

---

EMILIA GIRÓN REGUERA  
(Universidad de Cádiz)

*Semejanzas y diferencias entre el amparo constitucional español y la acción de tutela colombiana como instrumentos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*<sup>1</sup>

---

*I. Introducción. II. La configuración constitucional del recurso de amparo español. III. La acción de tutela colombiana de conformidad con su consagración constitucional. IV. Análisis comparativo del amparo y la tutela: A) Semejanzas; B) Diferencias. V. Consideraciones finales.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos han sido, y siguen siendo, frecuentemente vulnerados en algunos países de América Latina, tal como Colombia. Asesinatos, desapariciones, torturas, secuestros, matanzas y masacres indiscriminadas por grupos paramilitares son reiteradas en este país, lo que unido a la alta tasa de impunidad, la falta de esclarecimiento de tales violaciones a los derechos humanos y de castigo a los culpables ha coadyuvado a generar un estado de incertidumbre y de miedo generalizado. La acción de tutela regulada en el art. 86 de la Constitución Política de Colombia, de 7 de julio de 1991 [en adelante, CPdC], que constituye una de las más preciadas innovaciones del nuevo sistema constitucional colombiano, ha pretendido hacer frente a la precaria situación en la que se encuentran sumidos los derechos humanos<sup>2</sup>. Su introducción

---

<sup>1</sup> La realización de este trabajo fue posible gracias al Instituto de Cooperación Iberoamericana, que me concedió una Beca Intercampus en el Departamento de Derecho Público y Ciencia de la Política de la Universidad Externado de Colombia, en Santafé de Bogotá, durante los meses de agosto y septiembre de 1996.

<sup>2</sup> El art. 86 de la Constitución Política de Colombia dispone:

"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 quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuandoquiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato

refleja la preocupación del constituyente de 1991 por la existencia de mecanismos judiciales de protección eficaces, dado su "convencimiento de que uno de los principales inconvenientes del sistema jurídico emanado de la Carta Política de 1886, consistía en la carencia de instrumentos lo suficientemente fuertes para garantizar la debida protección de los derechos fundamentales de las personas"<sup>3</sup>. Resultaba incuestionable que sin estos últimos, el reconocimiento de derechos realizado en la Constitución y la declaración constitucional del Estado como social y de Derecho (CPdeC, art. 1) tendrían un carácter meramente formal y retórico. Pero a pesar del carácter garantista reconocido a la Constitución de 1991 y la creación del mecanismo de la tutela, el ambiente de violaciones y desconocimiento de los derechos humanos en el país no ha variado sustancialmente<sup>4</sup>. Las escalofriantes cifras<sup>5</sup> demuestran la ineficacia de un Estado demasiado débil para enfrentar las manifestaciones de criminalidad y violencia, así como

cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo 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 tutela y su resolución.

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".

<sup>3</sup> Jaime ORLANDO SANTOFIMIO: *Acción de tutela. Institución básica para la defensa y preservación de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho*, Ponencia presentada al Simposio Internacional sobre Derecho del Estado. Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, pág. 288.

<sup>4</sup> Por ello, Hernando VALENCIA VILLA opina que las promesas de la Carta del 91 siguen escritas, y que la construcción de una Administración de Justicia eficiente es hoy aún una tarea pendiente en Colombia como medio para la superación de la crisis que agobia al régimen político y para acabar con la escalada interminable de violencia (Véase "La reconstrucción de la Justicia Judicial en Colombia", Ko'aga Roñe'eta, se. vii, v. 1 (1996)– <http://www.derechos.org/viii/valencia.html>). Por su parte, Pedro Pablo Camargo, en su balance de la institución en 1994, consideró que se trataba de una institución aún no consolidada por diversos factores, entre los que destaca la escasa voluntad del poder judicial de cumplir con objetividad e imparcialidad la misión protectora que les confió la Constitución (Vid. Pedro Pablo CAMARGO: *Manual de la acción de tutela*, Ediciones Jurídica Radar, Santafé de Bogotá, 1994, págs. IX a XI).

<sup>5</sup> A modo de ejemplo, en 1992 se registró la apertura de 2.618 nuevas investigaciones por violación a los derechos humanos, que incluían 3.099 víctimas, muertos de 74 masacres, 403 homicidios, 370 desapariciones, 232 casos de tortura, 634 lesiones personales y 618 detenciones arbitrarias. En 1992 fueron asesinadas 29.413 personas, cantidad que duplicó ampliamente a las 12.057 personas asesinadas en 1989, y en 1994 se computaron 11.651 víctimas de hechos de violencia. Estos datos han sido tomados del estudio sobre la Justicia Regional realizado por la Unidad de Investigaciones Jurídico-sociales de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia (Vid. Gabriel Ricardo NEMOGA SOTO (Dir.): *Justicia sin rostro*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996).

para lograr un consenso que integre los diferentes sectores sociales que cuestionan la legitimidad de la acción estatal.

No por ello ha de restarse importancia a la acción de tutela<sup>6</sup>, que en cuanto se erige en la principal institución de protección de los derechos y libertades fundamentales en Colombia, estimula a cualquier jurista hispano a compararla con el recurso de amparo ejercitable ante el Tribunal Constitucional en España<sup>7</sup>. Tal es el objeto del presente trabajo, en el cual se realiza un breve estudio comparativo entre ambas figuras jurídicas, consagradas constitucionalmente, con el fin de conocer en qué medida se ha podido inspirar en este último instituto la actual Constitución colombiana.

Dos precisiones previas son necesarias antes de proceder a su desarrollo. Por un lado, aún cuando la comparación *strictu sensu* se ha pretendido limitar al recurso de amparo constitucional, a lo largo de la investigación ha resultado ineludible en ocasiones traer a colación el amparo ordinario regulado en la Ley española 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, en cuanto la tutela reúne características de ambos instrumentos. Por otro, el análisis, realizado desde una vertiente fundamentalmente constitucional, se centra en los aspectos sustanciales, sin perjuicio de alguna referencia obligada a las cuestiones procesales, para evitar incurrir así en una comparación parcial o superficial.

Para tal estudio juega un papel básico la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional colombiana –creada también por la Constitución de 1991– como del Tribunal Constitucional español, por su decisiva contribución al perfilamiento y consolidación de ambos mecanismos de protección.

En primer lugar, se procede a la caracterización individualizada de ambos instrumentos de protección, especificando sus fuentes normativas –disposiciones constitucionales y legislación de desarrollo–, para proceder a continuación a desglosar las similitudes y diferencias existentes. Por último, se reflexiona si las características comunes obedecen al influjo del ordenamiento constitucional español sobre el colombiano, así como si las singularidades que reviste la tutela representan un avance respecto a nuestro sistema judicial de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas.

## II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO ESPAÑOL

El art. 53 de la Constitución, en su apartado segundo, prevé un doble mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales: la vía judicial ordinaria, consistente en un procedimiento sustanciado ante los tribunales ordinarios y basado en

<sup>6</sup> Sobre los efectos positivos de esta acción, incluso como instrumento de cambio social, véase Manuel José CEPEDA: "El derecho a la Constitución en Colombia. Entre la rebelión pacífica y la esperanza", *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 44 (1995), págs. 157 y 158, y 177 a 179.

<sup>7</sup> Previsto en el art. 53.2 de la Constitución Española [en adelante, CE], junto con el amparo judicial u ordinario, que prescribe: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª 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 art. 30".

los principios de preferencia y sumariedad –conocida como amparo judicial u ordinario–, y la vía del amparo constitucional.

La normativa constitucional referente al recurso de amparo por violación de los derechos y libertades del que conoce el Tribunal Constitucional se halla condensada en tan sólo tres preceptos de la Constitución –los arts. 53.2, 161.1.b), 162.1.b), a los que indirectamente cabría añadir el art. 123–, pues el constituyente optó por remitir al legislador postconstitucional la regulación de los supuestos en que ha de proceder el recurso de amparo y las formas de su tramitación. La L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [en adelante, LOTC] ha desarrollado esas prescripciones constitucionales en sus arts. 41 y ss. Por su parte, el amparo judicial ordinario aún no ha sido objeto de desarrollo legislativo, aplicándose entre tanto la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, por prescripción de la Disposición Transitoria Segunda de la LOTC<sup>8</sup>.

El recurso de amparo constitucional protege frente a las vulneraciones de derechos y libertades fundamentales imputables a los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y judicial– y su conocimiento corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional, salvo que el Pleno decida recabarlos para sí<sup>9</sup>. La naturaleza del amparo constitucional resulta difícil entender sin aclarar previamente la forma de articulación de la doble tutela –judicial y constitucional– de los derechos fundamentales existente en nuestro ordenamiento. La cuestión básica reside en determinar si se trata de mecanismos de protección sucesivos o alternativos, pues el art. 53.2 CE no resulta claro al respecto<sup>10</sup>. La LOTC ha solventado esta cuestión, dotando al recurso de amparo de un carácter subsidiario, pues lo configura como una garantía última y extraordinaria a la que sólo cabe acudir cuando, pese haberse hecho valer ante los tribunales ordinarios los derechos que se estiman vulnerados y haberse agotado los recursos ejercitables en la vía ordinaria, la pretensión de protección de un derecho fundamental no ha sido satisfecha. Tal solución es consecuencia de que la *tutela general* de los derechos fundamentales corresponde a los tribunales de Justicia<sup>11</sup>. El amparo frente a decisiones o actos legislativos firmes sin valor de ley regulado en el art. 42 LOTC parece constituir la única excepción al principio de subsidiariedad, pues los mismos son susceptibles de ser rescindidos directamente ante el Tribunal Constitucional dado que, como regla general, los actos parlamentarios no son fiscalizables en vía jurisdiccional ordinaria<sup>12</sup>. Sin embargo,

<sup>8</sup> Si bien, las demandas de tutela que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social se tramitan por un procedimiento específico regulado en los arts. 175 a 181 del R.D.L. 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Procedimiento Laboral, según su art. 182.

<sup>9</sup> Vid. arts. 48 y 10.K) LOTC.

<sup>10</sup> Si bien para Pedro CRUZ VILLALÓN –Vid. "Sobre el amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 41 (1994)– "su carácter no necesario viene introducido por la Constitución mediante el giro "en su caso" del propio art. 53.2 CE, y mediante la especificación "en los casos y formas que la ley establezca (art. 161.1.b) CE)". Igualmente, para Marc CARRILLO –Vid. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, BOE-CEC, Madrid, 1995, pág. 80– "esta relación de subsidiariedad no plantea dudas desde la perspectiva literal del texto constitucional".

<sup>11</sup> Cfr. arts. 41.1 LOTC y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [en adelante LOPJ].

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, la STC 136/1989, fto. jco. 1º. La jurisprudencia ha aceptado también el acceso directo al Tribunal Constitucional en el supuesto de que no sea posible acceder a las vías judiciales previas de defensa por cualquier razón no imputable al recurrente

cuando el ordenamiento jurídico haya previsto la impugnabilidad de dichos actos<sup>13</sup>, será necesario el agotamiento de la instancia judicial procedente antes de pedir el amparo, por cuanto la interposición directa del recurso supondría el incumplimiento de la exigencia de que la decisión o acuerdo parlamentario sea firme<sup>14</sup>. Por su parte, Pérez Tremps entiende que de los otros dos supuestos de recursos de amparo previstos por la LOTC –por una lado, aquellos interpuestos contra actos u omisiones de órganos ejecutivos (art. 43), por otro, los instados frente a actos judiciales (art. 44)–, tan sólo el primero es un auténtico recurso subsidiario, ya que sólo en este caso la pretensión es idéntica a la formulada ante los tribunales ordinarios<sup>15</sup>.

En relación a la naturaleza jurídica del amparo –cuestión que ha generado tensas disputas doctrinales–, la jurisprudencia constitucional ha sostenido, a nuestro parecer con gran acierto, que el amparo constitucional es un proceso constitucional, sustantivo e independiente de la vía judicial ordinaria que, para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, se desarrolla con carácter previo, y no un recurso jurisdiccional subsidiario equiparable a cualquier otro recurso de los previstos en el ordenamiento<sup>16</sup>. La jurisdicción constitucional de amparo no puede concebirse como una tercera instancia judicial, pues su función se circunscribe a enjuiciar la existencia de presuntas violaciones de los derechos fundamentales, sin que pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto ventilado ante la jurisdicción ordinaria. La interpretación y aplicación judicial de la legalidad ordinaria sólo tendrá trascendencia constitucional cuando de la misma derive una vulneración de los derechos fundamentales, pues tal interpretación y aplicación, con esa salvedad, está atribuida por la Constitución a los juzgados y tribunales ordinarios, según el art. 117.3, y respecto al Tribunal Supremo, según el art. 123 de la Constitución<sup>17</sup>.

Los derechos constitucionales amparables son los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 CE, es decir, los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (arts. 15 a 29 CE), la igualdad ante la ley, reconocida en el art. 14 CE, y el derecho a la objeción de conciencia respecto de las obligaciones militares, garantizado por el art. 30.2 CE. Conviene advertir que la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que determinados derechos, específicamente referidos en la Constitución pero no incluidos en la sección citada, dada su imbricación e

(por ejemplo, SSTC 46/1982, fto. jco. 4º; 86/1984, fto. jco. 1º; 67/1986, fto. jco. 2º; y 38/1987, fto. jco. 1º) o de que el seguimiento del itinerario procesal previo implique un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de lesión del derecho (cfr. STC 247/1994, fto. jco. 1º).

<sup>13</sup> Vid., por ejemplo, arts. 58.1 y 74.1.c) LOPJ; y art. 35 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales.

<sup>14</sup> En esta línea, véanse los Autos del Tribunal Constitucional [en adelante, AATC] 241/1984 y 296/1985, fto. jco. 1º.

<sup>15</sup> Por ello concluye este autor que "el recurso de amparo frente a actos de órganos ejecutivos viene a funcionar, desde el punto de vista de sus efectos, como una última instancia; sin embargo, el recurso de amparo frente a actos judiciales se asemeja más bien a una institución de tipo casacional" (Pablo PÉREZ TREMP: *Tribunal Constitucional y el Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, págs. 220 a 223).

<sup>16</sup> Véase, en este sentido, la STC 78/1988, fto. jco. 1º; y el ATC 64/1991, fto. jco. único. Idéntica opinión es defendida por Miguel SÁNCHEZ MORÓN: *El recurso de amparo constitucional. Naturaleza jurídica, características actuales y crisis*, CEC, Madrid, 1987, pág. 27.

<sup>17</sup> En esta línea, véase la STC 16/1981, fto. jco. 2º.

indisociabilidad con otros que sí lo están, pueden también encontrar la específica protección que depara el recurso de amparo constitucional<sup>18</sup>.

Cualquier persona, no sólo de nacionalidad española, natural o jurídica<sup>19</sup>, que invoque un interés legítimo está legitimada para interponer un recurso de amparo (art. 53.2 CE). Se trata de una legitimación amplia, que el art. 162.1.b) CE extiende atribuyendo legitimación activa al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal, fundamentándose en la función institucional de defensa de los derechos de los ciudadanos que la Constitución les asigna en los artículos 54.1 y 124.1 respectivamente.

Conforme a la LOTC, el amparo constitucional procede exclusivamente contra los actos de los poderes públicos que atenten contra los derechos fundamentales<sup>20</sup>. De este modo, se excluye como actos susceptibles de impugnación tanto las normas con valor, rango o fuerza de ley –cuya declaración de inconstitucionalidad sólo es posible vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad<sup>21</sup>–, como las violaciones de derechos fundamentales por actuaciones de particulares y entes privados<sup>22</sup>. Ello sin perjuicio de la posibilidad de interponer el recurso de amparo contra los actos de aplicación de las leyes que lesionen o coarten alguno de los derechos fundamentales comprendidos entre los arts. 14 a 30 CE, en cuyo caso la Sala que conociera del recurso de amparo debería elevar a posteriori la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Pleno en virtud del art. 55.2 LOTC<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Entre ellos, cabe citar el derecho a crear partidos del art. 6 CE por su conexión con el art. 22 de la Constitución, que consagra el derecho de asociación (STC 3/1981, fto. jco. 1º); el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE vinculado al derecho constitucional de libertad sindical (STC 184/1991, fto. jco. 4º); o el ejercicio de la iniciativa legislativa popular reconocida en el art. 87.3 CE por su interrelación con el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos, que garantiza el art. 23.1 CE (ATC 428/1989, fto. jco. 3º).

<sup>19</sup> Sobre la capacidad de las personas jurídicas para accionar en amparo, veáanse, entre otras, las SSTC 53/1983, fto. jco. 1º; 47/1990, fto. jco. 2º; y 81/1991, fto. jco. 1º.

<sup>20</sup> El Tribunal Constitucional ha acogido un concepto amplio, entendiendo por poder público "Todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio" (STC 35/1983, fto. jco. 3º).

<sup>21</sup> Como se deduce de la interpretación *a sensu contrario* del art. 42 LOTC: "Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos [...]".

<sup>22</sup> Según el art. 41.2 LOTC: "El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vías 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". Frente a las violaciones de los particulares la única garantía judicial es la representada por la jurisdicción ordinaria (civil o penal) a través de los cauces previstos en la legislación procesal común o en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, a opción del lesionado.

<sup>23</sup> Este artículo admite, a través de la institución conocida como "autocuestión" o "cuestión interna" de inconstitucionalidad, la impugnación indirecta de las leyes por los particulares, pues en el supuesto de que una sala estime un recurso considerando que la ley aplicada lesiona derechos fundamentales, deberá elevar una cuestión al pleno para que declare la inconstitucionalidad de la correspondiente ley.

En cuanto la decisión de privar de legitimación pasiva a los particulares, a pesar de que actualmente los poderes privados –las organizaciones monopolistas u oligopolistas, por ejemplo– pueden incidir sobre los derechos fundamentales tanto o más que los poderes públicos<sup>24</sup>, obedece –según Salas– "no sólo por una razón histórica, de tradición constitucional y de Derecho comparado, sino por una razón de eficacia en la tarea del propio Tribunal, y también –y fundamentalmente– porque la independencia real de los Tribunales ordinarios –ante los que pueden plantearse las pretensiones a que estamos refiriéndonos ahora [...]– ha sido siempre y es en la actualidad, normalmente, en todas partes muy superior, por no decir total, que la existente frente a los demás poderes públicos y, en concreto, frente al Gobierno"<sup>25</sup>. No obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional, en una interpretación sumamente flexible del art. 44.1 LOTC, ha abierto la vía del amparo constitucional a las vulneraciones que tengan su origen en la actuación de particulares, al admitir su interposición cuando medie previamente una resolución judicial en el litigio privado que no cumpla su función de restablecimiento del derecho y el recurso se interponga frente a ésta, en cuanto lesiva del derecho<sup>26</sup>. Así pues, imputando a los órganos judiciales las lesiones ante ellos denunciadas que no hayan reparado, se ha venido a ampliar el ámbito de protección del recurso de amparo ante las vulneraciones producidas en las relaciones entre particulares y a superar el escollo resultante de que la LOTC haya limitado el amparo a las violaciones originadas por los poderes públicos.

El proceso constitucional finaliza mediante sentencia, que podrá ser de estimación –total o parcial– de la demanda de amparo, o de desestimación. En el primer supuesto, el Tribunal Constitucional, dada la limitación del objeto del recurso, deberá limitarse a reconocer el derecho vulnerado<sup>27</sup> y, en su caso, a declarar la nulidad del acto o resolución impugnado que lo causara, y a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho (art. 55.1 LOTC).

<sup>24</sup> Así Fix Zamudio ha resaltado la conveniencia de que los remedios procesales de tutela internos que operan especialmente contra actos de las autoridades, por cuanto son los que pueden afectar en mayor medida los derechos fundamentales de los gobernados, se utilicen respecto de actos de organismos públicos descentralizados y de grupos sociales, económicos y profesionales (*Vid.* Héctor FIX ZAMUDIO: *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas-Universidad Nacional de México, Madrid, 1982, pág. 56).

<sup>25</sup> "Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas". *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 27 (1980), pág. 557.

<sup>26</sup> Tal doctrina se contiene, entre otras, en las SSTC 55/1983, fto. jco. 5º; 18/1984, fto. jco. 6º; 51/1988, fto. jco. 1º; y 129/1989, fto. jco. 2º.

<sup>27</sup> No obstante, el reconocimiento del derecho fundamental puede contenerse –si bien de forma excepcional– en una sentencia desestimatoria o denegatoria del amparo. Véase, al respecto, la STC 124/1984, fto. jco. 7º.

### III. LA ACCIÓN DE TUTELA COLOMBIANA DE CONFORMIDAD CON SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL

La protección de los derechos humanos mediante una acción judicial especial aparece por primera vez en el ordenamiento colombiano con la Carta de 1991<sup>28</sup>. La acción de tutela faculta a toda persona, en cualquier momento o lugar, y sin ningún formalismo, mediante un procedimiento preferente y sumario, a reclamar ante un juez de la República la protección inmediata y efectiva de un derecho constitucional fundamental que haya sido transgredido o puesto en peligro por la acción u omisión ilegítima de cualquier autoridad pública, o de particulares, en los supuestos taxativamente previstos en la ley.

Consagrada en sus rasgos esenciales en el art. 86 de la Constitución Política, ha sido desarrollada por el Decreto 2591/1991, de 19 de noviembre, que a su vez fue reglamentado en diversos aspectos por el Decreto Presidencial 306/1992, de 19 de febrero<sup>29</sup>.

Son tutelables los derechos constitucionales fundamentales, considerándose como tales los incluidos en el Capítulo I del Título II (arts. 11 a 41) de la CPdeC. Sin embargo, este Capítulo reviste tan sólo un "valor indicativo"<sup>30</sup>, por lo que la jurisprudencia puede otorgar el calificativo de fundamental –y, por consiguiente, tutelar– otros derechos, pese a no estar incluidos en dicho Capítulo<sup>31</sup>. Tal posibilidad es ratificada por el art. 94 CPdeC, que postula la regla de que la enunciación de los derechos contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Este artículo evidencia que el constituyente renunció a determinar de forma taxativa cuáles eran los derechos fundamentales<sup>32</sup>. Por su parte, la Corte Constitucional ha ido forjando una doctrina que admite que derechos no

<sup>28</sup> Al respecto véase P. A. DÍAZ AROCA: *La Constitución Política de Colombia (1991). Proceso, estructuras y contexto*, Temis, Bogotá, 1993. Para los antecedentes históricos de protección puede verse D. URIBE VARGAS: *Las Constituciones de Colombia*, ICI, Madrid, 1985.

<sup>29</sup> También deben tenerse en consideración el Decreto 2.067, de 4 de septiembre de 1991, que establece el régimen procedimental de los juicios ante la Corte Constitucional; el Acuerdo nº 05, de 15 de octubre de 1992, expedido por la Corte Constitucional, por el cual se reconfirma el Reglamento de la misma, y finalmente, la parte relativa de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, nº 270, de 7 de marzo de 1996.

<sup>30</sup> Así lo ha manifestado la Corte Constitucional estimando que "limitar los derechos fundamentales a aquéllos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe considerarse como criterio determinante, sino auxiliar" (SCC T-002, de 8 de mayo de 1992). Véanse, igualmente en este sentido, las SsCC T-008, de 18 de mayo de 1992; y T-418, de 19 de junio de 1992.

<sup>31</sup> Como es el caso de los derechos consagrados en los arts. 44 (derechos fundamentales del niño) y 229 CPdeC (el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia).

<sup>32</sup> La Corte Constitucional ha fijado los requisitos esenciales que un derecho constitucional debe reunir para tener la calidad de fundamental (*Vid.* SCC T-406, de 5 de junio de 1992) y los criterios de distinción que permiten la identificación de un derecho de naturaleza fundamental (*Vid.* SCC, T-002, de 8 de mayo de 1992).

fundamentales –en particular los económicos, sociales y culturales– puedan ser tutelables cuando sea necesario para la protección de un derecho fundamental conexo con ellos; son los derechos fundamentales por conexidad<sup>33</sup>.

El art. 2 del Decreto 2591/1991 ha admitido de forma expresa que la acción de tutela pueda referirse a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela, si bien en tal supuesto, previene que la Corte Constitucional deberá dar prelación a la revisión del fallo que tuteló el derecho fundamental, frente aquellos otros que toquen otros temas o asuntos. Según Monroy y Álvarez la razón por la cual la Corte Constitucional ha de otorgar prioridad es que "la revisión que haga la Corte Constitucional podrá sentar el precedente jurisprudencial que determine y clarifique si el derecho no consagrado expresamente como fundamental lo es o no. Evidentemente, si el juez o jueces de instancias han interpretado en forma incorrecta el derecho protegiendo uno que no tiene la naturaleza de fundamental, se ha cometido un error que debe ser prontamente enmendado"<sup>34</sup>.

De lo señalado en el art. 86 CPdeC se desprende que la acción de tutela es de carácter personal y concreto, pues el titular de la acción es la persona directamente vulnerada o amenazada, quién podrá actuar directamente o por representante. La legitimidad para interponer la acción de tutela corresponde a toda persona nacional o extranjera<sup>35</sup>, natural o jurídica. Las dudas que suscitó el silencio de la Constitución sobre si las personas jurídicas son titulares de la acción de tutela han sido despejadas por la Corte Constitucional, reconociéndoles legitimidad en la medida que sean capaces para ser titulares de derechos fundamentales. Afirma la Corte "la persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida pero sí al respeto a su existencia jurídica"<sup>36</sup>, por lo que concluye que "la persona jurídica es titular de derechos fundamentales y de la acción de tutela de que habla el artículo 86 superior y por ello es jurídicamente inaceptable que se le someta a la discriminación de no considerarla como titular de unas garantías que el Estado Social de Derecho ha brindado, por lógica manifestación de los fines que persigue, a toda persona, sin distinción alguna"<sup>37</sup>.

En el art. 282.3 CPdeC también se habilita al Defensor del Pueblo para solicitar la tutela<sup>38</sup>, como manifestación de su misión de velar por la promoción, el ejercicio y

<sup>33</sup> En la Sentencia T-571/92 son definidos como "aquéllos que no siendo denominados como tales por el texto constitucional, sin embargo, le es comunicada esta calidad en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que, si no fueren protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida". Al respecto, véase, entre otras, la SCC T-415, de 17 de junio de 1992.

<sup>34</sup> Marcela MONROY y Fernando ÁLVAREZ: "De los derechos fundamentales tutelables", *Derecho Penal y Criminología*, nº 49/51 (1993), pág. 184.

<sup>35</sup> Salvo de determinados derechos públicos o políticos, como el sufragio (art. 100 CPdeC).

<sup>36</sup> SCC T-396, de 16 de septiembre de 1997.

<sup>37</sup> SCC T-411, de 17 de junio de 1992. El art. 5 del proyecto de reforma presentado en septiembre de 1996 por el Gobierno colombiano pretendía poner fin a toda polémica añadiendo al art. 86 CPdeC: "Toda persona, natural o jurídica [...]".

<sup>38</sup> *Cfr.* arts. 10 y 46 del Decreto 2.591/1991.

la divulgación de los derechos humanos. A su vez los personeros municipales, en su calidad de defensores de la respectiva entidad territorial, podrán, por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer acciones de tutela<sup>39</sup>.

Son sujetos pasivos cualquier autoridad pública<sup>40</sup>, y los particulares en el caso de que presten servicios públicos, o de que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o que sean sujetos respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión<sup>41</sup>. Se excluye, de esta forma, la posibilidad de ejercer la acción de tutela para exigir responsabilidad por vulneraciones de obligaciones surgidas en relaciones de carácter privado<sup>42</sup>.

La acción de tutela es un mecanismo de carácter subsidiario, ya que tan sólo procede en ausencia efectiva de un mecanismo judicial de defensa capaz de garantizar la protección inmediata<sup>43</sup>, o incluso ha llegado a admitir la Corte Constitucional su procedencia una vez agotados en vano los medios judiciales ordinarios sin encontrar protección efectiva de los derechos constitucionales conculcados<sup>44</sup>. El art. 86 CPdeC admite que el principio de subsidiariedad sea exceptuado tan sólo cuando la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se interponen los recursos y las acciones ordinarias y el juez competente defina el litigio<sup>45</sup>.

El inciso 2º del numeral 1º del art. 6 del Decreto 2591/1991 contenía la definición legal de perjuicio irremediable, entendiendo por tal "el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización", pero fue declarado inexecutable (esto es, inaplicable por contradecir la Ley Suprema y, en consecuencia, apartado del ordenamiento jurídico de forma definitiva) por la sentencia de la Corte

<sup>39</sup> Véanse arts. 10 y 49 del Decreto 2.591/1991.

<sup>40</sup> Con este término pueden ser objeto de la acción de tutela la actividad de prácticamente todos los órganos y funciones estatales, como reconoce la propia corporación: "La acción de tutela es reconocida por la Constitución a favor de todas las personas cuando quiera que sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, sin distinguir entre ellas, de tal forma que, en principio, es posible intentarla contra actos emanados de servidores pertenecientes a cualquier rama u órgano del poder público y aún de las Corporaciones Públicas. Asiste la razón al accionante cuando afirma que también los actos producidos por la rama legislativa son susceptibles de esta acción [...]" (SCC T-430, de 24 de junio de 1992); "autoridades públicas, en sentido general, son los órganos y funcionarios que hacen parte de las distintas ramas del Poder, encargados de la gestión pública, que comprende el desarrollo y el cumplimiento de los cometidos estatales" (SCC T-161, de 26 de abril de 1993).

<sup>41</sup> El art. 86 constitucional sujetó esta posibilidad a los casos que específicamente el legislador estableciera. En este sentido, el art. 42 del Decreto 2.591/1991 contiene la relación detallada de los supuestos dentro de los cuáles resulta procedente el ejercicio de la acción de tutela contra particulares.

<sup>42</sup> En sentido, véase SCC T-516/1995, de 15 de noviembre de 1995.

<sup>43</sup> Por ello, González-Trevijano y Martínez consideran que la acción de tutela está subordinada a un "límite de ejercitabilidad" (Vid. Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO y Eduardo MARTÍNEZ HERNÁNDEZ: "Derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución colombiana de 1991". *Revista de Derecho Político* n° 35 (1992), pág. 399).

<sup>44</sup> Al respecto véanse, entre otras, las SsCC T-006, de 12 de mayo de 1992; T-222, de 17 de junio de 1993 y T-100, de 9 de marzo de 1994.

<sup>45</sup> Cfr. arts. 6 del Decreto 2.591/1991 y 1 del Decreto 306/1992.

Constitucional [en adelante, SCC] n° 531, de 11 de noviembre de 1993<sup>46</sup>. Eliminado el concepto legal, la Corte fijó en dicha sentencia que los criterios para apreciar la existencia del perjuicio irremediable son la inminencia, la urgencia, la gravedad y la impostergabilidad de la tutela. La Corte se pronunció en los siguientes términos: "Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales". De tales presupuestos se deduce que la tutela transitoria procederá en aquellas ocasiones en las que, de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de tal manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado<sup>47</sup>.

El juez de tutela que resuelva una acción de tutela transitoria se ha de limitar a resolver sobre el derecho constitucional alegado, sin inmiscuirse en el fondo de la *litis*, y su decisión queda supeditada a la decisión definitiva que adopte el juez competente en defensa del derecho. Por tal razón, el afectado en un término máximo de cuatro meses a partir del fallo provisional, deberá iniciar la vía ordinaria de defensa judicial, so pena que cesen los efectos del fallo tutelar.

Se atribuye la competencia para conocer de la acción de tutela a los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la solicitud, si bien cuando se trate de acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar (art. 37 Decreto 2591/1991).

El procedimiento de tutela es un procedimiento judicial, inspirado en el principio del informalismo procesal, de carácter preferente y sumario. La preferencia ha de ser entendida en el sentido de que la acción ha de ser sustanciada con prelación, para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo los que tengan que ver con el *habeas corpus*. La sumariedad, por su parte, se refiere tanto a limitación del objeto del proceso —protección de los derechos fundamentales— como a la celeridad del procedimiento: así el artículo 86 CPdeC exige que el fallo se emita en el plazo de diez días a partir de la presentación de la solicitud.

El fallo que conceda la tutela consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, restituyéndose al agraviado en el pleno disfrute de sus derechos. El fallo, que será de inmediato y obligatorio cumplimiento, podrá impugnarse, dentro de los tres meses siguientes a su notificación, por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente (art. 31 Decreto 2591/1991) ante el superior jerárquico del juez que lo dictó, que dispone de un término de veinte días para confirmarlo o revocarlo.

Cuando el fallo de tutela sea firme, bien sea porque no se impugnó, o porque se resolvió sobre la misma, se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión

<sup>46</sup> La Corte realizó esta declaración de inexecutable, por considerar inaceptable que se diera prioridad a las repercusiones económicas que pueda tener una violación de un derecho fundamental frente a las que afectan a la dignidad de la persona.

<sup>47</sup> Cfr. SsCC T-553, de 30 de noviembre de 1993 y T-225, de 15 de junio de 1993.

<sup>48</sup>. La Corte Constitucional, a través de dos magistrados designados por ella, selecciona, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas por una sala especial, constituida a estos efectos, en el término de tres meses.  
<sup>49</sup>. Asimismo, cualquier magistrado de la Corte Constitucional o el Defensor del Pueblo podrá solicitar mediante el recurso de insistencia que se revise algún fallo de tutela excluido de revisión, cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave.<sup>50</sup>

Por último, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales es una cuestión sobre la que existe una copiosa jurisprudencia constitucional, y que merece un examen detenido. Aunque el Decreto 2591/1991 admitió y reglamentó el control vía acción de tutela de las sentencias en sus arts. 11, 12 y 40, la Corte Constitucional declaró inconstitucionales a través de la SCC n° 543, de 1 de octubre de 1992, dichos artículos, alegando criterios formalistas y abstractos —como la cosa juzgada y la certeza del derecho— que debían prevalecer sobre los derechos constitucionales fundamentales. Este fallo, que antepone la seguridad jurídica a la justicia material, es poco comprensible en "un nuevo marco constitucional que proclama a todas luces la prevalencia de los derechos fundamentales, así como del derecho sustancial sobre lo formal"<sup>51</sup>. Por ello, en el salvamento de voto<sup>52</sup> realizado por varios magistrados a la sentencia citada, se defendió con sólidos argumentos que la acción de tutela pudiera ir dirigida contra sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, emitidas por los jueces, tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen cualquier derecho constitucional fundamental. Se concluyó de forma rotunda en ese salvamento que: "La intangibilidad de las sentencias, así vulneren los derechos fundamentales, socava el fin esencial del Estado de garantizar su efectividad (art. 2 CPdeC) y niega la primacía (art. 5 CPdeC) que la Constitución les reconoce [...] Las dos Cortes finalmente han coincidido, equivocadamente, en atribuir a la cosa juzgada un valor metapositivo —casi místico— capaz de imponerse sobre la Constitución y los derechos fundamentales de la persona"<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> El art. 241.9 CPdeC señala como una de las funciones de la Corte Constitucional: "Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales". Esta competencia de la Corte para revisar sentencias de tutela es una manifestación de su posición como máximo tribunal de la jurisdicción constitucional.

<sup>49</sup> La reglamentación legal de la facultad de revisión de los fallos de tutela se encuentra contenida en los arts. 33 y ss. del Decreto 2.591/1991 y en los arts. 49 y ss. del Acuerdo n° 05 de 1992.

<sup>50</sup> Vid. art. 33 Decreto 2.591/1991; art. 51 Acuerdo n° 5 de 1992.

<sup>51</sup> Sandra MORELLI RICO: *La Corte Constitucional: un legislador complementario. Algunas reflexiones sobre la Corte Constitucional en el contexto del Estado colombiano*, Ponencia presentada al Congreso Internacional "Derecho Público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio", Santafé de Bogotá, agosto de 1996, pág. 10.

<sup>52</sup> Expresión colombiana utilizada para designar a los votos particulares formulados por los magistrados disidentes.

<sup>53</sup> Este voto fue suscrito por los Magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero. Igualmente, a juicio de Orlando Santofimio, esta sentencia resolvió la discusión sobre la acción de tutela contra sentencias judiciales de manera contraria al texto de la Constitución Política, pues excluirlas es "establecer una excepción que el constituyente no había consagrado en el texto básico del Estado" (Jaime ORLANDO

Esta prohibición si bien preserva la autonomía de los órganos judiciales, priva de la posibilidad de conocer de las vulneraciones judiciales de la Constitución a la Corte Constitucional. Solución que es difícilmente justificable atendiendo a que una de las razones fundamentales de la instauración de los tribunales constitucionales en los países iberoamericanos es la arraigada desconfianza hacia el Poder Judicial, cuya labor ha dado muy pocas muestras de ser eficaz en la protección de los derechos humanos<sup>54</sup>.

Por otra parte, tan sólo mediante una interpretación restrictiva contraria al tenor literal del texto constitucional puede negarse la procedencia de la acción de tutela contra sentencias, pues el art. 86 CPdeC previene que la acción es ejercible frente a "la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", entre las que ha de incluirse las autoridades judiciales, como una especie del género autoridad. No es éste el parecer de Betancur Jaramillo, para quien "si el constituyente hubiera querido someter todas las autoridades a la acción de tutela sin excepción y sin restricciones, no habría hecho las salvedades que trae el inciso tercero del art. 86"<sup>55</sup>, consagrando "la prevalencia de la acción judicial sobre la acción de tutela"<sup>56</sup>. Aunque este autor admite que los jueces pueden equivocarse y vulnerar derechos, entiende que durante el trámite de los procesos existen los medios de control adecuados y en el supuesto de que la decisión final deviniera firme, dado que el juez de tutela no puede desconocer el instituto de la cosa juzgada, propone como solución exigir vía acción la responsabilidad patrimonial al Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por las autoridades públicas judiciales, ex art. 90 CPdeC<sup>57</sup>.

Quizás para paliar en cierta medida todos estos inconvenientes, se ha admitido como excepción la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que presenten en su contenido el vicio de las vías de hecho. Pero no toda vía de hecho judicial da lugar a la acción de tutela: ha de tratarse de actuaciones arbitrarias de la autoridad judicial que violen o desconozcan los derechos fundamentales de las personas en tal grado que no pueden calificarse de sentencias<sup>58</sup>, por lo que "los errores ordinarios,

SANTOFIMIO: *Acción de tutela. Institución básica...*, cit., págs. 314 y 315). Severas críticas contra esta sentencia de la Corte Constitucional han sido vertidas también por Pablo CAMARGO: *Manual de la acción de tutela*, cit., págs. 183 a 202.

<sup>54</sup> Así lo explica F. GONZÁLEZ: "Tribunales Constitucionales y derechos humanos en Latinoamérica", en *Justicia Constitucional Comparada*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 1993, *passim*.

<sup>55</sup> "La tutela", en *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1996, pág. 179.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pág. 181.

<sup>57</sup> *Ibidem*, págs. 180 y 181.

<sup>58</sup> La Corte ha manifestado que "una actuación pública se torna en vía de hecho susceptible de control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona" (SCC T-079, de 26 de febrero de 1993), así "cuando el juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta" (SCC T-329/1996) o cuando realiza "una violación flagrante y grosera de la Constitución" (SCC T-258, de 1 de junio de 1994) incurre en vía de hecho y, por tanto, la resolución puede ser atacada mediante la acción de tutela. Otras providencias que tratan sobre la vía de hecho judicial son, entre otras, T-173/1993, T-198/1993, T-336/1993, T-424/1993, T-433/1993, T-442/1993, T-576/1993, T-055/1994, T-135/1994, T-175/1994, T-231/1994, T-327/1994, T-435/1994 y T-699/1996.

aún graves, de los jueces *in iudicando* o *in procedendo*, no franquean las puertas de este tipo de control que se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere" (SCC T-231, de 13 de mayo de 1994). A ello añade la Corte Constitucional la observación de que "la hipótesis más normal es que a través de los diferentes recursos que contemplan las leyes procedimentales se pueda impugnar cualquier acción u omisión judicial que configure una vía de hecho", por lo que "el campo de acción de la tutela –dada su naturaleza subsidiaria– será muy restringido" (*Ibid.*).

#### IV. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL AMPARO Y LA TUTELA

Definidos y caracterizados ambos instrumentos de protección –amparo constitucional y tutela–, se puede afirmar sin dudar que el amparo español pudo constituir una fuente de inspiración del constituyente colombiano para la consagración de la acción de tutela. Influencia que no cabe equiparar con la traslación plena de la figura, pues la tutela colombiana presenta ciertas singularidades que obligan a conceptualarla como un instrumento de tutela de los derechos humanos autóctono y novedoso de la República de Colombia. Aunque semánticamente, incluso en el lenguaje jurídico, ambos vocablos –amparo y tutela– son sinónimos, el cambio de la expresión "derecho de amparo" por la de "tutela" en el debate constituyente de 1991 refleja el propósito de configurar un instrumento específico de protección<sup>59</sup>.

##### A) Semejanzas

Tanto la tutela como el recurso de amparo, en sus dos modalidades, responden a la necesidad –puesta de relieve por Fix Zamudio<sup>60</sup>– de configurar y reforzar en los ordenamientos nacionales remedios específicos que dispensen una rápida y eficaz tutela procesal de los derechos humanos, distinta de la que otorga el sistema ordinario de protección judicial; es decir, lo que Mauro Cappelletti ha denominado como "jurisdicción constitucional de la libertad".

La tutela y el amparo constitucional son institutos procesales subsidiarios y excepcionales –nunca terceras instancias judiciales– de origen constitucional, de los que disponen los ciudadanos para la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Por ello, no pueden formularse sobre la base de la indebida o incorrecta interpretación y aplicación de los preceptos que regulan los derechos y libertades tutelables, sino cuando de la misma resulta una violación de los derechos<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Así el Dr. Juan Carlos ESGUERRA, defensor del sistema de tutela, en su ponencia sobre la tutela a la Asamblea Nacional Constituyente reconoció que prefería "usar la expresión acción de tutela, para presentar una figura específica para el modelo colombiano" (*Vid. Gaceta Legislativa* n° 18, de 2 de octubre de 1991).

<sup>60</sup> Héctor FIX ZAMUDIO: *La protección procesal*..., cit., págs. 48 a 50.

<sup>61</sup> Al respecto, resultan aclaratorios los siguientes fragmentos extraídos de resoluciones constitucionales: "la naturaleza del amparo no es revisora, ni constituye una tercera instancia

Ambos instrumentos están regidos por el principio de subsidiariedad, en tanto que sólo resulta legítima su utilización una vez que ha resultado inoperante la vía judicial ordinaria en todas sus instancias en el amparo –con la excepción de los actos legislativos de las Cortes sin valor de ley y los supuestos en que el itinerario procesal suponga un perjuicio irreparable para el derecho– y cuando no exista otro medio de defensa judicial capaz de brindar amparo eficaz en la tutela –salvo en el supuesto del perjuicio irremediable–. A pesar de este carácter subsidiario, la configuración legal de ambos instrumentos ha sido amplia. Así, con la única salvedad de que la tutela procede en determinados supuestos contra actos de particulares, ambas instituciones amparan a las personas frente a cualquier violación de los derechos fundamentales procedente de los poderes públicos, incluyendo el legislativo. Respecto de los actos emanados de la rama legislativa, han de excluirse las normas con fuerza de ley, para cuya impugnación en el ordenamiento español habrá de utilizarse el recurso o cuestión de inconstitucionalidad<sup>62</sup> y en el sistema jurídico colombiano la acción de inexequibilidad<sup>63</sup>.

En ambos ordenamientos la popularidad alcanzada por el Tribunal Constitucional y la Corte Constitucional se debe en cierta medida a la labor de tutela de los derechos fundamentales llevada a cabo. La labor tutelar de la justicia constitucional en la vertiente de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales cumple en ambos sistemas una doble función –subjetiva y objetiva– concretada, de una parte, en el restablecimiento y preservación de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias y, de la otra, en la defensa objetiva de la Constitución como norma básica del ordenamiento, dado que dichos órganos, en cuanto supremos intérpretes de la Constitución, crean una doctrina jurisprudencial que define y precisa el contenido y alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos, unificando los criterios que han de servir de pauta a todas las autoridades en su aplicación e interpretación<sup>64</sup>. En el supuesto de cambios de jurisprudencia, las salas deberán someter la cuestión a decisión de la Sala Plena de la Corte o al Tribunal en Pleno<sup>65</sup>.

La legitimación activa en ambos sistemas constitucionales es amplia, pues se extiende a cualquier ciudadano, nacional o extranjero. En esta universalización de la legitimación se localiza una de las razones del elevado número de asuntos que se registran en España y en Colombia, con el consiguiente riesgo de aminorar la eficacia de esta vía de protección en la práctica.

que tenga que defender la mera legalidad ordinaria, por ser extraña a las funciones de aquél ponderar la forma en que los órganos judiciales aplican o interpretan las leyes, salvo que violen las garantías jurisdiccionales salvaguardadas en los artículos 14 a 29 de la misma Ley fundamental [...] (ATC 226/1983, fto. jco. 1°); "La acción de tutela fue concebida por el constituyente de 1991 como un mecanismo excepcional y subsidiario, encaminado exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Nacional y, en modo alguno, puede auspiciarse su utilización como una instancia más dentro del proceso ordinario o como recurso adicional del que puedan echar mano quienes no hayan obtenido los fines buscados en el proceso ordinario" (SCC T-258/94, junio 1 de 1994).

<sup>62</sup> *Vid.* art. 42 LOTC, así como el ATC 244/1986, fto. jco. único.

<sup>63</sup> *Vid.* art. 241 CPdeC y SCC T-430, de 24 de junio de 1992.

<sup>64</sup> Esta doble dimensión ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional, *cf.* STC 1/1981, de 26 de enero, fto. jco. 2°; así como SCC C-018/1993, SCC T-260, junio 20 de 1995.

<sup>65</sup> *Vid.* art. 34 Decreto 2591/1991 y art. 53 Acuerdo n° 5 de 1992; art. 13 LOTC.

Dado el carácter protector de los recursos, la medida cautelar de suspensión configurada en ambos ordenamientos es similar. Así el órgano competente podrá acordar la suspensión del acto impugnado si lo estima necesario para preservar la integridad del derecho fundamental lesionado, pudiendo sólo ordenar la ejecución cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios ciertos y graves al interés público<sup>66</sup>.

Es de destacar la semejanza existente entre la tutela transitoria y los interdictos en el Derecho español<sup>67</sup>, que son procesos especiales y sumarios en los que se reclama urgentemente una resolución sin carácter definitivo, por interesarse inmediatamente el orden público, la seguridad amenazada de las personas o de las cosas u otros derechos privados que al no ser atendidos sin dilación, pueden perderse. Esta resolución carece de eficacia de cosa juzgada, ya que siempre queda abierto la vía y el procedimiento correspondiente para ventilar el fondo del litigio.

Por último, de ambos instrumentos son predicables las siguientes características: amplitud de los supuestos en que procede interponerlo, naturaleza sumaria, sencillez de los requisitos y trámites procesales, gratuidad y brevedad.

Todas estas semejanzas ha llevado a Fix Zamudio a afirmar que "entre estos dos instrumentos no existen diferencias sustanciales, sino matices"<sup>68</sup>, concluyendo que existe un instrumento genérico que llama amparo constitucional, al cual pertenecerían instituciones de naturaleza similar como el derecho de amparo y la acción de tutela<sup>69</sup>.

## B) Diferencias

La principal diferencia reside en el órgano competente para la resolución, pues en el caso español se atribuye al Tribunal Constitucional (arts. 53.2 y 161.1.b) CE), y en el ordenamiento colombiano tiene jurisdicción para conocer de la acción de tutela cualquier juez de la República: basta que el funcionario ante el cual se propone pertenezca a la rama judicial del Poder Público y tenga la calidad de juez. Tal diferencia se debe a que en Colombia el sistema de justicia constitucional es predominantemente difuso<sup>70</sup>, aunque no exclusivamente, como se refleja en el hecho de que la Corte Constitucional colombiana haya sido instituida como tribunal de revisión de los fallos proferidos por los tribunales ordinarios de tutela. De ahí que en ambos ordenamientos la protección de los derechos fundamentales compete tanto a la jurisdicción ordinaria como a la constitucional<sup>71</sup>, y aún siendo el garante natural de los derechos la primera, es a la segunda a la que corresponde siempre la última palabra en materia de derechos

<sup>66</sup> Vid. arts. 56 LOTC y 7 Decreto 2.591/1991.

<sup>67</sup> Vid. arts. 63, 1.632 a 1.685 y 2.056 a 2.060 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>68</sup> Héctor FIX ZAMUDIO: "Amparo y Tutela", en *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1996, pág. 24.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pág. 25.

<sup>70</sup> En realidad se trata de un control mixto o híbrido de constitucionalidad: uno concentrado ante la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, según las respectivas reglas de competencia, y otro difuso o desconcentrado que se puede ventilar ante cualquier juez de la República.

<sup>71</sup> Refiriéndonos exclusivamente a la Corte Constitucional, pues ha de advertirse que en el sistema constitucional colombiano la jurisdicción constitucional es concebida como una función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Constitución.

fundamentales y libertades públicas<sup>72</sup>, en concordancia con el principio de subsidiariedad propio de un sistema mixto de jurisdicción constitucional.

La competencia de ambas jurisdicciones en materia de protección de los derechos fundamentales ha originado en ambos sistemas fricciones entre las mismas, fundamentalmente entre la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en Colombia<sup>73</sup> y entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España<sup>74</sup>. Sin embargo, en ambos ordenamientos los roces son evitables en cuanto los órganos constitucionales no se configuran como una tercera instancia jurisdiccional o una jurisdicción revisora, sino que se limitan a verificar si los jueces o tribunales de instancia han tutelado a los ciudadanos en el goce de sus derechos<sup>75</sup>.

La facultad discrecional de decidir la revisión de los fallos de tutela atribuida a la Corte Constitucional colombiana —que evita el colapso de su funcionamiento que la revisión de todos los fallos conllevaría— contrasta con la enumeración tasada de causas legales de inadmisión en las que ha de fundamentarse el Tribunal Constitucional español para rechazar una demanda de amparo<sup>76</sup>. Ante la imposibilidad de introducir tales márgenes de discrecionalidad por los magistrados del Tribunal Constitucional en la selección de los casos a debatir, de modo semejante al *writ of certiorari* nortamericano, Revenga Sánchez propone "una interpretación mucho más rigorista, si cabe, o en su caso una reforma, de las causas de inadmisión previstas en la LOTC", como forma de aliviar la agenda de trabajo del Tribunal Constitucional<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> A tal conclusión llegan Francisco RUBIO LLORENTE ("Supremo no hay más que uno, pero no es el verdadero", en *El País* de 9 de febrero de 1994), partiendo del art. 123 de la Constitución, y José Luis CASCAJO CASTRO y Vicente GIMENO SENDRA: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 167.

<sup>73</sup> Sobre la tutela como expediente de confrontación judicial, véase Sandra MORELLI RICO: *La Corte Constitucional...*, cit., págs. 7 a 14.

<sup>74</sup> Cabe destacar el grave conflicto institucional que se planteó entre el Supremo y el Constitucional con ocasión de la STC 7/1994, de 17 de enero, que anuló una sentencia del Tribunal Supremo sobre investigación de la paternidad.

<sup>75</sup> Así lo han reconocido en sus pronunciamientos. Véanse, entre otros, AATC 120/1981, fto. jco. 1º, 226/1983, fto. jco. 1º; y 151/1993; y SCC T-553, de 30 de noviembre de 1993.

<sup>76</sup> La única reforma en la fase de admisión del recurso de amparo que ha permitido agilizar la tramitación de los recursos ha sido la operada por la L.O. 6/1988, de 9 de junio, que modificó los arts. 50 y 86.1 de la LOTC, abriendo la posibilidad de que las Secciones del Tribunal Constitucional, por unanimidad, puedan acordar de plano la inadmisión del recurso de amparo mediante simple providencia, sin necesidad, por tanto, de dar audiencia previa al solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal.

<sup>77</sup> Miguel REVENGA SÁNCHEZ: "Las paradojas del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1981-1991)", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 41 (1994), pág. 25. Coincide con tal parecer Pérez Tremps, si bien opina que ni siquiera sería necesaria una reforma legal, al considerar que el Tribunal Constitucional puede descargar el exceso de trabajo aumentando sus facultades de inadmisión a partir de la actual redacción del art. 50.1.c) LOTC, pues este precepto "permite rechazar demandas que, aunque correctamente planteadas, carezcan de interés constitucional por su escasa trascendencia para la interpretación constitucional y por nula o mínima repercusión para el actor" (Vid. Pablo PÉREZ TREMPs: "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal", *Revista Vasca de Administración Pública* nº 39, [1994], pág. 102).

La problemática sobre la procedencia de la acción de tutela y del recurso de amparo contra sentencias violadoras de los derechos fundamentales es otro aspecto que ha recibido una solución distinta. Mientras que el amparo se solicita fundamentalmente respecto a éstas –más de la mitad de los recursos presentados se interponen frente a actos u omisiones de órganos judiciales<sup>78</sup>–, en el ordenamiento colombiano la regla general es la inadmisión de las tutelas contra decisiones judiciales, salvo que se esté ante vías de hecho, fundamentándose esta imposibilidad en el principio de la cosa juzgada y de la certeza jurídica.

En lo que se refiere al ámbito de protección existe una importante diferencia. En el recurso de amparo este ámbito es limitado, pues tan sólo son amparables los derechos a que se refiere el art. 53.2 CE. Por el contrario, en el ordenamiento colombiano se admite la existencia de derechos tutelables, pese a no encontrarse ubicados dentro del capítulo de los derechos fundamentales. Lo que supone una mayor inseguridad jurídica, a la vez que obliga a conferir una amplia responsabilidad al Poder Judicial, pues serán los jueces quienes, en cada caso concreto, deban valorar si el derecho amenazado o violado es susceptible de ser considerado como fundamental<sup>79</sup>.

La legitimación pasiva es otra de las cuestiones en la que divergen estas figuras. Mientras que el amparo constitucional español limita su procedencia a violaciones imputables a actos u omisiones de los poderes públicos, excluyendo las procedentes de particulares, la tutela no se encuentra limitada en cuanto a sus sujetos pasivos, comprendiendo tanto a las autoridades públicas como a los particulares en los supuestos ya mencionados<sup>80</sup>. Se dice por ello que desde este punto de vista la tutela es "amplia y prácticamente universal"<sup>81</sup>. No obstante, atendiendo que en España es factible la vía del amparo constitucional frente a actos de particulares, provocando la intervención previa de un órgano judicial, puede concluirse que la protección proporcionada por el amparo constitucional es casi tan amplia a la otorgada por la tutela. Máxime cuando ésta última no procede ni contra todos los particulares, ni contra las providencias judiciales.

La acción de tutela tiene un carácter cautelar, en cuanto también procede para prevenir la vulneración de los derechos fundamentales. El recurso de amparo, por el contrario, no tiene carácter preventivo, ni cautelar, no siendo admisible pretender por esta vía una tutela preventiva frente a lesiones eventuales o futuras, por más que el riesgo de violación pueda parecer inminente. La existencia de la violación del derecho es requisito

<sup>78</sup> Consecuencia imputable a la regulación de la LOTC que, según Rubio Llorente, acentúa el carácter propio de un recurso frente a decisiones judiciales (Vid. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: "El recurso de amparo constitucional", en *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1974-1979*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 134 y 135).

<sup>79</sup> Para ello, Marcela MONROY y Fernando ÁLVAREZ ("De los derechos fundamentales tutelables", *cit.*, pág. 184) sostienen que el juez debe atender al criterio de si se trata de un derecho inherente a la naturaleza y dignidad humanas.

<sup>80</sup> Fix Zamudio ha resaltado la conveniencia de que los remedios procesales de tutela internos que operan especialmente contra actos de autoridades públicas –pues son los que suelen afectar en mayor medida los derechos fundamentales de los gobernados– se utilicen respecto de actos de organismos públicos descentralizados y de grupos sociales, económicos y profesionales (Vid. HÉCTOR FIX ZAMUDIO: *La protección procesal...*, *cit.*, pág. 56).

<sup>81</sup> Jaime ORLANDO SANTOFIMIO: *Op. cit.*, pág. 305.

necesario del recurso de amparo, que planteado *ad cautelam* resulta radicalmente improcedente<sup>82</sup>.

En cuanto al plazo para solicitar protección, no ha de dejar de resaltarse que no existe plazo preclusivo alguno para promover la acción de tutela, salvo que la vulneración, amenaza o perjuicio haya ocurrido o se encuentre consumado. Es una acción intemporal, no sujeta a término de caducidad ni prescripción. Sin embargo, el plazo constituye un elemento fundamental en el recurso de amparo, ya que fuera de los plazos señalados en la LOTC<sup>83</sup>, la demanda de amparo ha de ser inadmitida.

Por último, aún siendo el amparo un recurso no formalista y relativamente rápido, no alcanza los grados de informalidad y rapidez que caracterizan la acción de tutela. Ello se refleja en diversos aspectos, entre otros cabe destacar los siguientes: en el recurso de amparo la demanda ha de ser escrita –la solicitud de tutela puede ser verbal o escrita–, existen partes procesales –en la tutela no cabe hablar de partes–, se exige asistencia de abogado –no se requiere el *ius postulandi* para el ejercicio de la acción de tutela– y, por último, existe un mayor rigor en los requisitos de la demanda de amparo –frente a la flexibilidad que caracteriza a la tutela, aún cuando la demanda presente deficiencias<sup>84</sup>–. La razón del carácter más informal de la tutela reside en que con su ejercicio no se inicia un proceso o *litis* –por tal razón no se habla de partes, demandante o demandada–, sino un procedimiento. Esta elevada dosis de informalidad que caracteriza la acción de tutela se halla hoy en cuestionamiento, pues ha permitido un uso abusivo que ha colapsado el sistema judicial colombiano, llegándose a sostener que el antiprocesalismo de la tutela la está matando. Y es que los jueces deben siempre emitir un fallo motivado –es decir, fundamentado jurídicamente– ya que no gozan de la misma flexibilidad para la admisión que la Corte.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

En mi opinión la naturaleza de la acción de tutela se acerca más que al amparo constitucional a nuestro procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales regulado por la Ley 62/1978, por cuanto se trata también de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad que tiene lugar ante la jurisdicción ordinaria<sup>85</sup>. Aún a riesgo de resultar una consideración aventurada, se puede afirmar también que el futuro y necesario desarrollo de la previsión del art. 53.2 CE, en lo que se refiere al procedimiento judicial preferente y sumario para recabar la tutela de los derechos y libertades fundamentales, aproximará aún más la acción de tutela

<sup>82</sup> Veáanse, entre otras, las SSTC 68/1985, fto. jco. 5º; 194/1987, fto. jco. 3º; 43/1988, fto. jco. 2º; 37/1989, fto. jco. 6º; 127/1989, fto. jco. 4º; y 145/1990, fto. jco. 3º.

<sup>83</sup> El plazo general es de veinte días a partir de la notificación recaída en el proceso judicial previo, salvo el recurso de amparo contra actos sin valor de ley procedentes del legislativo –cuyo plazo es de tres meses– y los recursos de amparo electorales, cuyos plazos son brevísimos, de dos días en los contenciosos contra la proclamación de candidatos y de tres en los de proclamación de electos. Vid. al respecto arts. 42, 43 y 44 LOTC y arts. 49 y 114 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.

<sup>84</sup> Cfr. SCC T-501, agosto 21 de 1992.

<sup>85</sup> En el mismo sentido, Juan Manuel GOIG MARTÍNEZ: "La protección de los derechos humanos en la nueva Constitución colombiana", *Revista de Derecho Político* n° 35 (1992), pág. 411.

colombiana y nuestro amparo ordinario<sup>86</sup>. Este desarrollo es cada día más apremiante, pues la naturaleza de protección procesal sumaria y brevísima de este procedimiento, si bien ha reducido la tremenda lentitud de los procedimientos ordinarios, se ha desnaturalizado por la incapacidad de los tribunales de resolver en los plazos señalados en la ley<sup>87</sup>.

A efectos del desarrollo del art. 53.2 CE, la acción de tutela de la República de Colombia se erige en modelo digno de imitación, por cuanto los jueces y tribunales ordinarios ostentan un protagonismo en la defensa de los derechos fundamentales al que ha de aspirar nuestra jurisdicción ordinaria, en cuanto garante natural de dichos derechos en nuestro sistema. A este intento de reforzar la tutela judicial ordinaria, responde una línea interpretativa abierta recientemente por el Tribunal Constitucional tendente a reducir su intervención como jurisdicción suprema de los derechos y libertades<sup>88</sup>.

Como consideración final cabe plantearse si los adelantos que la tutela ha supuesto<sup>89</sup>, en aspectos tales como la extensión de la legitimación pasiva a los particulares que presten un servicio público o el carácter abierto del catálogo de los derechos tutelables<sup>90</sup>, así como la plena –pero también peligrosa– discrecionalidad de la

<sup>86</sup> Es difícil de justificar que tras más de diecisiete años de aprobada la Constitución siga sin desarrollo legislativo el amparo ordinario previsto en el art. 53.2, recurriéndose entretanto a una ley preconstitucional y provisional, como es la Ley 62/1978. Omisión agravada por la ausencia en esta ley de cauces procesales para remediar vulneraciones de derechos fundamentales que tengan origen en la actuación de órganos del Poder Judicial, como ha apreciado Joaquín GARCÍA MORILLO (*Derecho Constitucional*, vol I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 392). No obstante, en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se regula el procedimiento de amparo judicial del 53.2 CE en el orden contencioso-administrativo, sustituyendo el capítulo correspondiente de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, nº 70/1, 18 de junio de 1997).

<sup>87</sup> Así Borrajo Iniesta ha puesto de manifiesto que los procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales apoyados en la Ley 62/1978, no son necesariamente más rápidos que los ordinarios, llegando a indicar que "en algún Tribunal Superior de Justicia se da la paradoja que los contencioso-administrativos ordinarios son sustanciados más velozmente que los de amparo" (*Vid. Ignacio BORRAJO INIESTA: "Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes"*, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 43 [1995], pág. 26).

<sup>88</sup> Al respecto, véanse las SSTC 147/1994, ftos. jcos. 2º y 4º; 174/1994, fto. jco. 2º; 247/1994, fto. jco. 1º; y 113/1995, fto. jco. 6º.

<sup>89</sup> Fix Zamudio ha observado que la acción de tutela ha de ser considerada como "una garantía constitucional avanzada para la protección de los derechos humanos" (Héctor FIX ZAMUDIO: "Amparo y tutela", *cit.*, pág. 50), que ha "incorporado los adelantos más significativos que han adoptado de manera paulatina las legislaciones iberoamericanas, la jurisprudencia y la doctrina" (*ibidem*, pág. 48).

<sup>90</sup> Así lo entiende López Aguilar que entiende que no existe "objeción dogmática alguna en aceptar que el amparo constitucional hiciera extensiva su acción frente a lesiones producidas en la relación privada entre particulares", y que derechos fundamentales son también "algunos de los recogidos en la Sección 2ª, Cap. II, Tít. I CE (del mismo modo que tampoco cabe afirmar que sean tales todos los enunciados en la Secc. 1ª), e incluso en el Cap. III del mismo Tít. I: caso paradigmático lo es el 39.2" (Juan F. LÓPEZ AGUILAR: "Problemas en la garantía y protección judicial de los derechos fundamentales y las libertades públicas", en *Anuario Derecho Público y Estudios Políticos* nº 2 (monográfico sobre "Los derechos fundamentales"), Granada, 1989-1990, págs. 74 y 75).

Corte Constitucional en el trámite de la admisión, tendrían encaje en nuestro amparo constitucional.

Sería aconsejable en ambos ordenamientos se abriera un debate sobre la posibilidad de eliminar la congestión judicial que el uso de los mecanismos protectores del amparo y la tutela ha provocado mediante la interpretación de forma más restrictiva del alcance material de algunos derechos fundamentales, o la creación de jurisdicciones especializadas en el conocimiento de los recursos o acciones<sup>91</sup>. En esta línea, en España han sido diversas las propuestas vertidas en torno a crear una Sala Especial en el Tribunal Supremo<sup>92</sup>, y en Colombia la propuesta oficial de reforma constitucional pretende limitar la competencia para conocer de la tutela a los jueces no colegiados, con objeto descargar de trabajo a los órganos judiciales, fundamentalmente al Consejo de Estado y a la Corte Suprema de Justicia –aún cuando éstos últimos sólo conozcan de las tutelas en segunda instancia– y otorgar a los jueces la facultad de decidir sobre la admisibilidad o no de las acciones de tutela. Frente a esta última medida se oponen muchos colombianos que consideran que ello supondría destruir la Constitución en un aspecto tan esencial como la garantía de defensa de los derechos fundamentales de la persona.

En la labor de descongestión, los particulares detentan también una amplia responsabilidad, pues deben inhibirse de utilizar abusiva y fraudulentamente estos institutos procesales, regidos por el principio de subsidiariedad. En cualquier caso, lo que no puede pretenderse es solucionar la proliferación de recursos y conflictos entre jurisdicciones eliminando el amparo constitucional y la acción de tutela, o restringiendo su ámbito de protección. Estas medidas resultarían inaceptables hoy en las sociedades española y colombiana, que, a través de estos instrumentos protectores, han recobrado una confianza en la justicia y en la Norma Fundamental, de la que carecían en los sistemas anteriores a la Constitución de 1978 y a la Constitución de 1991, respectivamente.

<sup>91</sup> Véase, en este sentido, Luis M. Díez-PICAZO: "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 40 (1994), págs. 20 y 21; y Pablo PÉREZ TREMPES: "La naturaleza...", *cit.*, pág. 103.

<sup>92</sup> Sobre las dificultades que la creación especial de esta sala conllevaría, consúltese BORRAJO INIESTA, Luis M. Díez-PICAZO, Germán FERNÁNDEZ FARRERES: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 18; y Germán FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 6 y 7.