia del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, vire hacia la condena o hacia la absolución, ya que ello está dentro de sus facultades constituciona-

les y legales, y con mayor razón cuando el mismo artículo 37 exige la verificación y respeto, para quienes intervienen en el trámite de sentencia anticipada, de los derechos fundamentales.

Se podría argüir que en los eventos de que el juez verifique la posibilidad de la sentencia anticipada absoluta, el juez puede devolver o improbar la diligencia para que el Fiscal precluya la investigación.

A esta solución sinceramente nos oponemos y rotundamente no la compartimos, por las siguientes razones:

a) No la contempla expresamente el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

b) Genera un trámite desfavorable, propio de la audiencia especial y no de la sentencia anticipada.

Viola no solo las garantías procesales del procesado, sino también las normas rectoras, prevalentes sobre cualquier otra norma del Código de Procedimiento Penal, tales como la presunción de inocencia, la libertad, el derecho sustancial sobre el adjetivo, favorabilidad y corrección de actos irregulares.

A) Es fácil concluir que si el juez que recibe las diligencias de acta de aceptación de cargos por el imputado, observa la existencia de una irregularidad sustancial, esto es, no se había ejecutoriado la resolución de la situación jurídica, no estuvo materialmente defendido el sindica-

do, o cualquier otra causal de nulidad, lo que debe hacer antes de proferir la sentencia, es declarar la irregularidad, anulando la actuación y devolviéndola al Fiscal para su corrección, pero aplicar dicho procedimiento cuando observa cualquier causal propia de una sentencia absoluta. V.gr. prescripción de la acción, atipicidad de la conducta o cualquier circunstancia excluyente de antijuridicidad o culpabilidad, es un procedimiento que en orden y respeto por la legalidad propia del artículo 37, no se compece, ni mucho menos se ha establecido legalmente.

B) Si acude a enviar las diligencias al Fiscal, no obstante las circunstancias absolutorias anteriormente dichas, con fundamento en que ello le es análogo a lo que estableció el artículo 37A de la audiencia especial, como ya se ha advertido, es acudir a un procedimiento desfavorable por analogía, no legal, ya que ante la favorabilidad de la decisión, lo propio es reconocer de inmediato la inocencia del procesado.

En cuanto al cumplimiento de las normas rectoras y de la necesidad de su reconocimiento con un fallo absoluto, conforme se ha expuesto, podemos decir que ello es ineludible y necesario, si se quiere acatar el mandamiento del artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, cuando exige la prevalencia de dichas normas sobre las restan-

tes del Código e inclusive sobre las normas especiales del mismo Código de Procedimiento Penal.

En primer término, y como ya se ha enunciado a lo largo del escrito, elemental resulta reivindicar frente a esta interpretación, la prevalencia del derecho sustantivo o material sobre el adjetivo o procedimental.

El fallador y así al menos lo dice el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, en casos como el propuesto, lo que debe tener como guía interpretativa de aplicación es el reconocimiento de los principios y normas rectoras.

Absolver, no obstante la aceptación de los cargos por parte del sindicado, ineludiblemente constituye un reconocimiento de los siguientes principios rectores: presunción de inocencia, libertad, favorabilidad, derecho sustancial sobre el adjetivo, corrección sustancial de actos irregulares entre otros.

#### - Presunción de Inocencia

"Toda persona se presume inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".

En el proceso ordinario o extraordinario, es necesario la demostración de responsabilidad y mientras éste transcurre, ha de regir la presunción de inocencia. De ahí que ante la presencia de una causal excluyente de antijuridicidad, de inculpabilidad, o si se quiere de atipi-

cidad, no se observa obstáculo constitucional ni legal, para no dar prioridad al principio de la presunción de inocencia, absolviendo al sindicado.

#### - De la libertad

"Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

Si como consecuencia de todo lo expuesto, el juez en el caso concreto procede a fallar absolutoriamente para el procesado, no podemos olvidar que de conformidad al artículo 415 numeral 3º, dicho pronunciamiento absolutorio conlleva de inmediato el derecho a la libertad provisional del sindicado (jurisdicción ordinaria, y si se quiere en la jurisdicción regional por aplicación del principio de igualdad, lo cual podría ser motivo de otra elaboración teórica), ya que en casos donde se involucre este derecho sustancial y sea ostensible el fallo absolutorio, lo correcto, legal y constitucional, es absolver y ordenar para su reconocimiento efectivo, la libertad.

**Artículo 415, numeral 3º.** "Cuando se dicte en primera instancia, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia absolutoria".

### - De la favorabilidad

"En materia penal y procesal penal de efectos sustanciales, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"

Si por ejemplo, el artículo 37 contuviese un inciso donde se dijera:

"Igualmente el juez podrá absolver en aquellos casos, donde no obstante el sindicado haya aceptado los cargos, no exista prueba de responsabilidad o exista alguna causal excluyente de antijuricidad o culpabilidad", no es un secreto para nadie, que el planteamiento propuesto o el problema, no existiría y no tendría razón de ser ni siquiera su postulación, pero como no existe dicho inciso, si se piensa por innecesario para algunos, o por falta de técnica legislativa, es por ello que hoy, con un criterio hermenéutico, acudimos a la aplicación por integración favorable de la ley, ya que no es oculto, que aceptar y aplicar el planteamiento propuesto de la sentencia anticipada absolutoria conlleva efectos sustanciales favorables para el sujeto *sub judice*, exigiéndose entonces su aplicación al trámite regular y formal, para no someter al sindicado a un proceso penal con innecesaria postergación de su inocencia.

### De la finalidad del procedimiento

"...Y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...", artículo 228 Cons-

titución Nacional: "En la actuación procesal los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad", artículo 9º Código de Procedimiento Penal."

En otras palabras, no debe sacrificarse lo sustancial por mantener las formas.

Así entonces, no es plausible, por no existir legalmente, argüir un procedimiento especial, de improbar cuando se observe posibilidad de absolver y devolver la actuación al Fiscal, para que éste precluya, como ya se dijo, por ser un procedimiento de la audiencia especial, mas no de la sentencia anticipada, de ahí que en aras al cumplimiento y reconocimiento efectivo del derecho sustancial sobre el procedimental, es necesario declarar la inocencia del sindicado, cuando la misma es manifiesta en la actuación adelantada.

Es de advertir que en julio 7 de 1995, el entonces magistrado Dr. Edgar Saavedra Rojas, en salvamento de voto en torno a un fallo de la Corte sobre la sentencia anticipada y su posibilidad de absolución, entre otras cosas expuso:

"Considero un deber moral y profesional resaltar que, desde mi punto de vista, en esta oportunidad la Sala llegó al extremo de rendir culto a la ritualidad, dejando de lado

los principios rectores, las garantías constitucionales y los objetivos que justifican la existencia de las instituciones estatales. Sustento tal afirmación en el hecho de que el artículo 228 de la Constitución Nacional, obliga a los jueces a darle prevalencia al Derecho Sustancial en sus decisiones. Principio que ratifica el artículo 9º del Código de Procedimiento Penal, cuando ordena que "en la actuación procesal, los funcionarios judiciales harán prevalecer el Derecho Sustancial sobre el adjetivo y buscarán preferencialmente su efectividad". La aplicación de esta preceptiva, por tener el carácter de norma rectora, es prevalente sobre cualquier otra disposición y debió ser utilizada como fundamento de la interpretación efectuada por la Sala en fallo que no comparto...".

#### **- De la corrección sustancial de actos irregulares**

"El funcionario judicial está en la obligación de buscar mecanismos de corrección de los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales", artículo 13, Código de Procedimiento Penal.

Advertimos que no nos referimos en este acápite a aquellos casos en los cuales se ha inobservado la ritualidad por el funcionario investigativo, sino en aquellos en los cuales, siendo predicable alguna causal excluyente de acción penal o de

responsabilidad, no se hubiese reconocido por el funcionario instructor, valga decir (atipicidad, prescripción de la acción o causales de inculpabilidad o de justificación, casos en los cuales, proceder por el juez a inobservar o a devolver la diligencia de formulación de cargos, no constituye una verdadera corrección sustancial, sino que lo correcto y sustancial es declarar el derecho, hasta ese momento desconocido.

Si se llega a pensar que actuar de la manera propuesta, es decir, absolviendo en sentencia anticipada, desvertebra la estructura del proceso penal, ello es cierto si lo miramos en su estructura ordinaria, pero como estamos frente a una figura de terminación del proceso extraordinario, en los casos planteados se requiere igualmente una solución, no vista desde el proceder ordinario, que para el caso resultaría formalista, sino que es preciso asumir y reivindicar una solución extraordinaria. Por interpretación y aplicación integrativa favorable, con soporte constitucional (art. 29 CPN) y fundada en norma legal expresa, en donde nos dice que las normas rectoras son prevalentes en su aplicación a cualquier otra norma del Código de Procedimiento Penal (art. 22, C.P.P., Prevalencia de las normas rectoras).

En síntesis, éstas son las razones que proponemos y con las cuales consideramos que en la

forma de terminación extraordinaria del proceso por sentencia anticipada procede la sentencia absolutoria.

5) Aceptaciones parciales en la etapa del juicio y posibilidad o no de sentencia anticipada. Al respecto, el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, dice: "... También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública, el procesado aceptará la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso, la rebaja será de una octava parte de la pena..."

En primer lugar, no podemos pasar por alto, ni mucho menos ser repetitivos, que el sindicado siempre lo que estará aceptando son los cargos y no la responsabilidad que anuncia la norma.

En segundo lugar, tampoco consideramos viable la diligencia de sentencia anticipada, en aquellos casos de unidad investigativa con multiplicidad de investigados o procesados y donde la naturaleza del delito requiere igualmente de múltiple aceptación o prueba común.

Ahora bien, con respecto a la posibilidad de aceptaciones parciales en la etapa del juicio, consideramos pertinente transcribir el numeral 3º del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, que expre-

samente estipula: "Ruptura de la unidad procesal. Cuando se trate de varios procesados o delitos, pueden realizarse aceptaciones o acuerdos parciales, caso en el cual, se romperá la unidad procesal".

Algunos han considerado la imposibilidad de que en la etapa del juicio se lleguen a realizar aceptaciones parciales en torno a los cargos formulados en la resolución de acusación, ya que el artículo 37 en su inciso 5º, dice: "...aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados..."

Sin embargo, con apego lógico a nuestras posturas presentadas, esto es respeto por los principios o tópicos generales del derecho, y al principio de la favorabilidad, estimamos que naturalísticamente es posible que no obstante existir resolución de acusación sobre múltiples delitos, un sindicado o procesado, insista exclusivamente sobre el reconocimiento de su autoría sobre tan solo uno o varios de ellos, sin renunciar a la posibilidad probatoria de su inocencia de otro u otros delitos, de ahí que con un criterio de favorabilidad procesal y en acatamiento a los principios de igualdad ante la ley, y a aquél que expresa que donde la ley no distingue, no le es dable a su intérprete distinguir so pretexto de auscultar su espíritu, la norma o las aceptaciones parciales en la etapa del juicio, son viables y no existe en estricto rigor legal norma que a ello

se oponga, debiendo el funcionario judicial en dichos casos y ante la aceptación parcial, romper la unidad procesal y continuar practicando pruebas en torno al cargo no aceptado, máxime que hablamos del artículo 37 B, que es norma común y propia de la sentencia anticipada del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Verbigracia. Supongamos un proceso por tráfico de drogas y cohecho por dar u ofrecer, donde el sindicado quiera aceptar el tráfico de drogas, pero por las circunstancias modales se niegue a admitir el haber ofrecido dinero o dádiva alguna.

### III- DE LA AUDIENCIA ESPECIAL

Hemos considerado que la audiencia especial como forma de terminación anticipada del proceso penal, más que terminación extraordinaria, es un procedimiento engorroso, nada ágil, en el cual el Estado renuncia, al parecer por ineficacia a su tarea legal y constitucional de administrar justicia entregándola precisamente al investigado.

Queriéndose resaltar de la misma entre otros aspectos, no solo su inconveniencia, sino su propia inutilidad en el proceso penal colombiano, ya que si no existe prueba sobre determinados supuestos del hecho punible y su investigación, la actividad negociadora del Estado, adquiere su importancia por reconocer su propia inoperancia o por la debi-

lidad del procesado frente al Estado; supuestos estos que se evidencian en el inciso final del parágrafo 2º del artículo 37A, cuando expresamente indica:

"El Fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo..."

Conforme a lo expuesto, podemos decir que la audiencia especial como mecanismo negociador para el Estado, vulnera las preceptivas constitucionales de la investigación penal.

De un lado, ante la existencia de la duda probatoria, nuestro Estado en su investigación penal tiene dos caminos, o investigar el delito y su autor, o precluir la instrucción, pero si persistiendo la duda admite y aprueba un acuerdo sobre el delito y la responsabilidad con el sindicado, además de incumplir su función constitucional, genera sin prueba legal de certeza, una condena sin el desarrollo de la investigación integral.

En segundo lugar, y al parecer con proceder maniqueista, si tiene la prueba, ya no admite la negociación sobre el delito y la responsabilidad para el sindicado, continuando si se quiere el proceso ordinario, o en su defecto "obligando" al investigado, conforme la negativa de negociación, a una

sentencia anticipada, constituyéndose además de maniqueista dicho proceder, en un claro prejuzgamiento del funcionario penal, ya que en su momento, cuando advierta al sindicado solicitante, la negativa concurrencia a la audiencia especial, por la existencia de prueba en su contra, solicitud obviamente previa al cierre investigativo, su pronunciamiento negativo hará inferir, como ya se dijo, por la existencia de prueba, la "segura" resolución de acusación.

En síntesis, con la consagración y aplicación de la audiencia especial, consideramos que el legislador lo que ha patentado es un asalto a la lealtad procesal, toda vez que cuando existan dudas sobre la autoría y responsabilidad por el hecho punible, lo procedente es continuar la investigación o en su momento precluir por aplicación del principio del *in dubio pro reo*; pero nunca condenar con el pretexto "de la efectividad del procedimiento".

Las anteriores consideraciones, nos atrevemos a decir, parecen ser inclusive del convencimiento del Fiscal General de la Nación, ya que observado el actual proyecto de Código de Procedimiento Penal, vemos como en su propuesta normativa, del artículo 38 "preclusión de la investigación y cesación de procedimiento.", pasa a la "sentencia anticipada" artículo 39, y de la sentencia anticipada al artículo 40 de la "conciliación". No incluyendo

en lo absoluto la audiencia especial como forma de terminación anticipada del proceso penal.

Para concluir, de manera sintética, nos permitiremos resaltar algunos aspectos por los cuales consideramos más conveniente, ágil, legal y ética, la diligencia de la sentencia anticipada que la de la audiencia especial, como formas de terminación extraordinaria del proceso:

- En la sentencia anticipada no se discute ni se llega a acuerdo acerca de la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, simplemente se presentan los cargos.

- En la sentencia anticipada, el juez únicamente interviene para aprobar o no los cargos formulados, sin necesidad de formular observaciones ni citar a una nueva diligencia.

- En la sentencia anticipada, de no aceptar el sindicado los cargos planteados, ello no da lugar a causal de impedimento procesal, mientras que de conformidad al artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, numeral 12, ello sí ocurre en la audiencia especial cuando no se llega a ningún acuerdo, generando lo anterior, claras trabas al proceso investigativo.

- El sindicado que se acoge a la sentencia anticipada, en la etapa de la investigación, siempre obtiene

una disminución punitiva fija, que es de una tercera ( $1/3$ ) parte o si es en la etapa del juicio se hace acreedor a una octava ( $1/8$ ) parte de la pena,

mientras que en la audiencia especial el reconocimiento de rebajas oscila entre una sexta ( $1/6$ ) parte y una tercera ( $1/3$ ) parte de la pena.

1948

1. The first part of the report...

2. The second part of the report...

3. The third part of the report...

4. The fourth part of the report...

5. The fifth part of the report...

6. The sixth part of the report...

7. The seventh part of the report...

8. The eighth part of the report...

9. The ninth part of the report...

10. The tenth part of the report...

11. The eleventh part of the report...

12. The twelfth part of the report...

13. The thirteenth part of the report...

14. The fourteenth part of the report...

15. The fifteenth part of the report...

16. The sixteenth part of the report...

17. The seventeenth part of the report...

18. The eighteenth part of the report...

19. The nineteenth part of the report...

20. The twentieth part of the report...

21. The twenty-first part of the report...

22. The twenty-second part of the report...

23. The twenty-third part of the report...

24. The twenty-fourth part of the report...

25. The twenty-fifth part of the report...

26. The twenty-sixth part of the report...

27. The twenty-seventh part of the report...

28. The twenty-eighth part of the report...

29. The twenty-ninth part of the report...

30. The thirtieth part of the report...

1949

1. The first part of the report...

2. The second part of the report...

3. The third part of the report...

4. The fourth part of the report...

5. The fifth part of the report...

6. The sixth part of the report...

7. The seventh part of the report...

8. The eighth part of the report...

9. The ninth part of the report...

10. The tenth part of the report...

# COMENTARIOS A LA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL. RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES

Dr. Hugo Alberto Castaño Z.\*

SUMARIO: I- Introducción. II- Apuntes previos sobre el lenguaje jurídico. III- La competencia desleal. Un régimen normativo. A- El valor de las cláusulas generales. B- Requisitos del acto desleal en el mercado colombiano. 1- Es un acto institucional. 2- Es un acto desleal. 3- Que se califique objetivamente. 4- Que sea de peligro. 5- Es un acto de mercado. C- Clasificación relevante. D- Diligencias preliminares y medidas cautelares en las acciones de competencia desleal. IV- Bibliografía.

## I- INTRODUCCIÓN

En su libro *El Concepto de Derecho*<sup>1</sup> -convertido en punto de referencia insoslayable dentro de la problemática actual de la filosofía del derecho- el profesor inglés H.L.A. Hart, al cuestionar el tradicional planteamiento Kelseniano que entiende el derecho como un sistema normativo hermético, sin lagunas y omnicompreensivo de cuanta situación con alcance jurídico se pueda presentar en una determinada sociedad, señala que el

derecho presenta una textura abierta, esto es... "las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla"... "... Sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas..."<sup>2</sup>.

A partir de este planteamiento de la filosofía analítica se pretende señalar que la normatividad vigente en materia de medidas cautelares dentro de todo el marco de represión a los comportamientos constitutivos de competencia desleal en el mercado colombiano, presenta una

---

\* Abogado, profesor universitario.

<sup>1</sup> Hart, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, 2ª ed., Ed. Abeledo Perrot, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, 1977.

<sup>2</sup> Ob. cit., pág. 15.

predominante "zona de penumbra", que avoca a los distintos operadores jurídicos a comprometerse con el análisis de los particulares intereses en conflicto, para garantizar una tutela efectiva y al mismo tiempo, el equilibrio procesal pertinente.

El hecho en sí, no resulta perturbador. Lo que sí inquieta de manera puntual es la forma en que se está afrontando y enfrentado dentro del debate sobre competencia desleal esa "zona de penumbra" normativa, por la falta de preparación de los distintos sujetos procesales, pero en especial del fallador a quien debería indicársela que no se está ante una decisión de absoluta discrecionalidad y que por lo tanto deberá fundarse no solo en la regla, que podría resultar oscura y ambigua, sino en los principios y valores constitucionales, los cuales tienen una gran significación al momento de interpretar y poner en práctica el nuevo régimen para la represión de los actos desleales en el mercado colombiano, ya que el actual sistema económico colombiano que se deriva de la Constitución, tiene como base la conformación de una economía social de mercado, la cual le impone al Estado la obligación de impedir que la libertad de competencia pueda verse falseada por prácticas desleales susceptibles de perturbar el correcto funcionamiento del mercado y garantizar la protección del consumidor en su calidad de parte débil en las relaciones típicas del mismo.

Hasta hace muy pocos años - dos para ser más precisos- la solución de los conflictos etiquetados como de competencia desleal, debía nutrirse de fuentes distintas a la legislación, convirtiéndose la doctrina y la jurisprudencia en disciplinas auxiliares y auxiliadoras para la construcción de una teoría coherente sobre el tema. El aporte legislativo fue demasiado precario, erigiéndose tal circunstancia en un factor determinante -según algunos entendidos- para que esta disciplina fuera objeto de una mirada escéptica: por un lado, por su falta de coerción, dada la poca calidad y flexibilidad del aparato sancionador y por el otro, su carencia de rigor y coherencia, especialmente por la distinta edad y origen de las escasas normas existentes sobre el particular.

Todo ello determinó que el régimen de competencia desleal apareciera descontextualizado y que bajo su amparo proliferaran distintas prácticas concurrenciales incorrectas, en detrimento de un transparente tráfico mercantil.

En especial los sistemas jurídicos de América Latina, evidenciaban tales carencias, en la medida en que se continuaba fiel a un esquema proteccionista de sus economías que propiciaba el aislamiento de los productores locales de la competencia foránea al igual que de los desarrollos de la doctri-

na, la jurisprudencia y la legislación extranjera sobre esta materia.

La situación descrita, avocó a distintos gobiernos, tanto de la región como del mundo entero, a plantearse la necesidad de expedir normas jurídicas idóneas para encauzar las crecientes luchas concurrentiales.

Coyunturalmente debe destacarse el proceso "aperturista" de las economías y la exigencia de homogeneización de los ordenamientos jurídicos de los diferentes países, con el fin de garantizar niveles similares de seguridad jurídica a los empresarios de la nueva economía transnacional, como factores determinantes en el impulso de este afán regulatorio.

El cambio de paradigma proteccionista de nuestras economías y una nueva visión empresarial frente a la necesidad de renovación e innovación de estrategias comerciales, dieron lugar a que se privilegiara una mayor libertad empresarial, pero al mismo tiempo se detectaran los riesgos que en ejercicio de dicha libertad se cometieran abusos. Surgió así la prioridad de homologar en el plano orbital, los sistemas jurídicos internacionales de represión a comportamientos comerciales desleales y de esta manera, allanar los procesos de integración regionales que actualmente se llevan a cabo en el mundo.

Como necesario presupuesto a esta actitud de la comunidad internacional, sus integrantes se encontraron el imperativo de reforzar sus sistemas jurídicos locales, teniendo como premisas a: la importancia de incentivar una libre competencia y la prohibición de comportamientos, pueden implicar una restricción a la competencia. b. impedir que al competir, se utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo.

En nuestro país, con esta orientación, se expidió la Ley 256 del 15 de enero de 1996, que según su exposición de motivos, incorporó un marco jurídico acorde con los nuevos criterios internacionales para sancionar la competencia desleal, a la vez que armonizó este régimen con los principios y valores presentes en la Constitución Económica consagrada en la Carta de 1991.

Ante las grandes "zonas de penumbra" que en materia de medidas cautelares presenta la ley, tal como se intentará demostrar en el presente trabajo, se precisa capacitar adecuadamente a los jueces competentes para conocer los asuntos sobre actos desleales en el mercado, de tal manera que cuenten al momento de su decisión, con criterios axiológicos y principialísticos que emanan de nuestra Carta, amén de todas las directrices de origen doctrinal sobre la institución de la competencia desleal en sus variadas manifestaciones.

## II- APUNTES PREVIOS SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO

La palabra, ese trasunto espiritual que separa al hombre de las demás especies animales, si bien posee atributos más terribles que las armas que la especie humana ha ideado en medio de su afán suicida, también tiene virtudes regeneradoras que se evidencian y enaltecen, cuando el verbo se sublima en el intercambio de pensamientos y de ideas. Cuando no uno, sino dos o más seres humanos, se comunican sus diferencias, sus semejanzas, bien para tratar de vencerlas, bien para conciliar sobre ellas o bien para pactar la convivencia en medio de la consustancial disimilitud del hombre; cuando esa comunicación nace, surge el diálogo como sublimación de la palabra.

El diálogo es el intercambio racional, honesto y respetuoso entre hombres iguales en dignidad.

Pese a la claridad y aceptación unánime de lo afirmado, la complejidad del lenguaje como mecanismo de comunicación, como relación unívoca entre significante y significado, como *convención*; no ha sido, ni es actualmente, un tópico pacífico: distintas disciplinas (semiología, semiótica, semántica, retórica, lingüística, hermenéutica, argumentación, filosofía y otras tantas) se disputan, desde diferentes perspectivas y persiguiendo diferentes fines, un mismo objeto: el trasfondo de las

palabras, de los signos y de la acción comunicativa en general.

Ya San Agustín en su libro *De la Doctrina Cristiana*, dividió a los signos en naturales y convencionales. Los primeros son aquellos que con independencia de toda intención o deseo de usarlos como signos, conducen al conocimiento de algo distinto; así por ejemplo, el humo es signo de fuego. La conexión se basa en una regla de la experiencia. Los signos convencionales en cambio, son aquellos que los seres vivos intercambian mutuamente con el propósito de mostrar sus sentimientos, percepciones o pensamientos. Entre estos signos, el lugar principal corresponde a las palabras. En cuanto signos convencionales, ellas afectan el espíritu según las convenciones vigentes en la comunidad en que cada hombre vive, y afectan los espíritus de los distintos hombres de distinta manera. Ello es así porque esas convenciones son diferentes. Los hombres no se han puesto de acuerdo en usar las palabras como signos porque éstas tengan ya significado; por el contrario, ellas tienen significado ahora porque los hombres se han puesto de acuerdo al respecto.

La distinción entre signos naturales y convencionales, y la inclusión de las palabras entre los últimos, ha sido temática corriente durante el presente siglo. Empero, el afán -hecho expreso por algunas

variantes de este pensamiento- de buscar el significado "intrínseco", "verdadero", o "real" de las palabras con absoluta abstracción de las reglas de su uso que les asignan tal o cual función, ha fracasado de manera estruendosa, pues las palabras no tienen significado en ese sentido; simplemente tienen usos. No hay nada divino o mágico acerca de "justicia" o "libertad"; sólo son parte del aparato verbal de que nos valemos para describir y criticar ciertos tipos de conducta humana. Ellas no son el nombre de ideas o arquetipos, porque no son el nombre de nada. Conocer su significado, es saber cómo usarlas correctamente, esto es, de modo de hacerlas generalmente inteligibles.

Ya lo afirmaba Ludwig Wittgenstein -un destacado filósofo del lenguaje- en su *Tractatus Lógico-Philosophicus*<sup>3</sup>:

*"La filosofía apunta a la clarificación lógica de los pensamientos. La filosofía no es un cuerpo de doctrinas sino una actividad. Una obra filosófica consiste esencialmente en elucidaciones. La filosofía no conduce a "proposiciones filosóficas", sino más bien, a la clarificación de proposiciones. Sin la filosofía, los pensamientos son, por así decirlo, nebulosos e in-*

*distintos: su tarea es hacerlos claros y darles límites precisos".*

El discurso jurídico como estructura lingüística (entendido como lenguaje natural o como lenguaje formal; la diferencia para el caso deviene inútil), no es ajeno a la problemática que se acaba de describir y en tanto lenguaje, precisa de la formulación de convenciones unívocas sobre lo que en un determinado contexto quiere significar. Las personas que como legisladores, doctrinantes, funcionarios, docentes, litigantes y en general los sujetos que oficiamos como operadores del discurso jurídico, tenemos que "convenir" sobre el alcance y significado de las distintas expresiones que lo integran. De lo contrario, llegaríamos a una tan preocupante situación como la descrita en el pasaje bíblico de la "Torre de Babel", donde al hablarse diferentes lenguajes, la comunicación resulta imposible.

### III- LA COMPETENCIA DESLEAL. UN RÉGIMEN NORMATIVO CON TEXTURA ABIERTA

Dada la diversidad de conductas que podrían constituir deslealtad en el libre ejercicio del comercio, resulta bastante difícil elaborar una definición holística, en la que puedan tener cabida no solo las modalidades desleales actualmente conocidas, sino además todas aquellas que podrían surgir en el futuro

<sup>3</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Lógico-Philosophicus*, 4.12.

con ocasión de la evolución permanente de las formas y los medios para competir.

Tal dificultad común a los distintos ordenamientos de occidente comienza con la misma definición institucional, pues no ha resultado tarea fácil el establecimiento de criterios unívocos y universales para calificar la "deslealtad" de un determinado acto en el mercado.

Para salvar este escollo, se ha recurrido a criterios flexibles y amplios que permitan que sea el intérprete, auxiliado de unas pautas generales, quien determine la deslealtad de un específico comportamiento, esté ya reconocido como tal o que sin estarlo, así pueda reputarse. Dicho recurso se conoce como "cláusulas generales", es decir, la norma constituida por criterios amplios y elásticos a partir de los cuales los distintos operadores jurídicos pueden visualizar una conducta del tráfico mercantil y determinar si ella encuadra en el supuesto normativo, objeto de análisis.

#### A- EL VALOR DE LAS CLÁUSULAS GENERALES

Con la utilización de las cláusulas generales se empezó a catalogar como desleal, todo acto competitivo que resulte contrario a fórmulas tan amplias como *las buenas costumbres* (en las leyes alemana y austriaca), *los principios de corrección profesional* (en el Código Civil

italiano), *la buena fe* (en la Ley Suiza), o los *usos honestos en materia industrial y comercial* (Convenio de París, art. 10 bis).

De este modo, las cláusulas generales permiten a las legislaciones contemporáneas, resumir su criterio valorativo de la ilicitud de las conductas, de una manera bastante flexible, lo cual implica:

Por una parte, no solo la inclusión de las prácticas más comunes de competencia desleal, sino aquellas aún no "teorizadas" como tales, de carácter atípico y marginal.

Y por otra parte, evita la rápida obsolescencia de las normas sobre la materia, en virtud del apareamiento de novedosas formas para competir, que en muchos casos se pueden convertir en fuentes de abuso.

Siguiendo la tendencia actual de la legislación extranjera, la Ley 256 de 1996, consagra en el artículo 7º, una cláusula general en la que define la competencia desleal como:

*"Todo acto o hecho que se realice en el mercado, con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o en el funcionamiento concurrencial del mercado".*

Se puede concluir que estamos en presencia de un acto desleal cuando éste riñe con *la probidad comercial* (sanas costumbres mercantiles, buena fe comercial o usos honestos industriales y comerciales), o cuando esté encaminado a afectar o afecte la *libertad de decisión del consumidor*, o en general cuando afecte el normal *funcionamiento concurrencial* del mercado.

Un aspecto destacable en la normatividad vigente, consiste en que en el proceso de la calificación de deslealtad del acto, no se basa exclusivamente en criterios que interesan a los comerciantes o empresarios, sino que además da cabida a los intereses colectivos de los consumidores y los intereses sociales del Estado, es decir, la deslealtad del acto se debe calificar a la luz de la no vulneración de cualquiera de los intereses protegidos. Todo lo cual contrasta con nociones de la figura que sólo se referían a comerciantes y fabricantes y exclusivamente prevenían la confusión y el desprestigio del competidor empresario.

La figura se ha pulido, ha evolucionado, y hoy por hoy, comprende conductas muy variadas: la publicidad mentirosa, las indicaciones falsas de calidad de los productos, el acaparamiento, la especulación, la publicidad comercial que se hace por sistemas de bonificación al consumidor cuyo costo se imputa a las

mercancías, e inclusive la usurpación marcaría.

De la misma manera, una de las mayores fortalezas de la nueva legislación, tiene que ver con la cobertura subjetiva, pues las disposiciones punitivas se dirigen a sectores de la economía, quienes -pese a ser agentes de violaciones a la regulación concurrencial- no eran destinatarios de las normas sobre competencia desleal y por lo tanto, las consecuencias jurídicas sancionatorias no les eran aplicables, tales como los artesanos, los agricultores, los profesionales liberales, etc.

## B- REQUISITOS DEL ACTO DESLEAL EN EL MERCADO COLOMBIANO

Siguiendo la filosofía y exigencias de legislaciones europeas, nuestra legislación contempla los siguientes requisitos: que sea institucional, que sea desleal, que se califique objetivamente, de peligro y de mercado.

### 1- ES UN ACTO INSTITUCIONAL

El ejercicio de cualquier derecho en los estados modernos, debe realizarse en el marco filosófico y teleológico dentro de la institución dentro de la que se sitúa.

La Ley 256 de 1996, regula los actos desleales desde esta óptica institucional, pues se considera que con su realización se violenta la institución de la libre actividad económica y la libre competencia.

Nuestra Carta define su vocación social a partir de la afirmación de una economía social de mercado, donde la libre competencia está llamada a cumplir un papel social con prevalencia de los intereses colectivos sobre los individuales.

## **2- ES UN ACTO DESLEAL**

El retorno a la problemática de la dificultad definitoria se hace necesario, pues el adjetivo "desleal" constituye un vocablo con "polisémico" con un alto contenido valorativo, que posibilita múltiples lecturas. Algunos doctrinantes han señalado la conveniencia de utilizar términos que describan el mismo fenómeno, pero que resulten más precisos.

Se han intentado -sin éxito a mi manera de ver- algunas expresiones equivalentes pero igualmente problemáticas por su connotación valorativa: "incorrecto" o "indebido". Finalmente, se ha propuesto la expresión "ilícito" que sí comporta un referente objetivo, pues en ella encajan todo acto contrario al derecho.

Pese a lo anterior, la tendencia universal enfila sus esfuerzos en hacer de la institución algo más maleable, a partir de la implementación de las cláusulas generales.

## **3- QUE SE CALIFIQUE OBJETIVAMENTE**

Antes de la puesta en vigencia de la legislación actual, la competencia desleal se soportaba en un elemento subjetivo de mala fe, de

intencionalidad del comerciante a causar daño a través de sus prácticas.

Uno de los avances que presenta la normatividad que se analiza, tiene que ver con la calificación objetiva del acto, que es objetiva, no en tanto sea susceptible de una adecuación típica sino que el acto revele su finalidad concurrencial, situación que se presume, cuando el acto por las circunstancias en que se realiza, aparece objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado.

## **4- QUE SEA DE PELIGRO**

Tal y como se desprende de lo expresado por los artículos 8º a 19 de la Ley 256 de 1996, la sola peligrosidad intrínseca del acto resulta suficiente para considerarlo desleal, lo que posibilita su represión por su sola potencialidad dañina (tener por objeto) o por la ocurrencia efectiva del daño (como efecto).

Lo anterior resulta bastante importante en relación con el contenido de las acciones que se pueden impetrar:

*La acción declarativa de condena*, que reprime a posteriori la comisión del comportamiento desleal (como efecto).

*La acción preventiva o de prohibición*, dirigida a evitar que el daño se produzca como consecuencia de una determinada conducta (tener por objeto).

### 5- ES UN ACTO DE MERCADO

Otro cambio radical se opera con la Ley 256 de 1996, consiste en que para que el acto desleal tuviera trascendencia jurídica, debía operarse en un escenario de competencia.

Ya no se requiere que la conducta calificada de desleal, acontezca en una relación de competencia entre varios empresarios, basta que sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los actores del mercado o simplemente tenga la potencialidad de distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo.

Establecidos los requisitos del acto desleal en el mercado colombiano conviene para efectos de reiterar la afirmación sobre la textura abierta de las normas en esta materia, aludir a la clasificación general que se hace de los comportamientos concurrenciales, a partir del interés protegido que en mayor medida afecta y que resulta relevante con relación a la textura abierta de las normas analizadas.

#### C- CLASIFICACIÓN RELEVANTE

1- Actos desleales que afectan en mayor medida el interés privado de los competidores

a- Actos encaminados a la desorganización de la actividad económica del competidor.

- Violación de secretos.

- Sustracción de los trabajadores de conocimiento del competidor.

- Fomentar o suscitar conflictos laborales que afecten la actividad económica del competidor.

- Inducción a ruptura contractual.

- Restricción a la circulación de materias primas, productos terminados y servicios usados por un competidor.

- Pactos desleales de exclusividad.

- Entorpecer la distribución de los bienes y servicios de un competidor.

b- Actos encaminados a afectar los medios de captación y conservación de clientela.

- Explotación de la reputación ajena.

- Actos de confusión.

- Actos de engaño.

- Actos de descrédito.

- Actos de comparación.

- Actos de imitación.

- Lesión del derecho de propiedad industrial.

2- Actos que atentan en mayor medida contra el interés colectivo de los consumidores

- Publicidad desleal.

- Ofrecimiento desleal de bonificaciones, regalos, primas y su-puestos análogos.

- Discriminación contra el consumidor.

3- Actos que atentan contra el interés público del Estado.

#### D- DILIGENCIAS PRELIMINARES Y MEDIDAS CAUTELARES EN LAS ACCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL

Con el propósito de garantizar una tutela judicial efectiva, quien impetre una acción contra el realizador de actos desleales en el mercado, la legislación vigente permite la solicitud de la práctica de diligencias preliminares para la comprobación de hechos que puedan constituir actos desleales. De la misma manera puede invocar como medidas cautelares, la cesación provisional del acto, así como las demás medidas cautelares que resulten pertinentes, las cuales se regirán por lo dispuesto en los artículos 568 del Código de Comercio y los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.

Se reitera la presencia de la llamada "medida cautelar innominada" que aparecía ya consagrada en el antiguo artículo 75 del Código de Comercio, cuando expresaba: "El juez antes del traslado de la demanda, decretará de plano las medidas cautelares que estime necesarias, siempre que a la demanda se acompañe prueba plena aunque sumaria de la infracción y preste caución que se le señale para garantizar los perjuicios que con esas

medidas pueda causar al demandado o a terceros durante el proceso".

Se deja al criterio del juez la determinación del decreto de medidas cautelares que estime pertinentes, abriendo de esta manera un abanico de posibilidades que pondrían en tela de juicio, la prédica tradicional sobre la taxatividad de las medidas cautelares. ¡Una inquietante zona de penumbra!

La situación no cambió con la expedición de la Ley 256 de 1996, cuyo artículo 33 deroga entre otros, los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, pese a que supuestamente en ella se trazan nuevas directrices.

La nueva disposición sobre medidas cautelares corresponde al artículo 31, cuyo texto se transcribe y se pasa a analizar, pues de su contenido literal no se deduce una reducción de lo que a lo largo de este escrito se ha denominado "zona de penumbra":

**Medidas Cautelares.** *Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las medidas cautelares que resulten pertinentes.*

*Las medidas previstas en el inciso anterior, serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente, podrán*

*adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las 24 horas siguientes a la prestación de la solicitud.*

*Si las medidas se solicitan antes de ser interpuesta la demanda, también será competente para adoptarlas el juez del lugar donde el acto de competencia desleal produzca o pueda producir sus efectos.*

*No obstante, una vez presentada la demanda principal, el juez que conozca de ella, será el único competente en todo lo relativo a las medidas adoptadas.*

*Las medidas cautelares en lo previsto por este artículo, se regirán de conformidad con lo establecido en el artículo 568 del Código de Comercio y en los artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.*

Conviene detenerse en la consagración simultánea de medidas cautelares definidas o nominadas; la cesación provisional de los actos de competencia desleal y medidas innominadas; las demás medidas cautelares que resulten pertinentes, pues da ocasión a la formulación de la pregunta atinente a la independencia o conexidad de las mismas: ¿será el juez competente para decretar cualquier medida cautelar autónoma o aislada, o sólo aquéllas dirigidas a lograr la cesación provisional de los efectos de la competencia desleal? El punto no es claro. El profesor Hernán Fabio López

Blanco, opta por la conexidad entre las medidas nominadas y las innominadas; opinión que comparto a partir de la necesidad de rescatar el fundamento teórico de las cautelares, para impedir que se conviertan en socorridos expedientes para introducir tratamientos discriminatorios en el proceso y romper de esta manera su equilibrio.

La aspiración de un lenguaje jurídico claro y unívoco, se ve nuevamente frustrada cuando se observan algunas expresiones normativas infortunadas: "comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma", a solicitud de persona interesada, el juez decretará la cesación provisional.

Sobre tales expresiones se ciernen una serie de interrogantes:

◆ Si no resulta posible abstraernos del significado de la expresión "comprobada", en su acepción de situación o hecho respecto del cual ya se verificó su procedimiento de acreditación y los medios arrimados fueron objeto de evaluación, entonces, ¿Qué sentido tendría adelantar el proceso?

◆ ¿Qué otro significado le podemos atribuir?

◆ ¿En qué escenario distinto al proceso jurisdiccional, se puede "comprobar" la realización del acto constitutivo de competencia desleal?

◆ ¿Será necesario adelantar todo el trámite de comprobación, para luego obtener el decreto de la medida cautelar, desnaturalizando esta última?

◆ ¿De qué manera se garantizaría el debido proceso?

◆ ¿Si la medida cautelar es provisional, para qué implementarla frente a una situación que luce como definitiva?

◆ ¿Se limita el papel del fallador a homologar esa comprobación?

◆ ¿En qué queda la aplicación del principio universal del *fomus boni iuris* o apariencia del buen derecho?

◆ ¿Se está garantizando la tutela a partir de la simple apariencia del buen derecho, o se está exigiendo una certeza de la existencia del mismo?

◆ ¿Si la realización del acto de competencia desleal está comprobada -lo cual supera con creces la apariencia del buen derecho- qué sentido tiene el otorgamiento de la caución?

◆ ¿No sería más adecuado exigir una prueba sumaria acerca de la realización del acto desleal como presupuesto para el decreto de cesación provisional, que permita su debate en el curso del proceso?

De otro lado, la exigencia aparece completamente descontextualizada, pues la misma norma -artículo

31- en su inciso final dispone que para la práctica de las medidas cautelares se seguirán los parámetros fijados por el artículo 568 del Código de Comercio y éste sólo exige "prueba sumaria de la usurpación". Lo cual llevaría a pensar de una manera mucho más coherente con la "sistemática cautelar" que sólo debería exigirse prueba sumaria, máxime, si tenemos en cuenta que para viabilidad de las llamadas "diligencias preliminares de comprobación" sólo se exige "prueba sumaria".

Ésta es sólo una interpretación. Será fundamentalmente la jurisprudencia la encargada de definir este asunto, auxiliada por los distintos recursos a su alcance.

Otro aspecto, atinente tanto a la imprecisión del lenguaje normativo utilizado "zona de penumbra", como a las contradicciones que puede generar, se refiere a lo previsto en el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 256:

Se dispone que las medidas cautelares serán de aplicación preferente, lo cual no constituye novedad, pues en idéntico sentido se pronuncia el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil.

Señala igualmente que "en caso de peligro grave e inminente, podrán adaptarse sin oír a la parte contraria y dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la solicitud".

Se imponen nuevamente algunas preguntas:

◆ ¿Qué se debe entender por peligro grave e inminente?

◆ ¿Acaso la medida cautelar - particularmente la previa- no supone la ausencia de conocimiento de la contraparte?

◆ ¿Se supone que si no existe o el funcionario no califica la situación como de peligro grave e inminente, se deberá oír -entiéndase- notificar a la parte afectada con la medida antes de su efectividad?

Se quiere concluir señalando que dada la imprecisión terminológica imperante y probablemente necesaria en las normas que regulan los comportamientos desleales en el mercado colombiano, se precisa de un fallador capacitado para suplir los vacíos normativos y resolver las contradicciones del mismo origen, auxiliándose de los principios constitucionales sobre el funcionamiento de una economía social de mercado en la que la libre competencia no constituye licencia

para la práctica de conductas desestabilizadoras del mercado.

#### IV- BIBLIOGRAFÍA

**Almonacid Sierra**, Juan Jorge y otro, *Derecho de la Competencia*, 1ª ed., Ed. Legis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

**Gacharná**, María Consuelo, *La Competencia Desleal*, 1ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1982.

**Hart**, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, 2ª ed., Ed. Abeledo Perrot, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, 1977.

**López Blanco**, Hernán Fabio, *Las Medidas Cautelares*. Su regulación en el Código de Comercio de Colombia, publicado en las memorias de las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Comercial, 1ª ed., Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santa Fe de Bogotá.

**Velásquez Restrepo**, Carlos Alberto, *Instituciones de Derecho Comercial*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1996.