



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia
Colombia

Toscano López, Fredy Hernando

Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal

Revista de Derecho Privado, núm. 24, julio-diciembre, 2013, pp. 237-257

Universidad Externado de Colombia
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537442010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Aproximación conceptual al “acceso efectivo a la administración de justicia” a partir de la teoría de la acción procesal

FREDY HERNANDO TOSCANO LÓPEZ*

SUMARIO: I. Premisa. II. La distinción teórica entre el derecho subjetivo y el derecho al proceso judicial: antesala al derecho de acción; III. Dimensión constitucional del derecho de acción; IV. La distinción conceptual entre el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia; V. Consideraciones para la construcción del concepto del “acceso efectivo a la administración de justicia como derecho fundamental”. A. Aspecto subjetivo; B. Aspecto objetivo. C. El derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia en sentido amplio y en sentido restringido. Conclusión.

RESUMEN: La teoría de la acción procesal en su sentido abstracto puede servir de fundamento para la construcción conceptual del derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia, puesto que solo bajo dicha concepción es posible afirmar que todo sujeto de derecho, tenga o no la razón desde el punto de vista del derecho sustancial, tiene que ser escuchado en el proceso. Así las cosas, este derecho fundamental deja de ser una simple institución teórica o formalista, para convertirse en un elemento esencial al Estado de derecho, pues legitima al proceso judicial como genuino instrumento institucionalizado de solución pacífica de controversias (heterocomposición), al contribuir con la proscripción de la justicia por mano propia.

PALABRAS CLAVE: debido proceso, acceso a la justicia, acción procesal.

* Profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [itzfredytoscano@hotmail.com]. Fecha de recepción: 15 de enero 2013. Fecha de aceptación: 18 de marzo 2013.

A conceptual approach to the "effective access to Justice" in the procedural action theory

ABSTRACT: The procedural action theory, in its abstract sense, can be the basis for the conceptual construction of the fundamental right to effective access to Justice, taking into account that only under its conception is possible to argue that all the rights-holders either they are right or wrong, have the right to be heard in the process, according to the substantive law. Therefore, this fundamental right is no longer a theoretical or formalistic institution but an essential element of the Rule of Law, which legitimizes the judicial process as a genuine instrument for the peaceful settlement of disputes (heterocomposition), and it also contributes to the proscription of citizen's idea of taking justice into their own hands.

KEYWORDS: Due process, access to justice, legal action.

I. PREMISA

El artículo 229 de la Constitución Política Colombiana de 1991 establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia, pero treinta años antes, en redacción similar, la Constitución española de 1978 ya había consagrado ese mismo derecho fundamental bajo el nombre de "derecho a la tutela judicial efectiva", por lo que una mirada a dicho ordenamiento jurídico puede contribuir a su mejor entendimiento en nuestro país.

La experiencia española muestra que la indeterminación conceptual de este derecho fundamental ha sido aprovechada en forma irregular por litigantes en todo tipo de procesos judiciales (civiles, mercantiles, laborales, etc.), ora para dilatar las decisiones judiciales ordinarias (interponiendo acciones de amparo) o para hacerse dar la razón a toda costa, a punto de considerarse como una clara fuente de congestión judicial (cerca del 80% de los asuntos de los que conocía el tribunal constitucional a 2008 se refería a este derecho, y en la mayor parte tales causas no prosperaban a falta de trascendencia constitucional¹).

Dado que nuestra norma constitucional fue claramente influenciada por su equivalente española, no resulta ilógico pensar que la indeterminación conceptual del "derecho a la tutela judicial efectiva" (español) se traslade a nuestro derecho fundamental a "acceder a la administración de justicia" (en adelante "AEA"), abriendo la puerta a la congestión judicial y a la invasión de competencias del juez constitucional hacia el juez de la legalidad ordinaria, por lo que conviene aportar desde ahora los elementos para su correcta construcción teórica en Colombia.

¹ Sólo en el año 2008, ingresaron 10.410 asuntos, de los cuáles 9.118 fueron recursos de amparo en los que se invocaba la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (dato a 11 de noviembre de 2008): véase [www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/default.aspx].

Las líneas que siguen pretenden responder la siguiente cuestión: ¿a partir de qué elementos es posible construir una noción adecuada que permita delimitar el derecho fundamental AEAJ en Colombia? Se considera, luego de un breve análisis de la experiencia española y de su incorporación en nuestra Carta Política, que la respuesta más plausible ha de encontrarse en la teoría procesal de la acción en sentido abstracto, que permite a todo ciudadano poner en marcha el aparato jurisdiccional del Estado, téngase o no la razón desde el punto de vista sustancial.

Seguir el derrotero trazado por el concepto procesal de la *acción en sentido abstracto* permitirá fijar unos límites ciertos para establecer hasta dónde puede protegerse el AEAJ, evitando así que se convierta, por el manido uso y abuso, en una especie de "cajón de sastre", en el que quepa aquello que no cabe en ningún otro derecho fundamental (especialmente en el debido proceso), y para que las acciones constitucionales no se conviertan en una instancia más de todo proceso judicial, para hacerse dar la razón a costa de la seguridad jurídica.

II. LA DISTINCIÓN TEÓRICA ENTRE EL DERECHO SUBJETIVO Y EL DERECHO AL PROCESO JUDICIAL: ANTESALA AL DERECHO DE ACCIÓN

En todo proceso judicial es posible distinguir entre el *derecho subjetivo* que se quiere hacer valer (derecho de crédito, derecho a obtener una declaración y condena, etc.) y el derecho a obtener su satisfacción mediante una sentencia judicial. Esta diferencia conceptual fue expuesta por la doctrina italiana a comienzos del siglo XX y constituyó el punto de partida para dar autonomía al derecho procesal² respecto de otras ramas del derecho. Y tras esa primera escisión, siguieron otros ejercicios conceptuales en torno al *proceso* y a la *jurisdicción*, cuya elaboración aspiró a plasmarse en las codificaciones procesales.

En sus orígenes, la relación surgida entre *el sujeto* (usuario de la justicia) y *el Estado* (administrador de justicia) podría explicarse en los siguientes términos: lesionado el derecho de un individuo, ese derecho *se ponía en movimiento* haciendo legítimo ejercitar una demanda ante el *Estado* para hacer valer su propio interés privado, aun a costa del sujeto pasivo. De esta concepción emergen dos rasgos que vienen a caracterizar la incipiente noción de derecho de acción: 1) su carácter dependiente del derecho sustancial y 2) su preponderante esencia privada.

En efecto, si solo el titular de un derecho subjetivo tiene derecho a acudir a los tribunales³, ello implica que *el acceso a la jurisdicción* está reservado para quien "tenga la razón", pero para saber quién tiene la razón se debe tramitar un proceso y emitir

² Se recuerda para tal fin el día 3 de febrero de 1903 en la Universidad de Bolonia, fecha en la que GIUSEPPE CHIOVENDA pronunció su ensayo "L'azione nel sistema dei diritti", aun cuando para esa época ya los alemanes Windscheid y Muther habían debatido en torno a la acción. Ver S. SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso*, t. I, Buenos Aires, Ejea, 1959, 230-231.

³ Cfr. RAMÍREZ ARCILA, C., *Derecho procesal*, Bogotá, Librería del Profesional, 2001, 25, y DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., 175.

una sentencia, de tal manera que, bajo esta concepción, el "derecho a la acción" no es más que un *apéndice* del derecho sustancial. De otro lado, como en el Estado liberal la acción constituye el instrumento para garantizar la efectividad de las posiciones sustanciales que el Estado burgués le confiere a los ciudadanos⁴, como los provenientes del mercado, de la propiedad y del derecho de crédito, la jurisdicción se deja en manos del querer del sujeto, librado a su *autonomía*, lo que limita el papel del Estado⁵.

El punto de inflexión se produjo al distinguirse entre el derecho que se pretende hacer valer (subjetivo material) y el derecho mediante el cual se hace valer (derecho subjetivo procesal), lo que permitió al *derecho de acción* cobrar autonomía, puesto que, bajo esta concepción, toda persona, tenga o no la razón, tiene derecho a acceder al proceso, sea que le asista o no la razón⁶. Se supera así la tesis de la acción como derecho de contenido concreto que permite a su titular obtener una sentencia favorable, imponiéndose la idea de la acción en sentido abstracto⁷.

A partir de esta distinción, la acción asumió una configuración propia, cuyas características son: i) Se trata de un derecho público por cuanto se ejercita ante el Estado (personificado en el juez), y 2) Es un derecho abstracto en tanto derecho "continente" y no de "contenido, y autónomo respecto del derecho subjetivo que se pretende hacer valer en juicio"⁸. Pero aun dentro de este concepto amplio (abstracto) de acción hubo que definir si este habría de entenderse: 1) Como un "Derecho subjetivo procesal de las partes"⁹ o, 2) Como un "Poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión"¹⁰.

La nota distintiva entre las anteriores definiciones estriba en su naturaleza jurídica, esto es, depende de si la acción es un *derecho* o un *poder* jurídico. La tesis más plausible consistió en considerar, como lo hizo Chiovenda, que la acción era una especie intermedia entre uno y otro, lo que denominó, con base en ZITELMANN¹¹, un *derecho potestativo*¹², lo cual explica cómo, a pesar de que toda persona sea titular de la acción, solo la voluntad (potestad) del sujeto determina su puesta en marcha.

⁴ Cfr. MARINONI, G., *El derecho fundamental de acción en la constitución brasileña*, trad. Abraham Luis Vargas, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* n.º 34, 2008, 4.

⁵ SORMAN, G., *El Estado mínimo*, Buenos Aires, Atlántida, 1986, 16.

⁶ Esta es la teoría de la acción en sentido abstracto. Cfr. COUTURE, E. *Introducción al estudio del proceso civil*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1953, 12.

⁷ Cfr. MONTERO AROCA, J., *El derecho procesal en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, 66.

⁸ PEYRANO J.W., *El proceso atípico*, Buenos Aires, E.U. Universidad, 1993, 48.

⁹ CARNELUTTI, F., *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1952, 316.

¹⁰ COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., 47.

¹¹ Cfr. TARUFFO, M., *Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción*, trad. Juan Carlos Guayacán, en *Revista de Derecho Privado* n.º 12-13, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 136.

¹² "Se trata de un derecho que se traduce en un poder jurídico, y por esto se oponen tanto a los derechos reales como a los personales [...] 'La acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley': DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., 178.

El otro rasgo asumido por la acción consistió en descubrir su faceta "pública", la que se explica al entender que en el proceso judicial convergen distintos intereses: 1) "[E]l derecho subjetivo material [que] tiene por contenido la prevalencia del interés en *litis*, y por sujeto pasivo, a la otra parte", y 2) "[E]l derecho subjetivo procesal [que] tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la *litis*, y por sujeto pasivo, al juez"¹³. Esta distinción hace posible identificar dos relaciones jurídicas que se desenvuelven en él¹⁴: 1) Una relación de naturaleza privada suscitada entre las partes contendientes, y 2) Otra relación de naturaleza pública, que tiene lugar entre las partes respecto del Estado¹⁵.

En virtud de la primera relación, el demandante se dirige en contra del demandado para la satisfacción de su pretensión; y como consecuencia de la segunda relación, se acciona frente al Estado para que ejerza la función jurisdiccional¹⁶, lo que también corresponde a dos ideologías concretas, a saber: 1) Una liberal, fundada en la prevalencia del interés de la persona en ver realizado su derecho sustancial, y 2) Una ideología autoritaria, que da mayor trascendencia a la función jurisdiccional del Estado, que concibe al proceso como la oportunidad para confirmar su autoridad. Bajo esta explicación, pronto hubo de desvelarse que en la resolución de litigios es también preponderante el interés público.

La asimilación de las mencionadas ideas respecto de la acción (y en particular la tesis de Chiovenda) se resalta en este punto, porque a la postre contribuyó al ulterior entendimiento del AEAJ, pues en virtud de este derecho toda persona puede ejercer la acción (en sentido abstracto) para poner en marcha la función jurisdiccional con miras a resolver un litigio¹⁷.

III. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCIÓN

Paralelo al anterior ejercicio conceptual, ya en el ámbito constitucional, la acción comenzaba a ser concebida como una especie dentro del genérico "derecho fundamental de petición"¹⁸ ejercido ante las autoridades judiciales, lo que permitió

¹³ COUTURE, *Fundamentos*, cit., 57.

¹⁴ Cfr. CALAMANDREI, P, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1943, 177.

¹⁵ Esta visión contribuye a la denominada dimensión "publicista" de la acción, o también "publicación del proceso", del cual es tributaria la emblemática Ordenanza Procesal austríaca de 1895, del ministro F. Klein, así como el Código de Procedimiento Civil italiano de 1940.

¹⁶ Cfr. WACH, A., *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, Ejea, 1953, 12.

¹⁷ Este aporte ha sido puesto en evidencia por Taruffo, para quien "[u]na función muy importante ha sido efectivamente desarrollada por la construcción realizada por Chiovenda de un concepto general y unitario de acción. Si bien se trata de una afirmación no verificable, me parece que se puede decir que sin tal elaboración habría sido muy difícil, si no imposible, llegar a la formulación de la garantía fundamental de la acción y del acceso a la tutela jurisdiccional que está contenida en el inciso 1 del artículo 24 de la Constitución Italiana": TARUFFO, "Consideraciones", cit., 138.

¹⁸ Derecho fundamental que en la actualidad reconoce la Constitución española en su artículo 29.1: "Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por

encuadrarla desde entonces como derecho cívico, inalienable, inherente a la personalidad, a través del cual se pone en relación a los particulares con el Estado¹⁹, generando la obligación correlativa de este último de conceder una respuesta a lo solicitado²⁰, y caracterizado por su desarrollo legislativo²¹, en especial mediante normas relativas a la organización del poder judicial²² y a la responsabilidad judicial²³.

Lo anterior allanó el camino hacia la concepción actual del derecho al AEAJ, en cuya virtud se entiende que "el derecho de Acción, o sea el derecho a dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia (el derecho de obrar en sentido abstracto), así como el derecho inviolable de defensa, entran directamente en el campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a todos"²⁴.

Las transformaciones sociales suscitadas a comienzos del siglo XX llevaron a configurar el Estado moderno como social y democrático de Derecho, dando prevalencia a los derechos fundamentales y a sus mecanismos de protección, lo que sin duda afectó el concepto del derecho de acción, la función judicial²⁵ y la forma como las personas, ya no subordinados, sino protagonistas de la acción estatal, interactúan con el Estado.

Las principales características del Estado de derecho²⁶, y de sus distintos matices²⁷, que hicieron posible la entrada del derecho de acción en el ámbito constitucional, pueden contraerse a: 1) Considerar que el poder público está al

escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley". Así mismo, la Constitución colombiana en el artículo 23: "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

¹⁹ Cfr. RAMÍREZ ARCILA, ob. cit. 88.

²⁰ En el caso colombiano, "[a]ntes, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, toda su teoría [del derecho a la tutela judicial efectiva] se elaboraba a partir del derecho de petición. Hoy en torno al nuevo programa constitucional, este derecho además de tener un compartimiento propio, el del art. 229, se proyecta a través de todo el proceso": RAMÍREZ, G., *Principios constitucionales del derecho procesal*, Medellín, Señal Editora, 2004, 136.

²¹ Por ejemplo, en el artículo 1.7 modificado del Código Civil español se establece: "Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes establecido".

²² Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990, 25.

²³ Puesto que, una vez instaurada la acción, nace respecto del funcionario judicial la obligación de pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

²⁴ RAMÍREZ ARCILA, ob. cit., 74.

²⁵ "El Estado no puede ser otra cosa que la personificación del orden jurídico, no un poder extrajurídico, incontrolable o incontrolado. El Estado no puede ser más que generador de derecho, creador de orden jurídico al cual se encuentra sujeto y por él limitado": SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de Derecho administrativo*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, 389.

²⁶ "Las características generales que corresponden, como exigencias básicas indispensables para todo auténtico Estado de Derecho, pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes notas: a) imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; b) división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; c) legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial; d) derechos y libertades fundamentales:

servicio de la persona humana, quien pasa de súbdito del Estado a destinatario final de sus actuaciones; 2) El sometimiento de todos los poderes públicos al derecho y la proscripción de la arbitrariedad²⁸; 3) La obligación del Estado de ir más allá de la consagración formal de los derechos, imponiendo a la función jurisdiccional su satisfacción material²⁹; 4) El principio democrático que favorece la participación de las personas en la creación, ejecución y aplicación de las leyes, que obliga a los jueces a escuchar los argumentos de las partes en el ejercicio de sus intereses³⁰, y 5) La primacía de los derechos fundamentales y la creación de instrumentos para su protección propia del Estado social de derecho.

En síntesis, "[e]l derecho fundamental a una tutela judicial efectiva es de aplicación en toda sociedad democrática occidental. En realidad, analizado desde una perspectiva jurídica, es un elemento indispensable del concepto de Estado de derecho. Siempre que un derecho subjetivo sea contemplado por un ordenamiento jurídico, el Estado de derecho exige que tal derecho pueda ser judicialmente protegido y, eventualmente, ejecutado cuando sea ignorado o transgredido"³¹.

Este fue el contexto idóneo para que el derecho de acción cobrara mayor autonomía respecto del derecho de petición, esta vez como derecho fundamental independiente a acceder a la justicia, lo que ocurre en el contexto de "la consagración constitucional de los nuevos derechos económicos y sociales paralela a la del Estado-providencia, [lo que] transformó el derecho del acceso efectivo a la justicia en un derecho bisagra, un derecho cuya denegación acarrearía la de todos los demás"³².

Este derecho fundamental al AEAJ se plasmó en los textos constitucionales a lo largo del siglo XX, dentro de la dinámica de la constitucionalización de la garantía procesal de acceso al proceso judicial, textos entre los que debe destacarse: 1) La enmienda VI de la Constitución Norteamericana, que establece: "En toda causa

garantía jurídico-formal y efectiva realización material": DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, 28.

²⁷ El Estado social de derecho se concibe como "fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal y, sobre todo, del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter social, que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas": *ibid.*, 91-92.

²⁸ "El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de sus direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos": ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1992, 21.

²⁹ RAMÍREZ GÓMEZ, *Principios constitucionales del derecho procesal*, cit., 133.

³⁰ Cfr. BERNAL PULIDO, C., *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 335.

³¹ FERNÁNDEZ MARTÍN, J., "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario, Evolución y alcance", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, n.º 3, 1994, 860.

³² BOAVENTURA DE SOUSA, S., *De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la posmodernidad*, trad. Consuelo Bernal, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 2006, 201.

criminal, el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial", y 2) El artículo 24.2 de la Constitución española, que reza: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado".

Se consagró también en normas internacionales tales como: 1) La Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, artículos 8: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes", y 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad"; 2) La Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950, en su artículo 6.1, establece: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial"; 3) La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en el artículo 8, relativo a las "garantías judiciales", dispone: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", bajo el entendido de que "es a través del proceso como se refleja el correcto funcionamiento de cualquier Estado de Derecho"³³; 4) La Carta de Niza de 2000, en su artículo 45, manada: "Todo individuo tiene derecho a que su causa sea examinada equitativa y públicamente y dentro de un término razonable por un juez independiente e imparcial preconstituido por la ley. Todo individuo tiene la facultad de hacerse asesorar, defender y representar".

El propósito de tal movimiento también fue asegurar la eficacia de los derechos sustanciales, reforzando su protección procesal frente a los posibles abusos del poder ejecutivo y legislativo, lo que explica la consagración del AEAJ en países como Italia³⁴, España³⁵ y México³⁶.

Cada ordenamiento jurídico ostenta sus propias características, resaltándose el caso italiano, donde no se consagró un mecanismo constitucional para su protección³⁷. Esto último puesto en evidencia por Cappelletti, quien en 1969 reflexionó al respecto en los siguientes términos:

³³ PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 11.

³⁴ "Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y legítimos intereses [...]. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento".

³⁵ Art. 24.1 C.E.: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

³⁶ Art. 17 de la constitución mexicana de 1917. OVALLE FAVELA, J., *Bases constitucionales para un proceso civil justo*, en *XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2007, 775.

³⁷ FIGUERUELO BURRIEZA, ob. cit., 33.

El sistema de justicia constitucional presenta, por tanto, dos tipos de limitaciones. En primer lugar, a fin de que el individuo pueda llevar un acto legislativo al examen de la Corte Constitucional, debe ser parte en un procedimiento jurisdiccional normal—civil, penal, administrativo— en el cual la ley inconstitucional sea relevante. En segundo lugar, la Corte Constitucional debe limitarse a examinar la legitimidad, desde el punto de vista de la Constitución, de las leyes o actos que tengan fuerza de ley, pero no de otros actos de imperio, o sea de actos jurisdiccionales o administrativos³⁸.

Las constituciones portuguesa (1976³⁹) y brasileña (1988⁴⁰), por su parte, agregan al contenido de la tutela judicial efectiva la garantía de no sustraer determinadas materias del conocimiento judicial para ser conocidas por instancias administrativas. Entretanto, en Alemania, la ausencia de norma constitucional expresa relativa al AEAJ llevó a su construcción doctrinal y jurisprudencial⁴¹ con base en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, como cláusula que garantiza a los particulares el acceso a la justicia por violaciones de la administración.

Históricamente, el derecho al AEAJ en Alemania e Italia ha sido explicado como una reacción a los regímenes políticos de la Segunda Guerra Mundial, caracterizados por denegar el acceso a la justicia a determinados sectores de la población⁴². Su elevación a rango constitucional tuvo el doble propósito de impedir futuros abusos y devolver la confianza en la administración de Justicia⁴³. Superada esta etapa, el papel del derecho fundamental al AEAJ no será tanto alcanzar los fines mencionados, cuanto mantener su continuidad y desarrollo, trasformando las instituciones tradicionales del derecho procesal.

En el ordenamiento español, del cual es tributario el constitucionalismo colombiano,

... el Art. 24 de la Constitución tiene la virtualidad de consagrar como derechos fundamentales de la persona lo que al mismo tiempo son garantías generales de los demás derechos y libertades, de tal manera que el ciudadano no sólo se encuentra hoy con que la forma natural de protección de sus derechos fundamentales es la de acudir a los Tribunales por vía de un proceso rodeado de determinadas garantías, sino que esas mismas garantías son proclamadas igualmente como derechos susceptibles

³⁸ CAPPELLETTI, *Las garantías constitucionales*, cit., 529.

³⁹ Art. 32.7: "Ninguna causa podrá ser sustraída a los Tribunales cuya competencia esté fijada por jueces anteriores".

⁴⁰ Art. 5 XXXV: "La ley no excluirá de la apreciación del poder judicial la lesión o amenaza de un derecho".

⁴¹ Especialmente a partir de la interpretación del artículo 19.4 ("Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer del recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios").

⁴² Cfr. SAÉZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, 29.

⁴³ Cfr. FIGUERUELO, ob. cit., 32.

de infracción y a su vez, de la protección constitucional específica que proporciona el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁴.

IV. LA DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE EL DEBIDO PROCESO Y EL ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El derecho fundamental al debido proceso, originariamente concebido como la prohibición de sufrir prisión, confiscación o destierro, salvo celebración de un juicio previo⁴⁵, ha venido extendiéndose como una de las mayores garantías contra la arbitrariedad estatal en la formación de las decisiones jurisdiccionales, administrativas y legales. Es actualmente un derecho de participación que

... confiere a los individuos o grupos contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la *chance* de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan de dicho proceso. El debate procesal representa un valor de interacción humana en la cual la persona afectada experimenta al menos la satisfacción de participar en la decisión que vitalmente le concierne y la expectativa de recibir una explicación de las razones sobre la decisión que la afecta⁴⁶.

A pesar de su cercanía con el derecho fundamental al AEAJ, es conveniente enfatizar su distinción, por cuanto su origen y desarrollo es diverso⁴⁷, aun cuando en los tiempos que corren estas nociones conviven en las constituciones de los países occidentales. En efecto, distingue Díez Pícazo:

... el derecho de acceso a los tribunales es una creación del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX y tiene como objetivo elevar a la categoría de Derecho fundamental una exigencia inherente a la idea de Estado de Derecho, a saber: que todos los derechos e intereses legítimos –esto es, cualesquiera situaciones jurídicamente relevantes– pueden ser, llegado el caso, defendidos ante un genuino órgano judicial, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia⁴⁸.

Lo anterior se resalta por cuanto, al hacer su ingreso al ámbito de la cultura continental europea, muchos de los elementos del debido proceso ya estaban

⁴⁴ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, 460.

⁴⁵ De esta manera, se trata de ubicar el origen del debido proceso en el párrafo 39 de la Carta Magna, erigida en 1215. Cfr. ESPARZA, I., *El principio del proceso debido*, Barcelona, Bosch, 1995, 15.

⁴⁶ OTEIZA, E., "El debido proceso, evolución de la garantía y autismo procesal", en AA.VV., *Debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, 7-8.

⁴⁷ "El proceso justo [es] de origen anglosajón y la tutela judicial efectiva, de la Europa continental": BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, ARA, 2001, 50.

⁴⁸ Díez Pícazo, L., *Sistema de derechos fundamentales*, cit., 425.

presentes en el concepto de Estado de derecho⁴⁹, lo que dificultó en un principio su coexistencia, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial⁵⁰.

La explicación más plausible para dar cuenta de la relación entre el derecho al AEAJ y el debido proceso es considerar que aquel es presupuesto de este⁵¹, pues "para qué hablar de debido proceso si antes no se garantiza el acceso a las Cortes y Tribunales"⁵². Recálquese también que el debido proceso tiene mayor amplitud al aplicarse a todo tipo de procesos administrativos, legales y judiciales (con especial trascendencia en el proceso penal), en tanto la AEAJ se aplica solo para el proceso judicial. Esta última distinción es evidente en el caso español, donde la tutela judicial efectiva y el debido proceso se regulan en párrafos separados del artículo 24, lo que indica su distinción conceptual⁵³, pero también su interdependencia práctica de cara a brindar una mejor administración de Justicia. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español precisó:

El artículo 24 de la Constitución, en sus dos epígrafes, previene dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el segundo de ellos apunta preferentemente a las llamadas garantías procesales [...] mientras que el primero, al proclamar el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, establece una garantía, previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto⁵⁴.

Ello ocurre también en el caso colombiano, donde el "debido proceso" se erige en el extenso artículo 29 C.P. como derecho fundamental, mientras que tímidamente en el artículo 229 C.P.⁵⁵ aparece el derecho a acceder a la administración de Justicia⁵⁶, que por vía de interpretación doctrinal⁵⁷ y jurisprudencial se erige en genuino derecho fundamental.

⁴⁹ Ibid., 16.

⁵⁰ Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, *El derecho a probar*, cit., 48-49.

⁵¹ Cfr. VACAS GARCÍA-ALÓS, L., *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso administrativo*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1996, 16.

⁵² RAMÍREZ GÓMEZ, *Principios constitucionales*, cit., 136.

⁵³ "El párrafo primero (art. 24.1) tiene su punto de mira en el derecho del administrado al control judicial de los actos de la administración, y el párrafo segundo (art. 24.2) en los procesos penales": SAEZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, 29.

⁵⁴ Sentencia STC 46/1982 de 12 de julio (F.J. 2).

⁵⁵ Ubicado en el capítulo 1, "De las disposiciones generales", título VIII, "De la rama judicial": "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

⁵⁶ "No existe en la Constitución artículo con contenido similar [se refiere al art. 24.1 C.E.], pero éste pudiera construirse a partir del Preámbulo cuando declara como valor y fin la justicia, el artículo 2.º, al señalar como fin del Estado la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y los artículos 228, 229 y 230 al estatuir como principios la prevalencia del derecho sustancial, el libre acceso a la administración de justicia y el imperio de la ley": RAMÍREZ GÓMEZ, ob. cit., 230.

V. CONSIDERACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL "ACCESO EFECTIVO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA" COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Habiéndose expuesto en los anteriores apartados la concepción más depurada de la acción, así como la institucionalización del AEAJ en las constitucionales occidentales, pasa a explicarse a continuación el vínculo que existe entre una y otra noción, el que pudiera explicarse en términos de "continente a contenido", esto es que el derecho fundamental a acceder a la Justicia, como derecho "a algo", no puede ser definido sino como "el derecho a ejercer el derecho de acción", bajo las condiciones que tradicionalmente se han exigido de esta noción procesal.

Aun cuando no se descubre nada nuevo en la anterior aseveración, resultara útil delimitar el mencionado derecho fundamental, a fin de que el mismo no se convierta en una especie de cajón de sastre en el que quepa casi todo, desvirtuando su utilización.

A. Aspecto subjetivo

Puestos en la tarea de esclarecer las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que se tiene derecho a acceder a la administración de justicia, la primera consideración será la relativa a su dimensión subjetiva. Desde esta perspectiva, toda persona nacional o extranjera⁵⁷, física o jurídica (en razón a que las personas jurídicas también tienen intereses legítimos cuya protección merece protección⁵⁹), así los particulares y entidades públicas⁶⁰, tendrían la posibilidad de ejercer este derecho, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones relacionadas con la capacidad (para ser parte y procesal) y su acreditación, so pena de frustrar su ejercicio.

Y es que la puesta en marcha del aparato judicial, en aquellos eventos en los que rige el sistema dispositivo (como en el proceso civil), solo se logra a través de la formulación previa de una demanda con una pretensión concreta respecto

⁵⁷ QUINCHE RAMÍREZ, M., *Vías de hecho, Acción de tutela contra providencias*, 4.ª ed., Bogotá, Ibáñez, 2008, 210.

⁵⁸ Este derecho fundamental es connatural a la persona con independencia de su ciudadanía o nacionalidad. En tal sentido la sentencia STC 107/1984 y posteriormente las STC 99/1985 del 30 de septiembre, 115/1987 del 7 de julio, 95/ 2003 del 22 de mayo y 11/2005 del 31 de enero.

⁵⁹ Cfr. PIÑEL LÓPEZ, E., "El derecho a la tutela judicial efectiva por los Tribunales de justicia", en *Revista del Poder judicial*, vol. 1, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1983, 285.

⁶⁰ En la STC 45/2004 del 23 de marzo se dijo que las entidades públicas tienen este derecho siempre que estén en un plano de igualdad respecto a los particulares. En Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido dicho derecho respecto de personas jurídicas en la sentencia T-606/2003 del 23 de julio, M.P.: Álvaro Tafur Galvis: "El debido proceso y el acceso a la justicia se atribuyen a las personas, naturales y jurídicas, porque son derechos que se basan en la capacidad de obrar de unas y otras, no en la naturaleza de su personalidad".

del demandado (principio *nemo iudex sine actore*). En virtud de lo anterior es posible deslindar las actividades que corresponden a las partes de las que compete ejercer al juez⁶¹, por lo que el derecho a acceder al proceso siempre existe, pero *en estado de latencia*, a la espera de su ejercicio por parte del sujeto activo⁶². Puede invocar este derecho, con miras a su protección constitucional, quien tiene calidad de *parte procesal*⁶³, aunque lo relevante no es la calidad jurídica con que se pretenda actuar en el proceso, sino la determinación de intereses jurídicamente tutelados que el sujeto pretenda hacer valer en el proceso, por lo que este derecho también puede ejercerlo un eventual tercero⁶⁴.

El derecho fundamental bajo estudio tendría como sujeto pasivo al Estado, lo que implica: 1) Que la acción procesal se dirija siempre en su contra y no respecto del demandado (sea este particular o entidad pública)⁶⁵; 2) Que no se pueda hablar de su violación cuando la causa de la lesión sea el actuar negligente de quien la invoca y no la acción u omisión estatal⁶⁶, y 3) El nacimiento de obligaciones puntuales respecto de todos los poderes del Estado, en especial del legislativo y judicial, las cuáles podrían hacerse exigibles a través de los mecanismos de tutela constitucional.

Respecto de la última característica, recábase que al poder legislativo compete el desarrollo de las condiciones bajo las cuales es posible acceder a la Justicia, reglando dos aspectos: 1) La regulación normativa de las "técnicas adecuadas a la efectividad de la tutela jurisdiccional, las cuales no son más que respuesta del Estado a su deber de protección"⁶⁷, y 2) La creación de los procedimientos especiales que permitan una mejor respuesta a las particularidades del derecho material o a las características de sus titulares.

Lo primero significa que "el Estado [da] al individuo la facultad de pedir protección jurídica, que puede comprender, para un mismo hecho generador, la instrucción de diversos procesos, tendientes: a asegurar el derecho (acción cautelar

⁶¹ DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., 60.

⁶² "El derecho se tiene antes del proceso, existe con anterioridad al proceso, pero sólo mediante él puede ejercitarse y ser satisfecho": DE LA OLIVA, ob. cit., 69.

⁶³ Esto es: "aquella(s) persona(s) que solicita(n) y contra quien(es) se solicita, en nombre propio, la tutela judicial estatal": ROSENBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil*, t. 1, 5.ª ed., Buenos Aires, Ejea, 1995, 211.

⁶⁴ "Quien, en el momento de trabarse la relación jurídico-procesal, no tiene la calidad de parte por no ser demandante ni demandado, pero que una vez que interviene, sea voluntariamente, por citación del juez, o llamado por una de las partes principales, se convierte en parte, es decir, ingresa al área del proceso": PARRA QUIJANO, J., *Los terceros en el proceso civil*, 6.ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2001, 21.

⁶⁵ Esta es una de las características de la teoría del derecho de acción en sentido abstracto.

⁶⁶ Sentencia STC 260/2005 del 24 de octubre, FJ. 3: "no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando esta sea debida a pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que le representen o defiendan". En igual sentido STC 101/1989 del 5 de junio, FJ. 5, y STC 109/2002 del 6 de mayo, FJ. 2.

⁶⁷ MARINONI, L., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. Aldo Zela, Lima, Palestra, 2007, 227.

o de prevención), a restablecer en procedimiento sumario (interdictos, juicios ejecutivos) o en procedimiento ordinario⁶⁸. Lo segundo trae como consecuencia la creación de nuevos cauces o formas procesales acordes con las nuevas necesidades de los derechos sustanciales en litigio, lo que permite distinguir entre una tutela judicial ordinaria (la que se lleva a cabo a través del proceso tradicional) y la tutela judicial privilegiada o diferenciada (se realiza por procesos especiales)⁶⁹.

La vigencia del derecho fundamental bajo análisis impone al legislativo crear procesos judiciales idóneos y regular eficazmente los procedimientos que rigen el desenvolvimiento de tales procesos⁷⁰, mientras al poder judicial lo obliga a interpretar y aplicar las normas procesales en forma que la acción y la contradicción transcurran libres de obstáculos no justificados.

B. Aspecto objetivo

El derecho fundamental bajo análisis tiene un contenido cierto y complejo, construido por vía jurisprudencial a partir de un amplio catálogo de las hipótesis que lo han obstaculizado.

A partir de los criterios tradicionales de clasificación de los derechos fundamentales, por su evolución (derechos civiles, políticos o sociales) y estructura (derechos de defensa, de participación o de prestación), aun cuando no se ajustan rígidamente a este derecho, podrían servir para perfilarlo como un derecho político que asegura la gestión democrática de un asunto público, como es la justicia, y también es un derecho prestacional, por cuanto faculta a su titular a "utilizar una utilidad colectiva o servicio público"⁷¹, a la vez que se trataría de un derecho "de defensa", pues implica un *hacer* y una obligación de abstención por parte del Estado⁷².

"La estructura fundamental de un derecho a algo es la siguiente: <RabG>. En esta fórmula <R> es el operador jurídico que indica que se trata de un derecho, <a> es el titular del derecho, el destinatario del derecho y <G> el objeto del

⁶⁸ PODETTI, J.R., *Teoría y técnica del proceso civil. Ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino*, Buenos Aires, ADIAR, 1963, 138.

⁶⁹ Cfr. MONTERO AROCA, *El derecho procesal en el siglo XX*, cit., 65-66.

⁷⁰ Tales como las etapas de admisión de la demanda, de adopción de medidas cautelares, del decreto y práctica de pruebas, así como de las alegaciones y recursos en los procesos tradicionales. Es en esta dimensión en la que se aconseja implantar la oralidad como instrumento técnico para una mejor justicia; con mayor concentración e intermediación se gana en celeridad procesal, lo que de paso contribuye a la tutela judicial efectiva. (Aun cuando no podrían endilgarse a la forma escrita todos los males del proceso actual y encargar a la oralidad la misión de corregir todos sus yerros). Cfr. ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO N., *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. 1, México, D.F., Universidad Autónoma de México, 1992, 83.

⁷¹ Díez PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, cit., 44.

⁷² Ibid. Cfr. 42-43.

derecho"⁷³, fórmula que puede aplicarse al derecho fundamental en estudio, de tal manera que "la AEAJ" presenta esta estructura: <RabG>, donde <R> es el operador jurídico encargado de aplicar este derecho; el sujeto activo, es decir toda persona titular de esta garantía es representado como <a>; el Estado preponderantemente, en sus poderes legislativo y judicial, corresponde a ; y el contenido prestacional de este derecho que tiene lugar antes, durante y después del proceso, es identificado con <G>⁷⁴.

Caracteriza este derecho la necesidad de que se ejerzca a través de los "cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal: pero ni el legislador podría poner obstáculo al derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53 C.E.), ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio sólo por Ley puede regularse"⁷⁵. Lo anterior, por cuanto la administración de justicia ha "pertenecido siempre al núcleo duro de las funciones estatales y, en consecuencia, dejan muy poco margen de apreciación al legislador a la hora de regular el acceso a la prestación y el contenido de la misma"⁷⁶.

Ello también implica la existencia de un *poder jurídico*⁷⁷ para el sujeto activo, que se traduce en la obligación del Estado de no impedir el ejercicio de la acción exigiendo formalidades fútiles vertidas en normas procesales, por lo que, además, tiene el deber de remover en la práctica los obstáculos para la satisfacción del derecho sustancial⁷⁸.

C. El derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia en sentido amplio y en sentido restringido

La construcción conceptual del AEAJ puede adelantarse a partir de sus principales atributos, lo que permite distinguir entre las definiciones que entienden que este derecho impone una obligación al Estado de proveer un medio, y las que entienden que implica garantizar un resultado concreto. Ello equivale a entenderlo en

⁷³ BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 24.

⁷⁴ La determinación del contenido de la tutela judicial efectiva, que ocurre a través de la deducción caso a caso por parte de los tribunales constitucionales a partir de las amplias e indeterminadas fórmulas constitucionales que consagran este derecho, será objeto de análisis posterior.

⁷⁵ STC 99/1985 del 30 de septiembre. En igual sentido lo estima la Corte Constitucional colombiana: "debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio": sentencia C-318/1998, del 30 de junio, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁶ DÍEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, ob. cit., 44.

⁷⁷ Cfr. PECES-BARBA, ob. cit., 451.

⁷⁸ Por ejemplo la organización y puesta en marcha de la asistencia letrada, de abogados de "pobres", etc.

un sentido restringido (cuando se limita a garantizar el acceso al proceso y a los recursos) o en sentido amplio (si además de lo anterior comprende el derecho a obtener una decisión judicial de fondo y a que esta sea ejecutada).

En sentido amplio "permite al que se considera con algún derecho, acudir a un órgano imparcial del Estado, que le atienda, verifique su razón y, si procede, se le haga efectivo"⁷⁹. Por ello, no se agotaría en el acceso a los jueces y tribunales, ni en tramitar ante estos sus pretensiones, ni se "limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también, que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado"⁸⁰. Participa de esta teoría DE LA OLIVA SANTOS quien lo considera "un verdadero derecho de los particulares, de los sujetos jurídicos, al desarrollo del proceso civil, esto es, al inicio y continuación de la actividad jurisdiccional hasta su terminación por un enjuiciamiento sobre el fondo"⁸¹.

Así también Figueruelo Burrieza cuando afirma el "derecho a la jurisdicción como instrumento para hacer valer sus derechos y obtener una satisfacción de éstos a través de la decisión judicial"⁸². También expone esta idea BARTOLOMÉ CENZANO, para quien este derecho constituye "un derecho de contenido amplio que no se agota en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los tribunales de justicia y pueda incoar y defender una pretensión jurídica con igualdad frente a otras partes procesales, agotando todos los medios procesales admisibles; tampoco se limita solo a garantizar la obtención de un fallo sobre el fondo del asunto fundado en derecho; exige también que este se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho íntegramente"⁸³; y así también se expresa BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT⁸⁴, entre otros.

Este derecho fundamental, en su sentido restringido, consiste en "un derecho fundamental universal, que protege el que todas las situaciones jurídicas puedan ser sometidas a un proceso judicial y que en el mismo los tribunales actúen perfectamente"⁸⁵, lo que supone entenderlo como un conjunto de límites a la actividad jurisdiccional, una especie de "derecho a no padecer resoluciones anó-

⁷⁹ BOTELLO GÓMEZ, B., *Algunas reflexiones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional y a un proceso civil sin dilaciones indebidas*, Sevilla, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1994, 11.

⁸⁰ CANO MATA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional*, Madrid, EDESA, 1984, 13.

⁸¹ DE LA OLIVA, ob. cit., 20-21.

⁸² FIGUERUELO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, ob. cit., p. 25, quien más adelante agrega: "el derecho a un procedimiento que finalice con una sentencia sobre el fondo".

⁸³ BARTOLOMÉ, C., *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 222.

⁸⁴ El derecho a la tutela judicial efectiva asegura a toda persona el acceso a jueces y tribunales a fin de obtener una sentencia de fondo que decida sus pretensiones. Cfr. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, 101.

⁸⁵ BORRAJO INIESTA, ob. cit., 22.

malas, irracionales o arbitrarias, [que] no garantiza el acierto judicial ni tampoco a una decisión judicial que favorezca la ejecución de la sentencia, o una respuesta de fondo en fase de recurso, ni siquiera una primera respuesta judicial al conflicto planteado por los ciudadanos"⁸⁶. Por esta misma razón no es posible sostener que sea parte del derecho fundamental al AEAJ el derecho a obtener una sentencia favorable, como lo sostuviera la doctrina⁸⁷, pues además de erróneo sería inconveniente porque colapsaría la tarea del juez ordinario, que no podría realizar sus funciones genuinas y actuaría en la práctica como un tribunal más de la jurisdicción ordinaria, valorando pruebas y aplicando el derecho infraconstitucional al caso concreto⁸⁸.

La obtención de una sentencia *de fondo* se encuentra condicionada a la existencia de los "presupuestos procesales" relacionados con la capacidad (para ser parte y la procesal), la demanda en forma⁸⁹, la jurisdicción y competencia del juez, la legitimación en la causa activa y pasiva, así como la ausencia de algún evento capaz de terminar anormalmente el proceso (como la transacción o la declaratoria de perención por inactividad del demandante)⁹⁰; y la sentencia *favorable* es resultado de la suma de los anteriores elementos, aunados a la existencia real del derecho sustancial alegado (no sometido a condición o plazo), a la acreditación de los hechos en que se funda la pretensión y a que no prospere ninguna de las excepciones⁹¹ ni defensas esgrimidas por el demandado.

Los demás aspectos del derecho fundamental al AEAJ relacionados con el acceso al proceso, al recurso judicial o a la ejecución de la sentencia, también se encuentran condicionados al cumplimiento de requisitos de procedibilidad de la acción y a la inexistencia de causales de inadmisión o rechazo de la demanda.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia ha optado por un concepto de AEAJ en sentido amplio que permite: "acudir a la administración de justicia para la resolución de los conflictos particulares o para la defensa del ordenamiento jurídico"⁹², poniendo de relieve "que las decisiones que se tomen en ejercicio de éste deber constitucional, deben ser igualmente eficaces, es decir, que las mismas deben contener una resolución clara, cierta, motivada y jurídica de los asuntos que generaron su expedición"⁹³.

⁸⁶ SAEZ LARA, ob. cit., 14.

⁸⁷ Acosta Estévez afirma que "la acción es un derecho concreto, ya que no es el derecho a obtener una sentencia cualquiera sobre el fondo, sino a obtener una sentencia favorable, es decir a obtener la tutela jurídica solicitada": ACOSTA ESTÉVEZ, ob. cit., 70.

⁸⁸ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al derecho procesal*, 3.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007, 119.

⁸⁹ Esto es, que la demanda no sea confusa o imprecisa de tal forma que impida al juez saber lo que se pretende.

⁹⁰ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., 280.

⁹¹ Así también por haber prosperado una excepción previa que da lugar a la terminación del proceso.

⁹² Corte Constitucional, C-1083/2005, de 24 de octubre, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

⁹³ Corte Constitucional, T-954/2006, de 17 de noviembre, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Lo anterior, a pesar de que la Constitución de 1991 erigió solamente el derecho a acceder al proceso judicial en su artículo 229⁹⁴, siendo el intérprete constitucional el encargado de dotarlo de contenido, hasta el punto de que hoy se concibe como la "posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes"⁹⁵.

Se debe considerar como plausible aquel concepto que más se acerque a la noción tradicional de la acción en "sentido abstracto", por cuanto, se repite, es sobre esta que recae el AEAJ. Se trata entonces de un derecho subjetivo procesal de toda persona a obtener del Estado una decisión judicial de fondo, que supone el agotamiento de sucesivas fases en las que se desenvuelve el proceso: 1) El derecho a acceder al proceso y a su desarrollo; 2) El derecho a que el proceso concluya mediante sentencia de fondo y el derecho a su impugnación, y 3) El derecho a su ejecución.

CONCLUSIÓN

Los hallazgos en torno a la teoría de la acción procesal pueden servir de fundamento para la construcción conceptual del derecho fundamental al AEAJ. De esta manera, se resalta que en su origen la acción procesal se percibía como un elemento dependiente del derecho sustancial que se pretendía hacer valer, y su naturaleza jurídica era preponderantemente privada, lo que daba a entender, erróneamente, que solo quien tuviese la razón podría accionar.

Pero la teoría de la acción "en sentido abstracto", que hizo posible cobrar autonomía al derecho procesal respecto del sustancial, permite entender que exista un derecho fundamental a ingresar al ámbito del proceso judicial, sea que se tenga la razón o que no se tenga, el cual es de naturaleza pública (aun cuando interactúe con intereses privados) y que tiene como destinatario al Estado.

De esta manera, el derecho fundamental al AEAJ va mucho más allá de una institución teórica formalista, para convertirse en un elemento connatural al Estado de derecho, pues legitima al proceso judicial como genuino instrumento institucionalizado de solución pacífica de controversias (heterocomposición), al contribuir con la proscripción de la justicia por mano propia.

Este derecho fundamental al AEAJ tiene como sujeto activo a todo sujeto de derecho, sea persona natural o jurídica, o a todo ente con capacidad para ser parte, e incluso a terceros, con tal que acrediten un interés legítimo para hacer valer en el proceso. Tiene a su vez, como sujeto pasivo o destinatario, al Estado, al cual se

⁹⁴ Art. 229 C.P.: "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

⁹⁵ Corte Constitucional, C-426/2002 del 29 de mayo, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

dirige la acción, por lo que no es posible hablar de su violación cuando la causa de la lesión sea el actuar negligente de quien la invoca y no la acción u omisión estatal.

A pesar de su cercanía, el derecho fundamental al debido proceso no equivale a la garantía del AEAJ, por lo que la relación entre uno y otro puede explicarse en términos de condición previa: así, el AEAJ es un presupuesto del debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso*, t. I, México, D.F., Universidad Autónoma de México, 1992.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *El derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

BARTOLOMÉ, C., *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

BERNAL PULIDO, C., *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BOROWSKI, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTELLO GÓMEZ, B., *Algunas reflexiones sobre el derecho a la tutela jurisdiccional y a un proceso civil sin dilaciones indebidas*, Sevilla, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1994.

BUSTAMANTE ALARCÓN, R., *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Lima, ARA, 2001.

CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia*, trad. HÉCTOR FIX ZAMUDIO, Buenos Aires, Ejea, 1960.

CALAMANDREI, P., *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1943.

CANO MATA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del tribunal constitucional*, Madrid, EDESA, 1984.

CARNELUTTI, F., *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1952.

COUTURE, E., *Introducción al estudio del proceso civil*, 2.^a ed., Buenos Aires, Depalma, 1953.

COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*.

DE SOUSA SANTOS, B. *De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la posmodernidad*, trad. Consuelo Bernal, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Uniandes, 2006.

DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.

ESPARZA, I., *El principio del proceso debido*, Barcelona, Bosch, 1995.

FERNÁNDEZ MARTÍN, J., "El principio de tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos derivados del derecho comunitario, Evolución y alcance", en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, n.º 3, 1994.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, Tecnos, 1990.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

MARINONI, G., *El derecho fundamental de acción en la constitución brasileña*, trad. Abraham Luis Vargas, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* n.º 34, 2008.

MARINONI, L., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, trad. ALDO ZELA, Lima, Palestra, 2007.

MONTERO AROCA, J., *El derecho procesal en el siglo XX*, Valencia, Tirant Lo Blanch 2000.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al derecho procesal*, 3.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.

OTEIZA, E., "El debido proceso, evolución de la garantía y autismo procesal", en AA.VV., *Debido proceso*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005.

OVALLE FAVELA, J., *Teoría General del Proceso*, México, Harla, 1991.

OVALLE FAVELA, J., *Bases constitucionales para un proceso civil justo*, en *XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Libre, 2007.

PARRA QUIJANO, J., *Los terceros en el proceso civil*, 6.ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2001.

- PEYRANO J.W., *El proceso atípico*, Buenos Aires, E.U. Universidad, 1993.
- PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch.
- PIÑEL LÓPEZ, E., "El derecho a la tutela judicial efectiva por los Tribunales de justicia", en *Revista del Poder judicial*, vol. 1, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1983.
- PODETTI, J.R., *Teoría y técnica del proceso civil. Ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino*, Buenos Aires, ADIAR, 1963.
- QUINCHE RAMÍREZ, M., *Vías de hecho, Acción de tutela contra providencias*, 4.^a ed., Bogotá, Ibáñez, 2008.
- RAMÍREZ ARCILA, C., *Derecho procesal*, Bogotá, Librería del Profesional, 2001.
- RAMÍREZ, G., *Principios constitucionales del derecho procesal*, Medellín, Señal Editora, 2004.
- ROSENBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil*, t. 1, 5.^a ed., Buenos Aires, Ejea, 1995.
- SAÉZ LARA, C., *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- SENTÍS MELENDO, S., *Teoría y práctica del proceso*, t. 1, Buenos Aires, Ejea, 1959.
- SORMAN, G., *El Estado mínimo*, Buenos Aires, Atlántida, 1986.
- TARUFFO, M., "Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción", trad. Juan Carlos Guayacán, en *Revista de Derecho Privado* n.º 12-13, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- VACAS GARCÍA-ALÓS, L., *El derecho a la tutela judicial efectiva en lo contencioso administrativo*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1996.
- WACH, A., *La pretensión de declaración*, Buenos Aires, Ejea, 1953.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1992.