

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

SECRETARIA GENERAL

TRAMITE DE PROYECTOS

FECHA: Marzo 8/91

No. 81 (Ochenta y Uno)
 AUTOR Juan Luis Esquerro Portocarrero
 TITULO PROYECTO Protección de los Derechos Constitucionales
 FECHA DE PRESENTACION Marzo 8/91
 FECHA DE ENVIO A COMISION _____
 FECHA DE PUBLICACION _____
 PONENTE COMISION _____
 FECHA APROBACION COMISION _____
 FECHA PRESENTACION EN PLENARIA _____
 PONENTE EN PLENARIA _____
 PUBLICACION INFORME _____
 APROBACION PLENARIA _____
 PUBLICACION _____
 ENVIO A RELATORIA _____

SECRETARIO GENERAL

**PROYECTO DE ARTICULO CONSTITUCIONAL
QUE CONSAGRA LA ACCION DE TUTELA PARA LA
PROTECCION DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

Presentado por el constituyente:

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO

ARTICULO: Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar de los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, sean ellos individuales o colectivos, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel frente a quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Tal decisión, que siempre deberá cumplirse en forma inmediata, podrá luego ser impugnada por la parte interesada ante el correspondiente tribunal contencioso administrativo.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa de carácter judicial o administrativo, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e irreparable mientras puede acudir al ejercicio de aquél, y se tramitará mediante un procedimiento sumario que garantice su eficacia y prontitud. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la fecha de la solicitud de tutela y la de su decisión.

Esta acción no procederá en relación con situaciones consumadas e irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con autoridad de cosa juzgada.

También habrá acción de tutela contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo.

EXPOSICION DE MOTIVOS

La consagración cada vez más precisa de los derechos fundamentales en las constituciones exige también el perfeccionamiento de mecanismos que garanticen la efectividad de los mismos. La necesidad de otorgar a los particulares el máximo de protección posible nos lleva a proponer la introducción de la acción de tutela, como un mecanismo ágil y eficiente, al alcance de cualquier persona, que le permita la salvaguardia inmediata de sus derechos constitucionales cuando ellos se vean lesionados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en ciertas y determinadas circunstancias.

Sobre la materia se han presentado diversas propuestas ante la Asamblea Nacional Constituyente. Sin embargo, pese a que todas parecen perseguir el mismo objetivo básico, se presentan, en unas más que en otras, problemas conceptuales que podrían conducir a que la iniciativa, o se quede como letra muerta, sin aplicación práctica alguna, o se convierta en un factor de perturbación dentro del sofisticado sistema colombiano de control de constitucionalidad.

El principal problema consiste en que muchas de las propuestas adaptan, con mayor o menor fortuna, el sistema mexicano del amparo constitucional, pero de manera aislada, como una institución autónoma, sin referirlo y armonizarlo con la estructura colombiana de control de constitucionalidad, ni en sus desarrollos específicos ni en los principios generales que la informan.

Con el nombre de **acción de tutela** queremos presentar aquí una figura que actuando de manera complementaria con el sistema vigente de control de legalidad y constitucionalidad, se encuadre dentro de sus principios generales, con una identidad claramente definida y un propósito perfectamente diferenciable.

La acción de tutela tiene una naturaleza jurídica propia, con unas características completamente novedosas dentro de nuestro sistema jurídico.

Tenemos en Colombia un muy elaborado sistema de control de constitucionalidad que puede ser considerado como de los más avanzados del mundo. Este sistema, que se estableció de manera embrionaria en la Constitución de 1886, fue definitivamente modelado por el acto legislativo No. 3 de 1910, al establecer, como gran aporte colombiano al constitucionalismo moderno, la acción pública de inconstitucionalidad.

En sus orígenes el sistema colombiano podía catalogarse como concentrado porque la función de control correspondía únicamente a los más altos tribunales del Estado; pero al consagrar de manera expresa la vía exceptiva, el sistema colombiano permite también el control difuso, que no ha tenido mayor aplicación práctica. Sin embargo, como elemento fundamental dentro de la tradición jurídica colombiana está el carácter normativo de la constitución y su condición de ley suprema. Esto implica que los jueces a todos los niveles pueden referirse directamente a la norma constitucional.

La acción de tutela es un instrumento completamente nuevo. Su naturaleza es la de proveer protección inmediata a un particular que careciendo de otros medios de defensa adecuados sea perturbado actual o potencialmente en el ejercicio de sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Las características de esta acción son:

1. Se trata de una acción subsidiaria: sólo es admisible en ausencia de otros medios adecuados para la oportuna protección del derecho.
2. Se dirige contra actos u omisiones concretos que producen una perturbación actual o inminente del derecho: contra actuaciones de carácter general caben las acciones de ileg-

lidad e inconstitucionalidad, o el recurso a la vía 'excepcional'. Incluso, en los casos en los cuales la ley cause directamente un perjuicio, su concreción sólo se realiza mediante un acto administrativo o dentro de una actuación judicial. Debe enfatizarse, pues, que la acción de tutela no sería aplicable a las leyes, como ocurre con el amparo contra leyes mexicano, ni cabría contra actos administrativos de carácter general, contra los cuales proceden las acciones por la vía contencioso administrativa.

3. Es personal: Sólo puede interponerse por el interesado o por quien actúe en su nombre.

4. El procedimiento debe ser preferencial, breve y sumario.

5. El juez debe tener la potestad para otorgar una efectiva protección del derecho, mediante ordenes para que aquél frente a quien se solicita la tutela sea constreñido a actuar o a abstenerse de hacerlo.

En todo caso, debe ser claro que las ordenes en cuestión no están concebidas como una forma de restablecimiento del derecho vulnerado -para lo cual existen ya en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos procesales adecuados, entre otros las acciones contencioso administrativas-, sino más bien como eficaces instrumentos de protección inmediata contra la perturbación de ese derecho.

6. Por lo mismo, es claro también que la potestad del juez se limita a la inmediata protección del derecho, y en ningún caso se refiere al examen o la decisión del fondo del asunto, el cual sólo podrá ser controvertido a través de los mecanismos procesales ordinarios.

7. La protección que concede tiene carácter transitorio en los casos en que el derecho deba definirse por los procedimientos ordinarios.

8. Es aplicable frente a cualquier autoridad pública y en algunos casos también frente a particulares.

9. No procede contra las situaciones consumadas e irreversibles: en tales casos es evidente que ya no es posible la protección inmediata del derecho, y el agraviado tiene la posibilidad de acudir a las acciones de reparación ordinarias.

Particularmente no es procedente, como si lo es en Méjico, contra sentencias con autoridad de cosa juzgada, porque es evidente que teniendo los jueces capacidad para pronunciarse sobre los asuntos constitucionales, tales asuntos han debido plantearse y decidirse en el juicio que dio origen a las sentencias mencionadas.

10. Se orienta a la protección de los derechos constitucionales. Se trata de un instrumento extraordinario que se concede en razón de la jerarquía de los derechos que se pretende proteger. No tendría sentido crear una jurisdicción paralela a todos los niveles. En la norma que se propone se habla de derechos constitucionales **fundamentales** porque debido a la infortunada tendencia de incluir en la Constitución, como derechos, la más variada gama de principios y propósitos programáticos, es necesario señalar un criterio para que el juez esté en la obligación de conceder la tutela solamente a aquellos derechos cuya aplicabilidad se deriva de manera inmediata de la Constitución. La calificación de los derechos debe ser prerrogativa del juez y no creemos apropiado que en la Constitución se establezcan diferentes jerarquías para los mismos. Sería preferible que con criterio de técnica jurídica se reservara la denominación de derechos a aquellos que sean directamente exigibles, y hablar de principios programáticos y deberes sociales en los demás casos.

La acción de tutela se distingue, por una parte por las especiales facultades con que es revestido el juez, y por otra, por la naturaleza de la decisión, que debe limitarse a la protección

inmediata del derecho lesionado o amenazado. Tiene particular significación en los siguientes casos: cuando frente a las perturbaciones del derecho los medios ordinarios de defensa no resulten adecuados por razones de oportunidad y efectividad; y en los casos de amenaza u omisión, cuando no existen acciones dentro del actual sistema de protección de la legalidad.

Hemos preferido hablar genéricamente de "protección de los derechos constitucionales" y "acción de tutela", para desligar la institución del llamado derecho de amparo, el cual pese a que se ha aplicado de manera amplia a los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, tiene unas connotaciones que lo hacen incompatible con el sistema colombiano. Como la historia legislativa y el derecho comparado son fuentes de interpretación de las normas, consideramos conveniente separar esta institución del modelo mexicano o de otros de desarrollo jurisprudencial como el argentino.

Con el nombre de amparo se conocen dos instituciones distintas. El juicio de amparo al estilo mejicano, adaptado en numerosas constituciones, y el recurso de amparo.

El juicio de amparo en Méjico abarca la totalidad de los mecanismos de control de constitucionalidad. Y ocurre que, para cada una de las hipótesis del amparo mejicano parece existir una específica respuesta dentro del ordenamiento jurídico vigente. De allí la necesidad de caracterizar la acción de tutela como un instrumento puramente residual y de naturaleza jurídica especial, ajeno, salvo ciertos puntos marginales de contacto, a la figura del amparo.

De la naturaleza del amparo es el agotamiento previo de los instrumentos de defensa disponibles. Por el contrario, la institución que se propone parte de la carencia o insuficiencia de esos medios. Como además el poder del juez se limita a constatar la violación o posible violación del derecho constitucional para otorgar una protección transitoria, la acción de tutela -tal como lo dispone la Constitución de Malta- puede interponerse sin

perjuicio de cualquier otra acción legalmente disponible en relación con la materia.

Por su parte, el recurso de amparo, tiene unas connotaciones muy particulares. Se trata, en primer lugar, de un "recurso", lo cual quiere decir que sólo procede dentro del marco de un juicio en el cual previamente se ha ventilado la cuestión. Su caracterización como recurso extraordinario sólo se explica cuando el juez que conoce inicialmente de la controversia no puede aplicar directamente la Constitución. En los sistemas en los cuales se dispone de la presunción de constitucionalidad de las leyes, el juez sólo puede aplicar la ley y carece de autoridad para pronunciarse sobre aspectos constitucionales; para garantizar los derechos constitucionales se concede entonces el amparo constitucional.

En el caso colombiano, este recurso, así planteado, resultaría exótico, puesto que dado el carácter normativo y supremo de la norma constitucional, cualquier juez tiene, no sólo la facultad sino el deber de aplicarla directamente cuando quiera que ello sea necesario para la integración de la norma de derecho aplicable al caso concreto.

De acogerse la innovación que se propone, el sistema colombiano de control constitucional quedaría así:

1. Control de constitucionalidad de los proyectos de ley y de las leyes en sentido formal y material, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.
2. Control de legalidad y constitucionalidad de los actos administrativos, en cabeza del Consejo de Estado.
3. Aplicación preferencial de la Constitución por cualquier juez de la República, de oficio o a petición de parte, en el curso de un proceso.

4. Acción de tutela para la protección inmediata de los derechos constitucionales.

En síntesis, establecer el amparo, dentro de la tradición mejicana, sería desquiciar el sistema colombiano y exponerlo a una serie de conflictos de jurisdicción. Por su lado, la figura de la tutela que aquí se propone implicaría un importante avance institucional que requeriría un proceso formativo tanto en los jueces, para el ejercicio de las nuevas potestades de las que serían investidos, como en los particulares, para que acudan a este expedito mecanismo de protección de sus derechos.

Bogotá, 8 de marzo de 1991


JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO

German Rojas Niño

AT
67

Bogotá, febrero 12, 1991

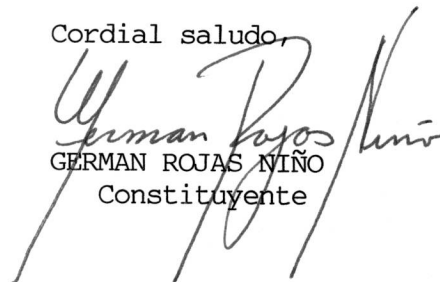
Colega Constituyente
Otty Patiño Hormaza
E.S.D.

Estimado Colega :

Remito a usted el texto que el compañero ALBERTO AMAYA IZQUIERDO, nos hizo llegar sobre derechos, en particular, me parece que la redacción del Artículo Catorce que reza : "toda persona tiene derecho a recuperar la salud..." está redactado mejor que en el que está en el articulado de nuestra Propuesta. ✓

Le envío el texto para que se sirva hacer los estudios pertinentes.

Cordial saludo,


GERMAN ROJAS NIÑO
Constituyente

GRN/VZ/mc.

Incl. lo Anunciado

Bogotá, 22 de diciembre de 1990

Doctor
ANTONIO NAVARRO WOLF
Constituyente
ALIANZA DEMOCRATICA M19

Adjunto a la presente, copia de la comunicación dirigida al doctor Camilo Gonzales, Ministro de Salud, referente a los cambios necesarios en la política y administración de la salud en Colombia, con una propuesta de adición al Artículo 32 de la actual Constitución, y el proyecto de Derechos Individuales que someto a su consideración para la nueva constitución.

Sea esta mi contribución a la solución del gravísimo problema de la salud del pueblo colombiano y al establecimiento de sus derechos y deberes.

Reciba usted mi solidaridad y aprecio,


ALBERTO AMAYA IZQUIERDO